

Le principe de séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

*Chloé MATHIEU, attachée temporaire d'enseignement et de recherche,
Université Montpellier I*

I. Le traitement dogmatique de la séparation entre les pouvoirs politiques

A. L'étanchéité générale de la séparation organique entre les pouvoirs politiques : la reprise manifeste d'un dogme doctrinal

1. L'autonomie financière des pouvoirs publics, instrument efficace de l'indépendance organique
2. Les garanties quant à la composition et l'autonomie des organes, instruments efficaces de l'indépendance organique

B. L'étanchéité partielle de la séparation fonctionnelle entre les pouvoirs politiques : la défense partielle du dogme constituant

1. L'étanchéité absolue de la séparation fonctionnelle des pouvoirs en raison de la pleine réception du dogme constituant
2. Le refus ponctuel d'une séparation fonctionnelle étanche : la mise à l'écart intéressée du dogme

II. Le traitement pragmatique de la séparation entre les pouvoirs juridictionnels

A. La séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits : une utilisation attendue

1. L'étanchéité de la séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits
2. La perméabilité de la séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits

B. La séparation des pouvoirs au détriment de la garantie des droits : une concession jugulée

1. Une concession partiellement maîtrisée : les cas de perméabilité imposés par la Constitution
2. Une concession pleinement maîtrisée : les cas de perméabilité façonnés par le Conseil constitutionnel

1. Basée sur l'œuvre maîtresse de Montesquieu, la théorie de la séparation des pouvoirs a suscité en France, et pendant près de deux siècles, l'intérêt constant de la doctrine. Puis, durant la seconde moitié du XX^{ème} siècle, deux éléments ont porté un coup d'arrêt à cet engouement. La science politique, d'une part, en venant démontrer que la séparation des pouvoirs était inappliquée dans les faits en raison de l'apparition du fait majoritaire¹. La constitutionnalisation par le Conseil constitutionnel du Préambule de la Constitution de 1946 et de la Déclaration de 1789², d'autre part, en ce qu'elle aurait substitué la « Constitution garantie des droits » à la « Constitution séparation des pouvoirs »³.

2. Toutefois, ce dernier élément ne saurait conduire à penser que la séparation des pouvoirs est devenue une notion anachronique, et ce pour deux raisons. D'une part, parce que dans la mesure où la séparation des pouvoirs protège les citoyens de la confusion et de l'arbitraire du pouvoir, elle est incontestablement un instrument de garantie des droits. D'autre part, parce qu'en constitutionnalisant le préambule de 1958 et, partant, celui de 1946 et la Déclaration de 1789, le Conseil a certes consacré un large panel de droits et libertés, mais il a également fait de la séparation des pouvoirs, qui était jusque là une théorie « tombée en désuétude »⁴, une norme constitutionnelle à part entière⁵. Le Conseil va alors y avoir recours de plus en plus fréquemment à compter des années 1980.

3. Aujourd'hui, le principe de la séparation des pouvoirs a infiltré une large partie du contentieux constitutionnel, si bien qu'une étude du traitement que lui réserve l'aile Montpensier devient véritablement nécessaire. Toutefois, l'exercice de systématisation que suppose une telle étude est rendu délicat par la profusion des décisions dans lesquelles il est fait application – expressément ou implicitement⁶ - de la séparation des pouvoirs. Plusieurs étapes sont nécessaires afin de pallier cette difficulté.

4. Tout d'abord, il convient de déterminer le champ d'application du principe de séparation des pouvoirs. Classiquement, il est fait référence à une trilogie des pouvoirs, qui comprendrait l'exécutif,

¹ A moins, comme le suggère M. Troper, de considérer que la séparation des pouvoirs n'est qu'un simple principe de non-confusion des pouvoirs (M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., Paris, 1973, 251 p.).

² Décision C.C., n°71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, J.O. du 18 juillet 1971, p. 7114, Rec. p. 29.

³ Voir not. D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *R.D.P.*, 1990, n°1, p. 7 et s.

⁴ N. Wahl, « L'évolution de la séparation des pouvoirs en France depuis 1958 », in *Le constitutionnalisme aujourd'hui, Acte de colloque des 7, 8 et 9 juin 1979 à Bordeaux, sous la direction de J.L. SEURIN*, Paris, Economica, 1984, p. 85.

⁵ Le principe de séparation des pouvoirs apparaît pour la première fois dans la décision C.C., n°79-104 DC du 23 mai 1979, Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'Etat, J.O. du 25 mai 1979, Rec. p. 27, cons. 9.

⁶ Une étude du traitement jurisprudentiel du principe de séparation des pouvoirs ne saurait se contenter de l'analyse des décisions dans lesquelles le terme « séparation des pouvoirs » apparaît. Il convient également d'y intégrer les décisions dans lesquelles il est fait application d'une norme de référence « inspirée » de la séparation des pouvoirs, comme la distinction entre les domaines de la loi et du règlement prévue par les articles 34 et 37 de la Constitution.

le législatif et le judiciaire⁷. C'est d'ailleurs cette idée que le juge constitutionnel a retenu dans un premier temps⁸. Trois « blocs » bénéficiaient alors du principe de séparation des pouvoirs : l'Exécutif, composé du Président de la République, du Premier ministre, du Gouvernement, du C.E.S.E., et des autorités administratives *largo sensu* ; le Parlement, composé à la fois du Parlement-législateur et des différentes instances parlementaires⁹ ; et le pouvoir juridictionnel, comprenant les deux ordres de juridictions, les juridictions spéciales et les services afférents. Toutefois, il semble qu'un quatrième pouvoir se détache progressivement. En effet, les A.A.I, initialement rattachées au pouvoir exécutif par le Conseil¹⁰, semblent aujourd'hui être en passe de constituer un pouvoir indépendant¹¹ dans la jurisprudence constitutionnelle.

5. Il convient, ensuite, pour déterminer le traitement jurisprudentiel du principe de séparation des pouvoirs, d'examiner les décisions du Conseil à la lumière d'une double interrogation. Il faut en effet se demander, d'une part, si la haute instance fait application d'une séparation étanche des pouvoirs, excluant tout contact de quelque nature que ce soit entre les différents pouvoirs, ou d'une séparation perméable, synonyme d'interdépendance, de collaboration, voire même de confusion des pouvoirs. Il convient également de se demander, d'autre part, si la jurisprudence constitutionnelle confirme la crainte de la doctrine, qui accuse le Conseil d'instrumentaliser le principe de séparation des pouvoirs afin de poursuivre un but - plus ou moins – identifié¹² ?

6. Ainsi examinée, la jurisprudence relative au principe de séparation des pouvoirs révèle un traitement dualiste de ce principe. En effet, lorsqu'il en est fait application entre les pouvoirs politiques, le Conseil constitutionnel applique presque systématiquement une séparation étanche des

⁷ Pour un rappel de l'évolution de la manière d'appréhender le juge, voir not. F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, L.G.D.J., Paris, 2010, 212 p. ou, du même auteur, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 678 p. Aujourd'hui, rares sont ceux qui, comme I. Boucobza (I. Boucobza, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, 2012, n°143, pp. 73-87), continuent de penser qu'il n'existe pas de pouvoir juridictionnel en France.

⁸ Ce faisant, le juge constitutionnel a exclu tant l'existence d'une séparation verticale des pouvoirs, comme l'existence de pouvoirs tels que les médias, la société civile, ...

⁹ L'Assemblée nationale, le Sénat, les présidents de chacune de ces assemblées, les différentes commissions ou organes parlementaires.

¹⁰ A titre d'exemple, on peut citer la décision C.C., n°86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, J.O. du 19 septembre 1986, p. 11294, Rec. p. 141 : « la Commission nationale de la communication et des libertés sera, à l'instar de toute autorité administrative, soumise à un contrôle de légalité qui pourra être mis en œuvre tant par le Gouvernement, qui est responsable devant le Parlement des activités des administrations de l'Etat, que par toute personne qui y aurait intérêt » (cons. 23).

¹¹ La thèse d'un quatrième pouvoir constitué par les A.A.I. est essentiellement nourrie par le fait que le Conseil ait aujourd'hui abandonné la qualification d' « autorité administrative » (décision C.C., n°86-217 DC, préc.), dont l'épithète était lourd de sens au profit de la qualification d' « autorités non-juridictionnelles » (voir not. décision C.C., n°89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la transparence et à la sécurité du marché financier, J.O. du 1er août 1989, p. 9676, Rec. p. 71, cons. 18). Il convient toutefois d'admettre que, pour être certain de l'existence de ce quatrième pouvoir, il faudrait que le Conseil contrôle une disposition législative mettant en scène une A.A.I. et un organe du pouvoir exécutif à la lumière du principe de séparation des pouvoirs. Mais comme en témoignent les décisions C.C., n°2013-675 DC et C.C., n°2013-676 DC, la haute instance n'a pas l'air encore disposée à franchir ce pas.

