

Dissertation : Montesquieu est-il toujours d'actualité ?

“Il n’y a point encore de liberté si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative et de l’exécutrice”. Les paroles précitées de Montesquieu attestent de la nécessité d’organiser les pouvoirs pour permettre l’existence même de la liberté.

Le mode d’organisation prôné par sa théorie consiste en une distribution de trois pouvoirs. Tout d’abord, le pouvoir législatif, qui consiste selon Montesquieu en la fabrication des lois et en leur correction. Ensuite, « la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens », qui correspond selon lui au pouvoir de faire la paix ou la guerre. Cela correspond au pouvoir exécutif. Enfin, « la puissance exécutrice des personnes qui dépendent du droit civil » qui représente le pouvoir de juger des crimes ou des différends entre particuliers. Ce dernier pouvoir correspond au pouvoir judiciaire. Selon Montesquieu, ces trois pouvoirs doivent être exercés par des organes différents et de manière équilibrée. La séparation des pouvoirs représente un élément de définition matérielle au vu de l’article 16 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen. Ce principe détient donc une valeur constitutionnelle. Si il n’est pas respecté, il n’y a plus de Constitution. La séparation des pouvoirs est un principe permettant de définir les régimes politiques selon si elle souple ou rigide. Cette séparation peut être dite «souple» lorsqu’il existe un équilibre entre les différents pouvoirs étant responsable réciproquement. Les pouvoirs selon Montesquieu « collaborent » entre eux de manière à éviter la paralysie institutionnelle. À l’inverse, la séparation est rigide quand les pouvoirs sont organiquement séparés n’étant pas ainsi responsable mutuellement.

Montesquieu est l’acteur majeur de la théorie constitutionnelle de la séparation des pouvoirs. Philosophe des Lumières et grand théoricien du Contrat Social, il rédige L’Esprit des lois, ouvrage au sein duquel il établit une théorie empirique de l’équilibre des pouvoirs en observant la monarchie constitutionnelle et parlementaire d’Angleterre. Le philosophe de la modernité constitue sa théorie au cours d’un changement de paradigme. En effet, à cette période règne en Angleterre un régime politique en plein bouleversement. Le pouvoir se détache alors de l’absolutisme où tout les pouvoirs sont concentrés dans les mains du monarque. Pour s’en détacher il est alors nécessaire, selon Montesquieu, de diviser les différents pouvoirs de manière à passer d’un régime autocratique «despotique» à une démocratie libérale.

Le décalage entre la théorie et la pratique du principe posé par Montesquieu atteste des carences contenue dans son raisonnement . C’est pourquoi, il est nécessaire d’analyser l’évolution de la théorie de Montesquieu au regard de l’actualité. Cette analyse permettra de savoir si, dans les régimes contemporains, cette théorie bénéficie toujours d’une certaine effectivité. dans un contexte de développement de certains pouvoirs au sein d’une même entité faussant ainsi la théorie de Montesquieu promouvant un équilibre des pouvoirs.

Pour cela, il est primordial d’étudier en quoi la théorie formulée par Montesquieu tombe t-elle en désuétude dans le contexte politique et constitutionnel contemporain.

A cet effet, il faut préalablement s’intéresser à la remise en cause de la théorie de

Montesquieu vis à vis du déséquilibre institutionnel actuel (I) pour traiter par la suite de sa contradiction au vu du développement de nouveaux facteurs politiques (II)

I- La remise en cause manifeste de la théorie de Montesquieu au profit du phénomène de concentration des pouvoirs

La théorie de la séparation des pouvoirs perd en légitimité car les organes exerçant leur pouvoir respectif développent leur domaine d'influence. Un organe concentre ainsi le pouvoir aux dépens des autres. La concentration des pouvoirs peut se réaliser tantôt au profit de l'exécutif (A), tantôt au profit du législatif (B)

A/ La confusion moderne des pouvoirs en faveur de l'organe exécutif.

Montesquieu définissait le pouvoir législatif comme principal pouvoir au sein de sa théorie. Cette dernière perd en pertinence car le pouvoir s'étant réellement développé au cours du XIX^{ème} et du XX^{ème} est le pouvoir exécutif. Aujourd'hui, il est possible de parler de régime parlementaire présidentieliste. La structure du pouvoir n'est plus la même qu'au moment de la rédaction de sa théorie. L'organe exécutif exerçant le pouvoir exécutif concentre également une part du pouvoir législatif. En effet, aux États-Unis, le président en tant qu'organe exécutif détient également un rôle législatif. D'une part l'intermédiaire des « Executives orders » il peut être à l'initiative de règles de droit. D'autre part son droit de veto législatif lui permet de s'opposer à la mise en vigueur des lois votées par le Congrès. L'auteur Pierre Gaudemet rappelle dans son ouvrage La séparation des pouvoirs mythe ou réalité, que même si le régime américain « consacre la séparation des pouvoirs la plus rigoureuse », il est possible de réfuter l'existence d'une séparation claire des pouvoirs.

