

Jean-François Théry, après ses réflexions préalables publiées dans le dernier numéro de la revue¹, nous donne ici un éclairage, inducteur de multiples réflexions, sur ce que sont, du point de vue constitutionnel, les trois « pouvoirs » : exécutif, législatif et judiciaire. Par ailleurs, n'ayant pas pu participer au débat sur la représentation des citoyens², il nous a confié quelques réflexions à ce sujet.

Existe-t-il réellement en France trois pouvoirs institutionnels ?

Jean-François Théry

Jean-François Théry est ancien président de la Section du rapport et des études du Conseil d'État.

L'INCONTOURNABLE RÉFÉRENCE À MONTESQUIEU

Lorsqu'on mène une réflexion sur les institutions et les pouvoirs qu'elles engendrent – exécutif, législatif et judiciaire – on ne peut manquer de s'interroger sur leur *séparation* et sur cet adage selon lequel un pays où les pouvoirs ne sont pas séparés « *n'a pas de Constitution* ». Une conception qui a prévalu chez les premiers Constituants afin que les titulaires de chacun de ces pouvoirs soient limités dans leur exercice par l'existence des deux autres : ainsi chaque pouvoir est-il aussi un contre-pouvoir. Une séparation qui, notons-le d'emblée, peut être facteur de rigidité et générateur de crises si elle est absolue. C'est par exemple le cas aux États-Unis, où le Congrès peut bloquer l'action du Président en refusant de voter les lois nécessaires à l'application de sa politique, où le Président peut

opposer son veto à des lois votées par le Congrès, et où la Cour Suprême, par sa jurisprudence constitutionnelle, peut mettre en échec aussi bien le Président que le Congrès.

DEUX CONSTITUTIONS, DEUX DÉSÉQUILIBRES

Dans les deux dernières Constitutions françaises, les pouvoirs exécutif et législatif sont séparés, mais tant celle de la v^e République que celle de la iv^e ménagent la suprématie de l'un d'entre eux sur l'autre.

La Constitution de 1946 affirme la *suprématie de la loi* en permettant à l'Assemblée Nationale, seule élue au suffrage universel, d'imposer sa volonté. Le Gouvernement, pour entrer en fonctions, doit recueillir l'investiture de l'Assemblée et il doit présenter sa démission si une question de confiance par lui posée est rejetée. En fait le Gouvernement est entièrement

¹ « En guise de préambule à une réflexion sur les institutions », *Diasporiques* n°36 (janvier 2017), p. 24-26.

² Voir p. 8-18 dans ce numéro.

entre les mains de l'Assemblée, Or, dans la France de l'après-guerre, il n'y avait pas de majorité politique durable. La majorité à l'Assemblée résultait de coalitions changeantes, il y avait, disait-on, « une majorité – et donc un Gouvernement – par problème » !

Certes, la suprématie de la loi doit trouver sa limite dans le respect d'une Constitution adoptée par référendum par le peuple souverain ; mais, dans le système de 1946, s'il advient que le Parlement vote une loi contraire à la Constitution, c'est la Constitution qui doit être modifiée afin que soit respecté le principe de souveraineté de la loi ! Comme le disaient alors des juristes britanniques : « En France, la loi peut tout faire, sauf changer un homme en femme ». Et un humoriste d'ajouter : « Et encore... ». Le général de Gaulle appelait la Constitution de 1946 *un régime d'Assemblée*, ce qui était exact. L'existence du Conseil de la République n'y changeait pas grand-chose.

*

La Constitution de 1958, tout au contraire, et plus encore dans sa version de 1962 comportant l'élection du Président au suffrage universel, est clairement déséquilibrée au profit de l'exécutif. Le Président de la République, de fait, n'est plus un arbitre mais un leader politique. Il désigne le Gouvernement, qui n'a pas besoin de l'investiture de l'Assemblée, et qui, tant qu'il n'interfère pas avec le domaine de la loi spécifiquement défini à l'article 34³, peut gouverner par décrets. En matière législative, le Gouvernement partage en principe avec les parlementaires l'initiative



© RMN-GRAND PALAIS (CHÂTEAU DE VERSAILLES) / DROITS RÉSERVÉS

des lois ; mais ses projets sont prioritaires et ils occupent la plus grande partie des ordres du jour du Parlement. En outre le Gouvernement peut recevoir délégation du pouvoir législatif et légiférer par ordonnances (article 38). Le Président dispose, quant à lui, de pouvoirs propres qui lui permettent de poursuivre son mandat même s'il ne dispose plus de la majorité à l'Assemblée...