¹² Sur l'idée d'instrumentalisation du principe de séparation des pouvoirs, voir not. N. Wahl, « L'évolution de la séparation des pouvoirs en France depuis 1958 », in *Le constitutionnalisme aujourd'hui, Acte de colloque des 7, 8 et 9 juin 1979 à Bordeaux*, J. L. Seurin (dir.), Paris, Economica, 1984, pp. 85-90.

pouvoirs, tant sur le plan organique que sur le plan fonctionnel. Ce faisant, le Conseil constitutionnel semble reprendre deux dogmes, l'un développé par la doctrine, et le second par le constituant (**I.**). En revanche, lorsqu'il est fait application du principe entre les pouvoirs juridictionnel et politiques, le juge constitutionnel se libère de tout dogmatisme en retenant une approche pragmatique mue par un seul but : la garantie des droits. Le Conseil appliquera en effet tantôt une séparation étanche, tantôt une séparation perméable selon ce qui sera bénéfique pour cette dernière (**II.**).

I. LE TRAITEMENT DOGMATIQUE DE LA SEPARATION ENTRE LES POUVOIRS POLITIQUES

7. Lorsqu'il s'agit de faire application du principe de séparation des pouvoirs entre les pouvoirs politiques, le Conseil constitutionnel retient une approche dogmatique de ce principe. En effet, sur le plan organique, la jurisprudence constitutionnelle reprend l'idée commune à la doctrine relative à la séparation des pouvoirs¹³ pour appliquer une séparation étanche, synonyme d'indépendance des organes (**A.**). Sur le plan fonctionnel, c'est au dogme constituant, développé en réaction aux régimes de la III^e et IV^e Républiques, instituant globalement une séparation étanche entre le Parlement et l'Exécutif¹⁴ qu'a choisi d'être relativement fidèle le juge constitutionnel (**B.**).

A. L'étanchéité générale de la séparation organique entre les pouvoirs politiques : la reprise manifeste d'un dogme doctrinal

8. Malgré la diversité de positions doctrinales sur la séparation des pouvoirs, il existe un dénominateur commun à chacune d'entre elles : la nécessité d'une indépendance organique. Il est alors intéressant de constater que le Conseil choisit de suivre la doctrine en faisant de cette indépendance la ligne directrice de sa jurisprudence. Plus précisément, c'est à l'aide de deux instruments distincts que le juge constitutionnel protège l'indépendance des pouvoirs politiques. Un premier instrument relativement récent et efficace, découvert par le Conseil constitutionnel en 2001¹⁵ : le principe l'autonomie financière des pouvoirs publics (**1.**). L'indépendance est également permise grâce à un certain nombre de garanties relatives à la composition et à la structure des organes (**2.**).

¹³ Voir not. P. Jan, "Les séparations du pouvoir", in *Mélanges Gicquel- Constitution et pouvoirs*, Montchrétien, Paris, 2008, pp. 255-26 ; Montesquieu, *L'Esprit des lois*, 1748. Plus généralement, la quasi-totalité de la doctrine s'accorde sur la nécessité d'une séparation organique entre les pouvoirs.

¹⁴ Voir les nombreux débats qui ont précédé l'élaboration du texte de la Constitution du 4 octobre 1958 (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, t. II, La Documentation française, Paris, 1987, 787 p.). Il est toutefois évident que cette séparation étanche connaît certaines exceptions liées aux mécanismes propres au régime parlementaire.

¹⁵ Décision C.C., n°2001-448 DC du 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances, JO du 2 août 2001, p. 12490, Rec. p.99.

1. L'autonomie financière des pouvoirs publics, instrument efficace de l'indépendance organique

9. Pour Montesquieu, « il est impossible que les richesses ne donnent pas du pouvoir »¹⁶. Par conséquent, la maîtrise de son budget par un organe est un élément déterminant de son autonomie. En 2001¹⁷, reconnaissant de manière inattendue l'existence d'un principe constitutionnel d'autonomie financière des pouvoirs publics fondé sur le principe de séparation des pouvoirs, le Conseil prend acte de cette affirmation. Malgré l'indétermination qui entoure les notions d' « autonomie financière »¹⁸ et de « pouvoir public », le principe d'autonomie financière doit permettre au Conseil constitutionnel d'assurer l'indépendance des pouvoirs politiques à l'aide d'une séparation étanche des pouvoirs. Pour ce faire, deux conditions doivent être réunies.

10. En premier lieu, il faut que le principe d'autonomie financière, à défaut de profiter à l'ensemble des organes politiques, soit applicable à un grand nombre d'entre eux. Or, puisque seuls les « pouvoirs publics » bénéficient de l'autonomie financière, il convient de se définir cette notion. Le recours à la doctrine ou aux acteurs institutionnels est ici de peu de secours dans la mesure où aucun d'eux n'est parvenu à élaborer une définition satisfaisante¹⁹, si ce n'est pour s'accorder sur l'idée que la notion de « pouvoirs publics » désigne des organes, l'autonomie financière n'ayant de sens qu'en tant qu'elle bénéficie à un organe. Il est donc nécessaire de faire appel au droit positif, et plus précisément à la jurisprudence constitutionnelle. Au vu des décisions et des documents annexes produits par le Conseil²⁰, méritent la qualification de « pouvoir public » la présidence de la République, le Premier ministre, les assemblées parlementaires ainsi que le Conseil constitutionnel lui-même, la Haute Cour et la Cour de Justice de la République²¹. Les notions de « pouvoirs publics » et

¹⁶ Cité in M. Deguegue, « Relire aujourd'hui les Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et leur décadence de Montesquieu », in *Confluences : mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2007, pp. 43-44.

¹⁷ Décision C.C., n°2001-448 DC, préc.

¹⁸ Pour J.-C. Maitrot, si l'autonomie financière n'a jamais reçu « de définition vraiment précise, c'est en raison de sa complexité. C'est un concept mouvant, changeant, aux aspects infiniment variés subissant l'influence de certaines conceptions politiques et des inspirations du moment. C'est moins un cadre théorique et rigide qu'une réalité vivante, d'où l'intérêt et la difficulté de son étude » (J.-C. Maitrot, *Recherches sur la notion d'autonomie financière en droit public* th. dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1972, p. XIII).

¹⁹ La définition donnée tant par les acteurs institutionnels que par la doctrine est en effet peu satisfaisante. Celle des acteurs institutionnels parce qu'elle est davantage une énumération qu'une définition, et que cette énumération ne semble pas pertinente. Sur ce point, voir les débats parlementaires à l'occasion de l'adoption de la LOLF. Depuis 2008, le législateur financier estime que relèvent de la catégorie des pouvoirs publics : la présidence de la République, l'Assemblée nationale, le Sénat, La Chaîne parlementaire, les indemnités des représentants français au Parlement européen, le Conseil constitutionnel, la Haute Cour et, enfin, la Cour de Justice de la République. La définition donnée par la doctrine n'apporte pas plus satisfaction, puisque la seule étude relative à la notion de « pouvoir public » n'est pas adaptée à saisir ces derniers dans le cadre de l'autonomie financière. Voir G. Druésne, « Réflexions sur la notion de pouvoirs publics en droit public français », *R.D.P.*, 1978, pp. 1147-1215.

²⁰ Voir notamment le commentaire autorisé de la décision C.C., n°2001-456 DC, p. 7.

²¹ L'inclusion du Conseil constitutionnel, de la Haute Cour et de la Cour de Justice de la République dans le champ d'application du principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics est une exception au principe selon lequel les juridictions ne bénéficient pas de ce principe, leur budget relevant du ministère de la Justice. Sur

de « pouvoirs politiques » se distinguent alors à un double titre. Elles se distinguent dans la mesure où la première désigne nécessairement des organes, alors que la seconde désigne des groupes d'organes. Les deux notions diffèrent également dans la mesure où les « pouvoirs publics » sont à la fois plus restreints, en ce qu'ils ne désignent pas la totalité des organes des pouvoirs politiques, et plus larges que les pouvoirs politiques, en ce qu'ils débordent les seuls pouvoirs politiques pour désigner certains organes juridictionnels²². Malgré ces différences quant au champ d'application de chacun des deux principes, il faut admettre que les deux principaux organes des pouvoirs politiques²³ bénéficient du principe d'autonomie financière, de telle sorte que le champ d'application de ce dernier est suffisamment étendu pour contribuer à faire de ce principe une garantie satisfaisante de l'indépendance des pouvoirs politiques.

11. En second lieu, il faut que le principe d'autonomie financière revête une portée suffisamment étendue pour assurer l'indépendance financière des organes qui en bénéficient. Or, la jurisprudence constitutionnelle n'est pas décevante de ce point de vue, puisque l'examen des décisions révèle que le principe d'autonomie financière protège doublement les pouvoirs publics. Au stade de la définition des crédits, d'une part, il confère aux pouvoirs publics une autonomie absolue. Le Conseil a en effet estimé que devait être respectée « la règle selon laquelle les pouvoirs publics constitutionnels déterminent eux-mêmes les crédits nécessaires à leur fonctionnement »²⁴. Au stade de l'utilisation des crédits, d'autre part, la haute instance a jugé que le principe de l'autonomie financière confère aux pouvoirs publics une certaine indépendance, laquelle exclut que l'utilisation des crédits des pouvoirs publics se voie attribuer des indicateurs de performance ou des objectifs²⁵. A première vue, aucun contrôle ne peut donc avoir lieu sur l'exécution du budget des pouvoirs publics. Pourtant, l'autonomie de ces derniers au stade de l'exécution n'est pas absolue. En effet, elle est tempérée à la fois, de

l'exclusion du pouvoir juridictionnel du bénéfice du principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics, voir not. E. Douat (dir.), *Les budgets de la justice en Europe*, La documentation française, 2001, 501 p.

