

Exemple de copie étudiante ayant obtenu la note de 15/20

Commentaire de texte : *R. CARRÉ DE MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'État, Sirey, 1920, Tome 2, p. 48 et s.*

« Le partage des trois pouvoirs constitue proprement ce que l'on nomme république, comme la réunion des trois pouvoirs constitue ce que l'on nomme monarchie ». Étienne Bonnot de Condillac, dans son œuvre Le cours d'études publié en 1755 rattache en effet la concentration des trois pouvoirs dans les mains d'une même entité à un type de régime aboutissant à une forme de despotisme, voire de tyrannie. Ainsi, celui-ci pose le principe théorique et stricte de la séparation des pouvoirs sur lequel Raymond Carré de Malberg va s'appuyer dans sa démarche critique. Selon cette conception, chaque organe se voit attribuer une seule et unique fonction. En réalité, cette séparation évoquée comme stricte n'a jamais réellement existé, sera plutôt retrouvée une spécialisation des compétences.

La séparation des pouvoirs est un sujet fréquemment repris par les auteurs à travers les différentes époques, c'est notamment le cas d'un contemporain de la III^{ème} République, Raymond Carré de Malberg, grand auteur appartenant au courant du positivisme juridique étatique, né en 1861 et mort en 1935. Il est le père de la théorie de l'autolimitation de l'État selon laquelle aucun organe de l'État ne peut posséder une puissance illimitée puisque ceux-ci sont des pouvoirs institués et ainsi naturellement limités par la Constitution. Contribution à la théorie générale de l'État, est une œuvre publiée en 1920, sous la III^{ème} République, république sous laquelle la séparation des pouvoirs est fortement remise en cause au profit d'un parlementarisme absolu, détenant le pouvoir législatif comme principal pouvoir.

Si l'on considère Montesquieu à l'origine de cette célèbre théorie comme le fait l'auteur de

l'œuvre à étudier, Aristote avait dès son époque, commencé à travailler sur le sujet dans son ouvrage Politique.

Ainsi, l'auteur vient dans son œuvre la plus célèbre, d'une certaine manière nuancer cette théorie dégagée par Montesquieu, selon laquelle il faudrait retrouver une égalité dans l'exercice des différents pouvoirs, à savoir le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. En effet, celui-ci vient exposer le fait que Montesquieu présente une théorie dans laquelle est retrouvée une certaine contradiction en ce sens qu'en plaçant sous l'autorité de la loi les deux autres pouvoirs, celui-ci hiérarchise d'une certaine manière les pouvoirs tout en prônant l'égalité entre ces pouvoirs. Raymond Carré de Malberg vient ensuite mettre en lien cette hiérarchie avec sa conséquence inévitable, c'est-à-dire l'inégalité retrouvée entre les différents organes possédant ces pouvoirs. Cette nuance apportée par l'auteur, basée sur la comparaison entre ce qui est attendu par la théorie et ce qui est réellement exercé en pratique constitue ainsi un véritable intérêt à l'étude de ce texte.

Il est donc intéressant de se demander dans quelle mesure l'auteur, en s'appuyant sur la théorie de Montesquieu, expose un déséquilibre entre la théorie de la séparation des pouvoirs et sa mise en pratique ?

Bien que Montesquieu propose un idéal visant l'égalité des pouvoirs par sa théorie, celui-ci présente cependant un caractère illusoire en pratique (I), ce caractère se retrouvera notamment dans l'existence d'un déséquilibre de la répartition des pouvoirs entre les organes (II).

I. Une analyse critique d'une séparation égalitaire des pouvoirs selon Montesquieu

Bien qu'en théorie, ce principe constitutionnel visant l'égalité des pouvoirs soit évoqué de manière constante dans les textes (A), en réalité, celui-ci présente en pratique un déséquilibre persistant entre les différents pouvoirs (B).

A. Une égalité des pouvoirs discutée au regard de ses consécutions textuelles

Le principe de séparation des pouvoirs est un principe que l'on retrouve dans toutes les Constitutions même si celui-ci peut varier en fonction de l'État ou du régime politique en place dans celui-ci. C'est-ce que dit l'auteur dans la citation suivante « *Si toutes ces Constitutions prétendent plus ou moins se fonder sur le principe de séparation des pouvoirs, si même certaines d'entre elles ont pris le soin de consacrer ce principe par un texte exprès* ».

En effet, le concept de la séparation des pouvoirs apparaît ici comme un élément essentiel à la formation d'un régime constitutionnel, il apparaît ensuite comme un objet nécessaire à la définition matérielle de la Constitution, c'est-ce que dispose l'article 16 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen, à savoir « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution* ».