Certes, le régime reste parlementaire dans la mesure où le Gouvernement, lui, a besoin de faire voter des lois et donc de disposer d'une majorité à l'Assemblée. Mais l'article 49-3 permet de remobiliser cette majorité quand elle fluctue ; contrairement aux idées reçues, cet article a pour objet non pas de couper court au débat parlementaire mais de mettre les députés de la majorité devant leurs responsabilités : veulent-ils continuer à soutenir le Gouvernement ou le censurer ? Le droit de dissolution du Président lui permet de renvoyer les députés devant leurs électeurs si la censure est votée. Il subsiste donc une limitation du pouvoir exécutif par le pouvoir législatif mais

Charles de Secondat, baron de Montesquieu (1689-1755), d'après Jacques-Antoine Dassièr

³ Cet article énumère les nombreuses lois qui sont du ressort du Parlement.

l'exécutif n'est pas sans armes pour riposter, en remettant la décision au corps électoral.

LES EFFETS IMPRÉVUS DE L'INSTAURATION DU QUINQUENNAT

L'instauration du quinquennat, qui fait coïncider l'élection présidentielle et les élections législatives, aggrave en fait le déséquilibre constaté des pouvoirs. Les citoyens, qui viennent d'élire le Président, envoient en principe à l'Assemblée nationale une majorité qui lui est favorable. Dès lors, il n'y a plus, à ce stade, de réelle séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif : tous les pouvoirs sont, politiquement, entre les mains du Président et de sa majorité parlementaire. Seul le Sénat peut y apporter quelque modération, à condition que des élections territoriales défavorables à la majorité présidentielle aient donné dans cette assemblée la majorité à l'opposition ; mais le Sénat n'a pas le pouvoir de renverser le Gouvernement ni de faire échec à un texte de loi qui recueille l'accord de l'Assemblée.

Cette modification constitutionnelle a été votée sous une double influence. Il s'agissait d'une part du souvenir des projets constitutionnels de Pierre Mendès France, qui préconisait l'instauration d'un « gouvernement de législature » pour faire échec à l'instabilité des gouvernements de la IV^e République ; mais les équilibres de la Constitution de la V^e République ne sont plus ceux de la IV^e ! D'autre part cette coïncidence temporelle des élections présidentielle et législatives devait théoriquement avoir pour effet d'éviter le retour des « cohabitations » en interdisant de

fait les élections législatives pendant la durée du mandat présidentiel. L'expérience a toutefois montré que l'absence de séparation des pouvoirs aboutissait en réalité à mettre le Parlement pratiquement hors circuit et par là même à multiplier et à amplifier toutes les formes d'opposition extra-parlementaires. Ainsi l'une des causes majeures des troubles qui ont accompagné le vote, en 2016, de la « Loi Travail » a-t-elle été l'absence quasi complète de visibilité de la délibération parlementaire dans l'élaboration de ce projet, et il est caractéristique que seul l'exécutif ait été mis en cause à ce sujet !

LE « POUVOIR JUDICIAIRE » EXISTE-T-IL ?

Dans notre histoire un pouvoir judiciaire distinct du pouvoir exécutif n'a jamais existé. Souvenons-nous de l'image symbolique de Saint Louis rendant la justice sous son chêne à Vincennes ! On ne cesse aujourd'hui de tenter de diminuer la place de l'État dans la société en se référant aux « limites du pouvoir régalien ». Mais qu'est-ce en fait que le pouvoir régalien si ce n'est celui de faire la guerre, de battre monnaie... et de rendre la justice ?