²² La dérogation pour ces trois organes semble se justifier en raison de la nature hautement politique leur activité, le Conseil constitutionnel, la Cour de justice de la République et la Haute Cour étant des organes hautement politiques. Il semble donc que le critère « politique » ne soit pas le critère le plus distinctif entre les notions de « pouvoirs publics » et de « pouvoirs politiques ».

²³ Le Président de la République et le Premier ministre pour le pouvoir exécutif et, pour le Parlement, les deux assemblées.

²⁴ Décision C.C., n°2001-456 DC du 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, J.O. du 29 décembre 2001, p. 21159, Rec. p. 180, cons. 47. Il convient de noter que cette règle a fait l'objet d'une application critiquée en août 2012 (décision C.C., n°2012-654 DC du 9 août 2012, Loi de finances rectificative pour 2012, J.O. du 17 août 2012, p. 13496, Rec. p. 461, cons. 79-83) lorsqu'elle a conduit le Conseil constitutionnel à censurer une disposition législative qui prévoyait que le traitement du Président de la République serait revu à la baisse. Sur ce point, voir O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, 2012.

²⁵ La LOLF prévoit en effet que les crédits des pouvoirs publics dérogeront à la spécialisation par programme au profit d'une spécialisation par dotation (art. 7). La spécialisation par dotation est marginale, elle n'est prévue par le législateur organique que dans trois hypothèses : pour les dépenses accidentelles, les mesures générales en matière de rémunération dont la fixation par programme ne peut être déterminée avec précision au moment du vote des crédits et pour les crédits des pouvoirs publics (article 7, I, 1° et 2° et article 7, I, alinéa 3 de la LOLF). En adoptant cette disposition, le législateur organique n'a donc fait qu'« assurer la sauvegarde du principe d'autonomie financière des pouvoirs publics » (Décision C.C., n°2001-448 DC, préc., cons. 25).

manière effective et dissymétrique par les mécanismes inhérents au parlementarisme²⁶ et, virtuellement par l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics²⁷ qui est susceptible, à l'avenir, d'entraîner une limitation de la liberté dont disposent les pouvoirs publics dans l'utilisation de leurs crédits²⁸.

12. Le principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics constitue donc un premier instrument efficace en vue d'assurer une séparation organique étanche entre les pouvoirs politiques. Toutefois, le principe de l'autonomie financière n'est pas suffisant pour assurer à lui seul cette indépendance, c'est pourquoi il est complété par un certain nombre de garanties.

2. Les garanties relatives à la composition et l'autonomie des organes, instruments efficaces de l'indépendance organique

13. Le principe de séparation des pouvoirs exige l'indépendance des organes. Cette indépendance s'applique classiquement vis-à-vis des autres pouvoirs que celui dont ils relèvent, mais également vis-à-vis d'entités extérieures au champ d'application de la séparation des pouvoirs²⁹. Toutefois, seul le respect de la première pourra être contrôlé par le Conseil à la lumière du principe de séparation des pouvoirs. Pour ce faire, le juge constitutionnel devra s'assurer que les dispositions législatives soumises à son contrôle ne permettent pas à un pouvoir, d'une part, de participer à la détermination de la composition d'un organe relevant d'un autre pouvoir ni, d'autre part, de porter atteinte à son autonomie fonctionnelle.

14. En premier lieu, l'indépendance dont bénéficie un organe au stade de sa composition exclut d'abord, selon la théorie classique de la séparation des pouvoirs, qu'un pouvoir autre que celui dont il relève puisse participer à la nomination de ses membres. Les décisions du Conseil ne révèlent pourtant aucune trace de l'application de cette règle aux organes de l'Exécutif et du Parlement. Mais ce silence de la jurisprudence constitutionnelle ne signifie pas pour autant que l'indépendance de ces derniers n'est pas assurée. En effet, la Constitution, lorsqu'elle ne prévoit pas l'élection des membres des

²⁶ La Constitution prévoit, d'une part, que la Cour des comptes « assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et de l'application des lois de financement de la sécurité sociale ainsi que dans l'évaluation des politiques publiques » (art. 47-2 C.) et, d'autre part, que le Parlement dispose de certaines prérogatives en matière de contrôle de l'action du Gouvernement, notamment dans le domaine budgétaire (art. 24 C.). Par ces deux dispositions, le constituant semble avoir exclu toute possibilité de retenir une conception absolue de l'autonomie financière des pouvoirs publics au stade de l'exécution du budget. Il convient pourtant de noter que les tempéraments constitutionnels au principe de l'autonomie financière revêtent un caractère dissymétrique dans la mesure où ils octroient au Parlement un pouvoir de contrôle sur l'exécution du budget du pouvoir exécutif sans prévoir de mécanisme identique au profit de ce dernier.

²⁷ Voir not. décision C.C., n°2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, J.O. du 3 juillet 2003, p. 11205, Rec. p. 382, cons. 18 et décision C.C., 2003-489 DC du 29 décembre 2003, Loi de finances pour 2004, J.O. du 31 décembre 2003, p. 22636, Rec. p. 487, cons. 33.

²⁸ Voir, par analogie, la décision C.C., n°2003-489 DC, préc., dans laquelle le Conseil constitutionnel admet qu'il convient de concilier l'exigence de bon usage des deniers publics et les principes de libre administration et de libre disposition de leurs ressources par les collectivités territoriales (cons. 33).

²⁹ On pense ici aux groupes de pression, syndicats, partis politiques, médias...

organes³⁰, reprend généralement cette règle³¹. Dès lors, toute disposition législative qui ne respecterait pas ces dispositions constitutionnelles se verrait censurée sur ce fondement, sans qu'il soit nécessaire de faire appel au principe de séparation des pouvoirs. Ce n'est donc qu'à la marge que la haute instance pourrait un jour avoir recours à ce principe pour censurer une disposition législative prévoyant qu'un organe participe à la nomination des membres d'un autre organe alors même que chacun d'entre eux relève d'un pouvoir politique distinct³², et il est alors fort probable que le Conseil maintiendrait son approche étanche de la séparation afin de préserver l'indépendance de l'organe dont la disposition législative organise la nomination des membres.

Le constat est bien différent s'agissant des A.A.I. En effet, la question des modalités de nomination des membres de ces dernières n'est pas absente de la jurisprudence du Conseil, qui témoigne de l'attachement de ce dernier au respect de leur indépendance³³. Mais c'est une conception perméable de la séparation des pouvoirs que retient le juge constitutionnel afin de contrôler les dispositions législatives relatives aux modalités de nomination des membres des A.A.I. La spécificité institutionnelle de ces dernières veut en effet que plus les pouvoirs participant à la nomination de leurs membres seront nombreux, moins les risques de dépendance à l'égard de l'un de ces pouvoirs seront importants. C'est donc bien, par exception, la pluralité des sources de nomination qui garantit l'indépendance de ces organes particuliers que sont les A.A.I.

15. Ensuite, l'indépendance d'un organe au stade de sa composition exclut également qu'un pouvoir autre que celui dont il relève ait la faculté de mettre un terme aux fonctions de ses membres. Le Conseil, lorsqu'il en a l'occasion, applique strictement cette règle pour les A.A.I. C'est par exemple ce qui a pu le conduire à formuler une réserve d'interprétation précisant que le Premier ministre ne pourrait mettre fin aux fonctions des adjoints du Défenseur des droits que sur proposition de celui-ci³⁴. S'agissant de l'Exécutif et du Parlement, la question de l'application de cette règle est plus complexe. En effet, le Conseil n'a jamais été confronté à une disposition législative prévoyant des

³⁰ Voir l'article 6 de la Constitution pour l'élection du Président de la République et l'article 24 alinéas 3 et 4 de la Constitution pour l'élection des députés et des sénateurs.

³¹ Voir l'article 8 de la Constitution qui prévoit les modalités de nomination du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement, et l'article 71 de la Constitution qui prévoit la composition du C.E.S.E.

³² Le principe de séparation des pouvoirs ne jouerait donc un rôle que dans des hypothèses marginales. On peut par exemple imaginer que le Conseil censurerait sur ce fondement une disposition législative qui prévoirait l'intervention d'un organe du Parlement dans la nomination de membres du C.E.S.E. ou qui prévoirait l'intervention d'un organe de l'Exécutif dans la nomination de membres d'un organe parlementaires.

