



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

**BANQUE DES MÉMOIRES**

**Master 2 Droit public approfondi  
Dirigé par le Professeur Guillaume Drago  
2020**

***La séparation des pouvoirs dans la  
jurisprudence du Conseil constitutionnel***

**Hippolyte FIEROBE**

**Sous la direction du Professeur Guillaume Drago**



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON - ASSAS

LA SÉPARATION DES POUVOIRS DANS LA JURISPRUDENCE  
DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Mémoire pour le Master II – Droit public approfondi  
Présenté et soutenu publiquement

par

Hippolyte FIEROBE

Sous la direction de Monsieur le Professeur Guillaume DRAGO

Année universitaire 2019 – 2020

LA SÉPARATION DES POUVOIRS DANS LA JURISPRUDENCE  
DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

*L'Université Paris II Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

## REMERCIEMENTS

Pour m'avoir accordé l'honneur d'accepter de diriger ce travail, de m'avoir éclairé de ses précieux conseils et de m'avoir consacré autant de son temps, j'adresse mes plus sincères remerciements à Monsieur le Professeur Guillaume Drago.

Je tiens également à remercier l'ensemble des professeurs que j'ai eu l'honneur de rencontrer au long de mon cursus universitaire, sans qui je n'aurais pu développer un aussi grand intérêt pour la recherche en droit public. Je remercie à cet égard plus particulièrement mon ami Joseph Aspiro Sedky, avec qui j'ai pu échanger à de nombreuses reprises sur des sujets intéressants ou non de ce mémoire.

Enfin, je remercie ma famille et mes proches pour leur soutien et le temps consacré à la relecture de ce mémoire.

## TABLE DES ABRÉVIATIONS

Aff.	: Affaire
AJDA	: Actualité juridique du droit administratif
AJ Pénal	: Actualité juridique pénal
Ass.	: Assemblée
Ass. plén.	: Assemblée plénière
Att.	: Attendu
Cass.	: Cour de cassation
C.C.C.	: Cahiers du Conseil constitutionnel
C. const.	: Conseil constitutionnel
C.E.	: Conseil d'État
CEDH	: Cour européenne des droits de l'homme
Civ.	: Chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	: Cour de justice de l'Union européenne
Com.	: Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm. off.	: Commentaire officiel
Cons.	: Considérant
Const.	: Constitution
Crim.	: Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSM	: Conseil supérieur de la magistrature
Doc. fr.	: La Documentation française
Dr. adm.	: Revue Droit administratif
Dr. fisc.	: Revue Droit fiscal
EDCE	: Etudes et documents du Conseil d'Etat
Ex.	: Exemple
Gaz. Pal.	: Gazette du Palais
GC	: Grande Chambre
JCl.	: Jurisclasseur
JCP G	: La semaine juridique – Édition générale
JCP A	: La semaine juridique – Édition administrations et collectivités territoriales
JO	: Journal officiel
LGDJ	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	: Les petites affiches
N.C.C.C.	: Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel
Not.	: Notamment
Ord.	: Ordonnance
Ord. réf.	: Ordonnance de référé
PUF	: Presses Universitaires de France
QPC	: Question prioritaire de constitutionnalité
RDP	: Revue du droit public
Rec. Dalloz	: Recueil Dalloz

Réed. : réédition  
Rép. cont. admin. : Répertoire de contentieux administratif  
Req. : Requête  
RFDA : Revue française de droit administratif  
RFDC : Revue française de droit constitutionnel  
RFHIP : Revue française d'histoire des idées politiques  
RFSP : Revue française de science politique  
RIDC : Revue internationale de droit comparé  
RJEP : Revue juridique de l'économie publique  
RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé  
RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil  
Sect. : Section du contentieux  
Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

# **SOMMAIRE**

## **PREMIÈRE PARTIE**

### **LA DUALITÉ DES MÉTHODES DE REDÉFINITION DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

#### **CHAPITRE I**

##### **LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET L'ARGUMENT DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS : UN JUGE FORMALISTE**

#### **CHAPITRE II**

##### **LA CONSTRUCTION D'UN CONCEPT À VOCATION LÉGITIMANTE : UN JUGE RÉALISTE**

## **SECONDE PARTIE**

### **LA PROTECTION ASYMÉTRIQUE D'UNE CONCEPTION PARTICULIÈRE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

#### **CHAPITRE I**

##### **LA SPÉCIALISATION FONCTIONNELLE**

#### **CHAPITRE II**

##### **L'INDÉPENDANCE ORGANIQUE**

*« Dire que cet air nous semblait vieillot  
Aujourd'hui, il me semble nouveau »*  
(Yves Montand, « Les roses de Picardie »)

*« Je voudrais rechercher, dans tous les gouvernements modérés  
que nous connaissons, quelle est la distribution des trois pouvoirs,  
et calculer par-là les degrés de liberté dont chacun d'eux peut  
jouir. Mais il ne faut pas toujours tellement épuiser un sujet, qu'on  
ne laisse rien à faire au lecteur. Il ne s'agit pas de faire lire, mais  
de faire penser ».*

(Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Livre XI, Chapitre XX)

## INTRODUCTION GÉNÉRALE

Rares sont les sujets dont l'étude, malgré plus de cinq siècles de théorisation et pratiques diverses, présente encore autant d'intérêt que celle de la séparation des pouvoirs en droit constitutionnel. Totem de la démocratie, elle se manifeste aujourd'hui sous une formule presque incantatoire, dont l'inadaptation au réel est souvent dénoncée, mais dont le statut de référence obligée est tout aussi souvent réaffirmé. Au-delà, cet intérêt est même d'autant plus ravivé par une réactualisation permanente de son contenu au travers et dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Encore faudrait-il pouvoir soutenir que la séparation des pouvoirs, dans la jurisprudence du Conseil ou plus généralement en droit français, prétend véritablement à un tel contenu. Préalablement à toute étude de jurisprudence, il paraît ainsi nécessaire de déterminer si la séparation des pouvoirs peut être un contenant, tout du moins en droit, c'est-à-dire si elle peut revêtir les caractères d'un concept propre à traduire une véritable norme dont la formulation serait nécessairement prescriptive. Cette dernière, en entendant employer un vocabulaire déontique, se confronterait toutefois à plusieurs obstacles majeurs, au premier rang desquels figure celui de l'indéniable inconstance du concept et d'une forte variabilité historique. Ce qu'il est convenu de dénommer aujourd'hui « principe » de séparation des pouvoirs n'est pas né du seul juge constitutionnel, bien que celui-ci ait activement participé à lui donner une signification et une portée, certes variables.

### *Notion de « séparation des pouvoirs »*

A ce titre, c'est vers l'Angleterre, moins comme mère du parlementarisme que comme maître d'œuvre d'une véritable fonction juridictionnelle, que le chercheur d'un éventuel contenu doit d'abord se tourner. Sans qu'il soit possible de trop détailler les origines d'une théorie anglaise de la séparation des pouvoirs – à laquelle même la dévotion d'une vie entière n'épuiserait pas toutes les ressources que la question peut mobiliser, celui-ci doit retenir que la formation judiciaire issue de la Chambre des Lords constituait jusqu'en 2009 « la plus haute juridiction » du Royaume-Uni<sup>1</sup>. Aussi, particulièrement dans ses débuts, le Parlement n'est suprême qu'en raison de son rôle de plus haute juridiction du royaume ; l'analyse de la constitution d'Angleterre, notamment par Montesquieu, en a offert une autre lecture, bien que cette fonction juridictionnelle puisse tout de même se voir comme « le noyau originaire du constitutionnalisme anglo-américain »<sup>2</sup> où le pouvoir législatif, confié à trois autorités distinctes (le Roi, la Chambre des communes, et la Chambre des *Lords*), prend place aux côtés d'un *common law* qui, sous la plume de Jeremy Bentham, prendra l'appellation de *judge-made law*. Les historiens du droit aiment rappeler à cet égard l'importance fondamentale qu'a joué le principe de non-rétroactivité dans la construction de l'idée d'un pouvoir exécutif, qui, relevant du roi seul (même si les deux chambres y participent, comme elles collaborent au pouvoir judiciaire), n'a pu, au cours de l'histoire, qu'être en partie délégué aux juges : le principe de non-rétroactivité a permis de donner corps à l'application de la loi ancienne, qui est devenue par la suite une fonction ontologiquement distincte de celle de l'édiction de la loi nouvelle. Dès lors, l'exécution des lois est mue par une autre logique que celle du « conflit des intérêts »<sup>3</sup> présidant l'exercice du pouvoir législatif : celle de l'exécution fidèle, par le roi, des lois auxquelles il aura consenti et qui manifestent sa volonté, avant que les *common lawyers* tels Edward Coke ne reprennent cette logique pour devenir de fervents alliés du Parlement contre le roi, au profit des cours ordonnées. Par conséquent, l'exécutif, défenseur de la stabilité de la loi ancienne face à un législatif partagé personnifiant la loi nouvelle, s'en distingue en tant que monopole fonctionnel nécessaire à un exercice fluide du pouvoir politique ainsi qu'à la garantie des libertés contenues dans la loi existante, que des intérêts divergents ne sauraient arbitrairement défaire.

La version anglaise de la séparation des pouvoirs s'est cependant traduite chez Montesquieu par une autre conception de la notion de pouvoir exécutif, celui-ci ne devant plus avoir, d'ailleurs pas plus que le législatif, aucune part dans l'exercice de la puissance de juger. La « conception française de la séparation des pouvoirs », pour l'instant sans référence aucune à une quelconque expression prétorienne

<sup>1</sup> DEPARIS (O.), « La Cour suprême au Royaume-Uni et la question de constitutionnalité », *N.C.C.C.*, n° 32, 2011, p. 223.

<sup>2</sup> BARBERIS (M.), « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 11.

<sup>3</sup> TROPER (M.), « Séparation des pouvoirs », *Dictionnaire Montesquieu*, ENS Lyon, sept. 2016.

contemporaine, aurait donc initialement supposé la séparation entre, d'une part, les pouvoirs politiques et, d'autre part, l'activité juridictionnelle, étant ici plus particulièrement visée la séparation (tant organique que fonctionnelle) de l'exécutif et du judiciaire. En témoignent plusieurs passages de l'*Esprit des lois* du baron de la Brède : « 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. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire : car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. [...] Dans la plupart des royaumes de l'Europe, *le gouvernement est modéré*, parce que le prince, qui a [le pouvoir de faire des lois et celui d'exécuter les résolutions publiques], *laisse à ses sujets l'exercice du* [pouvoir de juger les crimes ou les différends des particuliers]. [...] Aussi les princes qui ont voulu se rendre despotiques ont-ils toujours commencé par *réunir en leur personne toutes les magistratures* »<sup>4</sup>. Certains considèrent ainsi qu'en contrepied à la pratique anglaise de séparation des pouvoirs, la transcription qu'en a fait Montesquieu serait à l'origine d'une vision proprement française d'un principe d'organisation des fonctions juridiques de l'Etat qui, dès 1748, « n'a cessé de se vider de sa substance jusqu'à devenir une sorte de relique conceptuelle désormais vide de tout contenu »<sup>5</sup>, tendance prétendument parachevée par la genèse du pouvoir constituant quelques décennies plus tard.

Toutefois, ce serait là négliger le caractère grandement négatif qu'avait vocation à jouer, dans la continuité de la conception anglaise, la théorie de Montesquieu qui, lorsqu'il traite de la constitution d'Angleterre, inscrit son raisonnement dans un livre intitulé « Des lois qui forment *la liberté politique dans son rapport avec la constitution* ». En effet, cette liberté, entendue par Montesquieu au sens du « droit de faire tout ce que les lois permettent », ne se trouverait que dans les gouvernements modérés, mais « n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir ; mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser [...] ». Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »<sup>6</sup>. Appliquée au parlementarisme anglais, cette maxime prend même tout son sens, puisque les trois autorités se partageant la fonction législative se limitent les unes les autres, le roi s'opposant aux chambres pour préserver son pouvoir exécutif (entendu au sens large comme vu *supra*), les *Lords* aux Communes pour défendre leurs privilèges, et les Communes aux autres pour défendre les contribuables. La distinction, à vocation normative, opérée par Montesquieu entre « faculté de statuer » et « faculté d'empêcher », serait même au cœur de la constitution d'Angleterre, et trouverait aujourd'hui son plus bel exemple dans sa transposition au cas américain. Mais les critiques de la vacuité du concept de séparation des pouvoirs ne peuvent entièrement être démenties : dès Montesquieu, la conception du pouvoir exécutif et celle du rôle des juges ont enclenché un processus historique de dénaturation de la conception anglaise. En plus de séparer l'exécutif du judiciaire, au risque de despotisme, Montesquieu rajoute que « la puissance exécutrice ne faisant partie de la législative *que par sa faculté d'empêcher*, elle ne saurait entrer dans le débat des affaires »<sup>7</sup>. Cette vision d'un exécutif subordonné à la puissance législative et cadenassé dans une stricte fonction d'exécution des lois (n'ayant aucune faculté de statuer), si elle n'a plus lieu d'être aujourd'hui – certains auteurs voyant pour cette raison le passage en question de l'*Esprit des lois* comme un « prodigieux monument d'absurdité »<sup>8</sup> – continue d'entretenir un dogme – renouvelé – où Gouvernement et Parlement auraient chacun un domaine propre de compétences s'excluant l'un de l'autre comme « par nature ». De même, affirme Montesquieu, la « puissance de juger » doit être « invisible et nulle », les juges devant être « la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »<sup>9</sup>. La Révolution de 1789, cristallisant la méfiance à l'égard des parlements, a, par la suite, pleinement embrassé cette conception sévère de la fonction juridictionnelle, contrairement en Angleterre, où, l'herméneutique régnant, Coke et ses disciples ont permis d'entrevoir une liberté plus accrue des juges de *common law* dans leur découverte des principes contenus dans le droit.

<sup>4</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, T. I, Gallimard, « Folio essais », 1995, p. 328-329.

<sup>5</sup> PIMENTEL (C.M.), « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, n° 102, 2002, p. 121.

<sup>6</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 325-326.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 339.

<sup>8</sup> EISENMANN (C.), « L'"Esprit des lois" et la séparation des pouvoirs », in *Mél. R. Carré de Malberg*, Paris, Edouard Duchemin, 1977, p. 175.

<sup>9</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 330 et 337.

Autrement dit, l'enracinement, en France, d'une certaine vision de la séparation des pouvoirs, mise en œuvre sous l'impulsion des idéaux constitutionnalistes, est étroitement lié à un rapport particulier à une conception de la liberté jumelée à l'autorité de la loi, œuvre de la Raison à laquelle obéissance est impérativement due. Sous réserve des régimes autoritaires de confusion des pouvoirs, où les différentes fonctions de l'Etat ne sont plus partagées entre des organes qu'il serait difficile de qualifier d'indépendants, la liberté politique serait insusceptible de varier au gré des choix opérés quant à la répartition de ces fonctions et aux rapports entretenus par les différents organes dans l'exercice de leurs compétences. Si celui qui fait la loi est dans l'impossibilité de l'exécuter seul, et que celui qui l'exécute ou qui l'applique est dans l'impossibilité de la réviser, l'obéissance à l'autorité exécutive, ainsi qu'au juge, n'est que l'aboutissement logique de l'obéissance à la loi, ce sur quoi Montesquieu rejoint Hobbes. Par conséquent, si la liberté politique consiste à obéir à la loi, la protection des empiètements d'un organe sur l'exercice des autres fonctions consisterait *a contrario* en une garantie de la liberté. Il est donc nécessaire que les différentes compétences soient réparties entre plusieurs autorités en tenant compte d'un certain équilibre – déterminé par un choix politique – sans lequel cette garantie serait compromise. C'est à ce stade qu'intervient la constitution, entendue en son sens initial comme un ensemble de règles de répartition des compétences entre les différentes autorités de l'Etat.