Montesquieu le définit également comme essentiel à la fondation d'un régime dans lequel la liberté est garantie, à savoir ce qu'il appelle un gouvernement modéré, afin d'éviter la concentration de plusieurs pouvoirs dans les mains d'un seul homme comme on le ferait dans une monarchie ou dans un système totalitaire. En effet, selon lui cela pourrait avoir différentes conséquences, notamment si l'on confie à la fois le pouvoir judiciaire et le pouvoir

législatif à une même entité, cela aboutira à un juge législateur, soit à un pouvoir arbitraire donné à un juge qui exercera alors un pouvoir arbitraire sur ses citoyens. Ou encore, si l'on confie les pouvoirs exécutif et législatif, les lois risqueraient de posséder un caractère tyrannique aboutissant à une atteinte à la liberté politique, définie par Montesquieu comme la sécurité, la sûreté, et la sérénité assurée au profit des citoyens.

Nombreux sont ceux interprétant la théorie de Montesquieu comme une séparation stricte des pouvoirs interdisant toute collaboration entre les pouvoirs, en réalité, c'est plutôt une conception souple de la théorie qu'adopte ce dernier. En effet, ces pouvoirs ne doivent en aucun cas être absolument hermétiques et doivent établir des relations entre eux notamment par la mise en place des checks and balances, c'est-à-dire des systèmes d'action réciproques entre les différentes fonctions.

Ainsi, bien que cette théorie soit présentée comme consacrée de manière évidente dans la théorie à travers les différents textes, celle-ci n'est en réalité, comme le montre l'échec de nombreuses Constitutions, qu'une illusion, un mythe comme le considère de nombreux auteurs, notamment Paul-marie Gaudemet quelques années plus tard dans son ouvrage La séparation des pouvoirs, mythe et réalité de 1961.

B. Un déséquilibre persistant entre les pouvoirs en pratique

Tandis que la théorie de la séparation des pouvoirs prévoit une égalité entre les pouvoirs, en pratique, il est possible d'observer que rares sont les régimes appliquant cette théorie de manière réelle. C'est-ce que l'auteur évoque lorsqu'il dit « *Tantôt ce sont les assemblées qui comme en 1791 et en 1793, sont rendues prépondérantes et qui pensent prétendre avoir en toutes choses le dernier mot* ». Raymond Carré de Malberg illustre

l'application pratique de ce concept en s'appuyant sur l'exemple de nombreuses Constitutions dont l'application a échoué en raison de la supériorité d'un pouvoir sur les autres, en effet, c'est d'abord le cas de la Constitution de 1791. Sous la monarchie constitutionnelle instaurée par cette dernière, le roi ne dispose pas de pouvoir de dissolution sur le pouvoir législatif représenté par les assemblées, seules à l'initiative et au vote des lois à cette époque.

Malgré la prévention d'une séparation stricte des pouvoirs dans la Constitution, l'assemblée exerce une certaine autorité sur le pouvoir exécutif en ce sens qu'elle dispose du pouvoir de surveillance de l'application administrative des lois par ce dernier. Le pouvoir législatif s'introduit également sur l'autorité judiciaire notamment par le biais du référé législatif, ce domaine judiciaire est d'ailleurs désigné par le terme « autorité » par la loi des 16 et 24 août 1790, ce qui illustre à nouveau leur infériorité face au pouvoir législatif en cette période. Ainsi, la rupture de la Constitution de 1791, en inscrivant ce principe dans le marbre de la constitution sans même s'interroger sur le déséquilibre dont il fait preuve, sera rapidement causée puisqu'en 1793 un nouveau texte constitutionnel sera proposé, bien que celui-ci ne sera jamais promulgué.

Le régime d'assemblée est conservé par cette Constitution, le pouvoir reste de cette manière consacrée dans les mains d'une seule assemblée, le pouvoir exécutif est à nouveau étroitement dépendant du pouvoir législatif mais cette fois dans un souci de démocratie puisque celui-ci est considéré comme le pouvoir dangereux en raison de son héritage des fonctions royales.

Cependant, en 1848, on assistera à une nouvelle hiérarchie des pouvoirs puisque le pouvoir exécutif se placera cette fois au-dessus des autres. Une fois supplémentaire, ce régime durera seulement trois années en raison de l'application trop stricte du principe de

séparation des pouvoirs basé sur le modèle américain. Sous la II^{ème} République, la Constitution prévoit à nouveau de manière théorique une séparation absolue des pouvoirs, pourtant, le Président ainsi que ses ministres restent responsables devant l'Assemblée alors que celui-ci n'a pas de pouvoir de dissolution sur cette dernière. Le président incarnera un double rôle puisqu'en plus d'être le chef de l'État, celui-ci détient également la fonction de chef du gouvernement, celui-ci joue ainsi un rôle important dans la procédure législative puisqu'il détient à la fois l'initiative et le vote de ces lois.