³³ Ce n'est que récemment que le juge constitutionnel a identifié le principe de séparation des pouvoirs comme étant le fondement de cette exigence d'indépendance : décision C.C., n°2012-280 QPC du 12 octobre 2012, Société du Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction], J.O. du 13 octobre 2012, p. 16031, Rec. p. 529, cons. 16. Avant cette décision, le Conseil constitutionnel ne semblait pas se soucier de l'existence d'un fondement à l'exigence d'indépendance des A.A.I., qui semblait résulter tantôt de l'intention du législateur de conférer une certaine indépendance à l'autorité administrative (voir par ex. la décision C.C., n°86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, J.O. du 19 septembre 1986, p. 11294, Rec. p. 141, cons. 96), tantôt de l'importance de la mission qui lui était confiée (voir par ex. la décision C.C., n°94-352 DC du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, J.O. du 21 janvier 1995, p. 1154, Rec. p. 170, cons. 6).

³⁴ Décision C.C., n°2011-626 DC du 29 mars 2011, Loi organique relative au Défenseur des droits, J.O. du 30 mars 2011, p. 5507, Rec. p. 165, cons. 11.

modalités de révocation d'un organe politique, lesquelles sont essentiellement réglées par la Constitution. Le régime parlementaire induit alors une certaine perméabilité³⁵ qui n'est pas pour autant synonyme d'absence d'indépendance des organes³⁶.

16. En second lieu, c'est l'autonomie fonctionnelle qui contribue à l'indépendance des organes. Malgré l'absence de censure de dispositions législatives au motif qu'elles méconnaîtraient le principe de séparation des pouvoirs, l'examen de la jurisprudence constitutionnelle montre que l'autonomie fonctionnelle des A.A.I. est assurée. Ainsi, l'absence de censure semble davantage imputable à la bonne conduite du législateur qu'à la permissivité du Conseil. Ce dernier a également entrepris de protéger l'autonomie fonctionnelle des pouvoirs politiques classiques, malgré l'existence de certaines dispositions constitutionnelles inhérentes au régime parlementaire qui organisent une certaine perméabilité de la séparation des pouvoirs³⁷. Ainsi, à l'occasion du contrôle des lois ordinaire et organique relatives à la transparence de la vie publique, le Conseil a tenu à sauvegarder l'essentiel de l'autonomie des parlementaires³⁸, que les requérants estimaient menacée par l'instauration d'un dispositif destiné à améliorer la transparence de la vie publique³⁹.

B. L'étanchéité partielle de la séparation fonctionnelle entre les pouvoirs politiques : la défense partielle du dogme constituant

17. En matière de séparation fonctionnelle entre les pouvoirs politiques, le Conseil constitutionnel a choisi de se démarquer de la doctrine majoritaire, qui prône une séparation fonctionnelle souple, c'est-à-dire d'une collaboration entre les pouvoirs politiques⁴⁰, et a continué de rechercher l'étanchéité de la séparation. Ce faisant, c'est un autre dogme que défend le Conseil constitutionnel. En 1958, le constituant a en effet souhaité séparer de manière effective les fonctions du Parlement de celles de l'Exécutif afin de protéger ces dernières⁴¹. Le Conseil constitutionnel assure le plus souvent une pleine

³⁵ Cette perméabilité dans la séparation organique des pouvoirs politiques est présente à l'article 12 de la Constitution pour la dissolution de l'Assemblée nationale et aux articles 49 et 50 de la Constitution pour la démission du Gouvernement.

³⁶ Les mécanismes prévus par les articles 12, 49 et 50 de la Constitution, en prévoyant la possibilité pour le Président de la République de dissoudre l'Assemblée nationale et à cette dernière de renverser le Gouvernement, ne remettent pas en cause l'indépendance des organes dans la mesure où la réciprocité de ces moyens de pression de pression créé un équilibre.

³⁷ Voir par exemple les articles 31 et 50-1 de la Constitution.

³⁸ Voir la décision C.C., n°2013-675 DC du 9 octobre 2013, Loi organique relative à la transparence de la vie publique, J.O. du 12 octobre 2013, p. 16838, cons. 34 à 41 et la décision C.C., n°2013-676 DC du 9 octobre 2013, Loi relative à la transparence de la vie publique, J.O. du 12 octobre 2013, p. 16847, cons. 30 à 48.

³⁹ C'est la création d'une Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, dont les compétences sont énumérées par l'article 20 de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013.

⁴⁰ La production doctrinale sur ce thème est pour le moins fournie, et se traduit aujourd'hui par un grand nombre de travaux sur la notion d'équilibre entre les pouvoirs. Voir not. G. Gariazzo, « La LOLF et l'équilibre des pouvoirs », *R.F.F.P.*, 2006, n°94, pp. 77-94 ; C. Goyard, « Esprit des institutions et équilibre des pouvoirs », in *L'Esprit des Constitutions, l'équilibre des pouvoirs : mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 1-16 ; A. Levade, « Les nouveaux équilibres de la Vème République », *R.F.D.C.*, 2010, n°82, pp. 227-256 ou encore D. Rousseau, "La Vème République : l'équilibre inachevé des pouvoirs", in *1958-2008 : cinquantième anniversaire de la Constitution française*, B. Mathieu (dir.), Dalloz, Paris, 2008, pp. 787-795.

⁴¹ Hors les dérogations que le pouvoir constituant a lui-même prévu, cf article 38 de la Constitution ou les différentes dispositions relatives à la participation de l'Exécutif à la confection de la loi.

réception de ce dogme qui se traduit par une séparation étanche entre les fonctions des pouvoirs politiques (1.). Il y a toutefois une hypothèse, l'incompétence positive du législateur, dans laquelle les Sages refusent de faire application du dogme constituant, dérogation qui semble être motivée par la recherche de l'intérêt propre du Conseil (2.).

1. L'étanchéité absolue de la séparation fonctionnelle des pouvoirs en raison de la pleine réception du dogme constituant

18. En premier lieu, l'étanchéité de la séparation des fonctions apparaît dans l'interdiction faite aux instances parlementaires - par opposition au Parlement pris en tant que législateur - de s'ingérer ou de s'immiscer dans l'exercice par le pouvoir exécutif de ses propres fonctions, qu'il s'agisse de ses fonctions non-réglementaires ou réglementaires. S'agissant des premières, le Conseil constitutionnel a pu, par exemple, estimer que l'obligation faite au Gouvernement d'informer les commissions permanentes des finances de chacune des assemblées de la nomenclature qu'il envisageait d'adopter pour les missions et les programmes de la loi de finances était contraire au principe de séparation des pouvoirs⁴². La censure de cette disposition, qui prévoyait la simple information d'une instance parlementaire par le pouvoir exécutif dans le cadre de l'élaboration de la loi de finances⁴³, témoigne de l'effort particulier fourni par le Conseil pour assurer l'étanchéité de la séparation des fonctions des pouvoirs politiques⁴⁴. De même, s'agissant de l'intervention d'une instance parlementaire dans la mise en œuvre du pouvoir réglementaire, le Conseil constitutionnel retient également une étanchéité absolue de la séparation des fonctions. Ainsi, il a pu censurer une disposition qui prévoyait que le cahier des charges de l'audiovisuel public devrait obligatoirement être transmis pour avis aux commissions permanentes chargées des affaires culturelles, dans la mesure où l'édiction de ce document relève de la compétence exclusive du pouvoir réglementaire⁴⁵.

19. En second lieu, l'étanchéité de la séparation des fonctions se manifeste également dans l'interdiction de toute ingérence législative dans l'exercice par le pouvoir exécutif de ses fonctions. S'agissant des interventions du législateur dans les fonctions non-réglementaires du pouvoir exécutif, la conception étanche de la séparation adoptée par le Conseil a abouti à une censure systématique des injonctions que le législateur a pu adresser, tantôt au Gouvernement⁴⁶, tantôt au Premier ministre⁴⁷.

⁴² Décision C.C., n°2001-448 DC du 25 juillet 2001, Loi organique relative à la loi de finances, J.O. du 2 août 2001, p. 12490, Rec. p. 99, cons. 111.

⁴³ Il résulte des articles 39, 42, 47 et 48 de la Constitution que l'élaboration des lois de finances relève de la compétence du pouvoir exécutif.

⁴⁴ Toutes les décisions dans lesquelles le Conseil était confronté à une disposition prévoyant l'intervention d'une instance parlementaire dans la fonction non-réglementaire du pouvoir exécutif confirment cette ligne jurisprudentielle. Parmi celles-ci, on peut citer la décision C.C., n°2004-493 DC du 26 février 2004, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale (articles 86 et 143), J.O. du 29 février 2004, p. 4164, Rec. p. 64, cons. 3, ou encore la décision C.C., n°2013-679 DC du 4 décembre 2013, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, J.O. du 7 décembre 2013, p. 19958, cons. 78 et 79.

⁴⁵ Décision C.C., n°2009-577 DC du 3 mars 2009, Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, J.O. du 7 mars 2009, p. 4336, Rec. p. 64, cons. 29 à 31.