Ni la Constitution de 1946 ni celle de 1958 n'instaurent explicitement de *pouvoir judiciaire*. Il existe actuellement une *autorité judiciaire*, qui n'est pas un *pouvoir constitutionnel* mais un *service public*, dont l'indépendance par rapport au pouvoir exécutif et au pouvoir législatif est soigneusement protégée. Il s'agit, à proprement parler, d'une *autorité administrative indépendante*, mais pas d'un pouvoir constitutionnel car

il n'émane pas d'une élection. Renforcer son indépendance en réformant le Conseil Supérieur de la Magistrature, comme certains le préconisent aujourd'hui, ne changerait pas le fond du problème : ni les juges ni les procureurs ne sont élus !⁴

Ce qui serait profondément antidémocratique serait de diluer la responsabilité politique dans la responsabilité pénale et de confondre juge pénal et « pouvoir judiciaire ». L'autorité judiciaire ne se réduit pas au seul juge pénal : en dehors de lui il existe des juridictions administratives, le Conseil d'État et les tribunaux administratifs, des juridictions financières, la Cour des Comptes et les chambres régionales, et un Conseil Constitutionnel, qui devraient tous être parties prenantes du pouvoir judiciaire... s'il existait !

La démocratie consiste à permettre aux citoyens de choisir les dirigeants de l'État, et donc de leur déléguer l'exercice de la « souveraineté » du peuple⁵. Encore faut-il que cette « souveraineté » ait un contenu ; et ce contenu, c'est la puissance publique, c'est-à-dire la capacité de maintenir l'ordre public établi par la loi, au besoin par la contrainte, et plus généralement de faire appliquer les lois. C'est aux représentants du peuple de définir les moyens et les limites de cette puissance conférée à l'État, moyens et limites qui constituent la base même de l'État de droit. Mais l'État de droit, ce n'est pas la soumission de l'État au code pénal ! Lorsqu'un élu ou un fonctionnaire public agit dans l'exercice de ses fonctions, sa responsabilité est collective, politique et non personnelle, sauf s'il utilise ses prérogatives abusivement, c'est-à-dire s'il commet des



DUTCH NATIONAL ARCHIVES, THE HAGUE, FOTOCOLECTIE ALGEMEEN NEDERLANDS PERSEBUREAU (ANNEFO)

infractions intentionnellement, à des fins personnelles ou dans le but de nuire à tel ou tel citoyen ou groupe de citoyens. En dehors de ces cas, plutôt rares, le juge pénal n'a pas compétence pour juger l'action des élus, ce n'est pas sa fonction et, n'étant pas élu, il n'a aucune légitimité politique ni morale pour y procéder : c'est aux électeurs de le faire. Et c'est au demeurant la raison pour laquelle les procédures de jugement des ministres ou de destitution du Président de la République ne sont pas confiées à l'autorité judiciaire.

FAUDRAIT-IL VRAIMENT INSTAURER UN TEL POUVOIR ?

Il y a, dans la version actuelle de la Constitution de 1958, une amorce de *pouvoir judiciaire* confié au Conseil Constitutionnel. Imaginé originellement pour empêcher le Parlement

Pierre Mendès France en 1968

⁴ Ne font exception que ceux de la *Cour de Justice de la République* – qui jugent les membres du Gouvernement accusés d'avoir commis des crimes et délits dans l'exercice de leurs fonctions – mais ces juges-là sont très majoritairement des *parlementaires*, qui participent donc de la fonction de contrôle du pouvoir exécutif par le pouvoir législatif.