Le choix de ce mode de répartition dans une constitution se distingue traditionnellement en deux options, la spécialisation ou la balance des pouvoirs, disposant elles-mêmes d'un large panel de variations. La spécialisation des pouvoirs a incontestablement une coloration démocratique, puisque liée à une hiérarchie des fonctions où le pouvoir législatif domine les autres, son titulaire représentant ou étant lui-même le souverain ; la critique de ce mode de distribution des fonctions a depuis longtemps dénoncé ses apories et son manque intrinsèque de solidité ou de stabilité. Aussi, pour Michel Troper, « la hiérarchie des organes suit la hiérarchie des fonctions et il n'y a pas d'équilibre possible entre pouvoir exécutif et pouvoir législatif, mais seulement une balance des pouvoirs entre plusieurs autorités législatives »<sup>10</sup>. Tel ne serait pas le cas dans le système préconisé par Montesquieu de balance des pouvoirs qui, par le biais d'une constitution incitant à la collaboration des organes à l'exercice des diverses fonctions qu'elle n'attribue jamais exclusivement à l'un d'entre eux, serait capable de s'auto-réguler et de perdurer sans qu'il ne perde aucunement toute son efficacité pratique, puisque « par le mouvement nécessaire des choses, [ces trois puissances] sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert »<sup>11</sup>. Ce modèle est celui des freins et contrepoids, des *checks and balances* bien connu du système anglais (et plus tard du système américain) où le pouvoir arrête bien le pouvoir, tout en préservant la séparation des pouvoirs : si le pouvoir législatif est exercé concurremment par trois autorités, qui, à l'exception du roi, ne peuvent exercer le pouvoir exécutif, celles-ci n'exercent ni ce dernier ni le pouvoir judiciaire, bien qu'elles y collaborent parfois activement. Ainsi la liberté politique est maintenue tant que la loi est le fruit de compromis – et que son exécution ou application y sont fidèles, la résultante d'une confrontation entre des intérêts économiques ou sociaux défendus par les différents organes législatifs partiels et parfois diamétralement opposés. L'équilibre constitutionnel des pouvoirs dépend donc de l'équilibre que ceux-ci parviennent éventuellement à obtenir entre ces divers intérêts, nécessitant une certaine interdépendance fonctionnelle entre ces autorités, non une spécialisation qui ferait courir le risque d'une paralysie institutionnelle. Cette conception de la séparation des pouvoirs semble donc refléter la marche naturelle<sup>12</sup> des régimes appliquant la règle négative presque universellement admise comme constituant le sens profond de la séparation des pouvoirs, à savoir celle interdisant la réunion de toutes les fonctions juridiques de l'État, ou même seulement deux d'entre elles, dans les mains d'une même autorité. C'est ce sens que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 avait voulu imprimer quant à sa définition d'une constitution, laquelle n'aurait pas pour objet la construction d'un Etat, mais d'une société, où, par la mise en balance de ces divers intérêts et par la garantie de la liberté induite du fait de l'obéissance à la loi, l'équilibre est atteint ou n'est pas : « Toute société dans

<sup>10</sup> TROPER (M.), « À quoi sert la séparation des pouvoirs ? Le point de vue de la théorie du droit », *Titre VII*, n° 3, 2019, p. 6.

<sup>11</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, op. cit., p. 339.

<sup>12</sup> V. not. HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2<sup>de</sup> éd., 1929, rééd. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2<sup>de</sup> éd., 2015, p. 355 : « n'est-il pas conforme à la vérité historique que la collaboration entre les pouvoirs publics n'a pas été une chose voulue d'avance, mais une chose obtenue par la nécessité ; n'est-ce point après s'être empêchés que les pouvoirs publics ont compris qu'ils devaient collaborer ? ».

laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Et c'est cette conception que la première constitution française a adoptée.

Si c'est bien cette doctrine de balance des pouvoirs qui a inspiré les rédacteurs de la Constitution de Philadelphie en 1787 puis l'Assemblée constituante de 1789 (qui a posé le principe de non-cumul avant d'organiser une véritable répartition des compétences), ainsi que certaines monarchies constitutionnelles au XIXe siècle, l'avènement des régimes démocratiques permet d'émettre des incertitudes vis-à-vis de sa réelle survivance au profit d'une conception plus séparatiste, plus « spécialisée », de la séparation des pouvoirs. Les éléments monarchiques et aristocratiques étant de plus en plus contestés dans leur légitimité, face à des représentants élus agissant au nom du Souverain voire face au Souverain lui-même, la balance entre les pouvoirs est fortement réduite à la suprématie du pouvoir législatif sur les autres, qui ne pourrait être partagé avec des forces non démocratiques défendant des intérêts particuliers. Carré de Malberg semblait justifier cette évolution en affirmant qu'en tout temps, « il est indispensable qu'il y ait dans l'État un "centre" unique de volonté, c'est-à-dire un organe supérieur, dont le rôle sera prépondérant, soit en ce sens que cet organe aura la puissance d'imposer, d'une façon initiale, sa volonté aux autres autorités étatiques, soit, au moins, en ce sens que rien ne pourra se faire sans le concours de sa libre volonté. A cette condition seulement, l'unité de l'État se trouvera maintenue : elle serait ruinée, s'il coexistait en lui deux centres principaux, deux volontés différentes et égales »<sup>13</sup>. Ainsi, en France, le pouvoir exécutif n'étant plus source de justice, son indépendance vis-à-vis du législateur (celui qui possède la faculté de statuer) n'est qu'une question de conjoncture politique ; de même, les juges ne pouvant refaire la loi, ni même l'interpréter<sup>14</sup>, ils ne sauraient détenir un quelconque pouvoir normatif ou même être considérés à proprement parler comme un pouvoir, un frein ou un contrepoids : ce sont de purs exécutants de la volonté générale. C'est pourquoi certains concluent à la dénaturation progressive du principe de séparation des pouvoirs, relevant que la vision initiale de celui-ci, si elle a pu être expérimentée lors de temps anciens mais désormais révolus, n'a pu se maintenir au fil des siècles et à la succession, en France, des différentes républiques. La « multiplication des pouvoirs »<sup>15</sup> se serait accompagnée d'un changement dans la pratique des puissances « initiales » (législative, exécutive et juridictionnelle) résultant d'une évolution de la conception de leur rôle dans le « débat des affaires » pour reprendre Montesquieu ; cette multiplication des pouvoirs et cette évolution de la pratique autorisent un bond historique vers les mutations les plus radicales du système constitutionnel français de séparation des pouvoirs.

En premier lieu, « à un moment historique donné, la Constitution est apparue comme un sujet que justice lui soit rendue [...], comme un être aurait besoin de justice, besoin de juge. [...] Il s'est produit un bouleversement dans cet état des choses au fur et à mesure que la Constitution [...] s'est chargée de signification sous des points de vue très différents : en ce qui concerne la distribution territoriale des pouvoirs, s'agissant de la densité des droits et libertés, à propos de la complexité des sources du droit, ou encore de l'articulation organique des pouvoirs. Au total, c'était devenu une tâche excessive pour le Parlement [qui] de façon plus significative encore, [est] devenu le premier suspect des atteintes, réelles ou hypothétiques, à la Constitution »<sup>16</sup>. En effet, la loi n'est plus l'unique et suprême – si tant est qu'elle l'ait jamais été – source de droit ; la suprématie du pouvoir constituant a pour conséquence de reléguer le pouvoir législatif au rang de pouvoir constitué faillible, aux côtés d'autres institutions qui, quand elles ne produisent pas elles-mêmes, de façon initiale, des normes indépendamment et concurremment au législateur, peuvent en contrôler ou en moduler la validité. Si Adhémar Esmein se fondait sur une dichotomie entre séparation « stricte » et séparation « souple » – aujourd'hui malvenue<sup>17</sup> – pour distinguer les régimes dits

---

<sup>13</sup> CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920 et 1922, rééd. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2004, T. II, p. 56.

<sup>14</sup> C'est la célèbre loi des 16 et 24 août 1790, sur laquelle il conviendra de revenir à plusieurs occasions : les tribunaux « ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle » (Titre II, art. 12).

<sup>15</sup> V. not. BEAUD (O.), « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 47-59.

<sup>16</sup> CRUZ VILLALÓN (P.), « Juge constitutionnel et fonctions de l'État », in C. Grewe et al., *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, p. 175-176.

<sup>17</sup> V. notamment BOUDON (J.), « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », *RFDC*, n° 78, 2009, p. 247-267.

parlementaires des régimes dits présidentiels, la France a néanmoins fait le choix, après une longue expérimentation de régimes d'assemblée où celle-ci domine tous les autres pouvoirs, d'un système constitutionnel dit de « parlementarisme rationalisé ». Cette rationalisation du parlementarisme, conceptualisée par Boris Mirkine-Guetzévitch, a elle-même été travestie en France pour faire prévaloir « le principe selon lequel tout ce qui n'est pas expressément autorisé au Parlement lui est interdit »<sup>18</sup>. La fonction législative, désormais partagée entre les assemblées parlementaires, les autorités gouvernementales et voire même avec les juges – particulièrement le juge constitutionnel, se heurte à un nombre grandissant de ce qu'il convient de dénommer, du moins d'autres pouvoirs, sinon des contre-pouvoirs. Cependant, cette évolution sensible du nombre de freins et contrepoids à la toute-puissance du droit d'un organe législatif devenu complexe n'a pu se solidifier que par la pratique, étant convenu « qu'un contre-pouvoir ne se décrète pas, mais qu'il est le produit de l'appropriation par une institution des compétences que lui accorde le droit »<sup>19</sup>. Aussi la création du Conseil constitutionnel par la Constitution du 4 octobre 1958 avait-elle, dans la vision de Michel Debré, pour but d'instaurer une « arme contre la déviation du régime parlementaire ». La loi du Parlement – ou désormais du législateur – étant soumise à une loi suprême (la Constitution), cette nouveauté se justifierait même par une relecture de ce que Montesquieu appelait la « liberté politique », c'est-à-dire l'obéissance à la loi, ici entendue au sens large : le pouvoir arrêtant le pouvoir, la liberté est bien garantie négativement, atténuant l'excessive spécialisation démocratique des pouvoirs en instituant un contrôle de l'élément démocratique par un élément plus aristocratique.

Toutefois, cette révérence à Montesquieu est en soi incomplète et donc erronée, dans la mesure où elle élude ce que la Ve République n'en a pas retenu : l'absence de faculté de statuer des autorités exécutives dans le cadre de leur participation à la fonction législative, et la conception d'un juge à puissance nulle n'ayant aucune place dans une quelconque balance des pouvoirs. A ce titre, en énonçant que « l'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement », que « la loi fixe les règles concernant » un nombre restreint de matières et que « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire » (le pouvoir réglementaire étant exercé principalement par le Premier ministre, qui assure également l'exécution des lois)<sup>20</sup>, la Constitution de 1958 redonne de l'entrain à la participation de l'exécutif dans la fabrication des lois, tout en lui donnant les moyens de défense contre d'éventuels empiètements de la loi sur son domaine propre. De plus, dans la Ve République, « la fonction juridictionnelle comme activité créatrice de droit n'est pas ignorée puisqu'elle est interdite au juge notamment judiciaire, [...] et la compétence qui consiste à exercer un contrôle du pouvoir (pouvoir discrétionnaire de l'administration, pouvoir législatif de la majorité gouvernementale) a été délibérément attribuée à des juges spécifiques, et non à l'autorité judiciaire »<sup>21</sup>. Encore une fois, c'est la pratique institutionnelle, découlant d'un renouveau des idéaux constitutionnalistes, qui a forgé dans les esprits la nécessité d'un contrôle juridictionnel des lois de la majorité, de sorte que la loi doit répondre à certaines exigences qualitatives internes ou « venues d'ailleurs » pour être valide ou applicable. Benjamin Morel soutenait à ce propos que les membres du Conseil constitutionnel « ne se pensent pas d'abord et avant tout comme contre-pouvoir, mais comme garants des contre-pouvoirs », ajoutant que « ce n'est dès lors pas tant le contre-pouvoir que l'existence d'une légitimité alternative fondée sur un rôle clairement défini qui peut conduire à une différenciation des fonctions entre les organes. Prévoir un contre-pouvoir en droit implique de *faire le deuil de l'unité des sources de la légitimité* »<sup>22</sup>, le Conseil constitutionnel tirant par exemple sa légitimité de son origine constituante, non de l'élection. Au demeurant, le juge – quel qu'il soit – ne peut plus être vu comme une puissance nulle, puisqu'il prend part à un contrôle situé de la loi, qui, évoluant dans le temps, tend à asseoir sa légitimité en tant qu'institution, à tel point qu'il soit possible de parler de « spécialisation balancée » des pouvoirs. Plus radicalement, il est aujourd'hui tendance d'affirmer qu'étant autorisé à contrôler la loi, « le juge – qu'il soit constitutionnel, administratif ou judiciaire, qu'il opère un contrôle *a priori* ou *a posteriori*, qu'il en examine la constitutionnalité ou la conventionnalité – se trouve

<sup>18</sup> LE DIVELLEC (A.), « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? », *Jus Politicum*, n° 6, déc. 2011.

<sup>19</sup> MOREL (B.), « L'apport de l'analyse institutionnelle d'Hauriou à l'étude d'une fonction de contre-pouvoir du Conseil constitutionnel », *RDJ*, n° 6, 2018, p. 1625.

<sup>20</sup> Respectivement Const. 4 oct. 1958, art. 39, 34, 37 et 21.

<sup>21</sup> BOUCOBZA (I.), « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 73-87.

<sup>22</sup> MOREL (B.), « L'apport de l'analyse institutionnelle d'Hauriou à l'étude d'une fonction de contre-pouvoir du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

investi d'une "faculté d'empêcher", lorsqu'il s'oppose à son entrée en vigueur ou à son application au cas d'espèce ou lorsqu'il prononce son abrogation. Cette faculté est une forme de participation du juge à l'exercice de la fonction législative »<sup>23</sup>. La pratique française de la séparation des pouvoirs est donc tiraillée entre, d'une part, une conception toujours prégnante d'une spécialisation aux teintes démocratiques qui ont tendance à s'effacer, ou plutôt à se diversifier et se diluer, et, d'autre part, l'essor et l'enracinement de contre-pouvoirs prenant part – à titre exceptionnel commande la spécialisation fonctionnelle – aux fonctions confiées à d'autres organes.

Cette précision amène nécessairement à rendre compte du peu de consistance que pourrait avoir – en 1958 comme en 1946 ou en 2020 – la notion de séparation des pouvoirs si elle n'est pas construite à partir d'un matériau et d'une pratique donnés. Les partisans de la séparation des pouvoirs comme coquille vide témoignent ainsi de ce que « le temps historique de la séparation des pouvoirs – l'époque de l'État législatif, en tant qu'opposé à l'État constitutionnel – est suspendu entre un passé et un futur où, non seulement législatif et exécutif se sont toujours balancés entre eux, mais où les juges ont toujours participé à la production du droit »<sup>24</sup>. C'est précisément là que réside l'art français, puisque c'est dans ce vide conceptuel que la liberté politique est préservée : « l'instant fragile et impondérable dans lequel se rejoignent ce qui n'est pas encore et ce qui n'est déjà plus, le moment fugace d'une continuité entre passé et avenir qui se confond avec le souffle même de la vie, est le moment propre du citoyen, un espace vide d'autorité, un sanctuaire à l'intérieur duquel aucun pouvoir n'a le droit de pénétrer. Par la séparation des pouvoirs, le présent devient vide d'État, et c'est ce moment qui, ultimement, permet de garantir les libertés : mieux que par les dogmes toujours contestables de la loi naturelle, la liberté civile sera rendue effective par l'écartèlement du pouvoir dans l'échelle du temps »<sup>25</sup>. L'analyse de cette suspension entre passé et futur, de cet équilibre et cette stabilité forcés dans un *perpetuum mobile*, doit donc porter sur un objet observable dans le temps.

### ***Objet de l'étude***

Un tel objet est ici représenté par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à savoir tant, d'une part, l'ensemble des décisions qu'il a été amené à rendre dans le cadre de ses différentes missions (excluant ainsi ses avis, observations, communiqués...), que, d'autre part, les « règles d'action »<sup>26</sup> que le Conseil s'est donné pour statuer sur les questions sur lesquelles il était, ou non, saisi. En dehors de la jurisprudence du Conseil, il n'y aurait, pour beaucoup, pas lieu de parler de balance des pouvoirs, mais d'une spécialisation se déguisant sous le sceau du rationalisme des compétences ; plus précisément, si balance il doit y avoir, c'est désormais entre l'organe législatif et la cour constitutionnelle, et si spécialisation il doit y avoir, celle-ci se voudrait « balancée » par le jeu des contre-pouvoirs à qui est toujours formellement – hypocritement diraient certains – refusé une quelconque participation à la fabrication de la loi. En revanche, alors qu'il fût longtemps prohibé en France en raison d'un prétendu caractère attentatoire à la séparation des pouvoirs, le contrôle de constitutionnalité des lois s'est aujourd'hui incontestablement enraciné et a œuvré à se doter d'une certaine légitimité depuis sa naissance, à tel point que « le contrôle de la loi participe [désormais] de l'équilibre des pouvoirs, en ce qu'il confère au juge *une faculté d'empêcher limitant la puissance législative, mais aussi la puissance exécutive, voire juridictionnelle* »<sup>27</sup>. Toute la jurisprudence du Conseil constitutionnel est donc porteuse d'une réactualisation – d'une dénaturation scanderaient certains – du contenu de la séparation des pouvoirs, permettant de considérer que « le noble objectif des concepteurs de la "séparation des pouvoirs" reste plus que jamais d'actualité : limiter le Pouvoir »<sup>28</sup>. Affirmer que l'homme descend du singe peut conduire à oublier que l'homme est, lui-même, un singe ; pareillement, la

---

<sup>23</sup> ROBLLOT-TROIZIER (A.), « Un concept moderne, séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 94.

<sup>24</sup> BARBERIS (M.), « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 15.

<sup>25</sup> PIMENTEL (C.M.), « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *op. cit.*, p. 126.

<sup>26</sup> JOUANJAN (O.) et WACHSMANN (P.), « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et le statut pénal du chef de l'Etat », *RFDA*, 2001, n° 6, p. 1169.

