

LA SÉPARATION DES POUVOIRS ET LE CONSTITUTIONNALISME.

Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques

Jean-Philippe Feldman

Presses Universitaires de France | *Revue française de droit constitutionnel*

2010/3 - n° 83
pages 483 à 496

ISSN 1151-2385

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2010-3-page-483.htm>

Pour citer cet article :

Feldman Jean-Philippe, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. » Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques,
Revue française de droit constitutionnel, 2010/3 n° 83, p. 483-496. DOI : 10.3917/rfdc.083.0483

Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

© Presses Universitaires de France. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques

JEAN-PHILIPPE FELDMAN

LA DOCTRINE CLASSIQUE DE LA « SÉPARATION DES POUVOIRS »

Durant de longues décennies, la plupart des manuels et traités de droit constitutionnel français ont consacré un chapitre à la question de la « séparation des pouvoirs » et ils l'ont présentée de la manière suivante. Dans *De l'esprit des lois*, Montesquieu aurait le premier érigé une théorie selon laquelle, au sein d'un État, et afin que tout despotisme soit écarté, devraient se trouver trois « pouvoirs » confiés à des personnes ou à des corps distincts. Il s'agirait des « pouvoirs » exécutif, législatif et judiciaire. Ces pouvoirs devraient être rigoureusement « séparés » afin que la même personne ou le même corps qui fasse la loi ne puisse l'exécuter ou rendre la justice et inversement. Avec sa doctrine de la « séparation des pouvoirs », Montesquieu serait le fondateur du constitutionnalisme des Lumières et son influence aurait été prépondérante sur les constituants à la fin du XVIII^e siècle. En effet, les Américains vont fortement s'inspirer de lui pour ériger leur « régime présidentiel » et les révolutionnaires français, dès la Déclaration des droits de l'homme de 1789, vont graver dans le marbre la nécessité de la « séparation des pouvoirs ». Par la suite, les constitutionnalistes vont user de cette théorie pour jauger le degré de liberté dans un pays et la nature de son régime. Certes, la « séparation des pouvoirs » se retrouve dans tout État démocratique et libéral, mais

Jean-Philippe Feldman, agrégé des facultés de droit, professeur à l'Université Bretagne-sud, avocat à la Cour de Paris, membre de l'Institut Michel Villey (Université Panthéon-Assas - Paris II).

Le présent article est issu d'une communication faite lors du VII^e Congrès de droit constitutionnel (AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008. Atelier 6 – Constitution, pouvoirs et contre-pouvoirs).

sous deux formes principales. Le régime dit parlementaire est un régime de « collaboration » ou encore de séparation souple des pouvoirs, une sorte d'entrelacement des corps, tandis que le régime qualifié de présidentiel est un régime de séparation rigide des pouvoirs. Tout écart par rapport à cette théorie témoigne des faiblesses, voire des dangers, d'un régime, dès lors sujet au despotisme, ou pis, à partir des années 1910, au totalitarisme. C'est effectivement une antienne qu'il ne saurait exister de « séparation des pouvoirs » dans un régime autoritaire, *a fortiori* totalitaire, et que les marxistes l'ont rejetée avec dédain. Voilà synthétisée en quelques mots la théorie classique de la « séparation des pouvoirs » telle qu'elle est présentée dans la Vulgate.

Aux fondements de cette Vulgate se trouve une conception idéologique particulière. La « séparation des pouvoirs » est traditionnellement considérée comme une arme de guerre contre le pouvoir omnipotent, à commencer par la monarchie absolue au siècle des Lumières. Elle représente le terreau de la pensée dite républicaine à la fin du XVIII^e siècle. Il suffit de prendre deux exemples. D'abord, dans son opuscule *Vers la paix perpétuelle*, Kant divise les formes d'un État en fonction des personnes qui détiennent le pouvoir suprême – autocratie, aristocratie et démocratie –, puis suivant la manière dont le chef gouverne le peuple – républicanisme ou despotisme. Les formes de gouvernement se distinguent suivant que l'État mette à exécution de son propre chef les lois qu'il a lui-même faites – c'est le despotisme – ou qu'il existe un principe politique : celui de la séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif – c'est le républicanisme¹. Ensuite, Madison allègue dans *Le Fédéraliste* que l'accumulation de tous les pouvoirs – législatif, exécutif et judiciaire – dans les mêmes mains, est « la véritable définition de la tyrannie »². Surtout, la « séparation des pouvoirs » va devenir le fonds commun de la pensée libérale. Les écrits de Faguet suffiront à illustrer ce propos. Dans *Le libéralisme*, celui-ci écrit que la garantie des droits de l'homme se trouve dans la « séparation des pouvoirs », *i. e.* dans l'indépendance du pouvoir législatif à l'égard du gouvernement et dans l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard tant du pouvoir législatif que du gouvernement. L'auteur expose que la « séparation des pouvoirs » n'est réelle que si les trois pouvoirs ne sont pas élus par les mêmes personnes, *i. e.* par les mêmes passions³.