La confusion des pouvoirs au profit de l'exécutif est également constatable dans la Constitution du 22 frimaire an VIII (15 décembre 1799). Le Premier consul, organe exécutif dispose de l'initiative législative, du pouvoir réglementaire et du pouvoir budgétaire étendu. En réalité il détient l'ensemble de la fonction normative, le rôle de assemblée étant purement formel.

Le monarque britannique, à la tête du pouvoir exécutif, fait partie intégrante du Parlement organe législatif. Il y détient le pouvoir de sanction royale, qui lui permet de promulguer les projets de loi. Le régime sur lequel s'est basé Montesquieu pour construire sa théorie est un régime établissant une confusion des pouvoirs au profit du Roi.

Le Parlement français est aujourd'hui qualifié de chambre d'enregistrement des lois. Il est même courant de qualifier son pouvoir non pas comme législatif mais comme délibérant. En effet, autour de quatre-vingt-dix pour-cent des textes de lois adoptés en France au cours de la V^{ème} République sont des projets de loi, donc d'initiative gouvernementale. L'organe exécutif dispose ainsi d'une grande liberté sur le plan législatif. Le professeur de droit constitutionnel parle même de « députés godillots », étant soumis au pouvoir exécutif et donc principalement au président de la République. Cette analyse témoigne de la superficialité apparente de l'organe législatif, le Parlement, dans l'exercice de la loi. Montesquieu disait que lorsque « la puissance

législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté » Cependant certains régimes témoignent de la suprématie dont bénéficie le pouvoir exécutif au détriment du législatif. Ces régimes n'étant pas tous liberticide, perdent cependant l'existence d'un contrepoids essentiel pour le freiner. La théorie de Montesquieu perd ainsi en légitimité dans la pratique politique actuelle.

Ces exemples attestent de la dérive du pouvoir au profit de l'organe exécutif. Il existe aussi dans certains cas un déséquilibre de la séparation des pouvoirs au profit de l'organe législatif.

B/ La confusion contemporaine des pouvoirs en faveur de l'organe législatif.

La concentration des pouvoirs se fait aussi au profit du législatif. Le régime anglais dont s'est inspiré Montesquieu a abouti à une domination de l'organe législatif sur les organes exécutif et judiciaire. En effet en Grande-Bretagne la mainmise progressive du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif s'est amorcée au moment de la signature de la *Magna Carta* en 1215. Ce pacte organise un partage du pouvoir fiscal entre le Roi d'une part et la Noblesse et le Clergé d'autre part. Le monarque partage ainsi une part de son pouvoir régalien avec l'aristocratie parlementaire. Aussi, le passage d'une responsabilité pénale individuelle d'un ministre face au Parlement à une responsabilité politique collective de tout le Cabinet, organe exécutif de décision, développe la mainmise du Parlement sur le pouvoir exécutif.

En France, la III^{ème} République (1875-1940) est un régime avec une domination du pouvoir législatif représenté par l'Assemblée Nationale. Composée de la chambre des députés et du Sénat, elle se réunit pour faire élire le président de la République et votent les lois dans leurs chambres respectives. L'exécutif va totalement s'effacer au profit du législatif. L'expression de régime parlementarisme ou régime d'Assemblée qualifie ainsi cette nouvelle concentration. Durant la III^{ème} et IV^{ème} République, le pouvoir législatif a dépassé le domaine de ses compétences en empiétant sur le domaine réglementaire détenu par l'organe exécutif. Les organes législatifs de ces deux Républiques s'imposent comme les épiscopates du pouvoir, négligeant ainsi la théorie formulée par Montesquieu. Les articles 34 et 37 de la Constitution française de la V^{ème} République définissent le domaine législatif et réglementaire. Ils limitent ainsi drastiquement le domaine de la loi pour éviter que l'organe exécutif excède encore le domaine de ses compétences. Ils réintègrent de la sorte le principe de séparation des pouvoirs promu dans l'article 16 de la DDHC adoptée 170 ans auparavant.

Au États-Unis, le Sénat, assemblée législative doit donner son approbation lors de l'adoption de traités internationaux et lors de la nomination de hauts fonctionnaires. Le président des États-Unis ne peut ratifier des traités ou faire des choix importants sans l'avis et le consentement du Sénat. Ce dernier tient également un rôle majeur dans la procédure d'*impeachment*.

Si le phénomène de concentration du pouvoir contredit la théorie de Montesquieu, il est intéressant de voir que sa théorie se voit renouvelée vis à vis de l'apparition de nouveaux contre-pouvoirs.

II- La remise en cause évidente de la théorie Montesquieu au profit du développement de nouveaux contres-pouvoirs.

Il existe une résurgence de la théorie de Montesquieu qui déclare qu' : « il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ». Sa théorie se réactualise relativement à l'apparition de deux contres-pouvoirs, un premier institutionnel (A) et un second juridictionnel (B)

A/ L'apparition d'un contre pouvoir institutionnel

Un renouvellement de l'opposition parlementaire s'est opéré dans les régimes politiques contemporains. Au regard de ce déséquilibre dû à la confusion des pouvoirs au profit de l'organe exécutif, les différents pouvoirs ont réagi en instituant à nouveau la notion de contre-pouvoir parlementaire.