⁴⁶ Voir not. les décisions C.C., n°78-102 DC du 17 janvier 1979, Loi portant approbation d'un rapport sur l'adaptation du VII^e Plan, J.O. du 18 janvier 1979, Rec. p. 26, cons. 1 à 3, ou C.C., n°2000-428 DC du 4 mai

S'agissant des interventions du législateur dans les fonctions réglementaires du pouvoir exécutif, les injonctions législatives visant à contraindre l'exécutif d'user de son pouvoir réglementaire autonome ou d'exécution des lois⁴⁸ sont systématiquement sanctionnées par une censure, faisant apparaître l'étanchéité de la séparation fonctionnelle entre les pouvoirs politiques assurée par le Conseil.

20. En dernier lieu, cette étanchéité se manifeste dans la sanction par le juge constitutionnel de l'incompétence négative du législateur, c'est-à-dire de la situation dans laquelle le Parlement laisse vacant l'exercice d'une partie de sa fonction législative, de telle sorte que le pouvoir réglementaire peut le combler, en méconnaissance de la distinction opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution. Confronté à une telle incompétence négative, le Conseil constitutionnel, conformément à une jurisprudence qui a connu peu d'évolutions depuis les années 60, formule inlassablement une censure ou, lorsqu'il le peut, une réserve d'interprétation afin de neutraliser cet empiètement.

21. Ainsi, le Conseil assure globalement une séparation étanche des fonctions du Parlement et de l'Exécutif, conformément au dogme constituant. Et s'il est vrai que, le plus souvent, cela le conduit à protéger l'Exécutif du Parlement, il convient de nuancer ce constat. D'une part, parce que cette dissymétrie est en grande partie liée au fait que le juge constitutionnel n'est compétent que pour contrôler la loi, et non les actes du pouvoir exécutif. D'autre part, parce que l'un des cas précédemment cités, la sanction de l'incompétence négative, profite au Parlement.

2. Le refus ponctuel d'une séparation fonctionnelle étanche : la mise à l'écart intéressée du dogme

22. Le traitement de l'incompétence positive du législateur est la seule hypothèse qui vient démentir l'attachement constant du Conseil constitutionnel au dogme constituant et, partant, à la garantie d'une séparation étanche entre les fonctions législative et réglementaire. Dans une décision du 30 juillet 1982, le Conseil constitutionnel a en effet jugé que les articles 34 et 37, alinéa 1^{er} de la Constitution, bien qu'ils établissent une séparation entre le domaine de la loi et du règlement, revêtent une portée qui doit être appréciée en tenant compte des articles 37, alinéa 2, et 41. Il en conclut alors

2000, Loi organisant une consultation de la population de Mayotte, J.O. du 10 mai 2000, p. 6976, Rec. p. 70, cons. 13. Dans cette hypothèse, il s'agit d'injonctions faites par le législateur au Gouvernement de déposer un projet de loi, le plus souvent dans un délai déterminé par la disposition législative en cause. En outre, il est étonnant que le législateur adresse si fréquemment de telles injonctions au Gouvernement alors que c'est le Premier ministre qui, en vertu du premier alinéa de l'article 39 de la Constitution, est titulaire d'un pouvoir d'initiative des lois, ce que ne manque pas de souligner le Conseil lorsqu'il censure ces injonctions.

⁴⁷ Voir not. les décisions C.C., n°91-290 DC du 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, J.O. du 14 mai 1991, p. 6350, Rec. p. 50, cons. 46 et 49 à 51 ; C.C., n°2000-435 DC du 7 décembre 2000, Loi d'orientation pour l'outre-mer, J.O. du 14 décembre 2000, p. 19830, Rec. p. 164, cons. 40 et 41.

⁴⁸ S'agissant de l'injonction du législateur adressée à l'exécutif d'user de son pouvoir réglementaire autonome, voir la décision C.C., n°2009-579 DC du 9 avril 2009, Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, J.O. du 16 avril 2009, p. 6530, Rec. p. 84, cons. 16. S'agissant de l'injonction du législateur adressée à l'exécutif de faire usage de son pouvoir réglementaire d'exécution des lois, voir les décisions C.C., n°99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, J.O. du 20 janvier 2000, p. 992, Rec. p. 33, cons. 20 à 22 et C.C., n°2000-429 DC du 30 mai 2000, Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, J.O. du 7 juin 2000, p. 8564, Rec. p. 84, cons. 14.

que « la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi »⁴⁹.

23. Lors de la délibération précédant la décision, le rapporteur tentait de démontrer que cette solution correspond à la « conception générale qui a guidé le constituant dans l'élaboration de la Constitution »⁵⁰, et que celle-ci ne prône pas une séparation « rigide », mais bien une distinction « souple » entre les domaines de la loi et du règlement. Il est toutefois permis de douter de cette analyse. En effet, bien qu'elle ait été largement relayée dans les années 80⁵¹, la perspective d'un revirement de jurisprudence en 2005⁵², finalement démentie en 2012⁵³, révèle qu'une partie de la doctrine juge la perméabilité de la frontière entre les domaines de la loi et du règlement peu conforme à la Constitution⁵⁴. Il est donc regrettable que, trente ans plus tard, « la révolution » juridique initiée par le constituant n'a toujours pas eu lieu⁵⁵, et que le Conseil n'ait pas choisi de contrôler l'incompétence positive du législateur à la lumière d'une séparation étanche des fonctions réglementaire et législative.

⁴⁹ Décision C.C., n°82-143 du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, J.O. du 31 juillet 1982, p. 2470, Rec. p. 57, cons. 11. Avant cette décision, le Conseil constitutionnel avait accepté à plusieurs reprises de se prononcer sur le caractère législatif ou réglementaire de dispositions dont il était saisi dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de l'article 61 de la Constitution. Il n'avait toutefois prononcé qu'une seule censure sur ce fondement, dans une décision C.C., n°78-95 DC du 27 juillet 1978, Loi complétant les dispositions de l'article 7 de la loi n°60-791 du 2 août 1960 relative à l'enseignement et à la formation professionnelle agricoles, J.O. du 29 juillet 1978, p. 2948, Rec. p. 26.

⁵⁰ *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983*, Dalloz, Paris, 2009, n°30, p. 435. Ces propos sont ceux du membre du Conseil chargé de rapporter sur la loi sur les prix et les revenus, A. Ségalat.

⁵¹ Voir not. les discours de R. Capitant et M. Debré à l'Assemblée nationale ; G. Gondouin, *Le Conseil constitutionnel et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, th. dact., Université de Grenoble, 1989, p. 299 et s., L. Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982 », *R.D.P.*, 1983, p. 353-354. Toutefois, il convient de noter que si la doctrine des années 80 retient la même interprétation que le rapporteur, en estimant que la Constitution n'a pas instauré de séparation rigide, elle n'en a pas moins critiqué les conséquences de la solution retenue par le Conseil constitutionnel.

⁵² Décision C.C., n°2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, J.O. du 24 avril 2005, p. 7173, Rec. p. 72, cons. 22 et 23. Cette décision, d'une part, déclassé des dispositions jugées réglementaires dans le cadre du contrôle de constitutionnalité et, d'autre part, censure des dispositions en raison de leur absence de normativité. La doctrine y a donc vu l'intention du Conseil de mettre un terme à la malfaçon législative, laquelle se manifeste notamment par l'incompétence positive du législateur, et donc de revenir, à terme, sur la jurisprudence blocage des prix. Voir not. M. Verpeaux, « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite », *D.*, 2005, n°28, pp. 1886-1890 ; J. Pini, « Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école », *R.F.D.C.*, 2006, n°65, pp. 152-164 ou encore Y. Laurans, « Définition et conception matérielles de la loi dans la décision du Conseil constitutionnel n° 2005-512 DC : le retour intempestif d'un vieux débat ? », *Politeia*, 2006, n°10, pp. 383-405.

⁵³ Décision C.C., n°2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, J.O. du 23 mars 2012, p. 5253, Rec. p. 142, cons. 10.

⁵⁴ Voir not. J.-P. Camby, « La loi et la norme. A propos de la décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005 », *R.D.P.*, 2005, n°4, p. 854-855 et P. Deumier, « Qu'est-ce qu'une loi ? Ce n'est ni un programme politique, ni un règlement », *R.T.D.C.*, 2005, n°3, p. 564 et s.

⁵⁵ J. Rivero estimait, à l'occasion du rapport de synthèse du colloque de 1982 sur le domaine de la loi et du règlement, que « la conclusion (...) s'impose : la révolution était possible, la révolution n'a pas eu lieu » (J. Rivero, « Rapport de synthèse », in *Le domaine de la loi et du règlement : l'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958 : bilans et perspectives. Actes du colloque organisé les 2 et 3 décembre 1977 à Aix-en-Provence*, PUAM, Aix-en-Provence, 1978, p. 323.