La théorie de la « séparation des pouvoirs » telle qu'elle a été exposée, se retrouve encore dans de nombreux écrits de droit constitutionnel,

1. Emmanuel Kant, *Vers la paix perpétuelle. Esquisse philosophique*, in *id.*, *Vers la paix perpétuelle. Que signifie s'orienter dans la pensée ? Qu'est-ce que les Lumières ? Et autres textes*, trad. Jean-François Poirier & Françoise Proust, Françoise Proust (éd.), Paris, GF-Flammarion, 1991, 2^e section, 1^{er} article définitif, p. 86-87.

2. Alexander Hamilton, John Jay & James Madison, *Le Fédéraliste*, trad. Gaston Jèze, Paris, Economica, 1988, n^o XLVII (Madison), p. 398.

3. Emile Faguet, *Le libéralisme*, Paris, Coda, 2004, p. 116, 120 & 162.

même si son empire décroît. Quant à l'expression même de « séparation des pouvoirs », elle est utilisée toujours aussi couramment par les juristes et les hommes politiques. Il n'en demeure pas moins qu'une partie de plus en plus importante de la doctrine remet en cause la doctrine classique et n'hésite pas à la qualifier de « mythe », plus précisément de « mythe libéral » (I). Elle a recherché un critère alternatif à la « séparation des pouvoirs » qui permette de distinguer les différents régimes politiques, à commencer par le régime dit parlementaire (II). Mais quoique ces critiques soient partiellement fondées, elles n'apparaissent pas totalement convaincantes. Le rejet du « mythe de la séparation des pouvoirs » a malheureusement tendance à faire l'impasse sur les fondements du constitutionnalisme (III).

I – LA REMISE EN CAUSE

DU « MYTHE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS »

Des constitutionnalistes en nombre croissant partent d'un constat : l'inexistence de la « séparation des pouvoirs » ou, du moins, le fait que certains de ses requisits ne soient pas remplis (A). Ils ne se contentent pas de ce constat : ils remontent aux sources de la théorie afin de montrer les raisons pour lesquelles celle-ci est historiquement biaisée et conséquemment dans l'incapacité de décrire la réalité des faits (B).

A – *Le constat de la doctrine*

Plusieurs manuels de droit constitutionnel consacrent des développements, parfois substantiels, à l'inexistence pratique de la « séparation des pouvoirs » et à son inconsistance théorique. Il ne faudrait pas croire pour autant qu'une telle critique soit récente. Dès l'entre-deux-guerres, plusieurs constitutionnalistes, nourris de droit comparé, ont éreinté la prétendue théorie de Montesquieu. Carré de Malberg se fait l'écho des discussions étrangères dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État*. Il rappelle que, contrairement à bien des auteurs français, une partie de la doctrine envisage le régime dit parlementaire comme un régime d'association entre les pouvoirs législatif et exécutif. Loin que ceux-ci y soient « séparés », le régime parlementaire opère une « fusion organique » entre eux : il est « l'opposé d'une séparation de ces pouvoirs »⁴. Plus bas, Carré de Malberg rejette la doctrine française selon laquelle le gouvernement parlementaire s'analyserait en un système de dualité des pouvoirs⁵.

4. Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, 2004, t. 2, n° 285, p. 47-48.

5. *Ibid.*, n° 294, p. 68.

Il rappelle derechef que, aux yeux de constitutionnalistes étrangers, le système du cabinet réalise l'unité de la puissance d'État dans les chambres, si bien que le régime parlementaire exclut l'idée de « séparation des pouvoirs »⁶.

Dans les années 1930, c'est un autre comparatiste, Boris Mirkine-Guetzévitch, qui inscrit le phénomène majoritaire au cœur du régime parlementaire. Dès 1931, il allègue que la primauté politique de l'exécutif est l'essence du parlementarisme moderne et, deux ans plus tard, il affirme que l'essentiel de ce parlementarisme, c'est le gouvernement de la majorité⁷. Quant à René Capitant, il expose en 1934 dans « La réforme du parlementarisme » que « le régime parlementaire est le contre-pied de la séparation des pouvoirs »⁸.

Mais c'est surtout Georges Vedel qui va insister sur la mécompréhension traditionnelle de la pensée de Montesquieu et, partant, du régime parlementaire. Dès le mois de juillet 1958, dans une célèbre série d'articles au journal *Le Monde*, il règle son compte à la doctrine classique en quelques lignes nerveuses qui méritent d'être citées : « Méfions-nous (...) des belles vues a priori sur la séparation des pouvoirs. Montesquieu, réaliste s'il en fut et observateur aigu de la vie politique concrète, doit se retourner dans sa tombe s'il a connaissance des dogmes que de prétendus disciples veulent couvrir de son nom. La séparation des pouvoirs, à la lettre, n'existe pas. Voici plus de quarante ans que le professeur Woodrow Wilson décrivait l'incessant processus de marchandage, de compromis et de parlementarisme de couloirs dans lequel le président des États-Unis est engagé en face du Congrès »⁹.

