

LA SÉPARATION DES POUVOIRS EST-ELLE UN CONCEPT OPÉRATOIRE ?

Pierre AVRIL

La problématique de l'atelier "Constitution, pouvoir et contre-pouvoirs" est tout entière bâtie sur le paradigme de la séparation des pouvoirs. Ce classicisme peut étonner, et pour plusieurs raisons. Si la moins évidente n'est pas le caractère purement rhétorique de son usage(1) dans le discours politique, le recours à cette notion élastique soulève des questions plus fondamentales. Elles concernent moins "l'illustre Montesquieu"(2) que la vulgate de la séparation (terme qu'il n'avait d'ailleurs pas employé) qui continue de dominer les esprits. A ce titre, elles intéressent notre entendement constitutionnel - l'entendement désignant "l'esprit considéré en tant qu'il conçoit".

QUESTION PRÉALABLE

1. Un point de fait banal d'abord. La liberté anglaise qui était son modèle s'accommodait apparemment fort bien de la souveraineté absolue du Parlement ("qui peut tout faire ..."), et d'un Parlement qui réunit l'exécutif et le législatif (il se compose du roi, des lords et des Communes). Montesquieu n'en a cure. Quant au judiciaire, il a fallu abandonner en 2005 une institution aussi vénérable que le Lord Chancellor parce que, cumulant les fonctions de Speaker de la Chambre des Lords, de chef de son Appellate Committee et de ministre de la justice, il offensait... la séparation des pouvoirs telle qu'entendue par la Cour de Strasbourg (3). Bref, Montesquieu a "inventé"(4) la Constitution anglaise.

2. Chronologiquement, la séparation est une notion pré-démocratique. Elle vise avant tout à protéger l'individu contre l'arbitraire d'un pouvoir extérieur à la société, alors que l'objet de la doctrine démocratique est de fonder la légitimité de ce pouvoir. La substitution de la souveraineté nationale à la monarchie absolue n'a pas modifié le raisonnement libéral : une constitution est un "acte de défiance" (Benjamin Constant), son principe n'est pas que le pouvoir émane du peuple et s'exerce conformément à sa volonté mais qu'il soit divisé et limité pour être inoffensif. Or une constitution a pour objet prioritaire non d'organiser l'impuissance de l'Etat, mais d'en fixer le gouvernement en désignant le souverain ; la division et les limitations qui en résultent viennent logiquement après.

3. Conceptuellement, la séparation est tributaire des représentations dominantes de l'époque où elle a été conçue. Qu'elle soit prise au sens littéral ou, plus subtilement, dans celui de la balance des pouvoirs, elle s'inspire de ce que Bruce Ackerman a appelé une "cosmologie newtonienne" (la référence n'est pas arbitraire : un auteur écrivait à la veille de la Révolution (5) que les trois puissances distinguées par Montesquieu "sont pour la constitution politique ce que les règles de Kepler sont pour les lois du mouvement et la gravitation newtonienne pour le système du monde"). Or pour la pensée constitutionnelle moderne, "Darwinian evolution, not Newtonian mechanics, provides the intellectual key to the universe" (6) ; il ne faut plus penser les institutions en termes mécaniques comme un système de forces agissant par elles-mêmes, mais plutôt en termes d'évolution vivante (même si les adeptes de l'ingénierie institutionnelle poursuivent le rêve d'un agencement self operating). Bref, les institutions ne sont pas des choses.

4. Du point de vue réaliste, enfin, l'idée de séparation rencontra chez des esprits libéraux, dès l'époque où elle triomphait, des objections qui n'ont rien perdu de leur actualité : "Un penseur éloquent l'a dit, c'est à l'union des pouvoirs qu'il faut tendre ; et l'on confond sans cesse la

séparation nécessaire des fonctions avec une division des pouvoirs qui les rend forcément ennemis les uns des autres” écrivait en 1796 Mme de Staël (7) en citant son père. Pour Necker en effet, “le Pouvoir Exécutif est la force motrice d’un Gouvernement” car il “réunit l’action à la volonté” (8) , de telle sorte que l’ordre constitutionnel doit reposer sur ce qu’il appelle “l’entrelacement” des pouvoirs, non sur leur isolement et leur opposition. Tirant plus tard les leçons de l’expérience révolutionnaire, Necker affirmait encore que les pouvoirs exécutif et législatif doivent être “entremêlés”(9). Avant Bagehot, il anticipait le constat désormais banal concernant le “bloc exécutif-législatif” qui pose problème aux travaux de cet atelier.

D’où la question préalable : est-il pertinent de continuer à penser en termes de “séparation” et de tenter la reconstruction d’un modèle tel que “le pouvoir arrête le pouvoir” ?

UNE VERSION ALTERNATIVE ?

L’idée de “séparation” n’en demeure pas moins prégnante et ne cesse de hanter comme une exigence incontournable. Faute de parvenir à la maintenir dans sa forme classique en la baptisant “collaboration”(à l’évidence l’intégration de la majorité et du gouvernement va bien au-delà), on l’a déplacée sur le terrain des forces politiques en suggérant que la confrontation du couple gouvernement/majorité et de l’opposition fournirait l’équivalent moderne de la séparation . La démarche est cohérent, puisque c’est le fait majoritaire qui a visiblement ruiné la séparation classique, mais elle conduit à chercher un substitut juridique sous la forme, en particulier, d’un “statut de l’opposition”.