Tout d'abord, en Angleterre, est apparu un leader d'opposition en 1937. Ce dernier est à la tête d'un « cabinet fantôme ». Ce *shadow cabinet* est une sorte de gouvernement d'opposition constitué de députés d'opposition. Ils forment ensemble un Cabinet face au Cabinet ministériel officiel. Ils sont en charge de surveiller et de critiquer la politique du ministre en place. Le "cabinet fantôme" est un moyen de questionner la politique de la majorité au pouvoir. Ce système de shadow cabinet existe également en Australie, au Canada et dans les pays appliquant le système de Westminster.

Ensuite, l'apparition du droit de veto, outil permettant de s'opposer à un pouvoir. En France, la Constitution de la V^{ème} République est un régime parlementaire rationalisé. Cet aspect fut révisé par l'intermédiaire de la réforme du 23 juillet 2008 qui institue un statut de l'opposition en France. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 inscrit la notion d'opposition dans la Constitution. L'opposition détient désormais une place dans la Constitution. D'une part, l'article 48 alinéa 5, qui réserve aux groupes d'opposition la détermination de l'ordre du jour une fois par mois. D'autre part, l'article 51-1 qui précise que le règlement de chaque assemblée reconnaît des droits spécifiques aux groupes d'opposition. L'opposition se voit donc dotée d'un véritable statut. Il s'agit d'un contre-pouvoir ayant désormais un ancrage constitutionnel et donc intangible. Les partis d'opposition sont depuis 2008, en capacité de contrer le pouvoir exécutif soutenu par la majorité parlementaire qui établissent une concentration des pouvoirs. Au sein du Parlement les groupes d'opposition luttent contre cette étouffement du pouvoir exécutif.

Enfin si ce contre-pouvoir est essentiellement institutionnel, il existe également un contre-pouvoir juridictionnel.

B/ L'apparition d'un contre-pouvoir juridictionnel.

Dans la quête d'un gouvernement modéré, Montesquieu dit des juges qu'ils doivent être les bouches de la loi. Ainsi, le pouvoir judiciaire n'a pour fonction que d'appliquer les lois de manière particulière. Dans la vision formulée par Montesquieu ils ne bénéficient pas d'une capacité d'interprétation authentique. L'application des lois

votées par l'organe législatif se fait à la lettre des textes. Or dans les système politique contemporain le juge n'est pas la bouchée la loi. Dominique Rousseau affirme que les juges détiennent une fonction qualifiable par certains de meilleur contre-pouvoir face à la concentration des pouvoirs. Edouard Lambert parle même de « gouvernement des juges » par rapport aux juges de la Cour suprême des Etats-Unis qui agissent a l'encontre du principe de séparation des pouvoirs.

Le Conseil constitutionnel crée en 1958 en France effectue un contrôle de la constitutionnalité des lois et des traités internationaux, en vérifiant leur conformité à la Constitution . Avant 1974, seul quatre personnes pouvait saisir le Conseil constitutionnel. Le président de la République, le premier ministre, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat était les seuls a pouvoir saisir le Conseil constitutionnel. Ces quatre personnes font partie de la majorité présidentielle et ne remplissent pas de ce fait leur rôle de garant de l'État de droit. Ainsi de 1958 à 1974, le Conseil constitutionnel n'a été saisi que trente fois. En 1974, Valerie Giscard d'Estaing va ouvrir la saisine du Conseil constitutionnel à l'opposition parlementaire. Aujourd'hui le Conseil constitutionnel peut être saisi *a priori* à l'initiative de soixante députés ou soixante sénateurs. C'est un véritable bouleversement constitutionnel car l'opposition peut contrer le pouvoir de l'exécutif lorsqu'il fait passer des lois contraire à l'État de droit. Cette réforme du 29 octobre 1974 inclue le conseil constitutionnel comme membre actif dans le quotidien politique, comme contre-pouvoir majeur face à la volonté de la majorité politique en place. Par exemple, le texte de loi controversé sur la création et la diffusion des œuvres sur Internet (loi HADOPI) ou encore la taxe carbone furent censurée par le Conseil constitutionnel. Les lois d'un programme politique offensives ou liberticide peuvent être canalisés par le Conseil constitutionnel. La théorie de Montesquieu est remise a cause par le pouvoir croissant des juges constitutionnelle. Cette évolution du pouvoir des juges est accompagné par le rôle joué par les justiciables depuis 2008. En effet, la réforme du 23 juillet 2008 portant sur l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité (Q.P.C.) étend considérablement le domaine d'influence du Conseil constitutionnel. Le citoyen est aujourd'hui un contre-pouvoir face au dérivé de la concentration des pouvoirs au profit de l'organe exécutif.