<sup>27</sup> ROBLLOT-TROIZIER (A.), « Un concept moderne, séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, p. 97.

<sup>28</sup> FELDMAN (J.-P.), « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *RFDC*, n° 83, 2010, p. 496.

jurisprudence du Conseil s'insère dans un cadre qu'elle ne peut ignorer, mais n'en est pas moins porteuse d'évolutions significatives quant à l'articulation concrète des pouvoirs.

Effectivement, parfois sans rattachement explicite à une norme qu'il n'inclut que plus tard aux références de son contrôle, l'intégralité de la jurisprudence du Conseil a dès l'origine eu pour objet et pour effet de concrétiser la rationalisation du régime parlementaire, ce dont témoignent ses premières décisions sur le contrôle des règlements des assemblées. Dans ses premières années, néanmoins conscient de la nouveauté qu'il constitue et du manque de légitimité démocratique qu'il doit assumer face à la loi expression de la volonté générale, le Conseil a voulu, non sans certains à-coups, se montrer comme un simple « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »<sup>29</sup>, non comme un quelconque colégislateur. Aussi n'hésitait-il pas à soutenir « que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen »<sup>30</sup>. Mais cette constante autolimitation n'a pas interdit plusieurs audaces de la part du Conseil, notamment par l'élargissement, dès sa célèbre décision du 16 juillet 1971, des normes de référence de son contrôle à un « bloc de constitutionnalité »<sup>31</sup> ne se limitant plus seulement au texte de la Constitution, mais à un ensemble plus hétérogène de normes constitutionnelles contenant par exemple le texte de la Déclaration de 1789, laquelle contient, en son article 16, ce qui deviendra ultérieurement le « principe de la séparation des pouvoirs ». Cet élargissement, couplé à celui des autorités de saisine du Conseil fêtant ses quarante-cinq ans, a incité le Conseil à l'activisme et à l'exercice audacieux de la mission qui lui est impartie : désormais, la loi n'exprime la volonté générale « que dans le respect de la constitution »<sup>32</sup>. Celle-ci, entendue au sens matériel, permet désormais la censure des lois sur le fondement de la Déclaration de 1789<sup>33</sup>, et, sans encore de rattachement à son article 16, sur le fondement du « principe de la séparation des pouvoirs [ou des] dispositions constitutionnelles qui le mettent en œuvre »<sup>34</sup>. La relative prudence du Conseil sur ce sujet a en réalité été démentie par l'exercice aventureux que les Sages ont fait de leur fonction, et, presque par voie de conséquence, par le rôle que le Conseil se voyait lui-même jouer dans cet équilibre. Aussi est-il nécessaire d'étudier la séparation des pouvoirs tant *dans* la jurisprudence du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire dans un sens restrictif en tant que norme du contrôle de constitutionnalité de la loi, que dans un sens « extensif », à savoir *au travers* de la jurisprudence du Conseil. Cette précision permettra d'éclairer en quoi, tout en contrôlant la spécialisation et l'indépendance des organes, le Conseil n'est plus simplement un pouvoir mais un contre-pouvoir à part entière, qui prendrait désormais part à la rédaction, à l'exécution et à l'application de la loi – qui ne peut plus être lue sans les décisions du Conseil constitutionnel s'y rattachant, adoucissant les teintes cassantes d'une spécialisation démocratique des pouvoirs que la Constitution lui imposerait pourtant de mettre en œuvre. Certains en déduisent, de manière plus imagée, qu'en réalité, « la relative faiblesse des organes législatifs, les pathologies de la loi, la crise de la légitimité politique, et donc démocratique, la place acquise par les droits fondamentaux, la perméabilité entre les ordres juridiques, tant nationaux que supra juridiques, nourrissent la constitution de l'empire juridique »<sup>35</sup>.

En témoigne le « pouvoir normatif » reconnu au Conseil, que peu contestent encore, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui, en édifiant le Conseil en une forme de cour suprême à l'aide de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), lui a directement permis d'abroger les lois et de moduler sa jurisprudence dans le temps. L'introduction d'un mécanisme de défense des droits et libertés

<sup>29</sup> C. const., 6 nov. 1962, n° 62-20 DC, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, cons. 2.

<sup>30</sup> C. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, cons. 1<sup>er</sup>.

<sup>31</sup> Bien que l'expression soit aujourd'hui inadaptée, v. not. ROBLOT-TROIZIER (A.), « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 20-21, juill. 2018. – BARANGER (D.), « Comprendre le bloc de constitutionnalité », *Jus Politicum*, n° 20-21, juill. 2018.

<sup>32</sup> C. const., 23 août 1985, n° 85-197 DC, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 27.

<sup>33</sup> C. const., 27 déc. 1973, n° 73-51 DC, *Loi de finances pour 1974*.

<sup>34</sup> C. const., 23 mai 1979, n° 79-104 DC, *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'État*, cons. 9.

<sup>35</sup> MATHIEU (B.), « Le Conseil constitutionnel "législateur positif" ou la question de l'intervention du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative », *RIDC*, n° 2, 2010, p. 507.

contre la loi s'est couplée à l'entrée du « droit vivant » dans l'aile Montpensier du Palais Royal. A ce titre, l'invocabilité en QPC de la séparation des pouvoirs, de même que le contrôle de l'interprétation de la loi par les juges « ordinaires », ont amené plusieurs auteurs à conclure qu'il existerait un « droit à la séparation des pouvoirs » dont le juge constitutionnel constituerait, et aurait toujours constitué, le principal garant. Les dernières années auraient ainsi permis d'identifier une part irrésistible de sens contenue dans un concept prétendument vidé de sa substance, part irrésistible qui n'est d'ailleurs pas sans lien avec les lointaines origines des théories anglaises de séparation des pouvoirs. « Le Conseil constitutionnel œuvrerait ainsi en faveur d'un retour à la substantifique essence du concept de séparation des pouvoirs. Paradoxalement, la modernité de ce concept naît d'un contrôle de la loi, qui a pu un temps sembler y contrevenir en son principe, et d'une jurisprudence qui revient aux origines mêmes de la théorie »<sup>36</sup>. En effet, si le Conseil constitutionnel entretient dans ses décisions un certain « dogme séparatiste » dénoncé à outrance par certains<sup>37</sup> – qu'il découle du texte de la Constitution ou qu'il soit l'œuvre du Conseil, il est également mû par une volonté non négligeable de balance des pouvoirs, conscient des limites pratiques que peut comporter la sacralisation d'une spécialisation fonctionnelle « absolue ». Tout du moins, en redéfinissant, voire même en inversant, la hiérarchie des fonctions, le Conseil donne une nouvelle présentation de la hiérarchie des organes politiques qui n'est pas sans rapport avec la conception de l'autorité de la loi ainsi que de la liberté politique ; étant subordonnée au respect de certaines exigences qualitatives et procédurales imposées par les normes constitutionnelles, la validité de la loi n'est qu'incertaine avant que le Conseil constitutionnel ait pu se prononcer. Par conséquent, la suprématie du pouvoir constituant ainsi que la « dé-subordination » et la valorisation du pouvoir exécutif amènent leur plus grand défenseur, à savoir le Conseil, à enclore les assemblées parlementaires dans un cadre restreint de compétences qui leur interdit – sous réserve d'exceptions notables – d'empiéter sur les fonctions exécutive et juridictionnelle et de mettre à mal l'indépendance des autorités à qui elles sont confiées.

Mais cette vision séparatiste n'est pas entièrement étanche ; elle est, à plusieurs endroits, étiolée par des considérations constitutionnelles ou pragmatiques (voire même les deux), qui conduisent le Conseil à inciter à la collaboration des pouvoirs, se voyant plus comme le gardien d'un équilibre nécessaire à la stabilité des institutions que comme un « chien de garde de l'exécutif » comme pouvait l'annoncer Michel Debré. En témoigne l'essor d'une fonction aujourd'hui centrale de la justice constitutionnelle, à savoir la protection des droits et libertés. Plus particulièrement concernant l'indépendance des juridictions et la spécificité de leurs fonctions, mais pas exclusivement, le rattachement progressif du « principe de la séparation des pouvoirs » à l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789 a eu pour effet de consacrer le versant négatif de la liberté politique découlant de la séparation des pouvoirs et inscrit dans ce même article, c'est-à-dire la garantie des droits. Ce faisant, le Conseil fait de la séparation des pouvoirs, en tant que norme, un instrument aux fins pratiques, permettant de balancer, tout en la maintenant comme référence de principe, la hiérarchie des organes et l'étanchéité des fonctions, afin de garantir les libertés civiles, ou comme l'affirmait Montesquieu « la liberté politique dans son rapport avec le citoyen » : la liberté politique « est formée par une certaine distribution des trois pouvoirs ; mais [...] il faut la considérer sous une autre idée. Elle consiste dans la sûreté, ou dans l'opinion que l'on a de sa sûreté. Il pourra arriver que la constitution sera libre, et que le citoyen ne le sera point. [...] Dans ces cas, la constitution sera libre de droit, et non de fait »<sup>38</sup>. Autrement dit, l'obéissance à la Constitution, par tous les acteurs du droit – pouvoirs politiques comme autorités juridictionnelles et particuliers – n'est rien d'autre qu'un préalable obligatoire à la garantie des droits. Ainsi, malgré, aujourd'hui, une forme « d'ivresse du rattachement textuel [à l'article 16 de la Déclaration de 1789] qui a emporté la jurisprudence du Conseil au-delà du champ légitime de la garantie des droits » lorsqu'elle dépasse la mise en cause formelle des droits et libertés par le législateur pour toucher les relations entre organes, il n'y faut voir « point d'absolutisme, point d'hérésie, mais une lecture bien tempérée de notre Constitution *en harmonie avec les grands équilibres qui la fondent* »<sup>39</sup>. C'est pourquoi le principe de séparation des pouvoirs, dans la jurisprudence constitutionnelle, doit être analysé à l'aune d'une double

<sup>36</sup> ROBLOT-TROIZIER (A.), « Un concept moderne, séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, p. 102.

<sup>37</sup> V. not. MATHIEU (C.), *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse Montpellier, 2015.

<sup>38</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 375.

<sup>39</sup> GOESEL-LE-BIHAN (V.), « La violation de la séparation des pouvoirs : quels fondements ? Quels griefs ? Retour sur une critique doctrinale », *Titre VII*, n° 3, 2019, p. 16.

lecture : il garde les traces et donne plus de chair à l'ossature constitutionnelle du cloisonnement des organes dans l'exercice de leurs compétences en se justifiant par des considérations d'indépendance organique et de spécialisation fonctionnelle, tout en imposant une certaine balance « avec spécialisation partielle » lorsque l'équilibre des pouvoirs, et, souvent par voie de conséquence, la garantie des droits, commandent la collaboration des autorités ainsi que l'exercice partagé de ces fonctions – « on parlera alors de "partage" plus que de balance car les organes agissent concurremment et non pas successivement »<sup>40</sup>. De cette double lecture se dégage un intérêt fondamental à l'étude de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : la redéfinition de la place et du rôle qu'occupent et jouent conjointement les pouvoirs politiques et juridictionnel, ainsi que de la consistance des fonctions qu'ils mettent individuellement ou collectivement en œuvre.

### *Intérêt de l'étude*

A cet égard, la jurisprudence du Conseil permet de préciser les contours d'une évolution sémantique notable. En premier lieu, la Ve République a fini d'achever tout rattachement exclusif de la fonction législative au Parlement, qui, même s'il vote la loi, n'en est pas pour autant le seul maître de sa substance. Il est désormais concurrencé par les autorités exécutives, le Conseil constitutionnel, les traités et accords internationaux et européens, ainsi que par les juges nationaux ou « supranationaux ». La jurisprudence du Conseil offre donc l'occasion de délimiter le périmètre de la fonction législative et des éventuels bénéfices tirés de son partage, de fait ou de droit, entre les différents organes ; l'élargissement du nombre d'autorités prenant part dans la fabrication de la loi a eu pour corollaire la valorisation, par la défense de l'indépendance de l'exécutif et des juridictions, ainsi que par le refus de tout empiètement des assemblées parlementaires dans les fonctions exécutive et juridictionnelle, des domaines de compétences correspondant à ces dernières. Il en va ainsi des « déviations » tentées par les autorités parlementaires vers des participations à la fonction exécutive, parfois sévèrement censurées par le Conseil, à l'exception notable de l'absence de censure de l'incompétence positive. Dans les cas restants, il semble que ce n'est pas la balance des pouvoirs mais la spécialisation fonctionnelle qui guide la jurisprudence du Conseil, tant dans sa conception de l'indépendance des autorités exécutives vis-à-vis du Parlement que dans les conséquences qu'il tire de l'élargissement du titre de législateur à un organe complexe. Le pouvoir exécutif, s'il l'était déjà en 1958, s'en trouve d'autant plus redéfini dans son autonomie institutionnelle et dans la revalorisation de ses compétences ; la jurisprudence du Conseil constitutionnel permettra d'en dresser une esquisse qui se calquerait sur la place qu'il tient et le rôle qu'il joue dans l'ordre institutionnel contemporain. Pareillement, par toutes les implications qu'a désormais le contrôle de constitutionnalité des lois dans les compétences de vote de la loi et de contrôle de l'action du Gouvernement, elle autorisera à tirer une impression du rôle qu'ont désormais vocation à jouer, dans leurs rapports avec les autres pouvoirs ou même dans l'exercice autonome de leurs compétences, les assemblées parlementaires. Autrement dit, derrière l'étude de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel se cache l'ambition de mettre à jour la nature des rapports entretenus entre le Parlement et les autorités exécutives ainsi que l'état de leur position respective dans l'organisation institutionnelle de la Ve République. Comme le résume le Professeur Chagnollaud, « il est d'usage de considérer la théorie de Montesquieu comme inapte à rendre compte de la réalité de l'organisation du pouvoir aujourd'hui. La question en effet, dans les démocraties occidentales, n'est plus de limiter la souveraineté du monarque. Par ailleurs les pouvoirs ne sont plus guère spécialisés dans leurs fonctions, le pouvoir exécutif ayant absorbé une partie de la fonction d'édiction des normes du Parlement – la fonction législative – tandis que le pouvoir législatif voit sa fonction d'édiction réduite au profit d'une fonction de contrôle et de délibération. La séparation même organique entre l'exécutif et le législatif disparaît avec le phénomène partisan dès lors qu'un parti dominant occupe le gouvernement et la majorité du Parlement [...]. Seule, dès lors, l'opposition assure la fonction de contrôle. [...] Comment analyser la vie politique moderne sans prendre en compte le rôle [...] du juge constitutionnel ? »<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> C'est pour proposer une autre distinction à celle entre spécialisation et balance, que Michel Troper employait surtout à titre descriptif, que J. Boudon proposait celle entre monopole et balance avec spécialisation généralisée ou avec spécialisation partielle : BOUDON (J.), « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », *op. cit.*, p. 264 s.

<sup>41</sup> CHAGNOLLAUD (D.), *Droit constitutionnel contemporain*, T. I, Dalloz, « Cours », 10e éd., 2019, p. 126.

De même, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a favorisé l'assise et le regain de légitimité des autorités juridictionnelles dans le jeu des pouvoirs, en particulier des juges administratif et judiciaire, mais également du Conseil lui-même. En s'attachant à protéger l'indépendance organique des juges, y compris la sienne, le Conseil cherche également à affermir la spécificité de leurs fonctions sur lesquelles ni le Parlement ni les autorités exécutives ne sauraient empiéter, sous réserve de plusieurs exceptions pouvant laisser croire à un relatif partage de celles-ci. Ces dernières confirment cependant ce qui est devenu réalité : la juridictionnalisation du contrôle du pouvoir et de la garantie des droits impliquée négativement par l'obéissance à ce pouvoir. En plus de l'évolution respective de leur office qu'ils ont chacun pris le soin d'entretenir, « la présence d'organes spécialisés et indépendants dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, confirmée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel elle-même, permettrait de déduire l'existence »<sup>42</sup> non pas d'un pouvoir juridictionnel, mais *du* pouvoir juridictionnel. Précisément, la jurisprudence constitutionnelle, dans le traitement des rapports entre le Parlement ou les autorités exécutives et administratives avec les juges, a permis de préciser la notion même de juridiction, qui représente aujourd'hui, si ce n'est un pouvoir à part entière, au moins un frein ou un contrepoids aux pouvoirs législatif et exécutif. De plus, lorsqu'il renforce la dualité des ordres de juridiction « à la française », le Conseil vise non seulement à faire respecter leur indépendance organique et leurs domaines de compétence respectifs, mais également à adapter le principe de séparation des pouvoirs pour appliquer sa nouvelle forme à l'ordre juridictionnel lui-même. Par conséquent, sa jurisprudence permet de dessiner les traits et contours de l'état actuel de la « puissance de juger » comme la qualifiait Montesquieu, que celle-ci ait pour fonction d'empêcher les déviations des puissances législative ou exécutive, ou qu'elle remplisse le rôle négatif de garantie des droits. Il en résultera un éclaircissement de la place et du rôle des juges – constitutionnel, administratif et judiciaire – dans l'ordre institutionnel et dans l'équilibre des pouvoirs contemporains.