⁵ Voir au sujet du mot « souveraineté » le débat paru dans le numéro 36 de la revue : « En finir avec le principe de souveraineté nationale ? » (p. 6-17).

de légiférer dans le domaine réservé au pouvoir réglementaire (et donc aux fins de limiter le pouvoir législatif), chargé par ailleurs de contrôler la régularité des élections nationales (présidentielle et législatives), le Conseil constitutionnel a également le pouvoir de contrôler la conformité des lois (et tout spécialement des lois organiques) à la Constitution et d'écarter les lois jugées non conformes. Il s'agit bien d'un organe prévu par la Constitution, émanant indirectement du suffrage universel car ses membres sont nommés par le président de la République et les présidents des assemblées parlementaires, qui pose des limites au pouvoir des législateurs. La création des « questions prioritaires de constitutionnalité » permet aux citoyens de le saisir par l'intermédiaire des juridictions judiciaires et administratives, et le conduit à assurer la protection des droits et libertés. Pourrait-il évoluer

vers une *Cour suprême constitutionnelle* ? Se poserait alors la question de ses compétences et de sa composition.

Faut-il donc aller jusqu'à préconiser l'institution, en France, d'un véritable pouvoir judiciaire ayant la capacité de limiter les pouvoirs exécutif et législatif ? Ce serait une modification très fondamentale de la Constitution, dont on n'imagine pas très bien quel avantage démocratique elle pourrait apporter par rapport au système actuel d'une justice de service public, complexe certes, pouvant appeler de nombreuses réformes mais indépendante et permettant aux citoyens de faire valoir leurs droits. A-t-on réellement besoin d'une justice politique pour limiter non pas seulement les pouvoirs mais l'action des élus ? Le « Gouvernement des juges » n'a pas vraiment bonne presse... et ce n'est sans doute pas déraisonnable qu'il en soit ainsi ! ☺

Quelques réflexions sur l'expression du suffrage universel

UNE PERTE PRÉOCCUPANTE DE CONFIANCE

Nombre de nos concitoyens se plaignent d'une coupure avec les élus qui, à leurs yeux, constituent désormais une « classe politique » protégée par une série d'exemptions et de « privilèges ». Elle aurait perdu le contact avec la vie quotidienne de la

grande majorité des électeurs et serait devenue radicalement incapable de les comprendre et donc de les représenter. Cette « classe politique » est soupçonnée de ne se préoccuper que de ses propres intérêts, et de ceux des groupes dominants (économiques, culturels, etc.) qui ont partie liée avec elle : en résumé du « système » !

UNE MULTITUDE DE « SOLUTIONS »

Certains pensent dès lors qu'il faut, comme lors des « printemps arabes », « dégager les sortants », c'est-à-dire en clair voter pour le Front National ou pour des militants « hors du système » (ceux qu'on n'a jamais « essayés »). D'autres estiment que c'est le principe même de la démocratie représentative qu'il faut modifier, en organisant une désignation de citoyens ordinaires par tirage au sort, comme pour les jurys d'assises, pour un mandat non renouvelable, ou en organisant des élections sur des bases non politiques, par exemple professionnelles ou associatives, ou sur des bases beaucoup plus larges (en partie politiques, en partie professionnelles, en partie associatives). D'autres encore pensent qu'il faut se défaire de toute idée de représentation et permettre aux citoyens eux-mêmes de décider, soit par des systèmes de votation directe (en assemblées générales ou par l'entremise des réseaux sociaux) soit en utilisant bien davantage le principe de subsidiarité, en remettant entre les mains des collectivités territoriales les principaux pouvoirs collectifs, exercés dès lors par les citoyens directement concernés...

DES FONCTIONS EXÉCUTIVES À « DÉPROFESSIONNALISER »

En démocratie, le pouvoir exécutif ne peut être l'émanation de la totalité de la population concernée, il est nécessairement, à un moment donné, l'expression d'une majorité et de la confiance temporaire qui lui a été accordée.

Un mandat exécutif communal peut être compatible avec l'exercice

d'une profession. Au niveau régional et a fortiori national, un choix s'impose. Pour que ne se constitue pas une caste politique, il faut éviter d'ouvrir aux intéressés une « carrière », et pour cela il faut que leur mission d'intérêt public – un authentique service civique – demeure temporaire, qu'elle soit bien rémunérée et que leur soit garantie la possibilité de reprendre l'exercice de leur profession à l'issue de leur mandat. Le choix des candidats est évidemment essentiel. Rien n'oblige à ce qu'ils aient un engagement politique bien défini. Tel était par exemple le cas des candidats se présentant au titre de leur appartenance à des « Groupes d'action municipale » à Grenoble, à l'époque d'Hubert Dubedout.