B – *La généalogie critique de la « séparation des pouvoirs »*

Les auteurs qui rejettent depuis les années 1930 le « mythe de la séparation des pouvoirs » s'appuient sur des données historiques, non seulement pour établir ses origines, mais aussi pour donner les raisons de l'inadéquation de la théorie aux faits et les causes de l'absorption de la fonction législative dans la fonction exécutive. Les auteurs les plus

6. *Ibid.*, n° 295, p. 74.

7. Boris Mirkine-Guetzévitch, « L'exécutif dans le régime parlementaire », *RPP*, 1931, p. 158 & « La révision constitutionnelle », *loc. cit.*, 1933, p. 347, cités in Stéphane Pinon, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits*, n° 46, 2007, p. 206 & 211.

8. René Capitant, « la réforme du parlementarisme », in *id.*, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 327.

9. Georges Vedel, « La Constitution de 1958 », *Le Monde*, 19 juillet 1958, in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume V. Commentaires sur la Constitution (1958-1959)*, Paris, La Documentation française, 2001, p. 345.

contemporains n'hésitent pas alors à qualifier la doctrine classique de « mythe libéral », tout à la fois controvérsé et suranné.

En 1933, dans ses « Régimes parlementaires », René Capitant explique qu'historiquement, la monarchie absolue s'est dégradée en monarchie limitée, ou séparation des pouvoirs, et que celle-ci a cédé la place au régime parlementaire¹⁰. La séparation des pouvoirs, simple régime parmi d'autres, a donc précédé le régime parlementaire et, logiquement, le « gouvernement d'assemblée » est l'aboutissement de cette évolution. Tout aussi logiquement, un régime parlementaire ne saurait être qualifié de régime de séparation des pouvoirs puisque, historiquement, il s'agit de deux régimes successifs. Kelsen avait déjà parlé dans *La démocratie* du « dogme de la séparation des pouvoirs » en insistant sur son caractère antidémocratique. Il le qualifie de « noyau de l'idéologie de la monarchie constitutionnelle »¹¹. Dogme antidémocratique parce qu'il s'agissait de permettre à un monarque, à moitié éliminé de la fonction législative par le mouvement démocratique, de continuer à exercer son pouvoir dans le domaine de l'exécution des lois.

Quelles sont les causes historiques de l'absorption de la fonction législative dans la fonction exécutive au sein des régimes parlementaires ? Elles sont multiformes, mais deux d'entre elles apparaissent prégnantes. Tout d'abord, la croissance abyssale de l'interventionnisme étatique au xx^e siècle a provoqué des transferts de compétence du Parlement au Gouvernement, considéré comme mieux à même d'agir dans l'urgence et de remplir des tâches de plus en plus complexes tout en gardant une vue d'ensemble sur la politique générale à mener¹². Ensuite, la croissance du phénomène partisan a permis la création de partis politiques de plus en plus centralisés et ainsi a brouillé la distinction entre le parti majoritaire dans la ou les chambres et le Gouvernement¹³.

Les causes de l'absorption du législatif dans l'exécutif permettent de comprendre les raisons historiques de l'inadéquation de la théorie dite de la « séparation des pouvoirs » aux faits. Montesquieu avait en ligne de mire les dangers de la monarchie absolue et ses épigones se sont servis de *L'esprit des lois* pour combattre coûte que coûte l'absolutisme royal. Or, l'évolution démocratique, à partir de la fin du xviii^e siècle et surtout au xx^e siècle, a tendu à substituer une souveraineté à une autre – la souveraineté du monarque par la souveraineté du peuple ou de la nation –, mais il ne s'est pas agi tant d'enserrer la souveraineté que de la consacrer. Dès lors, la question de la limitation de la souveraineté du monarque

10. René Capitant, « Régimes parlementaires », in *id.*, *op. cit.*, p. 306.

11. Hans Kelsen, *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 2004, p. 92.

12. Dominique Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain. Tome 1 : Théorie générale. Les régimes étrangers*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2007, p. 125 s.

13. *Ibid.*, p. 133.

était hors de propos¹⁴. Ensuite, la théorie de Montesquieu a été élaborée à une époque où bien évidemment les partis politiques, au sens moderne de l'expression, n'existaient pas. La plupart du temps, les « factions » étaient rejetées avec effroi et ce n'est que progressivement, à la suite notamment des remarquables analyses de Hume puis de Madison dans *Le Fédéraliste*, que le phénomène partisan s'est introduit dans le droit constitutionnel. Or, les démocraties modernes et contemporaines sont devenues des « démocraties de partis », ainsi que le souhaitait Kelsen, si bien que le même parti ou la même coalition préside aux destinées de la ou des chambres et du gouvernement¹⁵.