24. C'est d'autant plus regrettable qu'à lecture de la délibération ayant précédé la décision de 1982, il semble que ce soient davantage des raisons d'opportunité qui ont présidé au choix du juge constitutionnel. Outre celle avancée par le rapporteur de la décision lui-même⁵⁶ et reprise par la doctrine d'alors, il semble que le Conseil constitutionnel ait eu une raison stratégique de laisser de côté le dogme constituant et la séparation étanche des fonctions législative et réglementaire. En effet, la perméabilisation de cette séparation, outre le fait qu'elle profite au législateur, dans la mesure où elle empêche le pouvoir réglementaire d'empiéter sur le domaine de la loi, profite également – et surtout ? - au Conseil constitutionnel qui voit s'étoffer les normes portées à son contrôle, celles-ci pouvant désormais comporter des dispositions législatives matériellement réglementaires⁵⁷.

25. Si la séparation entre les pouvoirs politiques, qu'elle soit organique ou fonctionnelle, fait l'objet d'un traitement dogmatique de la part du Conseil constitutionnel, qui se traduit presque systématiquement par une séparation étanche entre les pouvoirs politiques, le constat est tout autre s'agissant de la séparation entre ces derniers et le pouvoir juridictionnel.

⁵⁶ « Outre les arguments de fond, un argument d'opportunité plaide en faveur de l'interprétation souple des articles 34 et 37. Si, en effet, le Conseil constitutionnel devait adopter une attitude rigide, (...) les parlementaires seraient toujours obligés de se poser la question (...). Les nécessités de la vie législative commandent l'adoption par le Conseil constitutionnel d'une position souple » (*Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983, op. cit.*, p. 435). Il semble que la crainte d'une augmentation des saisines ait également joué dans le choix de la solution.

⁵⁷ Il est d'ailleurs possible de noter que la réaffirmation de la jurisprudence « prix et revenus » dans la décision C.C., n°2012-649 DC, préc., semble également obéir à une raison d'opportunité liée à l'instauration de la QPC. Voir sur ce point le commentaire autorisé de la décision (p. 5 et 6) et l'interprétation qu'en fait J. Bénetti : « On notera qu'à l'appui du refus du Conseil de procéder à un déclassement réglementaire dans le cadre de son contrôle *a priori*, le commentaire aux *Cahiers* évoque le défaut de base constitutionnelle d'un tel déclassement (et donc, partant, de sa propre décision de 2005) mais souligne aussi la difficulté que ne manquerait pas d'emporter une telle solution si le Conseil était saisi dans le cadre d'une QPC de dispositions dont il aurait déclaré le caractère réglementaire mais qui, faute d'avoir été modifiées par décret, resteraient de forme législative. Autant dire que l'institution de la QPC a constitué en elle-même un changement des circonstances justifiant l'abandon d'une solution dégagée antérieurement mais c'eût été alors admettre un revirement. On peut penser que cela aurait été encore préférable à la mention d'une décision "d'espèce" dans le cadre d'un contentieux dit "objectif" des normes » (J. Bénetti, « "Exception jurisprudentielle" et "décision d'espèce" ou comment (re)vivre de direction sans le dire », *Constitutions*, 2012, n°2, p. 269).

II. LE TRAITEMENT PRAGMATIQUE DE LA SEPARATION ENTRE LES POUVOIRS POLITIQUES ET LE POUVOIR JURIDICTIONNEL

26. L'existence d'un pouvoir juridictionnel a longtemps été niée en raison de la longue tradition française de défiance à l'égard du juge⁵⁸. Aujourd'hui, c'est en grande partie sous l'effet du renforcement de la préoccupation visant à assurer la garantie des droits et libertés qu'elle est largement admise⁵⁹. Le juge est en effet devenu le principal gardien des droits et libertés. Dès lors, protéger le pouvoir juridictionnel, c'est également créer les conditions d'une meilleure garantie des droits. C'est, par ailleurs, ce qui résulte du traitement jurisprudentiel du principe de séparation des pouvoirs. En effet, lorsque le Conseil constitutionnel fait application de ce principe entre les pouvoirs juridictionnel et politiques, il l'exploite le plus souvent, de manière pragmatique, tantôt de manière perméable, tantôt de manière étanche, dans une logique favorable à la garantie des droits (A.). Mais parfois, la jurisprudence du Conseil révèle que celui-ci retient une approche perméable de la séparation des pouvoirs, là où la garantie des droits aurait nécessité une approche étanche. Ces hypothèses sont néanmoins tout autant marquées par le pragmatisme du juge constitutionnel, dans la mesure où il jugule largement leur portée pour faire en sorte de ne pas sacrifier excessivement la garantie des droits (B.).

A. La séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits : une utilisation attendue

27. Conformément aux observations de la doctrine, la jurisprudence constitutionnelle met généralement la séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits. La première intuition de ce point de vue consiste alors à penser que plus la séparation des pouvoirs est étanche, mieux la garantie des droits est assurée. Mais l'observation de la jurisprudence constitutionnelle dément cette idée. Il apparaît en effet que le Conseil adopte un traitement pragmatique du principe, retenant tantôt une séparation étanche (1.), tantôt une séparation souple (2.) en fonction de ce qui est favorable à la garantie des droits.

1. L'étanchéité de la séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits

⁵⁸ Cette défiance semble trouver une traduction dans le Titre VIII de la Constitution, intitulé « De l'autorité judiciaire ».

⁵⁹ Voir not. B. Mathieu, « Les mécanismes de freins et d'équilibre des pouvoirs dans la Constitution : réflexions générales et illustrations françaises », in *La Constitution, l'Europe et le droit : mélanges en l'honneur de Jean-Claude Maslet*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, pp. 325-336 ; X. Magnon, « Une lecture du juge constitutionnel français en tant que "pouvoir juridictionnel" : la jurisprudence du Conseil constitutionnel au cours de la procédure de révision constitutionnelle de 2008 », *Politeia*, 2009, n°16, pp. 217-261 ou encore F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, op. cit.

28. Le Conseil constitutionnel choisit d'appliquer une séparation parfaitement étanche des pouvoirs lorsque celle-ci permet de protéger le juge grâce à un principe découvert en 1970⁶⁰, celui de l'indépendance des juridictions⁶¹. Ce principe est, depuis, à l'origine d'une jurisprudence plus qu'abondante, qui est l'occasion pour la haute instance de vérifier, avec constance, que le législateur n'y porte pas atteinte. Seront ainsi censurées, à titre d'exemple, les dispositions qui prévoient que certains membres d'une juridiction sont soumis à l'autorité hiérarchique du Gouvernement⁶², qui attribuent au Médiateur de la République certaines prérogatives à l'égard des magistrats⁶³, ou encore qui énoncent l'obligation pour une juridiction, la Cour des comptes, de communiquer le projet de son programme de contrôle à des commissions parlementaires⁶⁴. Le plus souvent, il s'agit donc de mettre les juges ordinaires – mais également le Conseil constitutionnel⁶⁵ - à l'abri du législateur ou, plus rarement, du pouvoir exécutif.

29. Le juge constitutionnel a également retenu une séparation relativement étanche lorsque cela permettait de protéger les fonctions du juge. Il considère en effet que « l'article 16 de la Déclaration de 1789 implique le respect du caractère spécifique des fonctions juridictionnelles »⁶⁶. Toutefois, il s'agit ici d'une étanchéité plus relative que lorsque le Conseil entendait protéger l'indépendance du juge, puisque dans de rares cas, il admet une certaine perméabilité qui, sans réduire à néant les fonctions juridictionnelles, réduit la latitude dont bénéficie le juge pour les exercer. Ainsi, dans une décision du 20 avril 2012⁶⁷, le Conseil a jugé conforme aux principes de séparation des pouvoirs et de l'indépendance des juridictions une disposition qui liait le montant de l'indemnité fixée par le juge à l'estimation formulée par le service administratif des domaines.

2. La perméabilité de la séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits

30. A deux reprises, le Conseil constitutionnel a choisi de faire application d'une séparation perméable afin de favoriser la garantie des droits. Une première fois pour renforcer la garantie des droits offerte au citoyen. Dans une série de décisions, la haute instance a en effet décidé d'aménager

⁶⁰ Décision C.C., n°70-40 DC du 9 juillet 1970, Loi organique relative au statut des magistrats, J.O. du 19 juillet 1970, p. 6773, Rec. p. 25.

⁶¹ Au commencement, l'indépendance des juridictions était fondée sur l'article 64 de la Constitution, puis sur cet article – pour les juridictions judiciaires - et un P.F.R.L.R – pour les juridictions administratives. Aujourd'hui, le Conseil constitutionnel utilise un double fondement : l'article 64 et le principe de séparation des pouvoirs, mais il semble que ce dernier soit appelé à devenir le fondement unique du principe de l'indépendance des juridictions.

⁶² Décision C.C., n°2010-10 QPC du 2 juillet 2010, Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux], J.O. du 3 juillet 2010, p. 12120, Rec. p. 131, cons. 3 et 4.

⁶³ Décision C.C., n°2007-551 DC, Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, J.O. du 6 mars 2007, p. 4230, Rec. p. 86, cons. 9 à 12.

⁶⁴ Décision C.C., n°2001-448 DC du 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances, J.O. du 2 août 2001, p. 12490, Rec. p. 99, cons. 104 à 106.