DES FONCTIONS LÉGISLATIVES À REPENSER

La Constitution dispose que « la souveraineté nationale appartient au peuple, qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Les élus doivent donc *représenter* les électeurs dans leur diversité. Le scrutin proportionnel de liste semble, a priori, le mieux adapté à cette fin. Mais l'un des problèmes à résoudre est alors celui de la constitution des listes : qui va les établir ? Les partis politiques ? Ils sont aujourd'hui tellement divisés qu'ils en sont venus, par le biais des « primaires », à faire désigner leurs candidats par les électeurs... De surcroît, dans un scrutin proportionnel de liste, la place des candidats sur la liste est essentielle : le blocage habituel des premières places par les *apparatchiks* des partis induit un mauvais renouvellement des élus...

Le tirage au sort des députés serait-il une solution alternative crédible ? Même si elle assurait effectivement la constitution d'une assemblée « à l'image » de la population dont elle serait issue, cette « représentation » ne risquerait-elle pas fortement d'aboutir à la désignation de citoyens n'ayant aucune envie de prendre de telles responsabilités... pour de si longues durées de surcroît ? On pourrait dès lors s'attendre à de nombreuses demandes d'exemption... qui ne manqueraient pas de rompre la représentativité recherchée !

Le chantier reste donc ouvert...

DES TENTATIONS POPULISTES INQUIÉTANTES

Le concept de démocratie directe remis à la mode en 2016 par

le mouvement « Nuit debout » de la place de la République à Paris est à considérer avec la plus grande prudence. Toutes les décisions étant prises en assemblée générale des personnes intéressées (en fait plus exactement par l'assemblée des personnes *présentes*, quel que soit le sujet mis au vote), nous avons là l'assurance absolue de l'arbitraire le plus total, de tous les emportements orchestrés par de petits groupes d'activistes. Les références à la démocratie athénienne sont évidemment fausses car l'agora n'avait pas grand-chose à voir avec les foules de la République !

DU BON USAGE DE LA DÉMOCRATIE PARTICIPATIVE

La démocratie « participative » a été légitimement préconisée comme

Au Proche-Orient, Nabil et Moshe dialoguent à la mi-avril 2017



un moyen permettant aux citoyens de confronter leurs attentes et leurs propositions. Pour éclairer les problèmes de la société, il est en effet bon de faciliter les débats les plus ouverts et les plus « participatifs », mais ces assemblées ne doivent nullement, pour les raisons ci-dessus évoquées, être appelées à décider. Ce qui pose un problème délicat, dont on a pu se rendre compte en essayant de faire vivre la « Commission Nationale du débat public » instituée en France par la loi Barnier du 2 février 1995, et la convention d'Aarhus du 25 juin 1998 qui organise en Europe une forme de démocratie participative. Ce débat public n'étant pas décisionnel, les citoyens sont tentés de penser qu'il ne sert à rien, qu'il n'est rien de plus qu'une « consultation-bidon » et l'on a beaucoup de mal à les y intéresser.

Il n'y a en réalité de vraie démocratie que décisionnelle, et il n'y a

de réelle démocratie décisionnelle que représentative, reposant sur des *mandats* confiés par le peuple à ses représentants. Des mandats dont la Constitution interdit qu'ils soient impératifs, en d'autres termes qui constituent un contrat temporaire de confiance entre l'électeur et son élu, celui-ci étant chargé à tout moment et en toute responsabilité d'en faire bon usage en fonction de son propre jugement. À charge bien sûr pour l'électeur de lui retirer ultérieurement sa confiance s'il estime qu'elle n'a plus lieu d'être. C'est l'exercice de la *responsabilité politique* de l'élu devant l'électeur, qui est l'essence-même du gouvernement démocratique ; une responsabilité politique qui ne doit pas être confondue avec la responsabilité pénale, sous peine de voir apparaître un gouvernement des juges. ☉