Que reste-t-il dès lors de la théorie de la « séparation des pouvoirs » ? Beaucoup d'auteurs s'accordent à penser que la seule règle qui subsiste, est le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire¹⁶. Cela est manifeste dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, la « séparation des pouvoirs » a valeur de principe constitutionnel, ainsi qu'il ressort de ses décisions n° 79-104 DC du 23 mai 1979 et n° 80-117 DC du 22 juillet 1980. Le Conseil se réfère même à la « conception française de la séparation des pouvoirs » dans ses décisions n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 et n° 2004-294 DC du 2 mars 2004. Que signifie cette séparation « à la française » ? Elle se circonscrit aux rapports entre le « pouvoir exécutif » et la fonction juridictionnelle¹⁷.

Pour le surplus, la « séparation des pouvoirs » est entendue par le « constitutionnalisme de gauche » comme un « mythe libéral ». Pour ne prendre que deux exemples, Carlos-Miguel Pimentel considère que la « séparation des pouvoirs » est une notion vide de tout contenu et qu'elle est devenue le plus grand mythe constitutionnel de la modernité libérale, un principe sacro-saint pour toute la tradition juridique de cette tendance¹⁸. Armel Le Divellec, dans *Le gouvernement parlementaire en Allemagne* qualifie de « dogme » le principe de la séparation ou de la division des pouvoirs et il constate que l'idée d'équilibre entre les pouvoirs se conçoit comme « une sorte d'esthétique de théorie constitutionnelle »¹⁹. Or, en érigeant la « séparation des pouvoirs » en pierre angulaire de la théorie des régimes, la doctrine trahit une mécompréhension du parlementarisme²⁰. La « séparation des pouvoirs » n'étant pas un critère adéquat

14. V. *ibid.*, p. 137.

15. V. *ibid.*, p. 138 ; Pierre Pactet & Ferdinand Mélin-Soucranamien, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 26^e éd., 2007, p. 107.

16. V. Elisabeth Zoller, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1998, p. 301.

17. V. Pierre Pactet & Ferdinand Mélin-Soucranamien, *op. cit.*, p. 108.

18. Carlos-Miguel Pimentel, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, n° 102, 2002, p. 119 & 121.

19. Armel Le Divellec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale*, Paris, LGDJ, 2004, n° 37, p. 58 & n° 247, p. 351. La lecture de cet ouvrage, tiré d'une thèse, est essentielle pour comprendre la signification du « gouvernement parlementaire ».

20. *Ibid.*, n° 422, p. 567.

pour sérier les différents régimes politiques, cette partie de la doctrine française contemporaine entend rechercher un critère alternatif.

II – LA RECHERCHE D'UN CRITÈRE ALTERNATIF

À LA « SÉPARATION DES POUVOIRS »

Les auteurs qui rejettent le « mythe libéral de la séparation des pouvoirs » constatent que celle-ci ne saurait constituer un critère fiable de distinction entre les différents régimes politiques. Ils focalisent leur attention sur la notion de « régime parlementaire » et tentent de le définir (A). Ils observent que ce régime ne se caractérise pas par une « collaboration des pouvoirs », mais par une fusion entre la fonction législative et la fonction exécutive. À la division de ces dernières soulignée à l'envi par la doctrine classique, se substitue le dialogue entre la majorité et l'opposition (B).

A – *La définition du « régime parlementaire »*

Dire que le régime dit parlementaire ne peut être envisagé comme une « séparation des pouvoirs », fût-elle souple, ne date pas de la fin du XX^e siècle. C'est dès l'entre-deux-guerres que plusieurs auteurs français, au fait du comparatisme, constatent qu'il s'agit de tout autre chose. Carré de Malberg synthétise les vues de plusieurs auteurs étrangers selon lesquels le régime parlementaire assure un rapprochement constant et une coordination étroite entre les fonctions législative et exécutive ; celles-ci font l'objet d'une « fusion organique »²¹. En 1934, dans « La réforme du parlementarisme », René Capitant observe que « le pouvoir législatif, comme le pouvoir exécutif, est devenu un pouvoir gouvernemental » et que « gouverner c'est légiférer »²². Les auteurs notent le retournement conceptuel subi par une notion classique, celle de « pouvoir exécutif ». Celle-ci est inadéquate car la charge de la fonction dite exécutive n'est plus seulement – si tant est qu'elle l'ait jamais été – d'« exécuter » les lois. Dans son *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, en 1949, Vedel constate que l'expression de pouvoir exécutif est insuffisante et que, dès lors, « mieux vaut parler de pouvoir gouvernemental »²³. Trois ans après le commencement de la V^e République, Paul Gaudemet observe que c'est « un pouvoir d'action » qui dirige l'État et que, pour ce faire, il dispose non seulement de l'administration, comme l'exécutif « classique », mais également du pouvoir d'édicter les règles