Enfin, et plus généralement, cette étude offrira une occasion supplémentaire d'analyser les alliages possibles entre conceptualisme et empirisme en droit constitutionnel. Les divergences entre, d'une part, les théorisations de l'état actuel de la séparation des pouvoirs ainsi que de sa conception originelle, et, d'autre part, la jurisprudence du Conseil, montrent à quel point ni les premières ni la seconde ne reçoivent – du moins jamais intégralement – les préconisations ou solutions énoncées par l'autre. Il existerait ainsi une forme de conflit latent entre la perception « idéale », souhaitée, du concept de séparation des pouvoirs (lorsqu'un contenu lui est attribué), et son appréhension concrète par le Conseil constitutionnel. En visant notamment la séparation des pouvoirs, certains considèrent ainsi que « l'observation du droit constitutionnel et du fonctionnement effectif de la société politique, oblige, en effet, à dresser le constat de désuétude voire de décès de nombreux principes et règles traditionnels constamment réaffirmés en théorie mais cependant largement abandonnés en pratique »<sup>43</sup>. Mais l'inverse pourrait être également soutenu : là où la séparation des pouvoirs aurait perdu de sa substance conceptuelle, elle aurait gagné en implications pratiques. Il conviendra d'être particulièrement vigilant quant aux discordances entre la doctrine et le Conseil en la matière, car la jurisprudence de ce dernier vient même parfois combler certains vides dénoncés ou non traités par ses analystes. De même, pour que la séparation des pouvoirs soit devenue – selon certains – une coquille vide de tout contenu, il aurait fallu qu'elle soit vidée de ce contenu, en l'occurrence par le Conseil constitutionnel, ce qui peut paraître maladroit à plusieurs égards. D'abord, il aurait fallu que la séparation des pouvoirs soit un contenant en 1958 et tout au long de la Ve République, ce qui, comme il en a été traité, est plus qu'incertain même en 1789. Ensuite, c'est oublier le cadre normatif dans lequel se dessine la jurisprudence du Conseil ; beaucoup de ses décisions où il mettrait en œuvre un certain « dogme séparatiste » ne manifestent qu'une application de normes constitutionnelles qui prescrivent ou incitent à de telles solutions, qu'elles aient été dégagées, ou non, par un libre choix du Conseil. Enfin, ce serait nier à la séparation des pouvoirs un caractère principiel et sa vocation à être maniée et réactualisée par le juge constitutionnel, alors que c'est précisément en raison de son abstraction et sa généralité qu'elle représente un des piliers fondamentaux qui soutiennent notre édifice constitutionnel. Aussi le Conseil aurait-il moins participé à la dénaturation de la séparation des pouvoirs qu'à sa réactualisation, qu'il mette en œuvre un pouvoir créateur ou se contente de retranscrire l'esprit des constituants ou les normes contenues dans les énoncés juridiques ; comme certains ont pu le préciser, « le réalisme et l'honnêteté scientifique d'un manuel,

<sup>42</sup> BOUCOBZA (I.), « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *op. cit.*, p. 78.

<sup>43</sup> LE POURHIET (A.-M.), *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, « Corpus Droit public », 3e éd., 2010, p. 9.

c'est la critique des constructions qu'il s'apprête à présenter »<sup>44</sup>. Sans même qu'il y ait lieu de mentionner les nombreuses divergences doctrinales sur le sujet, il existe, entre un concept parfois sacralisé et la réalité « du terrain », une marge que chaque décision augmente ou réduit en fonction de ce que peuvent imposer les prescriptions constitutionnelles, de la jurisprudence antérieure et de considérations pratiques. Ainsi, à l'opposé de la thèse de l'abandon, en pratique, de règles et principes magnifiés par la théorie, il serait possible de soutenir que « si, prise à la lettre, [la séparation des pouvoirs] est devenue inapte à éclairer le fonctionnement des régimes démocratiques, dans son esprit, elle demeure une source d'inspiration et un des fondements de la démocratie moderne »<sup>45</sup>. Il conviendra ainsi d'observer les différences de nature qui séparent les « points chauds » où doctrine et jurisprudence se rejoignent, des « points tièdes » où une partie de l'une se démarque de l'autre, ainsi que des « points froids » où elles s'excluent mutuellement. Cette relation ambiguë entre la théorie juridique et la jurisprudence constitutionnelle est d'ailleurs au cœur du sujet, qui nécessite de rechercher où et comment le contenu de la séparation des pouvoirs peut être déterminé avec pertinence.

### ***Problématique et plan de l'étude***

La question se pose alors de savoir s'il est véritablement possible de proposer, dans le cas français, une définition de la séparation des pouvoirs préalablement à toute analyse empirique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, sans que cette analyse revête les caractères du dialogue prescriptif. Plusieurs auteurs mettent sur ce point l'accent sur l'impérieuse nécessité qu'il y aurait à s'abstenir de définir les grands concepts du droit à partir de la jurisprudence. Le juge serait bien plus mal placé que la doctrine pour définir l'objet qu'est la séparation des pouvoirs ; c'est ce que reconnaissait Charles Eisenmann à propos de la souveraineté, qu'il qualifiait de « concept issu de la doctrine », en opposition aux « concepts issus du droit positif ». Ces auteurs en concluent ainsi que « ce n'est certainement pas le juge qui peut dire le dernier mot sur la notion de [séparation des pouvoirs] ; inversement, la doctrine juridique trahit sa mission lorsqu'elle reste prisonnière de l'interprétation du juge constitutionnel, et refuse alors de penser cet objet » qu'est la séparation des pouvoirs<sup>46</sup>. Une telle vision des choses contient certes une grande part de vérité : le Conseil constitutionnel force parfois son lecteur à reconnaître l'utilisation malencontreuse des concepts qu'il emploie. La séparation des pouvoirs en est un exemple flagrant, le Conseil mobilisant par exemple « l'équilibre des pouvoirs »<sup>47</sup> pour prescrire une hiérarchie des organes et des fonctions pourtant incompatible, Carré de Malberg l'ayant démontré, avec cette notion. Un tel sujet d'étude place donc celui qui la mène aux limites d'une science « pure » du droit : si celui-ci n'est qu'un phénomène d'autorité, et non de vérité, il serait impossible et impensable de vérifier la véracité ou non des propositions contenues dans les décisions du Conseil. Cependant, ce dernier ne laisse parfois aucun choix à son lecteur, ce dont témoignent ses plus récentes décisions. En effet, ayant récemment proclamé, pour la première fois de son histoire, que « la séparation des pouvoirs résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »<sup>48</sup>, le Conseil constitutionnel, au-delà d'essentialiser à la fois l'article 16 de la Déclaration des droits et la séparation des pouvoirs, énonçait une fausse proposition : soit la séparation des pouvoirs est ici entendue dans son sens négatif (hypothèse peu probable eu égard aux conséquences qu'il en tire en l'espèce), et dans ce cas le terme de « principe » eût été nécessaire, soit elle est entendue comme une méthode précise de répartition des compétences entre organes, méthode qui n'avait pas encore été imaginée en 1789 lorsque les révolutionnaires consacraient une règle négative d'organisation politique<sup>49</sup>. Il serait donc possible de décrire ce qu'est la séparation des pouvoirs pour le juge constitutionnel, mais pas ce qu'est la séparation des pouvoirs à partir de sa jurisprudence. Il conviendrait alors de partir d'une définition de la séparation des pouvoirs pour examiner si celle-ci est, ou non, infirmée par le Conseil.

---

<sup>44</sup> LAINÉ (J.), *Empirisme et conceptualisme en droit constitutionnel*, Thèse Droit public, Lille II, 2011, p. 266.

<sup>45</sup> CHAGNOLLAUD (D.), *Droit constitutionnel contemporain*, op. cit., p. 118.

<sup>46</sup> Pour paraphaser BEAUD (O.), « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *Jus Politicum*, n° 20-21, juill. 2018.

<sup>47</sup> C. const., n° 92-313 DC, 23 sept. 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, cons. 2.

<sup>48</sup> C. const., n° 2020-800 DC, 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, § 80.

<sup>49</sup> De plus, la « séparation des pouvoirs » est ici employée pour imposer une spécialisation fonctionnelle étanche, qui a précisément été refusée par les hommes de 1789, lui préférant la balance ou l'équilibre des pouvoirs.

Néanmoins, une telle démarche, au-delà d'ignorer que les règles constitutionnelles et la pratique des institutions ont trop sensiblement évolué pour pouvoir y rattacher un contenu universellement accepté et insusceptible de varier au cours des années, reviendrait, pour reprendre les termes de Michel Troper, à « déterminer le contenu du principe de la séparation des pouvoirs *tel qu'il doit être*. [...] Cette recherche échoue nécessairement parce que, comme toutes les démarches normatives, elle dépend des préférences de ceux qui la mènent, et, parce que, en tout état de cause, tous les principes qu'elle pourrait prétendre "dégager" peuvent justifier les solutions concrètes les plus hétéroclites » ; cependant, comme il le note plus loin, « si la théorie du droit ne peut proposer une théorie de la séparation des pouvoirs telle qu'elle devrait être pour satisfaire des besoins pratiques, elle peut tenter de décrire le principe *tel qu'il est effectivement construit notamment par les juges*. [...] Ce n'est pas le principe de la séparation des pouvoirs qui informe les décisions du Conseil, mais les décisions du Conseil (ou d'autres juridictions) qui donnent un contenu et une signification à la séparation des pouvoirs comme principe »<sup>50</sup>. Il est vrai que si la signification du principe de séparation des pouvoirs, vu en tant que norme, dépend largement de la vision qu'en a le Conseil constitutionnel, son contenu est également déterminé, en tant que concept, par les autres acteurs du droit ; le Conseil constitutionnel ne peut ni ne veut par ailleurs apporter une telle définition, n'ayant pas les moyens d'ambitions qu'il n'a pas. Néanmoins, dès lors que la séparation des pouvoirs est incluse – par le juge – dans l'ensemble des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, elle acquiert force juridique et se veut régir les rapports entre organes dans l'exercice de leurs compétences. En dépit d'une substance incertaine, il serait ainsi possible d'en dégager une compréhension dominante venant combler le présupposé néant conceptuel qu'incarne la séparation des pouvoirs.

C'est pourquoi, comme le proposait Georges Vedel à propos des bases constitutionnelles du droit administratif, « ce n'est pas à des spéculations théoriques, mais à la jurisprudence que nous demanderons de nous indiquer »<sup>51</sup> comment la séparation des pouvoirs doit aujourd'hui être entendue. Cette démarche se justifie en ce que la séparation des pouvoirs est « une sorte d'énigme diabolique », dans la mesure où « il est impossible d'échapper à la confusion lorsqu'on en parle »<sup>52</sup> : chacun des trois termes de ce groupe nominal est d'une frappante polysémie. Il est donc nécessaire, à ce stade, de ne pas en fournir de définition qui condamnerait l'étude de la jurisprudence du Conseil à l'expression de nombreux jugements de valeur. Tout au plus conviendra-t-il, d'une part, de montrer si, et comment, le Conseil redéfinit la séparation des pouvoirs dans ses facettes les plus notables (principe négatif, spécialisation fonctionnelle, indépendance organique, balance des pouvoirs...), et, d'autre part, de fournir *a minima* une définition préalable des notions centrales de la séparation des pouvoirs (pouvoir, fonctions et organes). Celle-ci sera, pour les besoins de l'étude, puisée dans l'œuvre magistrale de Carré de Malberg, pour qui « il faut donc employer séparément les trois termes pouvoir, fonctions, organes, pour désigner sans ambiguïté et respectivement la puissance de l'Etat, les diverses activités qu'elle comporte, les diverses autorités exerçant ces activités »<sup>53</sup>. Du reste, il s'agit précisément de déterminer si le concept de séparation des pouvoirs, quel que soit le sens qui puisse y être attribué, a connu, du fait du Conseil, une évolution substantielle. Ainsi, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle porteuse d'une véritable redéfinition de la séparation des pouvoirs ?

Avant de s'intéresser aux différents sens que peut revêtir la séparation des pouvoirs dans et à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, une particulière attention doit être accordée aux méthodes permettant, ou non, d'aboutir à une possible redéfinition. Celles-ci, qu'elles soient empruntées ou fournies par le Conseil constitutionnel, offrent une grille de lecture de l'intégralité de sa jurisprudence, autant qu'elles conduisent à alimenter l'ensemble des théories juridiques de la séparation des pouvoirs, lesquelles ne peuvent plus pertinemment traiter leur objet sans une telle source de redéfinition de ce principe constitutionnel (**Première partie**). Une fois menée cette entreprise, dont une large part sera consacrée à l'appréhension par le Conseil du principe de la séparation des pouvoirs comme règle négative, de plus amples développements devront être dédiés à son appréhension dans son sens moderne, celle de la

<sup>50</sup> TROPER (M.), « À quoi sert la séparation des pouvoirs ? Le point de vue de la théorie du droit », *op. cit.*, p. 8.

<sup>51</sup> VEDEL (G.), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, n° 8, 1954, p. 36.

<sup>52</sup> LE DIVELLEC (A.), « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 125.

<sup>53</sup> CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, T. I, p. 260.

spécialisation et de l'indépendance. C'est en effet par un attachement prononcé à ces deux règles cardinales que la jurisprudence du Conseil constitutionnel impose à la fois l'extension et la destruction des contenus susceptibles d'être reconnus à la séparation des pouvoirs, nécessitant d'examiner les différents sens de cette dernière en tant qu'ils ressortent de sa jurisprudence (**Seconde partie**).

## PREMIÈRE PARTIE

### LA DUALITÉ DES MÉTHODES DE REDÉFINITION DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

A une distinction entre la jurisprudence du Conseil constitutionnel portant à proprement parler sur la séparation des pouvoirs, alors invoquée comme norme de référence du contrôle de constitutionnalité, et celle sur laquelle se construit un certain modèle de séparation des pouvoirs, correspond une distinction cardinale touchant aux méthodes argumentatives des juges en général, et des juridictions constitutionnelles en particulier, à savoir le conflit entre formalisme et réalisme. De cette façon, la jurisprudence constitutionnelle relative à la séparation des pouvoirs est l'incarnation par excellence des spécificités de la dialectique constitutionnelle.

En effet, et en premier lieu, en tant qu'argument utilisé par le Conseil constitutionnel dans ses différentes décisions, la séparation des pouvoirs est employée par ce dernier dans un cadre relativement classique, celui du syllogisme juridique. Celui-ci paraîtrait garantir à la séparation des pouvoirs un caractère pleinement opératoire : soit la disposition contrôlée s'avère conforme à une disposition constitutionnelle précise organisant ou traduisant la séparation des pouvoirs, ou, en l'absence d'une majeure clairement en rapport avec le cas traité, conforme à la règle négative découlant du principe de la séparation des pouvoirs, et, dans ce cas, la conclusion du Conseil est celle de la déclaration de conformité à la Constitution, soit elle n'y est pas conforme – ou pas compatible – et, dans ce cas, la conclusion est celle de la non-conformité, ou de la conformité sous réserves. Une telle logique assimilerait donc la séparation des pouvoirs à la seule Constitution, c'est-à-dire à la méthode constitutionnelle de répartition des compétences entre les différents organes de l'Etat, assertion qui ne contient cependant qu'une part de vérité. Si la jurisprudence constitutionnelle est certes marquée par une déférence non négligeable à l'égard du texte constitutionnel et de la séparation des pouvoirs qu'il caractérise, elle est fortement empreinte de l'importante liberté, voire de l'arbitraire du Conseil à l'égard de l'argumentation qu'il y déploie, allant jusqu'à attribuer à la séparation des pouvoirs un sens différent, voire opposé à celui que pouvaient lui assigner la Constitution, son esprit ou sa pratique, pour ne laisser que l'appréciation portée par le juge constitutionnel sur la consistance d'un tel concept. Autrement dit, l'argument de la séparation des pouvoirs voyage constamment, *dans* la jurisprudence du Conseil constitutionnel, entre le continent de la contrainte et celui de la liberté (**Chapitre I**).

En revanche, et en second lieu, l'argumentation déployée par le Conseil constitutionnel dans ses décisions ne traitant – dans l'ensemble – pas explicitement de la séparation des pouvoirs, mais abordant des sujets qui y sont étroitement liés ou construisant d'elle-même une certaine conception ou un certain modèle de séparation des pouvoirs (dans un quelconque sens positif), semble largement animée par un réalisme ambiant, c'est-à-dire par l'infléchissement d'un certain nombre de principes ou règles de valeur constitutionnelle, séparation des pouvoirs comprise, au nom d'une réalité essentiellement extra-juridique. Refusant ainsi un formalisme absolu, le Conseil constitutionnel confère à la séparation des pouvoirs un sens opérationnel, amenant le constitutionnaliste à rechercher, sur la base de sa jurisprudence, les justifications de l'exercice de la puissance de l'Etat par ses différents organes, voire les justifications de l'existence même de ces derniers. Par conséquent, le concept de séparation des pouvoirs est intimement associé, *à travers* la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à un « problème » de légitimité des autorités amenées à exercer les activités que comporte la puissance étatique (**Chapitre II**).