1. Bien des équivoques entourant la définition de ce “statut “ reposent sur l’illusion d’un agencement institutionnel tel que la volonté majoritaire pourrait être tenue en échec par la faculté d’empêcher de la minorité. Sauf à admettre que l’obstruction soit élevée à la hauteur d’une prérogative constitutionnelle, on recherche généralement du côté du contrôle une solution qui concilie la volonté législative, nécessairement majoritaire, avec les droits particuliers de l’opposition. Toutefois, la notion de contrôle est polysémique, elle va de la mise en cause de la responsabilité du Gouvernement à la simple information et il est difficile de déterminer conceptuellement le rôle spécifique de l’opposition, tout simplement parce que les députés de la majorité participent eux aussi au contrôle.

2. Il vaut donc mieux poser la question d’une autre manière. Par exemple en remontant au-delà de Montesquieu vers la préhistoire constitutionnelle, lorsque justice et politique encore mal distinguées nous offrent paradoxalement un schéma en quelque sorte alternatif à la séparation. C’est ce qu’a fait Carlos-Miguel Pimentel dans un très suggestif article où il propose la figure du procès pour y inscrire les rapports entre majorité et opposition(10). Qui dit procès évoque à la fois l’existence d’une contestation et l’organisation acceptée de son règlement ; si le verdict a été ici prédéterminé par les urnes et le vainqueur connu d’avance, il reste néanmoins qu’au-delà de la sentence l’essentiel relève de la procédure : c’est le principe du contradictoire . Le principe du contradictoire revient à ramener les rapports de force, dont l’obstruction constitue la manifestation pathologique, sur le terrain de la contestation organisée en les pacifiant. L’opposition ne peut faire durablement obstacle à la décision majoritaire, mais elle peut - et elle doit - la soumettre à la délibération préalable (sous toutes ses formes), de manière que cette décision soit publiquement discutée et justifiée au terme de la confrontation.

3. Dans cette optique, l’opposition n’est pas identifiable à un “pouvoir” séparé, elle est partie à l’instance, c’est-à-dire non seulement un acteur mais un acteur dont la participation est

indispensable au déroulement du procès - lequel est l'exercice du pouvoir lui-même. C'est là encore une découverte majeure du constitutionnalisme britannique que Bagehot résumait ainsi il y a 141 ans : "It has been said that England invented the phrase "Her Majesty's Opposition"; that it was the first Government which made a criticism of administration as much a part of the polity as administration itself" (11) . Et il précisait que cette "critical opposition is the consequence of Cabinet government", c'est-à-dire du "secret" de la Constitution britannique qu'il venait de révéler : "The close union, the nearly complete fusion, of the executive and legislative powers" (12) . Voilà Montesquieu mis entre parenthèses.

4. Toutefois, plus encore que ses modalités institutionnelles (comme le statut du leader de l'opposition), l'esprit de cette conception n'est pas facile à importer en France dans la mesure où elle repose sur l'intégration de l'opposition au système . Elle n'exige pas seulement que la majorité accepte comme une nécessité et non comme une concession à l'opposition la discrimination positive assurant à celle-ci plus que ce que la simple proportionnalité attribuée à sa représentation (les fameux "droits de l'opposition"), elle exige aussi que l'opposition elle-même participe en tant que telle au fonctionnement régulier de ce système - bien qu'il soit dominé par ses adversaires. En dépit des alternances, de multiples exemples (et encore tout récemment...) révèlent que l'opposition répugne à admettre cette collaboration (qu'elle tient pour un inavouable compromis) et ne consent pas volontiers à assumer les responsabilités qu'elle entraîne : les droits qu'elle revendique comportent nécessairement des obligations en contre-partie. Et il faut ajouter qu'une telle régulation est malaisée à codifier dans les textes ; ils ne peuvent en effet prescrire les comportements à suivre dans des situations concrètes et déterminer jusqu'où on peut aller trop loin dans un contexte politique particulier. C'est affaire de pratique et pour cette raison les règles pertinentes relèvent principalement en Grande-Bretagne de conventions de la Constitution.

Si la liberté a besoin de lois, la manière de les appliquer la concerne tout autant , et peut-être davantage. On retrouve enfin Montesquieu (le plus actuel, qui n'est pas celui du chapitre VI du livre XI) : "Il ne faut pas faire par les lois ce que l'on peut faire par les moeurs" (13) .

A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs - Théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, et S. BAUME et B. FONTANA, *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Michel Houdiard Editeur, 2008. Sur l'aspect théorique, l'ouvrage classique de Mi. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1973, rééd. 1980.

The Federalist Papers, , n° 47 .

Lord David HOPE of CRAIGHEAD, *The Reform of the House of Lords*, "L'influence de la Convention européenne sur l'organisation et le fonctionnement des cours suprême", *Revue internationale de droit comparé*, 2008, n° 2 .

D. BARANGER, *Ecrire la Constitution non-écrite - Une introduction au droit politique britannique*, coll. Léviathan, PUF 2008, p. 98.

Cité par E. CARCASSONNE, *Montesquieu et le problème de la Constitution française au XVIIIe siècle*, Slatkine Reprints, Genève 1978, p.171.

B. ACKERMAN, *The Living Constitution*, *Harvard Law Review*, may 2007, p. 1794.

Germaine de STAËL, citée par L. Jaume, "L'esprit de Coppel" et l'organisation du pouvoir exécutif, *La Constitution de l'an III*, Editions universitaires de Dijon, 1998, p. 132.

NECKER, *Du pouvoir exécutif dans les grands Etats*, sans nom d'éditeur, 1792, I, p. 15.

Germaine de STAËL, *Considérations sur la Révolutions françaises*, Tallandier , 1983, p. 326.

C.M. PIMENTEL, L'opposition ou le procès symbolique du pouvoir, *Pouvoirs*, n° 108, p.45.

W. BAGEHOT, *The English Constitution*, Fontan/Collins, 1963, p. 72.

Ibid. p. 65.

MONTESQUIEU, *Le Spicilége*, Pensée n° 1007, coll. Bouquins.