21. Raymond Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 47-48.

22. René Capitant, « La réforme du parlementarisme », in *id.*, *op. cit.*, p. 327.

23. Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, p. 160.

législatives indispensables à la mise en œuvre de la politique décidée. Bref, le gouvernement « décide, administre et aussi légifère »²⁴. Lors des débats constitutants en 1958, une note du début du mois de juillet n'hésitait pas à alléguer que la séparation des fonctions législative et exécutive se trouvait « dépourvue de signification dans le contexte politique français du milieu du xx^e siècle », avant d'ajouter sans fard : « gouverner, c'est édicter des dispositions de portée générale, c'est donc au sens matériel du terme, légiférer »²⁵.

Elisabeth Zoller souligne qu'à l'inverse du régime dit présidentiel, qui repose sur la méfiance ou la défiance entre les pouvoirs, un régime parlementaire s'appuie sur leur confiance réciproque²⁶. Dès lors, le principe de la responsabilité politique du gouvernement change de sens : il ne s'agit plus de stopper l'exécutif en le chassant du pouvoir, mais de l'obliger à rendre compte publiquement de sa politique²⁷. Dans *Le gouvernement parlementaire en Allemagne*, Armel Le Divellec dévoile par le menu les fondements du régime parlementaire. Il s'appuie sur l'opinion célèbre de Walter Bagehot selon laquelle la Constitution anglaise se caractérise par « l'étroite union » et « la fusion presque complète du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif ». Contrairement aux lieux communs, la logique institutionnelle du gouvernement parlementaire est la solidarité à la fois organique et fonctionnelle du parlement et du gouvernement²⁸. Selon les termes judicieux de Chateaubriand, le régime parlementaire fait du gouvernement la « créature » du parlement, mais il lui donne simultanément une fonction d'animation, sinon de domination, de ce dernier²⁹. Le parlement « gouverne », mais il le fait essentiellement de façon médiate, par l'entremise du cabinet³⁰. Selon l'auteur, « le parlementarisme est un régime qui donne le dernier mot au parlement et fait du gouvernement à la fois son serviteur et, potentiellement, son maître »³¹. Armel Le Divellec conclut : « Le système parlementaire peut être caractérisé par une structure juridique de solidarité et une logique de complémentarité de l'exécutif et du parlement et, par suite, d'unité politique entre eux »³². Le doyen Vedel s'exclamait déjà en sep-

24. Paul Gaudemet, « La séparation des pouvoirs. Mythe et réalité », *Recueil Dalloz*, 1961, chron. XXIII, p. 124.

25. Archives Solal-Céligny, « Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative (vers le 2 juillet 1958) », in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume I*, Paris, La Documentation française, 1987, p. 333.

26. Elisabeth Zoller, *op. cit.*, p. 298.

27. *Ibid.*, p. 300.

28. Armel Le Divellec, *op. cit.*, n° 38, p. 59 & n° 39, p. 62.

29. *Ibid.*, n° 245, p. 350-351.

30. *Ibid.*, n° 283, p. 394.

31. *Ibid.*, n° 246, p. 351.

32. *Ibid.*, n° 422, p. 568.

tembre 1958 que le régime parlementaire ne reposait pas sur le principe de la « séparation des pouvoirs », mais sur celui de l'unité du pouvoir.

B – *La fusion législatif/exécutif et le dialogue majorité/opposition*

Dès 1958, après avoir assuré que la « séparation des pouvoirs » n'existait pas, que ce soit aux États-Unis ou en Angleterre, le doyen Vedel observait que depuis Victoria, l'Angleterre l'avait remplacée « par le dialogue entre la majorité et l'opposition »³³. Trente ans plus tard, il étendait son observation à la France en affirmant que la véritable « séparation » sur les deux rives de la Manche était « la séparation entre pouvoir majoritaire qui d'un seul tenant est à la fois exécutif et législatif, et opposition »³⁴. Cette constatation n'était pas propre aux juristes. En 1951 déjà, dans son ouvrage pionnier sur *Les partis politiques*, Maurice Duverger apparaissait, paradoxalement de prime abord, parti unique et dualisme des partis³⁵. En effet, quel que fût le système de partis, il y avait tendance à la concentration des pouvoirs. En Angleterre, le parti majoritaire cumulait les prérogatives essentielles du législatif et de l'exécutif. Mais bien entendu, les deux systèmes différaient en ce qu'un type dual limitait le pouvoir et incluait une opposition.