## CHAPITRE I

### LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET L'ARGUMENT DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS : UN JUGE FORMALISTE

La séparation des pouvoirs, quel que soit son sens, n'est pas née du Conseil constitutionnel, du moins pas entièrement. Indétachable de ses profondes et lointaines racines historiques, elle renferme, au minimum, un contenu fixe et – presque – universellement reconnu par la doctrine, dont il est en grande partie issu, à savoir son sens premier, à la fois nécessaire et suffisant à la constatation de l'existence d'une quelconque séparation des pouvoirs : « une règle négative qui interdit de confier toutes les fonctions juridiques de l'État ou même seulement deux d'entre elles à une même autorité »<sup>54</sup>. S'il fallait en déduire que cette règle négative n'est qu'une définition de la constitution, comme le suggère l'article 16 de la Déclaration des droits, il serait alors nécessaire de déterminer l'application que le Conseil fait de la Constitution pour en conclure si sa jurisprudence est conforme, d'une part, aux intentions des constituants et aux dispositions constitutionnelles elles-mêmes, et, d'autre part et par extension, au respect dudit principe négatif, présumé assuré par la répartition des fonctions établie par la Constitution de la Ve République. Il apparaît effectivement que la logique de spécialisation asymétrique animant cette dernière, dont son traitement par le Conseil constitutionnel sera examiné hors de cette étude bornée au principe négatif, a marqué d'emblée sa jurisprudence : la flagrante et indiscutable fidélité du Conseil à l'égard du texte constitutionnel et des intentions de ses concepteurs l'a bien souvent conduit à n'être que la bouche de la Constitution. Celle-ci, traduisant le principe négatif essentiellement strictement, c'est-à-dire interdisant – de manière inégale au bénéfice des autorités exécutives – l'exercice, à titre principal, de deux fonctions juridiques par un même organe, a su se doter d'un Conseil chargé de veiller, par une appréciation stricte de son rôle de contrôleur de la conformité des lois à la Constitution, ainsi que par une distinction claire du domaine de la Constitution et des autres espaces normatifs, à ce qu'aucune autorité ou organe, en premier lieu parlementaire, ne puisse transgresser cette règle empreinte d'une telle rigidité. Il en ressort qu'en appliquant une telle conception de la séparation des pouvoirs, n'autorisant d'entorse à l'interprétation restrictive du principe négatif ainsi posée que lorsque la Constitution le permet, le Conseil constitutionnel ne faisait qu'*adopter* la vision que les « pères fondateurs » avaient de la séparation des pouvoirs et la mécanique de répartition constitutionnelle des compétences supposée en fournir une traduction (**Section I**).

Cependant, soutenir que l'idée – inconstante – que le Conseil constitutionnel se fait de la séparation des pouvoirs serait uniquement déterminée par une certaine conception originelle (et une jurisprudence originaliste) ainsi qu'une certaine mécanique de répartition des compétences qui lui seraient imposées, paraît largement déconnecté de la « réalité jurisprudentielle ». En effet, qu'il l'utilise comme argument ou qu'il traite certaines questions qui y sont intimement liées sans la mentionner, le Conseil détermine une large part du sens devant être attribué à la séparation des pouvoirs. Sans encore déterminer ce que cette dernière recouvre précisément dans sa jurisprudence, ni toutes les implications que les différentes conceptions alors *choisies* peuvent avoir sur les règles gouvernant l'organisation, le fonctionnement et les rapports entre pouvoirs (aussi bien dans un sens organique que fonctionnel), il est impératif de déterminer la marge de manœuvre dont peut jouir le Conseil constitutionnel dans la détermination du sens de la séparation des pouvoirs. Aussi cette analyse paraît-elle se situer à la frontière de la distinction entre juge formaliste et juge réaliste, dans la mesure où l'argumentation du Conseil relative à la séparation des pouvoirs prend bien en compte l'interprétation qu'en donnent les autres acteurs. Cependant, outre le faible poids des contraintes externes sur l'argumentation du Conseil, la forme syllogistique de son raisonnement œuvre à enclorre (ou à donner l'impression d'enclorre) la liberté de choix du sens de la séparation des pouvoirs. Autrement dit, si le Conseil ne peut entièrement s'affranchir, sinon du respect, du moins de la prise en compte des règles constitutionnelles qui n'ont pas été fixées par lui, les différentes significations pouvant être attribuées à la séparation des pouvoirs dépendent, pour une large part, de sa jurisprudence (**Section II**).

---

<sup>54</sup> TROPER (M.), « La Ve République et la séparation des pouvoirs », *Droits*, n° 43, 2006, p. 34.

## SECTION I – UNE MÉCANIQUE ADOPTÉE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Entendue dans son sens classique, la séparation des pouvoirs interdit la réunion de plusieurs fonctions étatiques dans les mains d'un même organe. Le Conseil constitutionnel, adoptant ce postulat de départ dès ses premières décisions, veille à sa stricte application depuis 1959 en reproduisant, parfois à l'identique, les mécanismes constitutionnels de répartition des compétences destinés à concrétiser ce principe négatif. Sa jurisprudence est ainsi, très tôt, marquée par une rigidité caractéristique interdisant le cumul de *deux* fonctions, ou l'exercice indirect, par un organe, d'une fonction principalement attribuée à un autre organe (§ 1). Toutefois, l'adoption – sans ajout aucun – d'une telle mécanique constitutionnelle, marquée par un certain effacement du Conseil face à l'œuvre du constituant, le conduit également à admettre, de manière exceptionnelle, certaines entorses – internes ou externes, directes ou indirectes – au principe de non-cumul (§ 2).

### § 1 – Une rigidité de principe.

Si l'affirmation, par le Conseil, de cette interdiction d'exercer *deux* fonctions était, dès 1959, destinée aux assemblées, faisant des Sages les gardiens de la rationalisation du parlementarisme (A), des preuves ou des signes de son élargissement à tous les organes de l'Etat, beaucoup moins tardif que ce qui pourrait être communément admis, montrent que cette forme de rigidité principielle, motivée par la distinction traditionnelle entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués, ne peut recevoir d'entorse que de la part de la matière constitutionnelle elle-même (B).

#### A) La conformité à la Constitution, point d'appui du parlementarisme rationalisé.

Contrairement aux régimes antérieurs où plusieurs fonctions cardinales étaient réunies, de droit ou de fait, dans les mains des assemblées, la Ve République avait pour objectif affiché de redonner la maîtrise de l'action gouvernementale à son juste titulaire, à savoir le Gouvernement. Elle combattait ainsi la pratique née des anciennes constitutions, sous lesquelles « les Chambres détiennent intégralement, sinon la puissance gouvernementale elle-même, du moins le pouvoir de faire mouvoir tous les ressorts qui en déterminent le fonctionnement », impliquant que « si celles-ci ne sont pas, à proprement parler, titulaires du pouvoir exécutif, du moins est-il certain que juridiquement ce pouvoir est exercé selon leur volonté »<sup>55</sup>. Afin d'éviter un retour à la « tyrannie » ou au « despotisme » parlementaire décrit par plusieurs auteurs de la IIIe République<sup>56</sup>, les constituants de 1958 ont ainsi voulu réduire drastiquement le nombre d'armes à la disposition du Parlement qui provoquaient auparavant une instabilité ministérielle chronique, conséquence de l'accaparement, par ce dernier, de cette « puissance gouvernementale ». Michel Debré, lors de son discours devant le Conseil d'État le 27 août 1958, déclarait ainsi que « la responsabilité du Gouvernement ne signifie pas davantage qu'elle soit mise en cause d'une manière quotidienne et illimitée [...]. [Elle] est établie selon des procédures qui doivent éviter le risque d'instabilité ». En effet, le principe de la présomption de confiance en faveur du gouvernement trouve son aménagement le plus complet en 1958 ; Léon Blum, qui souhaitait que la non-défiance explicite vaille confiance implicite, en aurait été satisfait, puisque « l'article 49 n'a fait que consacrer l'idée développée dans *La Réforme gouvernementale* »<sup>57</sup> : à travers la motion de censure, les alinéas 2 et 3 de l'article 49 de la Constitution contraignent l'opposition à apporter la preuve qu'elle est majoritaire pour censurer le gouvernement. Pour que les parlementaires ne puissent plus se permettre tous les abus des pratiques antérieures, il s'agit là de la seule arme à leur disposition pour mettre en jeu la responsabilité du Gouvernement, alors que l'interpellation représentait

<sup>55</sup> CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920 et 1922, réimpr. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2004, T. II, p. 81-82.

<sup>56</sup> V. not. TARDIEU (A.), *La Profession parlementaire*, Flammarion, 1937.

<sup>57</sup> GICQUEL (J.), « Le problème de la réforme de l'État en France en 1934 », in GICQUEL (J.) et SFEZ (L.), *Problèmes de la réforme de l'État en France depuis 1934*, PUF, 1965, p. 31.

autrefois « le pain quotidien du parlementarisme français », « le moyen courant de renverser les ministères »<sup>58</sup>.

Dès ses premières décisions, le Conseil constitutionnel a veillé à donner toute sa portée à cette rationalisation du parlementarisme, dans ses deux sens. Il prônait ainsi très tôt l'exclusivité des modes de mise en jeu de la responsabilité politique, afin de barrer la route à tout retour des interpellations. En jugeant que « dans la mesure où de telles propositions [de résolution] tendraient à *orienter ou à contrôler l'action gouvernementale*, leur pratique serait *contraire aux dispositions de la Constitution* qui, dans son article 20, en confiant au Gouvernement la détermination et la conduite de la politique de la Nation, ne prévoit la mise en cause de la responsabilité gouvernementale *que* dans les conditions et suivant les procédures fixées par ses articles 49 et 50 », et que « dans la mesure où les propositions de résolution participeraient du droit d'initiative des parlementaires en matière législative, [...] la pratique de telles propositions, outre qu'elle ferait double emploi avec celle des propositions de loi, *se heurterait à la lettre de la Constitution* »<sup>59</sup>, le Conseil avait suscité « un grand émoi du Parlement : les parlementaires croyaient trouver dans le Conseil constitutionnel un consultant chargé d'orienter l'activité réglementaire des Assemblées ; ils découvraient un censeur très strict, décidé à imposer *l'interprétation la plus rigoureusement conforme à la lettre du texte*, et en étaient d'autant plus marrés que c'était la première fois, dans l'histoire constitutionnelle française, que les règlements des Assemblées parlementaires étaient soumis à un contrôle »<sup>60</sup>. Effectivement, il découle de cette décision, et de celles qui l'ont suivie, que c'est en réalité dans l'appréhension, par le Conseil, de la notion de « conformité à la Constitution » que réside l'expression la plus pure, en 1958, du parlementarisme rationalisé<sup>61</sup>.

En premier lieu, celui-ci se manifeste dans l'interprétation extensive de la notion de *Constitution*, dans la mesure où « la conformité à la Constitution des règlements des assemblées parlementaires doit s'apprécier tant au regard de la Constitution elle-même que des lois organiques prévues par elle ainsi que des mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions, prises en vertu de l'alinéa 1er de l'article 92 de la Constitution »<sup>62</sup>, auxquelles doit être ajoutée la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>63</sup>. Cette appréciation, justifiée par ce que le Conseil dénomme « des exigences propres à la hiérarchie des normes juridiques dans l'ordre interne »<sup>64</sup>, a fait l'objet de plusieurs critiques doctrinales, en ce qu'elle subordonnait la validité des règlements des assemblées à leur conformité à des actes pris par l'exécutif (alors investi du pouvoir législatif), qui, lui, n'avait alors pas à connaître d'un quelconque contrôle de constitutionnalité. Le règlement n'est donc plus la « loi intérieure des assemblées »<sup>65</sup>, et s'il avait, sous les IIIe et IVe républiques, « souvent plus d'influence que la Constitution elle-même sur la marche des affaires publiques »<sup>66</sup>, il y est désormais, de l'œuvre du Conseil, largement soumis, dans toutes ses ramifications normatives.

En second lieu, le Conseil s'en est tenu à une exigence stricte de *conformité* des dispositions des règlements des assemblées aux règles du futur « bloc de constitutionnalité ». Dans la même décision n° 59-2

---

<sup>58</sup> TARDIEU (A.), *La Profession parlementaire*, *op. cit.*, p. 193-195.

<sup>59</sup> C. const., n° 59-2 DC, 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale*, sur les art. 81-1 a. du règlement.

<sup>60</sup> FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, « Grands arrêts », 14e éd., 2007, p. 37.

<sup>61</sup> Si l'assertion sera explicitée par l'analyse du contrôle des règlements des assemblées, elle vaut également pour le contrôle de constitutionnalité des lois : v. not. KNAUB (G.), « Le Conseil constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'Etat », *RDP*, 1983, n° 2, p. 1162.

<sup>62</sup> C. const., n° 66-28 DC, 8 juill. 1966, *Résolution tendant à modifier les articles 18, 42, 54 et 60 du règlement du Sénat et à compléter celui-ci par l'adjonction d'un article 21 bis*, cons. 2.

<sup>63</sup> Par ex., la décision n° 59-2 DC est citée dans les visas de C. const., n° 90-275 DC, 6 juin 1990, *Résolution modifiant l'article 145 du règlement de l'Assemblée nationale*.

<sup>64</sup> C. const., n° 92-309 DC, 9 juin 1992, *Résolution modifiant l'article 47 bis du Règlement du Sénat*, cons. 5. – Jurisprudence constante : v. par ex. C. const., n° 2018-767 DC, 5 juill. 2018, *Résolution relative aux obligations déontologiques et à la prévention des conflits d'intérêts des sénateurs*, cons. 2.

<sup>65</sup> MACHELON (J.-P.), « L'organisation du travail parlementaire », in MAYEUR (J.-M.) et al., *Les Parlementaires de la Troisième République*, Publications de la Sorbonne, 2003, p. 329.

<sup>66</sup> PIERRE (E.), *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Librairies-imprimeries réunies, 5e éd., 1924, p. 490.

DC, la règle limitant le temps de parole des ministres à cinq minutes n'était pas incompatible avec la règle supérieure (l'article 31 de la Constitution), une telle limitation ne faisant pas obstacle à ce que les ministres soient « entendus quand ils le demandent ». Cependant, l'article 31 ne contenait pas non plus une quelconque autorisation qui eût allé dans le sens d'une telle possibilité de limitation. Le choix a donc été fait de ne pas aller au-delà du texte constitutionnel, illustrant la maxime célèbre et particulièrement appropriée : tout ce qui n'est pas autorisé au Parlement lui est interdit. Cette exigence de conformité a parfois été poussée à son extrême par le Conseil, qui a ainsi pu la déduire de la reproduction, à l'identique, d'une disposition d'une loi organique (déjà jugée conforme à la Constitution) par le règlement<sup>67</sup>. L'évolution de la jurisprudence du Conseil aboutit aujourd'hui à ce que la conformité vaut surtout pour les dispositions des règlements appliquant « simplement » la Constitution, la compatibilité étant plus souvent exigée pour ce qui est des dispositions des règlements qui la complètent en la précisant<sup>68</sup>. Quoi qu'il en soit, force est de constater que les deux assemblées sont loin d'être autant maîtresses de leur règlement comme elles l'étaient auparavant, à une période où celui-ci recevait de la brièveté des prescriptions constitutionnelles et de l'absence de contrôle de constitutionnalité une autorité particulière.