Ainsi, la conclusion qui peut être effectuée est celle selon laquelle, bien que les constitutions sous différents types de régimes prévoient toutes une application absolue de la séparation des pouvoirs, cette théorie reste tout de même un mythe puisqu'en réalité, aucun régime ne l'applique réellement, on observe de manière évidente une supériorité de l'un des pouvoirs qui varie selon les régimes et les époques. Ce déséquilibre concernant de manière générale les pouvoirs détient alors pour conséquence principal un bouleversement dans la répartition des pouvoirs entre les organes.

II. L'impossible égalité des pouvoirs au regard de la pratique juridique

La Constitution vient placer de manière constante le pouvoir législatif au-dessus des deux autres pouvoirs notamment en prévoyant l'obligation de respect des lois (A) cependant, ce constat n'est en réalité non applicable puisque c'est en fait le pouvoir exécutif qui vient se placer au sommet de la hiérarchie à travers le gouvernement ou le président notamment (B).

A. Une instabilité constitutionnelle permanente au profit du pouvoir législatif

L'existence de ces trois pouvoirs est évidemment essentielle, en effet, sans l'un d'entre eux, la société civile n'existerait pas en tant que telle, impliquant ainsi nécessairement des relations entre les différents pouvoirs. Cependant, le pouvoir législatif est souvent retrouvé de manière plus ou moins naturelle au-dessus des pouvoirs exécutif et judiciaire. Ce que dit l'auteur à ce propos : « *à maintenir les deux activités exécutive et judiciaire dans la légalité, c'est-à-dire dans le respect de la loi et dans la subordination envers celle-ci, et n'implique-t-elle pas dès lors la supériorité de la fonction législative sur les deux autres ?* ».

D'abord sous la III^{ème} république, première république véritablement parlementaire, est retrouvée une réelle volonté de trouver un équilibre entre l'indépendance et la séparation trop stricte des pouvoirs. Les républicains estiment un équilibre penchant en faveur du pouvoir législatif à travers le parlement, représentant selon eux l'incarnation la plus directe du peuple. Puis cet équilibre au profit de la fonction législative sera conservé sous la IV^{ème} République puisque c'est un régime parlementaire bicaméral qui est mis en place. L'article 3 de la Constitution de 1946 vient appuyer cette supériorité du pouvoir législatif puisqu'il vient préciser que la souveraineté nationale est exercée par l'assemblée nationale elle-même, l'article 13 vient à son tour placer le pouvoir législatif au sommet de la hiérarchie des pouvoirs puisqu'il dispose que l'assemblée nationale vote seule la loi.

C'est alors jusqu'à l'adoption de la Constitution de 1958 que le pouvoir législatif conservait le rôle le plus puissant des trois pouvoirs, on observera ensuite une montée en puissance du pouvoir exécutif par le renforcement des organes l'exerçant sous la V^{ème} République.

B. Une dérive progressive du pouvoir législatif comme organe constitutionnel prépondérant

La volonté du pouvoir constituant originaire de la Constitution de la cinquième République s'orientait surtout selon l'axe du rétablissement de l'autorité de l'État, notamment à travers la consolidation du rôle de ses organes exécutifs. L'auteur, rédigeant sous la IVème République, place alors le pouvoir législatif au-dessus des deux autres notamment par la phrase suivante « *établir l'un d'eux au-dessus des deux autres* », aujourd'hui c'est le pouvoir exécutif qui se place désormais de manière supérieure aux deux autres.

Ainsi, aucun équilibre entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif n'existe sous la Cinquième République, dès ses origines, la Vème République s'est instituée comme régime se plaçant en faveur de l'inégalité entre organes législatif et exécutif, notamment en venant attribuer au Président de la République un nouveau rôle, celui de gardien et garant de l'État. Ce renforcement des organes exécutifs vient de cette manière assurer une stabilité gouvernementale qui n'était pas retrouvée sous les deux républiques précédentes, ainsi, au nom d'une nouvelle conception de la séparation des pouvoirs, le président de la République devient le détenteur initial du pouvoir exécutif.

La soumission nouvelle du pouvoir législatif au pouvoir exécutif est marquée par l'article 34 de la Constitution qui vient délimiter le domaine d'intervention de la loi tandis que celle-ci était au centre de la IIIème République. Ainsi, la procédure relative à l'adoption des lois et les dispositions venant limiter celle-ci réduisent fortement le périmètre d'action de la loi.

Néanmoins, le mouvement avançant dans un sens largement favorable à la domination exécutive face à la fonction législative a connu un objectif de rendre sa place aux organes législatifs, notamment la place qu'ils mériteraient selon une partie de la doctrine.

DCVR-S6-Copie.

Commentaire de texte de Raymond

Carré de Malberg

*Analyse de la théorie de la séparation
des pouvoirs de Montesquieu*