Toutefois, une question subsiste. La séparation majorité/opposition est-elle susceptible de s'appliquer à tous les régimes politiques ? Autrement dit, s'agit-il d'un critère alternatif à la « séparation des pouvoirs » qui permette de classer les différents régimes ? Pour répondre à cette interrogation, il convient de se référer au système très particulier de la V^e République et au régime dit présidentiel. Pour ce qui concerne la Constitution de 1958, deux périodes doivent être distinguées. En période qualifiée par commodité de « normale », la majorité présidentielle, qui se caractérise par la « fusion » entre le Président de la République, le gouvernement et la majorité au parlement ou à tout le moins à l'Assemblée nationale, fait face à l'opposition. En période dite de « cohabitation », se retrouve un schéma plus « classique » de régime parlementaire anglo-saxon ou continental selon lequel la majorité gouvernementale, constituée du gouvernement et de la majorité au parlement ou à tout le moins à l'Assemblée, fait face à l'opposition, avec la particularité que le Président de la République est normalement le chef du parti minoritaire principal. Pour ce qui concerne le régime dit prési-

33. Georges Vedel, « La Constitution de 1958 », *Le Monde*, 19 juillet 1958, in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *op. cit.*, vol. V, p. 345.

34. Georges Vedel, in Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989. Journées d'études des 16-17 mars 1989*, Aix-en-Provence, PUAM-Economica, 1990, p. 148.

35. Maurice Duverger, *Les partis politiques*, Paris, Armand Colin, 1976, p. 515 s.

dentiel, l'application du critère majorité/opposition semble plus malaisée. En effet, il existe un jeu d'interactions entre le Président, le Congrès et le judiciaire, ainsi qu'un système de partis souple aux États-Unis, selon lequel il n'existe pas, d'une part, de majorité et d'opposition tranchées au Congrès, les lignes entre les partis étant poreuses, d'autre part, de « majorité présidentielle » dans l'une ou l'autre des chambres. Ces quelques observations permettent de comprendre que la critique du « mythe de la séparation des pouvoirs » n'est peut-être pas totalement convaincante.

III – LES IMPASSES DE LA CRITIQUE DU « MYTHE »

La critique du « mythe de la séparation des pouvoirs » est à certains égards justifiée. La question reste de savoir si la « séparation des pouvoirs » garde encore un sens ou présente un quelconque intérêt. Les critiques du « mythe » constatent l'existence d'un « pouvoir gouvernemental », en tout cas dans les régimes dits parlementaires. La plupart ne s'en inquiètent guère. Pourtant, les dangers de ce nouveau pouvoir ressortent de leurs analyses mêmes. Lorsque, en 1934, René Capitant expose que la législation dans un État moderne est l'instrument même du gouvernement, que c'est à coups de lois qu'on dirige l'économie d'un pays, qu'on protège une industrie, qu'on élève ou qu'on abaisse les droits de douane, qu'on stimule ou impose des institutions de prévoyance ou d'assurance sociale, lorsqu'il conclut qu'au *xx*^e siècle il n'appartient plus au parlement de légiférer³⁶, il est permis de s'inquiéter. La critique du « mythe » est trop souvent prisonnière d'une conception positiviste du droit. Les insuffisances mêmes de la « séparation des pouvoirs » ont été explicitées dès le *xix*^e siècle par les auteurs libéraux (A). Ceux-ci ont tenté avec plus ou moins de bonheur de trouver des remèdes à l'insuffisance de la théorie (B).

A – *L'insuffisance de la « séparation des pouvoirs »*

Armel Le Divellec prétend que « le constitutionnalisme libéral moderne s'est entièrement construit sur le principe de la "séparation (ou mieux de la "division") des pouvoirs", qui a fini par être érigée au rang de véritable "dogme" »³⁷. Il est permis de ne pas partager ce point de vue. Dès le début du *xix*^e siècle, Benjamin Constant avait lucidement compris les limites de la « séparation des pouvoirs ». Carl Schmitt, lecteur du Français, s'en rendit compte. Quant à Hayek, il a exposé dans les années 1970 avec sévérité l'échec du constitutionnalisme classique.

36. René Capitant, « La réforme du parlementarisme », in *id.*, *op. cit.*, p. 327-328 & 335.

37. Armel Le Divellec, *op. cit.*, n° 37, p. 58.

Certes, Constant soutient de manière traditionnelle la nécessité de la « division des pouvoirs » en tant que « garantie de la liberté »³⁸. Certes, il place sans originalité le pouvoir législatif au premier rang en dignité³⁹, mais il n'est pas un tenant d'une conception « rigide » de la « séparation des pouvoirs » puisqu'il affirme notamment que la fonction exécutive doit posséder un droit de *veto*, sous peine que la « division des pouvoirs » ne devienne un fléau⁴⁰. Surtout, il conçoit remarquablement bien le caractère indispensable, mais incomplet, de la seule « division des pouvoirs ». Tant dans ses *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs* que dans son *Cours de politique constitutionnelle*, se retrouvent les mêmes lignes : « Vous avez beau diviser les pouvoirs : si la somme totale du pouvoir est illimitée, les pouvoirs divisés n'ont qu'à former une coalition et le despotisme est sans remède. Ce qui nous importe, ce n'est pas que nos droits ne puissent être violés par tel pouvoir, sans l'approbation de tel autre, mais que cette violation soit interdite à tous les pouvoirs »⁴¹.