Le « détrônement » du Parlement au profit du Gouvernement, qui en est une des conséquences, a été par ailleurs accepté, non sans résilience, dès la réception des premières décisions du Conseil par les parlementaires. Sur ce point, le Sénat s'était incliné bien moins vite que l'Assemblée devant les premières décisions du Conseil, ce dont témoignait Marcel Prélot, alors rapporteur du projet de règlement du Sénat, à la suite de celles-ci : « une nouvelle rédaction [du règlement] faite sur le champ, comme à l'Assemblée, eut paru un acquiescement [...]. Votre commission a pensé que s'imposait à elle *une attitude raisonnable*, c'est-à-dire marquant à la fois sa déférence pour le Conseil constitutionnel et son désaccord sur le fond »<sup>69</sup>. Nul besoin de remarquer que le Conseil a ainsi été le médiateur direct de la rationalisation du parlementarisme, laquelle partage la même racine étymologique que le raisonnable (*ratio*) de Marcel Prélot. Aussi cette « déférence » s'est-elle manifestée par la volonté de se conformer à « l'interprétation authentique »<sup>70</sup> de la Constitution donnée par les Sages, au point, parfois, de reproduire cette dernière à l'identique dans les articles des règlements. Si certains auteurs ont pu indiquer que la surélévation du Gouvernement vis-à-vis du Parlement par le Conseil, suivant la lettre de la Constitution, devait être nuancée au regard du domaine réservé aux assemblées (pourtant conçu précisément pour contrer la volonté parlementaire d'« orienter » ou de « contrôler l'action gouvernementale », le domaine des résolutions étant, sous les constitutions précédentes, indéterminé), les propositions de résolution ayant un « objet [...] propre, à savoir la formulation de mesures et décisions relevant de la compétence exclusive de l'Assemblée, c'est-à-dire les mesures et décisions d'ordre intérieur ayant trait au fonctionnement et à la discipline de ladite Assemblée »<sup>71</sup>, il convient de souligner, comme le soutiennent les mêmes auteurs, que si cette décision a été mal accueillie par les parlementaires, c'est « parce qu'elle apparaissait comme témoignant de la volonté du Conseil constitutionnel de renforcer [...] la prépondérance du gouvernement à l'égard du Parlement »<sup>72</sup>. Le Conseil ne ferait ainsi que retranscrire, cinquante ans après sa création, la séparation des pouvoirs telle qu'imaginée en 1958 : « l'esprit du Général de Gaulle n'en finit pas de hanter les couloirs du Conseil constitutionnel, au point de se *réincarner* parfois dans certaines de ses décisions »<sup>73</sup>. D'autres exemples que l'impossibilité pour les propositions de résolution de mettre en cause la responsabilité du Gouvernement (inscrite depuis 2008 à l'article 34-1 de la Constitution, qui fonde l'irrecevabilité des propositions de résolution sur une simple *estimation* du Gouvernement, et également valable pour les résolutions concernant

<sup>67</sup> C. const., n° 62-19 DC, 31 juill. 1962, *Résolution modifiant les articles 7 et 63 du règlement du Sénat*.

<sup>68</sup> OLIVA (E.), « Contrôle par le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité de la résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale en ce qu'elle concerne l'article 41 de la Constitution », *Rec. Dalloz*, 1997, n° 16, p. 125.

<sup>69</sup> *JO Débats Sénat*, 27 oct. 1960, p. 1383.

<sup>70</sup> Qui « participe [ainsi] à la codification » des « règles du jeu politique » : FAVOREU (L.), « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, p. 27 s.

<sup>71</sup> C. const., n° 59-2 DC, *op. cit.* – C. const., n° 2014-705 DC, 11 déc. 2014, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 8.

<sup>72</sup> FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, 14e éd., p. 45.

<sup>73</sup> DEROSIER (J.-P.), « Le Conseil constitutionnel, toujours gardien de l'exécutif... et garant de la démocratie », *JCP A*, 2015, n° 7, p. 2036.

une proposition d'acte communautaire<sup>74</sup>) peuvent être retenus pour illustrer l'astreinte faite au Parlement de respecter les règles du parlementarisme rationalisé, le Conseil faisant obstacle aux tentatives de celui-ci de reconquérir ses pouvoirs en matière de fixation de l'ordre du jour<sup>75</sup>, de recours au « vote bloqué » (« procédure ne mettant pas en jeu [la] responsabilité politique » du Gouvernement, estime le Conseil)<sup>76</sup>, de questions orales<sup>77</sup>, de contrôle des sénateurs sur la politique gouvernementale<sup>78</sup>... Par conséquent, comme il est encore possible de le constater aujourd'hui, cette « conception rigoureuse de la séparation des pouvoirs permet *avant tout* de maintenir le cantonnement du Parlement »<sup>79</sup>. Si cette rigidité transparait dans les décisions du Conseil contrôlant la conformité à la Constitution des règlements des assemblées, elle en ressort plus largement de l'exclusivité qu'il réserve à celle-ci pour définir les entorses à la séparation des pouvoirs.

B) L'exclusivité de la détermination des entorses à la séparation des pouvoirs réservée à la matière constitutionnelle.

Nul besoin de fournir la liste intégrale des commentaires de l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789, tant celle-ci paraît infinie et ne serait donc jamais exhaustive. En doctrine, l'attrait pour l'analyse de la formulation employée révèle bien souvent, tout du moins pour ce qui concerne la séparation des pouvoirs, le lien indéfectible entre cette dernière (dans son sens « classique ») et l'existence d'une Constitution, comme le laissent par ailleurs suggérer les termes de l'article en question. Comme le Professeur Troper a pu le démontrer à plusieurs reprises, « il s'agit là non, comme l'a cru la doctrine moderne, d'une des techniques possibles de répartition des compétences que les hommes de 1789 auraient considérée comme très supérieure aux autres, mais seulement, simplement, d'un principe négatif : une même autorité ne doit pas cumuler l'exercice de deux fonctions [...]. Ils se contentaient de formuler [...] une simple constatation, une proposition analytique, qu'un gouvernement despotique est un gouvernement sans constitution, parce que le despote peut modifier à tout moment et selon ses caprices, non seulement le contenu des règles, mais la manière même de les établir. Une constitution [...] n'est pas autre chose qu'une répartition des compétences, c'est-à-dire une séparation des pouvoirs. Par conséquent, il est bien vrai qu'une société sans séparation des pouvoirs n'a pas de constitution »<sup>80</sup>. Si le même auteur, dans sa thèse, attribue l'origine du glissement de sens de cette conception « classique » de la séparation des pouvoirs vers sa conception « moderne » à F. Berriat Saint Prix, l'article 16 de la Déclaration de 1789, tout comme la séparation des pouvoirs, n'en ont pas perdu, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel tout du moins, de leur substance « initiale »<sup>81</sup>. Comme il vient d'en être traité, ce dernier considère effectivement que c'est aux seules normes constitutionnelles, dont il est le principal gardien, qu'il revient de définir les « règles du jeu » afin de traduire ce principe négatif. Le contrôle de la « conformité » des dispositions des règlements des assemblées à celles-ci a permis d'illustrer l'interdiction, pour le Parlement, de contrôler l'exercice de la « puissance gouvernementale », et ainsi cumuler l'exercice de plusieurs fonctions que la Constitution de 1958 aurait chacune réservée à un organe spécialisé. Si la question de la spécialisation des fonctions dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel sera l'objet de développements propres, il est nécessaire, à ce stade, de mentionner le corollaire logique de la conception « classique » : si l'interdiction d'un tel cumul ne peut être fixée qu'au niveau constitutionnel (dont elle constituerait alors « un précepte, une règle générale, [...]

<sup>74</sup> C. const., n° 92-314 DC, 17 déc. 1992, *Résolution complétant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 4

<sup>75</sup> C. const., n° 59-3 DC, 25 juin 1959, *Règlement du Sénat*, sur l'art. 33-8 du règlement.

<sup>76</sup> C. const., n° 59-5 DC, 15 janv. 1960, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*.

<sup>77</sup> C. const., n° 63-25 DC, 21 janv. 1964, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*.

<sup>78</sup> C. const., n° 76-64 DC, 2 juin 1976, *Résolution tendant à modifier et à compléter certains articles du règlement du Sénat*, cons. 7.

<sup>79</sup> BACHSCHMIDT (P.), « Nouvelle expression de la jurisprudence restrictive et constante du Conseil constitutionnel en matière de séparation des pouvoirs », *Constitutions*, 2019, n° 3, p. 345.

<sup>80</sup> TROPER (M.), « L'interprétation de la Déclaration des droits. L'exemple de l'article 16 », *Droits*, n° 8, 1988, p. 120-121.

<sup>81</sup> V. également TROPER (M.), « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *C.C.C.*, n° 28, 2010 : « les concepts découverts sous la Révolution française feraient encore partie du droit constitutionnel [...] et formeraient les éléments d'une Théorie générale de l'État. Ils vaudraient comme méta-concepts ».

par laquelle il est interdit [...] de faire ce qui mène à [sa] destruction »<sup>82</sup>), alors la détermination des éventuelles participations d'un organe à l'exercice d'une fonction qui n'est pas sa fonction « principale » ne peut que relever du même niveau, sans quoi les « pouvoirs constitués », ou, du moins, l'un d'entre eux, pourraient modifier à leur gré tant le contenu des règles que la manière de les établir, caractéristique du despotisme. Le Conseil constitutionnel s'attache à faire respecter cette quasi-loi de nature à la lettre, celle-ci seule paraissant expliquer certaines de ses décisions et l'argumentation qu'il y expose.

Seule cette exclusivité constitutionnelle pour la définition des potentielles entorses au principe négatif semble effectivement expliquer certaines formulations du Conseil constitutionnel, lequel soutient notamment que « le principe de la séparation des pouvoirs s'applique à l'égard », tantôt « du Président de la République »<sup>83</sup>, tantôt « du Gouvernement »<sup>84</sup>, tantôt « du Président de la République et du Gouvernement »<sup>85</sup>. En effet, si « une telle précision semble redondante car le principe de séparation des pouvoirs vaut pour tous les pouvoirs publics constitutionnels et dès lors s'applique aux deux branches du pouvoir exécutif »<sup>86</sup>, force est de constater que la justification qu'en donne le Conseil, souvent en contrepied de la doctrine, se fonde sur une exigence – héritée de ses créateurs et désormais gravée dans son ADN – de nécessité d'une base constitutionnelle aux possibles entorses au principe de la séparation des pouvoirs. Amené à se prononcer sur la diminution (législative) du traitement du Président de la République et de celui du Premier ministre, le Conseil constitutionnel, constatant une « atteinte portée par la loi au fonctionnement propre des pouvoirs publics exécutifs », affirmait ainsi que « *faute de fondement constitutionnel*, [de telles mesures] porteraient atteinte à la séparation des pouvoirs »<sup>87</sup>. Pareillement, il a pu soutenir qu'en « permettant aux commissions parlementaires d'exercer un droit de veto [à l'égard du décret de révocation, par le Président de la République, des présidents des sociétés nationales de programme], alors que le dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution n'a rendu possible un tel veto *que* dans le cadre de l'exercice du pouvoir de nomination du Président de la République, la disposition précitée méconnaît tant la portée de cet article que le principe de la séparation des pouvoirs »<sup>88</sup>. Dans cette logique, il a également pu considérer, à propos de la procédure de destitution du Président par la Haute Cour, que le législateur organique « ne saurait apporter [...] au principe de la séparation des pouvoirs *d'autres atteintes que celles qui sont expressément prévues* » par la Constitution<sup>89</sup>. Sans encore se prononcer sur le bien-fondé de l'argumentation du Conseil ou des implications de fond de ces décisions, il convient de noter que cette dernière formulation, ainsi que l'ensemble du raisonnement du Conseil en la matière, semblent maladroits : *en tant que principe juridique* invocable devant le juge constitutionnel, la séparation des pouvoirs « n'a d'autre consistance que celle que les diverses dispositions constitutionnelles lui donnent en déterminant les compétences et les rapports entre pouvoirs publics. [...] En toute logique, lorsque les dispositions constitutionnelles permettent à l'un des pouvoirs d'intervenir dans le champ de compétence d'un autre, *il ne saurait y avoir atteinte à la séparation des pouvoirs* puisque cette séparation n'est autre que la répartition des compétences prévues par la Constitution »<sup>90</sup>.

Parfois plus attentif au vocabulaire qu'il emploie, il arrive ainsi au Conseil constitutionnel, pour désigner la participation – constitutionnellement prévue – d'un organe à l'exercice d'une fonction principalement – voire principalement – réservée à un autre organe par la Constitution, de préférer au terme « d'atteinte » à la séparation des pouvoirs celui de « dérogation »<sup>91</sup> ; si la nuance semble subtile, elle

<sup>82</sup> HOBBS (T.), *Léviathan*, 1651, rééd. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 1999, p. 128.

<sup>83</sup> C. const., n° 2014-703 DC, 19 nov. 2014, *Loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution*, cons. 7.

<sup>84</sup> C. const., n° 2017-752 DC, 8 sept. 2017, *Loi pour la confiance dans la vie politique*, § 28.

<sup>85</sup> C. const., n° 2011-192 QPC, 10 nov. 2011, *Secret défense*, cons. 20. – Le principe s'applique donc, comme l'indique le commentaire, p. 11, « à l'égard du pouvoir exécutif ».

<sup>86</sup> BEAUD (O.), « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 9, 2013.

<sup>87</sup> Commentaire officiel de C. const., n° 2012-654 DC, 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012 (II)*, p. 44.

<sup>88</sup> C. const., n° 2009-577 DC, 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, cons. 13.

<sup>89</sup> C. const., n° 2014-703 DC, *op. cit.*, cons. 8. – C. const., n° 59-2 DC, *op. cit.*, sur les art. 81-1 a. du règlement.

<sup>90</sup> ROBLOT-TROIZIER (A.), « La séparation des pouvoirs », in VERPEAUX (M.) et al., *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, « Thémis », 2011, p. 119.

<sup>91</sup> V. not. C. const., n° 89-258 DC, 8 juill. 1989, *Loi portant amnistie*, cons. 8.

est d'une importance cruciale : l'atteinte, à savoir une « action dirigée *contre* quelque chose ou quelqu'un par des moyens divers »<sup>92</sup>, ne peut logiquement résulter – en ce qui concerne la séparation des pouvoirs – de la Constitution elle-même, auquel cas celle-ci contreviendrait à la loi de nature qui la régit, précédemment énoncée, et mettrait dès lors en péril sa propre existence. Autrement dit, si la Constitution prévoyait véritablement des « atteintes » à la séparation des pouvoirs, elle n'aurait de constitutionnel que sa dénomination. A l'inverse, la dérogation, à savoir, synthétiquement, l'action « d'écarter l'application d'une règle dans un cas particulier »<sup>93</sup>, sous-entend le maintien de la règle de principe (en l'occurrence celle interdisant que deux ou trois fonctions étatiques, et à plus forte raison, les trois, soient remises à un seul et même organe), et par conséquent l'existence d'une Constitution « digne de ce nom ». La formulation employée en 1989 dans la décision *Loi portant amnistie*, précitée, provient à ce titre de son rapporteur, Robert Fabre, qui déclarait, pendant la séance du 8 juillet 1989, que « l'amnistie déroge ainsi au principe de la séparation des pouvoirs mais cette dérogation n'est pas contraire à la Constitution car elle trouve son fondement dans les dispositions de l'article 34 de la Constitution »<sup>94</sup>, assertion reprise par la décision. En d'autres termes, le Conseil constitutionnel ne redéfinit pas la séparation des pouvoirs en tant que principe d'organisation politique, mais en précise les implications en tant que principe juridique dont le versant positif, à savoir la répartition des compétences entre organes, est construit par le texte constitutionnel.

C'est pourquoi la première mention explicite (du principe) de la séparation des pouvoirs dans une décision du Conseil s'inscrivait dans un contrôle tendant à vérifier que le législateur n'avait méconnu « ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni les dispositions constitutionnelles qui le mettent en œuvre »<sup>95</sup>. Sans rattachement explicite à l'article 16 de la Déclaration des droits, et si la formulation employée donne plus l'impression d'un de ces « ballons d'essai » ou « avancées provisoires »<sup>96</sup> de la jurisprudence constitutionnelle, le Conseil laisse déjà sous-entendre, comme il a pu le faire explicitement dans d'autres circonstances, l'impossibilité pour les pouvoirs constitués d'intervenir « dans un domaine qui ne relève *que* de la Constitution »<sup>97</sup> ; c'est ainsi qu'il a pu juger que « le principe de la séparation des pouvoirs fait obstacle à ce que, *en l'absence de disposition constitutionnelle le permettant*, le pouvoir de nomination par une autorité administrative ou juridictionnelle soit subordonné à l'audition par les assemblées parlementaires des personnes dont la nomination est envisagée »<sup>98</sup>, ou encore qu'une disposition législative « ne saurait prévaloir sur celles des articles 34 et 37 de la Constitution et fournir un fondement suffisant à la compétence du législateur »<sup>99</sup>. Ce constat renseigne tant sur la consistance du principe de séparation des pouvoirs que sur son appréhension par le Conseil constitutionnel. En effet, en excluant les « puissances » de Montesquieu du pouvoir de définir les entorses que peut recevoir la séparation des pouvoirs, le Conseil ne fait qu'adopter la définition que les révolutionnaires donnaient d'une constitution, laquelle résulte d'une méthode basée sur le non-cumul de plusieurs fonctions étatiques, concrétisée juridiquement par une répartition constitutionnelle des compétences, au service d'un but représenté par la garantie des droits. Ce faisant, le Conseil n'a donc pas besoin de fournir une définition du principe lorsqu'il annonce que celui-ci « s'applique à l'égard » de l'exécutif, ou bien lorsqu'il censure toute « atteinte » au principe négatif qui n'eût pas été autorisée par la Constitution elle-même, puisque c'est précisément dans ces conditions que « le principe de la séparation des pouvoirs [...] n'a pas de contenu », bien que cette conception ne soit « pas très éloignée de ce qu'affirmaient les rédacteurs de l'article 16 de la Déclaration des droits »<sup>100</sup>. En effet, si le Conseil semblait, à la fin des années 1980, implicitement adopter ce dernier comme fondement du principe de la séparation des pouvoirs

---

<sup>92</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, « Quadrige », 10e éd., p. 100.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 334.