⁶⁵ Décision C.C., n°2008-566 DC du 9 juillet 2008, Loi organique relative aux archives du Conseil constitutionnel, J.O. du 16 juillet 2008, p. 11328, Rec. p. 338.

⁶⁶ Voir not. décision C.C., n°2011-192 DC du 10 novembre 2011, préc., cons. 21.

⁶⁷ Décision C.C., n°2012-236 QPC du 20 avril 2012, Mme Marie-Christine J. [Fixation du montant de l'indemnité principale d'expropriation], J.O. du 21 avril 2012, p. 7197, Rec. p. 211, cons. 5.

une dérogation au principe de la séparation étanche entre la police administrative, qui relève du pouvoir exécutif, et la police judiciaire, qui relève du pouvoir judiciaire⁶⁸. Cette dérogation, organisée « à sens unique », permet de conférer la compétence de prévention des infractions, qui relève par principe de la police administrative, aux autorités de police judiciaire, dans la mesure où la soumission de cette mission au régime de la police judiciaire comporte, « pour les personnes qui en font l'objet, des garanties que ne leur assurerait pas le régime de droit commun de la police administrative »⁶⁹. Ainsi, la perméabilité de la séparation des pouvoirs permet ici de déroger à la règle qui en découle s'agissant de la répartition des compétences entre les polices judiciaire et administrative, et ce dans le seul but de renforcer la garantie des droits.

31. Dans la seconde hypothèse, c'est pour garantir les droits nés d'une décision de justice que le Conseil a fait application d'une séparation perméable des pouvoirs. Dans une décision de 1998, il a énoncé la règle selon laquelle « tout jugement peut donner lieu à une exécution forcée, la force publique devant, si elle y est requise, prêter main forte à cette exécution » sauf à ce que « des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public » justifient l'absence de concours de la force publique à l'exécution d'une décision juridictionnelle⁷⁰, et présenté cette règle comme étant le corollaire du principe de séparation des pouvoirs. Cette règle repose indéniablement sur la perméabilité de la séparation des pouvoirs, dans la mesure où le pouvoir exécutif est contraint d'être « le bras armé » du juge, sans pouvoir se soustraire à cette obligation, sauf à ce que des « circonstances exceptionnelles » sont réunies. Il s'agit donc bien de favoriser la garantie des droits grâce à la perméabilité de la séparation des pouvoirs et au corollaire qui en découle.

32. Une troisième hypothèse doit être abordée ici. Il est évident que, en tant que norme constitutionnelle, la séparation des pouvoirs est susceptible d'être concilié par le législateur avec d'autres principes de même valeur. Dès lors, il convient d'admettre que, dès lors qu'elle sera conciliée avec un droit ou une liberté, la séparation des pouvoirs sera rendue perméable par cette conciliation, et que cela se fera nécessairement au profit du droit ou de la liberté en question et, plus généralement, de la garantie des droits. Cette hypothèse trouve un unique écho dans une décision du 13 mai 2011, dans laquelle le Conseil constitutionnel contrôle le caractère proportionné de la conciliation opérée par le législateur entre le principe de séparation des pouvoirs et le droit à un recours effectif⁷¹. Il s'agissait de

⁶⁸ Voir not. décision C.C., n°92-316 DC du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, J. O. du 22 janvier 1993, p. 1118, Rec. p. 14, cons. 13 et 14.

⁶⁹ Décision C.C., n°80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, J.O. du 22 janvier 1981, p. 308, Rec. p. 15, cons.63 et décision C.C., n°2005-532 DC du 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant diverses dispositions relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, J.O. du 24 janvier 2006, p. 1138, Rec. p. 31, cons. 17.

⁷⁰ Décision C.C., n°98-403 DC, du 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, J.O. du 31 juillet 1998, p. 11710, Rec. p. 276, cons. 46. Il convient de noter la proximité de cette décision avec l'arrêt C.E., 30 novembre 1923, *Couitéas*, Rec. Lebon p. 789.

⁷¹ Décision C.C., n°2011-129 QPC du 13 mai 2011, Syndicat des fonctionnaires du Sénat [Actes internes des Assemblées parlementaires], J.O. du 14 mai 2011, p. 8401, Rec. p. 239, cons. 3 et 4. Voir J.-P. Camby, « Séparation des pouvoirs et limitation du droit au recours contre des actes parlementaires : bis in idem », *L.P.A.*,

la question de la possibilité pour un fonctionnaire parlementaire de contester un acte interne aux assemblées devant le juge. Une approche étanche de la séparation des pouvoirs aurait dû conduire à l'impossibilité de former une telle requête, mais la nécessité d'une conciliation avec le droit au recours a rendu perméable ce principe et permis de contester certains de ces actes, à savoir les actes individuels faisant grief⁷².

33. Le Conseil constitutionnel adopte donc bien un traitement pragmatique du principe de séparation des pouvoirs lorsqu'il s'agit d'en faire application entre les pouvoirs juridictionnel et politiques, puisqu'il adapte sa manière de l'appréhender à la poursuite d'un objectif déterminé et aisément identifiable : la garantie des droits. Ce pragmatisme persiste dans les hypothèses où le juge constitutionnel ne peut pas mettre en œuvre cette méthode, bien qu'il se traduise différemment.

B. La séparation des pouvoirs au détriment de la garantie des droits : une concession jugulée

34. Il existe deux hypothèses jurisprudentielles dans lesquelles la séparation entre les pouvoirs juridictionnel et politiques conduit le Conseil constitutionnel à appliquer une séparation perméable de la séparation des pouvoirs, là où une séparation étanche aurait été adaptée au renforcement de la garantie des droits. Bien que peu nombreuses, ces hypothèses pourraient être critiquées, dans la mesure où elles conduisent à limiter la garantie des droits. Pourtant, cet aspect de la jurisprudence ne semble pas mériter une telle condamnation. En effet, dans la première hypothèse, la solution défavorable à la garantie des droits est dictée par la Constitution, et il devient alors peu pertinent d'en faire le reproche au Conseil (1.). Dans la seconde, il convient en revanche d'admettre que le juge constitutionnel a bâti la perméabilité de la séparation des pouvoirs de toutes pièces, mais il faut alors également reconnaître que celui-ci entoure la solution d'un certain nombre de conditions qui permettent de limiter largement l'atteinte qui pourrait en résulter pour la garantie des droits (2.).

1. Une concession partiellement maîtrisée : les cas de perméabilité imposés par la Constitution

35. Le premier cas dans lequel la Constitution impose de retenir une approche perméable de la séparation entre les pouvoirs juridictionnel et politiques est prévu à l'article 34. Saisissant le Conseil d'une disposition prévoyant l'amnistie pour des personnes n'ayant pas encore fait l'objet d'un jugement, les requérants invoquaient l'absence de conformité de ces dernières au principe de séparation des pouvoirs, dans la mesure où « l'amnistie avant jugement revient à dessaisir le juge d'un dossier et lèse les intérêts de la partie civile ». Le juge constitutionnel, tout en admettant la pertinence de cette argumentation qui le conduit à considérer que l'amnistie est, par définition, une dérogation à

13 juillet 2011, n°138, p. 12 ou A. Baudo, « QPC et contrôle des actes internes du Parlement : un déni de justice conforme à la Constitution », *Constitutions*, 2011, n°3, p. 305.

⁷² Par opposition aux actes statutaires.

la séparation des pouvoirs⁷³ et qu'une telle perméabilité de la séparation des pouvoirs nuirait indéniablement à la garantie des droits, ne peut que l'écarter, dans la mesure où l'amnistie « trouve son fondement dans les dispositions de l'article 34 de la Constitution qui font figurer au nombre des matières qui relèvent de la loi la fixation des règles concernant l'amnistie »⁷⁴.

36. Le second cas dans lequel la Constitution commande de retenir une approche perméable de la séparation entre les pouvoirs juridictionnel et politiques figure à l'article 51-2⁷⁵. En créant cette disposition, la réforme du 23 juillet 2008 a constitutionnalisé l'existence des commissions d'enquête parlementaire, qui n'était jusque là régie que par une ordonnance de 1958⁷⁶. Leur existence est, en soi, la preuve d'une perméabilité – certes faible – de la séparation des pouvoirs, puisqu'elle autorise des organes parlementaires à exercer une fonction d'enquête, laquelle relève traditionnellement du juge. La constitutionnalisation de ces organes est venue consacrer cette perméabilité de la séparation des pouvoirs. Toutefois, le Conseil, à l'occasion du contrôle d'une résolution modifiant le règlement intérieur de l'Assemblée nationale, et plus précisément de dispositions relatives à la création de commissions d'enquête, a estimé que « conformément au principe de la séparation des pouvoirs, l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 (...), d'une part, interdit que soient créées des commissions d'enquête sur des faits ayant donné lieu à des poursuites judiciaires et aussi longtemps que ces poursuites sont en cours et, d'autre part, impose que toute commission d'enquête prenne fin dès l'ouverture d'une information judiciaire relative aux faits sur lesquels elle est chargée d'enquêter ». Le juge constitutionnel est donc venu encadrer - assez largement - la perméabilité de la séparation des pouvoirs, rendant quasi-nuls les risques d'atteinte à la garantie des droits susceptibles d'en résulter.