Lecteur – critique – de Constant, même si sa conception du libéralisme est superficielle, Carl Schmitt expose avec clarté qu'une constitution libérale comporte deux principes. Bien sûr, il existe un principe d'organisation, contenu dans la théorie de la « séparation des pouvoirs ». Mais ce principe ne sert qu'à mettre en application un principe de répartition, *i. e.* le fait que la sphère de la liberté individuelle est une donnée antérieure à l'État et que cette liberté soit en principe illimitée⁴². Dans ce schéma, la « séparation des pouvoirs » n'est pas tant une organisation historique concrète qu'un schéma théorique dont l'élaboration éclaire le principe d'organisation⁴³.

Dans *Droit, législation et liberté* et plus précisément dans son premier volume, Hayek définit en liminaire le constitutionnalisme comme un gouvernement contenu dans des limites. Il dresse un constat d'échec de la « séparation des pouvoirs » voulue par Montesquieu et les constituants américains comme sauvegarde institutionnelle à la liberté de l'individu. En effet, les gouvernements ont obtenu par des moyens constitutionnels les pouvoirs qu'on ne souhaitait pas leur attribuer⁴⁴. Quelles

38. Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, in *id.*, *Cours de politique constitutionnelle*, J.-P. Pagès (éd.), Bruxelles, Société Belge de Librairie, 3^e éd., 1837, p. 5.

39. *Id.*, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, Henri Grange (éd.), Paris, Aubier, II, III, p. 151.

40. *Id.*, *Cours de politique constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 5.

41. *Ibid.*, « Développements », I, p. 69 ; *id.*, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, in *id.*, *Écrits politiques*, Marcel Gauchet (éd.), Paris, Gallimard, 1997, p. 317.

42. Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. Lilyane Deroche, Olivier Beaud (éd.), Paris, PUF, 1993, p. 264-265.

43. *Ibid.*, p. 325.

44. Friedrich A. Hayek, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique. Volume I : Règles et ordre*, trad. Raoul Audouin, Paris, PUF, 2^e éd., 1985, p. 1.

ont été les causes de cet échec ? Elles tiennent essentiellement au recours à la législation pour autoriser la contrainte et aux fonctions gouvernementales remplies par les assemblées législatives⁴⁵.

Ainsi, contrairement aux lieux communs, les libéraux ont dès le début du XIX^e siècle pris conscience de l'insuffisance de la « séparation des pouvoirs » et ils ont tenté d'y apporter des remèdes.

B – LES REMÈDES À L'INSUFFISANCE DE LA THÉORIE

Benjamin Constant constate les limites de la théorie de Montesquieu. La « division du pouvoir » est nécessaire, mais insuffisante. Le Pouvoir peut être restreint en le divisant par des combinaisons ingénieuses, par la mise en opposition et en équilibre de ses différentes parties. Mais encore faut-il que la somme totale du pouvoir ne soit pas illimitée. La première question est logiquement celle de la « souveraineté populaire » qui, pour être nécessaire, n'en doit pas moins être limitée. Bref, « avant d'avoir organisé une chose, il faut en avoir déterminé la nature et l'étendue »⁴⁶. Comment dès lors la souveraineté peut-elle être limitée ? Constant donne cursivement deux réponses à cette question. La limitation de la souveraineté sera garantie d'abord par l'opinion, *i.e.* « la force qui garantit toutes les vérités reconnues », ensuite « par la distribution et par la balance des pouvoirs »⁴⁷. Il est fort surprenant que l'auteur ne s'inspire pas du paradigme américain – qu'il connaissait pourtant bien –, et ce qu'il s'agisse du fédéralisme ou du contrôle de constitutionnalité des lois⁴⁸. S'il n'en fait mention, ici comme ailleurs, c'est qu'il n'a jamais prôné ces solutions pour le régime, républicain puis monarchique, qu'il appelait de ses vœux en France.

Les remèdes trouvés par Hayek à l'insuffisance de la théorie de la « séparation des pouvoirs » s'évincent des raisons mêmes de l'échec de cette théorie. En liminaire du premier volume de *Droit, législation et liberté*, le Viennois se lamente de la perversion de la législation comme instrument de contrainte, d'une part, et de la fusion entre les mains des assemblées représentatives d'une double mission : la dénonciation des « règles de juste conduite » et la direction du gouvernement, d'autre part⁴⁹. Or, le fait qu'un même corps représentatif pose les règles et dirige le gouvernement induit une transformation progressive de l'ordre spontané en ordre totalitaire⁵⁰. Dans le troisième volume du même ouvrage,

45. *Ibid.*, p. 2 & 155 s.