<sup>94</sup> Compte-rendu de la séance du 8 juill. 1989, p. 9.

<sup>95</sup> C. const., n° 79-104 DC, *op. cit.*, cons. 9.

<sup>96</sup> VERPEAUX (M.), « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs : normes de références », *Répertoire contentieux administratif*, Chap. 2, Sect. 2, art. 4, § 1, point 248.

<sup>97</sup> C. const., n° 2001-454 DC, 17 janv. 2002, *Loi relative à la Corse*, cons. 21.

<sup>98</sup> C. const., n° 2012-658 DC, 13 déc. 2012, *Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques*, cons. 39.

<sup>99</sup> C. const., n° 61-3 FNR, 8 sept. 1961, *Proposition de loi déposée par M. Blondelle*, cons. 5.

<sup>100</sup> ROBLOT-TROIZIER (A.), « La séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 119-120.

lorsqu'il résumait, dans ses décisions, les prétentions des saisissants<sup>101</sup>, il a fallu attendre 1996 pour voir l'article 16 expressément cité dans une décision<sup>102</sup>, et 1999 pour qu'il soit rattaché à la séparation des pouvoirs en tant que méthode constitutionnelle de répartition de compétences<sup>103</sup>. Nul doute qu'une telle cadence soit une des conséquences de la captation de l'exercice concret du pouvoir par l'Etat depuis la Révolution, les concrétisations juridiques de la séparation des pouvoirs devant « s'adapter à une culture de l'exercice du pouvoir étatique fondée sur des principes politiques et juridiques hostiles à l'esprit de division de la puissance »<sup>104</sup>.

Plus précisément, la posture de gardien du Conseil constitutionnel à l'égard de la méthode de répartition des compétences établie par la Constitution s'explique par une volonté de préserver ce que cette dernière contient par essence, à savoir le « statut national de l'Etat [...] ». Ce n'est pas qu'elles [les constitutions] n'aient pas aussi leurs principes normativistes, mais justement le droit d'émettre des normes nouvelles va être réservé à la constitution et au pouvoir constituant »<sup>105</sup>. Le principe politique muant en un principe juridique sous l'effet d'un phénomène de scissiparité, l'exigence d'exclusivité constitutionnelle pour la définition des entorses à la séparation des pouvoirs vise donc à protéger le « statut juridique de l'Etat », dans la mesure où la constitution d'un Etat (républicain) suppose, d'une part, « la subordination des pouvoirs constitués au pouvoir constituant », et, d'autre part, « organise le pouvoir et le limite conformément à l'idéal constitutionnaliste qui lui a donné sa marque idéologique. [...] La juridicisation de la politique est en même temps la politisation du droit »<sup>106</sup>. S'il est possible d'en déduire, à l'instar de certains auteurs, l'absence logique de contre-pouvoir constitutionnel en France, le droit constitutionnel étant prétendument devenu « un outil de rationalisation nécessaire de la puissance exercé par le Pouvoir de l'Etat » et le juge constitutionnel un « faible paravent de papier [...] cantonné à une autorité corroborative du législateur »<sup>107</sup>, il n'en reste pas moins que le Conseil a joué un rôle fondamental dans la « concrétisation juridique » d'un principe politique, construisant progressivement comme un modèle « développé » qui le reprend tant dans ses justifications que sur l'interdiction qu'il pose, tout en précisant les implications juridiques. Ainsi la rigidité de principe, en premier lieu destinée aux assemblées, semble avoir été étendue aux autres organes de l'Etat : « la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'avantage aucun des pouvoirs constitués. L'application absolutiste de la séparation des pouvoirs vaut autant pour l'exécutif, le législatif et le pouvoir juridictionnel »<sup>108</sup>. Aussi est-il nécessaire de reconnaître qu'avec le contrôle de constitutionnalité, « la force des choses [a bien fini] par expliciter tout ce que [contenait] implicitement la poussée des constitutions nationales »<sup>109</sup>. La rigidité de principe ainsi décrite est confirmée par une souplesse exceptionnelle consentie par le Conseil.

---

<sup>101</sup> C. const., n° 88-248 DC, 17 janv. 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 24. – C. const., n° 89-268 DC, 29 déc. 1989, *Loi de finances pour 1990*, cons. 70. – C. const., n° 92-316 DC, 20 janv. 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, cons. 13.

<sup>102</sup> C. const., n° 96-376 DC, 9 avr. 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 83.

<sup>103</sup> C. const., n° 99-422 DC, 21 déc. 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, cons. 64.

<sup>104</sup> MOUTON (S.), « La séparation des pouvoirs ? Du concept politique aux concrétisations juridiques », *RFDC*, n° 120, 2019, p. 832.

<sup>105</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 216-217.

<sup>106</sup> BEAUD (O.), « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *Jus Politicum*, n° 3, 2009. – V. également BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, PUF, « Léviathan », 1994, p. 204-220.

<sup>107</sup> MOUTON (S.), « La séparation des pouvoirs ? », *op. cit.*, p. 836 s.

<sup>108</sup> BLACHÈRE (P.), « Le président de la République et le Gouvernement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *N.C.C.C.*, n° 50, 2016, p. 37, note 52.

<sup>109</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 217. Le doyen de Toulouse, déplorant l'absence de contrôle de constitutionnalité, écrivait : « la force des choses finira bien par expliciter tout ce que contient [...] ».

## § 2 – Une souplesse exceptionnelle.

Validant occasionnellement l'exercice de *deux* fonctions par un même organe, le Conseil introduit une relative souplesse dans sa jurisprudence relative à la séparation des pouvoirs, marquée par un certain effacement à l'égard des prescriptions constitutionnelles prévoyant une telle dérogation (A), ainsi que par une rare indulgence envers les atteintes pouvant y être apportées (B).

### A) La déférence perpétuelle face aux dérogations à la séparation des pouvoirs.

Lorsque la méthode de répartition des compétences employée dans la Constitution – entendue au sens large – suppose ou implique d'écarter, dans un cas particulier, l'application du principe de non-cumul (dans son interprétation restrictive), qui la précède et conditionne sa cohérence d'ensemble, le Conseil ne semble que s'effacer devant les prescriptions constitutionnelles dictant cette répartition, toutefois à des degrés différents selon la plus ou moins grande loquacité de ces dernières. Il en résulterait que le principe négatif n'aurait de portée dans la jurisprudence du Conseil que tant que la Constitution n'y apporte pas de dérogation, ce qui sera néanmoins à relativiser au regard de la marge de manœuvre que le Conseil s'octroie parfois dans l'interprétation du principe de la séparation des pouvoirs ou des dispositions qui le « mettent en œuvre ». A ce stade, il est « seulement » nécessaire d'identifier les déterminants de la relation entre, d'une part, la clarté des normes de référence du contrôle mené par le Conseil qui prévoient ou suggèrent une dérogation à l'interdiction constitutionnelle du cumul, et, d'autre part, la déférence des Sages à l'égard de la logique à l'œuvre tant de manière systémique dans l'ensemble du texte constitutionnel, que de manière particulière dans le dispositif dérogatoire en question. Il ressort de l'étude de la jurisprudence du Conseil que celui-ci ajoute peu (voire pas) aux dispositions organisant de telles dérogations de manière relativement détaillée, ainsi qu'il reprend, en les complétant conformément à leur logique, les dispositions organisant de telles dérogations de manière plutôt laconique.

En premier lieu, le Conseil se fait la bouche des dérogations au principe de la séparation des pouvoirs dès lors que celles-ci sont assez détaillées par les textes (le seuil déterminant restant à être caractérisé), ne jouant à cette occasion qu'un rôle d'automate. L'exemple des commissions d'enquête parlementaires, et des possibles frictions qu'elles supposent avec l'autorité judiciaire, est en ce sens particulièrement révélateur. Le raisonnement effectif du Conseil en la matière s'apparentant à « une boîte noire à l'intérieur de laquelle il est extraordinairement difficile de pénétrer »<sup>110</sup>, du fait de la faible motivation qu'il y déploie, le contexte institutionnel et historique est susceptible de fournir plusieurs éclaircissements. Si « le problème des rapports des commissions d'enquête et du pouvoir judiciaire est, de tous ceux soulevés par le fonctionnement des commissions d'enquête, celui qui [...] apparaît le plus délicat. Il est dominé par un principe qui [...] gouverne notre droit public : le principe de la séparation des pouvoirs »<sup>111</sup>, il n'est pas certain que le terme de dérogation soit aujourd'hui pleinement approprié pour le décrire, puisqu'il supposerait l'exercice direct ou indirect, par l'une ou l'autre chambre, de la fonction juridictionnelle. Or, il n'en est rien : les dispositions régissant la création et le fonctionnement des commissions d'enquête ne prévoient pas de dérogation en soi, mais encadrent les atteintes ou dérives potentielles. Certes, l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 accorde, notamment depuis 2008, de larges pouvoirs aux rapporteurs des commissions d'enquête, mais il précise que ceux-ci s'exercent « *sous réserve* du respect du principe de la séparation de l'autorité judiciaire et des autres pouvoirs », d'où la conformité de ces dispositions à la Constitution<sup>112</sup> et leur inclusion dans les normes de référence du contrôle mené par le Conseil<sup>113</sup>. Cette disposition, employant une tournure présente dans d'autres dispositions (de valeur constitutionnelle cette

<sup>110</sup> BARANGER (D.), « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 7, 2012.

<sup>111</sup> LE GUEUT (J.), *Les pouvoirs judiciaires des commissions d'enquête parlementaire*, thèse Dijon, 1939, p. 71, cité par MATHIEU (C.), *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 342.

<sup>112</sup> C. const., n° 2014-703 DC, *op. cit.*, cons. 26 à 35.

<sup>113</sup> C. const., n° 66-28 DC, *op. cit.*, cons. 2 et 3.

fois)<sup>114</sup>, pourrait être autrement formulée : les rapporteurs des commissions d'enquête exercent les pouvoirs qui leur sont confiés tant que cet exercice ne conduit pas à confisquer à l'autorité judiciaire sa fonction essentielle (en l'exerçant ou en rendant son exercice impossible). En d'autres termes, « le rapporteur d'une commission d'enquête parlementaire n'a [...] pas les pouvoirs et les moyens d'un juge d'instruction dans la manifestation de la vérité »<sup>115</sup>.

Le raisonnement est similaire pour ce qui est de l'objet et de la durée de vie des commissions d'enquête, à l'exception de ce que les règles posées au même article 6 peuvent, en l'occurrence, être perçues comme une dérogation (encadrée) au principe de la séparation des pouvoirs, tant leur pratique peut conduire à mettre en cause une décision juridictionnelle (venue ou à venir), de telle sorte que le principe de la séparation des pouvoirs s'en trouverait affecté. Aussi les parlementaires seraient-ils à tous moments « contraints de marcher sur une ligne de crête afin de ne pas donner le sentiment d'empiéter [...] sur l'office du juge d'instruction »<sup>116</sup> (ce qui n'a toutefois pas empêché, fin 2019, la création d'une commission chargée d'enquêter « sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire »). En réalité, si ces derniers ont parfois pu librement s'affranchir des conditions temporelles et d'objet posées à l'article 6<sup>117</sup>, à tel point, d'une part, que le dépôt d'une proposition de résolution est souvent consécutif à la mise en œuvre de poursuites judiciaires, et, d'autre part, qu'il a été souligné que « l'interdiction faite aux commissions parlementaires d'enquête d'interférer dans le déroulement des procédures judiciaires pouvait être tempérée avec prudence »<sup>118</sup>, les deux enquêtes (parlementaire et judiciaire) ne sont pas nécessairement incompatibles et peuvent même s'avérer complémentaires<sup>119</sup>.

Par conséquent, bien que certains puissent maladroitement affirmer que « l'existence des commissions d'enquête instaure donc la potentialité d'une atteinte au principe de séparation des pouvoirs, qui n'est admissible que parce qu'elle dispose d'un fondement constitutionnel »<sup>120</sup>, l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 est une application du principe de la séparation des pouvoirs, qui ne saurait dès lors se résumer, dans la jurisprudence du Conseil, à la simple distinction entre pouvoir constituant (qui pourrait seul modifier la répartition des fonctions entre organes) et pouvoir constitués (qui ne pourraient modifier ni le contenu de ces règles ni la manière de les établir), mais doit se lire à l'aune d'un contrôle formaliste – essentiellement *a posteriori* – des concrétisations juridiques dudit principe. C'est pourquoi, reprenant mot pour mot l'article en question, le Conseil juge que « conformément au principe de la séparation des pouvoirs, l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 susvisée, 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 ; qu'en outre, il prévoit que les commissions d'enquête ont un caractère temporaire et que leur mission prend fin, au plus tard, à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de l'adoption de la résolution qui les a créées »<sup>121</sup>. Autrement dit, le Conseil ne fait que s'assurer qu'une commission d'enquête « a pour mission... d'enquêter. Elle est là pour faire la lumière sur des faits »<sup>122</sup>, mais pas au-delà. L'incise « conformément au principe de la séparation des pouvoirs » ne sert qu'à asseoir le garde-fou institué et le brevet de constitutionnalité qui lui est donné, le Conseil admettant ainsi qu'il soit impossible qu'il soit ultérieurement porté atteinte, sur le fondement de l'article 6 de l'ordonnance de 1958, à la séparation des pouvoirs, si les encadrements posés par les textes sont scrupuleusement respectés.

<sup>114</sup> Parmi les plus célèbres exemples : Const. 4 oct. 1958, art. 21, 55 et 67.

<sup>115</sup> CARIUS (M.), « La responsabilité de l'Etat du fait d'un rapport d'enquête parlementaire », *RFDA*, 2005, n° 3, p. 577.

<sup>116</sup> GUÉRIN-BARGUES (C.), « Les nouveaux rapports entre pouvoirs à l'aune des affaires Fillon et Benalla : vers une multiplication des contrôles ? », *Titre VII*, n° 3, 2019, p. 30.

<sup>117</sup> VALLET (E.), « Les commissions d'enquête parlementaires sous la Cinquième République », *RFDC*, n° 54, 2003, p. 249-278.

<sup>118</sup> Comité consultatif pour une révision de la Constitution, *Propositions pour une révision de la Constitution*, Rapport remis au Président de la République, 15 févr. 1993, p. 46.

<sup>119</sup> V. BOUDON (J.), « Les faux-semblants de la séparation des pouvoirs », *Titre VII*, n° 3, 2019, p. 39.

<sup>120</sup> MATHIEU (C.), *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 347.

<sup>121</sup> C. const., n° 2009-582 DC, 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement du Sénat pour mettre en œuvre la révision constitutionnelle*, cons. 5.

<sup>122</sup> BARANGER (D.), « L'affaire Benalla et la Constitution : le Sénat, organe de contrôle politique de l'exécutif », *JP Blog*, 23 sept. 2018.

En second lieu, le Conseil reprend le dispositif constitutionnel apportant une dérogation au principe de la séparation des pouvoirs, en le complétant, s'il s'avère trop peu bavard. Le schéma paraît clair : le Conseil s'attache d'abord à délimiter l'étendue de la dérogation, puis définit le champ d'action du législateur. Par exemple, ce dernier, selon l'article 34 de la Constitution, « fixe les règles concernant [...] l'amnistie » ; aussi le Conseil a-t-il premièrement soutenu « 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 »<sup>123</sup>, avant de déclarer qu'il est loisible au législateur, « à cette fin, d'apprécier quelles sont ces infractions et le cas échéant les personnes auxquelles doit s'appliquer le bénéfice de ces dispositions ; qu'il peut, en outre, définir le champ d'application de l'amnistie, en référence avec des événements déterminés en fixant les dates et lieux de ces événements »<sup>124</sup>. Si l'amnistie recevra des développements plus approfondis, elle illustre déjà, combinée avec l'analyse de la jurisprudence du Conseil sur les commissions d'enquête, outre les spécificités de la dialectique constitutionnelle, que le Conseil s'en remet à l'impérativité des normes de référence du contrôle de constitutionnalité prescrivant ou impliquant une dérogation au principe de non-cumul, soit en les détaillant si leur silence le rend nécessaire, soit en les reproduisant à l'identique si leur précision n'appelle aucun complément. Le raisonnement sur les atteintes – extérieures donc – au principe de la séparation des pouvoirs est sensiblement différent.

## B) L'indulgence extraordinaire face aux atteintes à la séparation des pouvoirs.

L'intransigeance presque psychorigide du Conseil constitutionnel à l'égard des atteintes pouvant être portées au principe de séparation des pouvoirs recevra de nombreuses illustrations ; plus subtile mais moins impénétrable semble être l'indulgence exceptionnelle dont il fait parfois preuve à leur rencontre. Alors que, d'une part, certaines atteintes au principe de la séparation des pouvoirs sont admises dès lors que, conciliées avec d'autres exigences de valeur constitutionnelle, elles respectent le cadre normatif entourant ces dernières, d'autre part, elles ne sont pas non plus censurées par le Conseil lorsqu'elles sont justifiées par un but « supérieur ».