37. Ces deux cas de perméabilité de la séparation des pouvoirs imposés par la Constitution au détriment de la garantie des droits doivent être distingués. Apparus successivement dans la Constitution en 1958 et en 2008, c'est l'étendue de leur portée contraignante qui les différencie le plus. S'agissant des dispositions relatives à l'amnistie, le juge constitutionnel n'a que peu de prise. Il ne peut donc pas contrer la perméabilité de la séparation des pouvoirs qu'impose l'article 34 de la Constitution. En revanche, s'agissant des commissions d'enquête, le Conseil dispose d'une certaine latitude, dont il ne se prive pas d'user dans la décision en limitant les hypothèses de création ou

⁷³ Décision C.C., n°89-258 DC du 8 juillet 1989, Loi portant amnistie, J.O. du 11 juillet 1989, p. 8734, Rec. p. 48, cons. 8 : « Considérant qu'il est de l'essence même d'une mesure d'amnistie d'enlever pour l'avenir tout caractère délictueux à certains faits pénalement répréhensibles, en interdisant toute poursuite à leur égard ou en effaçant les condamnations qui les ont frappés ; que la dérogation ainsi apportée au principe de séparation des pouvoirs (...) ».

⁷⁴ Décision C.C., n°89-258 DC, préc., cons. 8.

⁷⁵ L'alinéa 1^{er} de l'article 51-2 de la Constitution prévoit que « Pour l'exercice des missions de contrôle et d'évaluation définies au premier alinéa de l'article 24, des commissions d'enquête peuvent être créées au sein de chaque assemblée pour recueillir, dans les conditions prévues par la loi, des éléments d'information ». Cet article est né de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation de la V^e République, article 26).

⁷⁶ Ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

d'action des commissions à l'absence d'intervention du juge. La garantie des droits n'est donc pas excessivement remise en cause, malgré la perméabilité imposée de la séparation des pouvoirs.

2. Une concession pleinement maîtrisée : les cas de perméabilité façonnés par le Conseil constitutionnel

38. Il existe deux cas de perméabilité de la séparation des pouvoirs qui ne sont pas imposés par la Constitution, mais conçus par le Conseil constitutionnel lui-même : les contentieux des lois de validation et du pouvoir de sanction des A.A.I. Dans chacune de ces hypothèses, la haute instance permet au législateur ou à une autorité non-juridictionnelle de s'immiscer, à un degré différent, dans l'activité de juger. Ce faisant, il semblerait que le Conseil, de son propre chef, déroge à la ligne de conduite qu'il s'est fixée et néglige la garantie des droits. Pourtant, il n'en est rien.

39. En premier lieu, le Conseil a tôt admis l'existence et la constitutionnalité des lois de validation⁷⁷, qui permettent au législateur de s'ingérer dans la fonction juridictionnelle. Il continue de le faire aujourd'hui en estimant que « le législateur (...) valider un acte administratif ou de droit privé »⁷⁸. En jugeant que les lois de validation ne sont pas contraires au principe de séparation des pouvoirs, la haute instance retient nécessairement une approche perméable de ce dernier pour permettre au législateur d'intervenir – indirectement – dans des instances en cours. Il s'agit bien là d'un choix opéré par le Conseil, car si aucune disposition constitutionnelle ne le contraignait à juger conformes les lois de validations, les dispositions qui lui auraient permis de conclure à leur inconstitutionnalité ne manquent pas⁷⁹. Toutefois, la perméabilité de la séparation des pouvoirs et les risques en termes de garantie des droits qu'elle engendre sont largement – et de plus en plus – jugulés par la jurisprudence du Conseil. Ce dernier fixe en effet quatre conditions que doit respecter la disposition de validation pour être jugée conforme à la Constitution. Le législateur doit respecter les décisions de justice passées en force de chose jugée et respecter le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions. Ensuite, les atteintes aux droits des personnes résultant de la validation doivent être justifiées par un « impérieux motif d'intérêt général »⁸⁰. Enfin, si l'acte validé méconnaît une

⁷⁷ Décision C.C., n°80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs, J.O. du 24 juillet 1980, p. 1868, Rec. p. 46, cons. 7.

⁷⁸ Décision C.C., n°2013-366 QPC du 14 février 2014, SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport », J.O. du 16 février 2014, p. 2724, cons. 3.

⁷⁹ On pense bien évidemment aux principes de séparation des pouvoirs et de l'indépendance des juridictions.

⁸⁰ Décision C.C., n°2013-366 QPC, préc., cons. 3. Sur la question de l'encadrement des validations législatives et de son évolution, voir not. l'importante production doctrinale de B. Mathieu sur ce sujet : « Les validations législatives devant le juge constitutionnel. Bilan d'une jurisprudence récente », *R.F.D.A.*, 1995, p.780 ; « Valeur et portée des validations législatives devant le juge constitutionnel : un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits ? A propos des décisions 97-390 DC du 19 novembre 1997 et 97-393 DC du 18 décembre 1997 », *R.F.D.A.*, 1998, p.148 et « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle. A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC », *R.F.D.A.*, 2000, p. 289.

règle ou un principe de valeur constitutionnelle, l'impérieux motif d'intérêt général doit également être de valeur constitutionnelle.

40. En second lieu, le Conseil a jugé, dès 1989, que « le principe de séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction »⁸¹. Ainsi, à moins de considérer que les autorités administratives sont des organes juridictionnels, le juge constitutionnel retient ici une approche perméable de la séparation des pouvoirs. L'octroi d'un pouvoir de sanction à des A.A.I., consiste en effet à leur permettre de se substituer au juge, bien que ce soit sous le contrôle de ce dernier. Comme pour les lois de validation, il s'agit bien d'un choix de la part du Conseil, dans la mesure où le pouvoir de sanction des A.A.I. ne trouve aucun fondement constitutionnel et qu'il aurait été aisé pour le juge constitutionnel de censurer celui-ci. En outre, comme pour les lois de validation, la haute instance entoure ce pouvoir de sanction d'un certain nombre de garanties. D'abord, le pouvoir de sanction doit être assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis⁸². Ensuite, l'autorité qui prononce la sanction doit être indépendante et impartiale. En outre, il doit toujours pouvoir être fait appel de la sanction devant un juge, de telle sorte que le pouvoir de sanction, même dévolu à une autorité administrative, ne quitte jamais complètement le giron de la sphère juridictionnelle. Enfin, il semble résulter d'une décision du 10 juin 2009⁸³ une limitation supplémentaire. Le pouvoir de sanction ne doit être « limité à une catégorie particulière de personnes », et non s'étendre à la totalité de la population⁸⁴.

41. Ainsi, dans les deux cas de perméabilité de la séparation des pouvoirs créés de toute pièce par le juge constitutionnel, qui conduisent tout deux à fragiliser le pouvoir juridictionnel en permettant au législateur ou à une A.A.I. de s'immiscer dans la fonction juridictionnelle, le Conseil conserve son pragmatisme afin de limiter les effets négatifs qui pourraient en résulter pour la garantie des droits. Ce faisant, il concilie cette dernière avec les nécessités contemporaines qui rendent appréciable et utile le recours aux lois de validation ou au pouvoir de sanction des A.A.I.

42. Loin d'être une "notion élastique" au "caractère purement rhétorique"⁸⁵, une "conception(s) mythique(s) qui, depuis longtemps, n'a plus aucune espèce de rapport avec la réalité"⁸⁶, ou le

⁸¹ Décision C.C., n°89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, J.O. du 1^{er} août 1989, p. 9676, Rec. p. 71, cons. 6.

⁸² Ce sont les droits qui entourent le prononcé d'une sanction ayant le caractère d'une punition auxquels le Conseil fait référence ici : principe de légalité des délits et des peines, droits de la défense, absence d'automatisme de la sanction...

⁸³ Décision C.C., n°2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la création et la diffusion sur internet, J.O. du 13 juin 2009, p. 9675, Rec. p. 107.

⁸⁴ Décision C.C., n°2009-580 DC, préc., cons. 16.

⁸⁵ P. Avril, « La séparation des pouvoirs est-elle un concept opératoire? », contribution au VII^{ème} Congrès français de Droit constitutionnel organisé à Paris du 25 au 27 sept. 2008.

"tabernacle vide d'un culte disparu"⁸⁷, la séparation des pouvoirs, devenue une norme constitutionnelle à part entière, a encore de beaux jours devant elle. Au vu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce dernier l'a bien compris en ne manque pas d'en exploiter toutes les potentialités.

⁸⁶ P.-H. Teitgen à propos du projet de Constitution pour la Vème République, estimant qu'il s'agit d'un "retour à la vieille doctrine de Montesquieu sur la séparation stricte des pouvoirs" (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol I, La Documentation française, 1987, p.148)

⁸⁷ C.M. Pimentel, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique », *Pouvoirs*, 2002, n°3, p. 131.