46. Benjamin Constant, *Principes...*, in *id.*, *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 320.

47. *Ibid.*, p. 321.

48. V. Jean-Philippe Feldman, « Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant », *cette Revue*, n° 76, 2008, p. 675-702.

49. Friedrich A. Hayek, *op. cit.*, p. 2.

50. *Ibid.*, p. 3.

Hayek dessine les linéaments d'une constitution libérale qui se caractériserait entre autres par une séparation des fonctions au sein même d'un parlement bicaméral : une assemblée législative aurait pour objet de poser les règles de juste conduite, tandis qu'une assemblée gouvernementale – l'expression retient l'attention – aurait pour tâche de mettre en application ces règles⁵¹. Ainsi, loin de prendre acte du décès de la doctrine classique, Hayek la revivifie. Il contredit point par point les opposants actuels de la « séparation des pouvoirs ». En premier lieu, il martèle que « gouverner est autre chose que légiférer »⁵². En second lieu, il tient qu'une « séparation des pouvoirs » bien entendue garde sa prime signification : tout exercice de la contrainte par le gouvernement doit être permis par une règle générale de juste conduite, approuvée par un corps constitué, lequel n'a pas à tenir compte des objectifs poursuivis momentanément par ce gouvernement⁵³.

LA CONSTITUTION DE LA LIBERTÉ

Un constitutionnalisme est-il concevable en présence d'une fusion entre la fonction législative et la fonction exécutive ? Pour exprimer autrement cette idée, une fonction « gouvernementale » est-elle compatible avec un régime de liberté ? Une « séparation des pouvoirs » contemporaine peut-elle être simplement garantie par l'existence d'une fonction judiciaire et/ou d'une opposition ? Le risque d'une confrontation entre fonction gouvernementale et fonction juridictionnelle reste la surpuissance de la première en tant que titulaire d'une légitimité supérieure, voire inconnue de la seconde. Une jurisprudence des juges constitutionnels considérée comme inadéquate ou inopportune peut toujours être renversée par le truchement d'une révision de la Constitution. Mais la principale objection contre une division binaire, fonction gouvernementale/fonction judiciaire, reste l'intrusion de la « volonté particulière » dans le domaine des lois générales et impersonnelles. À partir du moment où celui qui exécute la loi est aussi celui qui la fait, la Liberté est en danger et il est à craindre que l'opposition du juge constitutionnel ne soit pas en elle-même suffisante.

Le caractère largement « mythique » de la doctrine de la « séparation des pouvoirs » est en lui-même un témoignage de la crise du constitu-

51. *Id.*, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique. Volume 3 : L'ordre politique d'un peuple libre*, trad. Raoul Audouin, Paris, PUF, 1983, p. 124 & 133 s.

52. *Ibid.*, p. 27.

53. *Ibid.*, p. 30.

tionnalisme. Quelle que soit la compréhension de l'œuvre de Montesquieu, il reste une même définition du constitutionnalisme, à savoir une lutte contre l'arbitraire, sous toutes ses formes. Le constitutionnalisme suppose donc la réunion de trois éléments fondamentaux : une « séparation des pouvoirs » bien entendue, *i.e.* la distribution des fonctions avec une suffisante indépendance des organes⁵⁴, une « séparation » qui se décline tant sur le plan « horizontal » au sein de l'État *stricto sensu* que sur le plan « vertical » par le biais d'un authentique fédéralisme ou à tout le moins une profonde décentralisation ; le respect strict du principe de subsidiarité, lui aussi entendu d'abord et avant tout de manière « horizontale » par une séparation étanche entre la sphère de la société civile et celle de l'État, ensuite « verticale » par une conception remontante de l'individu aux différentes collectivités territoriales, puis à l'État, en dernier ressort à l'Union européenne ; enfin, le respect des droits de l'homme, garantis par une Constitution digne de ce nom. On ne martèlera jamais assez qu'une constitution doit être comprise avant tout comme une garantie contre l'arbitraire, autrement dit qu'elle doit être conçue comme un instrument de limitation du Pouvoir et non pas seulement d'aménagement des « pouvoirs »⁵⁵. Le noble objectif des concepteurs de la « séparation des pouvoirs » reste plus que jamais d'actualité : limiter le Pouvoir.

54. Stéphane Rials, « Des droits de l'homme aux lois de l'homme. Aux origines de la pensée juridique moderne », *Commentaire*, été 1986, vol. 9, n° 34, p. 288.

55. V. Jean-Philippe Feldman, *De la Constitution de la V^e République à la Constitution de la Liberté*, Institut Charles Coquelin, 2008.