Premièrement, le Conseil peut être amené à « fermer les yeux » sur une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs à condition que celle-ci respecte les prescriptions découlant d'autres règles ou principes avec lesquels elle est conciliée. Pour ce faire, il tient avant tout, étape facultative, à circonscrire le champ des potentielles atteintes, en s'attachant tout d'abord à relever ce qui n'est pas susceptible d'être ainsi qualifié. Aussi paraît-il clair que le principe de séparation des pouvoirs ne recouvre pas, dans la jurisprudence constitutionnelle, la séparation entre « pouvoirs publics » (notion qui recevra ses propres développements) et société civile, les dispositions qui pourraient être perçues, sur ce terrain, comme attentatoires à la séparation des pouvoirs étant, selon le Conseil, « sans incidence sur le respect du principe de la séparation des pouvoirs »<sup>125</sup>. Une fois le champ de l'inoffensif délimité, le Conseil astreint ces considérations au respect de plusieurs règles existantes pour prévenir leur éventuelle dégénérescence en atteintes à la séparation des pouvoirs. L'argumentation déployée suit généralement le même ordre logique : le Conseil annonce la règle permissive, avant de rappeler les règles dont l'inobservation pourrait le conduire, dans un cas similaire, à censurer l'atteinte qui en résulterait. Ainsi a-t-il pu juger que « la présence de membres du Parlement parmi les membres de la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement [CNCTR] *n'est pas de nature à porter atteinte* au principe de la séparation des pouvoirs [...] *dès lors qu'ils sont astreints* [...] au respect des secrets protégés aux articles 226-13 et 413-10 du code pénal »<sup>126</sup>, c'est-à-dire au secret professionnel et au secret défense. Le respect de ces derniers conditionnant seul le constat, ou non, par le Conseil, d'une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, force est donc de constater que le juge constitutionnel tolère un mélange organique des genres (en l'occurrence

<sup>123</sup> C. const., n° 89-258 DC, *op. cit.*, cons. 8.

<sup>124</sup> C. const., n° 2013-319 QPC, 7 juin 2013, *M. Philippe B.*, cons. 5.

<sup>125</sup> C. const., n° 2015-713 DC, 23 juill. 2015, *Loi relative au renseignement*, cons. 42. – v. également C. const., n° 2017-751 DC, 7 sept. 2017, *Loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, § 35.

<sup>126</sup> *Ibid.*, cons. 43.

parlementaire et administratif) si et seulement si celui-ci n'aboutit pas à méconnaître les règles de déontologie et de fonctionnement propres à la CNCTR, étant seules à même de lui permettre d'accomplir sa mission dans le respect de la séparation des pouvoirs. La logique est analogue lorsque le Conseil juge que « l'indépendance de l'autorité judiciaire [...] et le principe de la séparation des pouvoirs [...] *n'interdisent pas* au législateur organique d'étendre la responsabilité disciplinaire des magistrats à leur activité juridictionnelle en prévoyant qu'une violation grave et délibérée d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties puisse engager une telle responsabilité ; que, *toutefois*, ces mêmes principes font obstacle à l'engagement de poursuites disciplinaires lorsque cette violation n'a pas été préalablement constatée par une décision de justice devenue définitive »<sup>127</sup>.

D'autres décisions témoignent d'une lecture similaire du principe de la séparation des pouvoirs, mais à des degrés différents. En QPC, il est parfois très clair que le Conseil constitutionnel reconnaît la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs, sans pour autant la sanctionner, en raison de l'absence de disproportion des atteintes aux « droits et libertés que la Constitution garantit » qui l'accompagnent. Si, dans la plupart de ces décisions, le grief tiré de la méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs est écarté par le Conseil, ce n'est pas en raison d'une absence d'atteinte au dit principe ou aux droits et libertés constitutionnellement garantis, mais en raison du non-franchissement d'un seuil de gravité qui eût rendu la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs intolérable : le grief est rejeté non parce qu'il manquerait en fait, mais bel et bien car la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs n'est pas de nature à causer une atteinte *disproportionnée* au but qu'il poursuit, à savoir la garantie des droits. Par exemple, le Conseil constitutionnel, relevant que les dispositions contestées « ne portent pas une atteinte disproportionnée au principe selon lequel le procureur de la République exerce librement [...] l'action publique devant les juridictions pénales » (qui découle du principe d'indépendance de l'autorité judiciaire, lui-même invocable au titre des « droits et libertés que la Constitution garantit »), en conclut que le grief tiré de la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs doit être écarté<sup>128</sup>. Il témoigne ainsi d'une certaine forme d'indulgence envers les atteintes à la séparation des pouvoirs qui ne remettraient pas trop gravement en cause la garantie des droits.

Secondement, il arrive au Conseil de reconnaître la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs sans la sanctionner dès lors que l'atteinte, bénigne, est justifiée par une finalité qui la dépasse, celle-ci ayant souvent trait à la garantie des droits et libertés. C'est pourquoi, malgré ce que la formulation employée pourrait laisser croire, le Conseil a jugé que si les dispositions en question réservaient « à la police judiciaire des missions de prévention des atteintes à l'ordre public qui ressortissent normalement à la police administrative, *ces dispositions n'ont pour conséquence que de donner des garanties assurant le respect de la liberté individuelle* ; qu'en effet, dès lors que [...] de telles procédures sont établies par la loi dans le respect des règles constitutionnelles, aucune atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ne résulte de leur soumission à un régime comportant, pour les personnes qui en font l'objet, des garanties que ne leur assurerait pas le régime de droit commun de la police administrative »<sup>129</sup>. En effet, Georges Vedel, alors rapporteur de la décision, admettant que la distinction entre police administrative et police judiciaire « reflète la séparation des pouvoirs » (à la française faudrait-il ajouter), concédait que « le législateur peut évidemment toucher [à leur] statut respectif », à condition que les limitations qui peuvent en résulter pour la liberté individuelle soient « légères, contrôlées et en rapport nécessaire avec les intérêts légitimes pour lesquels cela est fait »<sup>130</sup>. Autrement dit, si l'atteinte à la séparation des pouvoirs est tolérée, c'est en raison de son caractère trop véniel<sup>131</sup> et de la méthode téléologique à laquelle s'essaye parfois le Conseil, qui

---

<sup>127</sup> C. const., n° 2007-551 DC, 1<sup>er</sup> mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, cons. 7.

<sup>128</sup> C. const., n° 2016-555 QPC, 22 juill. 2016, *M. Karim B.*, § 15. – V. comm. off., p. 12-13.

<sup>129</sup> C. const., n° 80-127 DC, 20 janv. 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 63. – V. également C. const., n° 92-316 DC, *op. cit.*, cons. 14.

<sup>130</sup> Compte-rendu des séances des 19 et 20 janv. 1981, p. 56.

<sup>131</sup> V. par ex. C. const., n° 2014-703 DC, *op. cit.*, cons. 12, qui censure une disposition apportant « aux modalités de mise en œuvre de l'article 68 de la Constitution une restriction *d'une ampleur telle* qu'elle en méconnaît la portée ».

essaye de trouver « la juste place entre la garantie des droits, la démocratie et la séparation des pouvoirs »<sup>132</sup>. Sans qu'elles soient suffisantes voire même spécifiques au principe de séparation des pouvoirs, ces considérations expliquent le raisonnement du Conseil sur l'invocabilité dudit principe en QPC, puisque « la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit »<sup>133</sup>. Certains auteurs en ont ainsi déduit que cette affirmation témoigne de « la rétrogradation du principe de la séparation des pouvoirs »<sup>134</sup> dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, n'étant plus vu par lui comme un principe absolu de « l'ordre constitutionnel *lato sensu* »<sup>135</sup>, mais comme une norme de référence « comme une autre », pouvant subir certaines inflexions à condition que celles-ci aient pour but la garantie des droits et libertés ; il n'en devient pas dénué de toute effectivité, mais, en perdant de son invocabilité directe, il est relégué, par le Conseil (presque sur ordre du constituant), au second rang, derrière la protection des droits. Dit autrement, la logique contemporaine d'organisation du pouvoir dans notre société politique est, dans la jurisprudence du Conseil, sensiblement renversée : là où elle reposait auparavant sur « une condition, la Constitution, dont l'affirmation est rendue possible par une méthode, la séparation des pouvoirs, au service d'un but, la garantie des droits »<sup>136</sup>, elle aurait désormais peu d'égard pour la méthode employée, sur laquelle prime le but, qui aurait même tendance à s'y substituer. Les évolutions récentes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la séparation des pouvoirs, notamment sous l'influence de la QPC, rendent par conséquent plus que jamais d'actualité les célèbres propos du Professeur Favoreu : « la Constitution-séparation des pouvoirs est morte, vive la Constitution-garantie des droits ! »<sup>137</sup>. Si le Conseil constitutionnel adopte ainsi la rigidité ou la souplesse du modèle de séparation des pouvoirs dicté par les règles constitutionnelles, il joue cependant un rôle central dans sa définition même.

---

<sup>132</sup> LE POURHIET (A.-M.), « Question prioritaire de constitutionnalité, démocratie et séparation des pouvoirs », *Constitutions*, 2011, n° 1, p. 47.

<sup>133</sup> C. const., n° 2016-555 QPC, *op. cit.*, § 9.

<sup>134</sup> CASSARD-VALEMBOIS (A.-L.), « Le "verrou de Bercy" n'a pas sauté ! », *AJDA*, 2016, n° 34, p. 1925.

<sup>135</sup> BEAUD (O.), « Ordre constitutionnel et ordre parlementaire », *Droits*, n° 33, 2001, p. 73.

<sup>136</sup> MOUTON (S.), « La séparation des pouvoirs ? », *op. cit.*, p. 833.

<sup>137</sup> FAVOREU (L.), « Propos d'un "néo-constitutionnaliste" », in SEURIN (J.-L.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 23-27, cité par MATHIEU (C.), *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 17. – V. également GUÉNA (Y.), « Le rôle du Conseil constitutionnel français », Exposé à l'occasion du 150e anniversaire de l'État fédéral suisse, 13 juin 1998, p. 16 : « l'influence majeure du Conseil constitutionnel sur le système politique français est précisément d'avoir permis le passage de la Constitution - séparation des pouvoirs à la Constitution - garantie des droits ».

## SECTION II – UNE MÉCANIQUE CHOISIE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Si la jurisprudence du Conseil constitutionnel reflète souvent la mécanique constitutionnelle d'articulation des pouvoirs et son esprit – parfois trait pour trait, suggérant par conséquent que celle-ci lui est imposée plus qu'il ne l'a librement interprétée ou déterminée, il s'avère, en réalité, que le Conseil dispose d'une certaine marge de manœuvre dans l'interprétation du principe de séparation des pouvoirs et des dispositions qui le « mettent en œuvre », ainsi que dans l'argumentation qu'elle prédétermine et qui l'expose. Demeurant maître de celles-ci, il est cependant plusieurs cas où sa marge de manœuvre en la matière est sensiblement restreinte, incitant ou obligeant le Conseil constitutionnel à argumenter dans un sens déterminé (§ 1). De manière générale, il convient toutefois de reconnaître que la liberté du Conseil constitutionnel dans l'interprétation du principe de la séparation des pouvoirs est largement étendue et faiblement contrainte (§ 2).

### § 1 – Une marge de manœuvre limitée.

La liberté d'interprétation du Conseil n'est pas sans limite : certaines contraintes orientent indéniablement son argumentation, lorsqu'elles ne l'imposent pas. Sous l'angle exclusif des contraintes *juridiques*<sup>138</sup>, à savoir « l'ensemble des données juridiques dont le juge constitutionnel doit tenir compte »<sup>139</sup>, il convient de caractériser l'influence que les contraintes externes (A) ou internes (B) au Conseil constitutionnel peuvent avoir sur l'interprétation qu'il donne de la séparation des pouvoirs et des dispositions qui la « mettent en œuvre », ainsi que sur l'argumentation qui la justifie.

#### A) Le poids non négligeable des contraintes externes sur l'argumentation du Conseil constitutionnel.

Entendues négativement comme toutes les contraintes qui s'imposent au juge constitutionnel sans avoir trait à ses propres compétences, organisation, fonctionnement et jurisprudence, de nombreuses contraintes externes jouent sur l'argumentation du Conseil constitutionnel relative à la séparation des pouvoirs, ainsi que sur l'interprétation qu'il en donne en tant que principe juridique. Comme dans beaucoup de ses décisions, le Conseil se limite souvent aux arguments soulevés par ses saisissants, soulevant rarement d'office des moyens ou conclusions ayant – explicitement – trait à la séparation des pouvoirs. De même, comme il en a déjà été traité, la précision des normes de référence de son contrôle influe fortement sur l'orientation de ses décisions, notamment dans le contentieux électoral, où, même en cas de silence, « le Conseil constitutionnel applique les textes avec fermeté »<sup>140</sup>. En revanche, la signification de ces mêmes normes (si tant est qu'elles en aient une), en particulier des normes constitutionnelles, ne constitue pas une contrainte externe assez forte pour le Conseil, tant notre Constitution n'est pas fondée sur des travaux préparatoires structurés<sup>141</sup> ; pour Georges Vedel, « le seul travail préparatoire admissible pour éclairer l'intention du constituant est le discours de présentation de la Constitution qui a été fait Place de la

---

<sup>138</sup> Et non extra-juridiques ou psychologiques, à l'instar de LEMAIRE (E.), « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 7, 2012. – FRANÇOIS (B.), « La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 133-142.

<sup>139</sup> TROPER (M.), « Justice constitutionnelle et démocratie », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, « Léviathan », 1994, p. 343.

<sup>140</sup> DUMORTIER (G.), « La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral : sous les pavés, la plage ? », *N.C.C.C.*, n° 41, 2013, p. 35.

<sup>141</sup> V. pour de rares exemples, C. const., n° 77-82 DC, 20 juill. 1977, *Loi tendant à compléter les dispositions du code des communes relatives à la coopération intercommunale*, cons. 2. – C. const., n° 2015-712 DC, 11 juin 2015, *Résolution réformant les méthodes de travail du Sénat dans le respect du pluralisme, du droit d'amendement et de la spécificité sénatoriale, pour un Sénat plus présent, plus moderne et plus efficace*, cons. 50 et 51. – C. const., n° 2017-633 QPC, 2 juin 2017, *Rémunération des ministres du culte en Guyane*, cons. 8. Les délibérations montrent cependant très clairement qu'ils ont pu inspirer certaines décisions mobilisant la séparation des pouvoirs, v. par ex. le compte-rendu de la séance du 19 févr. 1963, p. 6.

République par le Général de Gaulle »<sup>142</sup>. Les développements suivants porteront essentiellement sur la contrainte, plus visible et plus influente, que peuvent représenter les jurisprudences étrangères, c'est-à-dire ne provenant pas du Conseil constitutionnel, mais des autres juges (français ou « supranationaux »). La force des cadres jurisprudentiels posés par ceux-ci n'est ni nouvelle ni propre à l'interprétation du principe de la séparation des pouvoirs ou des dispositions qui le mettent en œuvre. Elle n'est toutefois aucunement à négliger, tant elle participe à une forme de dilution de la séparation des pouvoirs, dont certaines implications juridiques fondamentales ne seraient ainsi que « relayées » par le Conseil constitutionnel à l'issue d'un processus ascendant ou descendant, aboutissant à un certain « développement inorganisé de la norme constitutionnelle »<sup>143</sup>.

De manière ascendante, la « contrainte<sup>144</sup> jurisprudentielle » s'exerce principalement par deux « biais ». De manière générale, d'une part, juridictions administrative et judiciaire suprêmes ont su représenter, dans leurs contentieux « ordinaires », d'importantes sources d'inflexions de la jurisprudence constitutionnelle. Après la Cour européenne des droits de l'homme et avant le Conseil d'Etat, la Cour de cassation invitait le Conseil constitutionnel à resserrer sa jurisprudence sur les lois de validation en revenant sur le « but d'intérêt général suffisant », pour exiger de lui « d'impérieux motifs d'intérêt général », seuls à même de justifier « l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges »<sup>145</sup>. De même, les comptes-rendus des délibérations des décisions du Conseil constitutionnel sur la séparation entre domaines de la loi et du règlement, à partir des règles de détermination des crimes et délits (loi) ou des contraventions (règlement)<sup>146</sup>, révèlent clairement le rôle historique qu'a joué le juge administratif en la matière<sup>147</sup>, ainsi que la « révérence absolue de la majorité des Sages envers le Conseil d'État. Il ne fallait en aucun cas risquer de le contredire, sous peine de l'offenser »<sup>148</sup>. Plus particulièrement, d'autre part, le contrôle *a posteriori* de « la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère » à une disposition législative<sup>149</sup>, dont les conséquences sur le rôle du Conseil constitutionnel et des juridictions suprêmes dans la séparation des pouvoirs seront détaillées *infra*, a incontestablement modélisé la jurisprudence constitutionnelle relative à la séparation des pouvoirs, mais d'une manière beaucoup plus incertaine et relative. Malgré l'importante proportion de décisions de non-renvoi de QPC portant sur le principe de la séparation des pouvoirs rendues par la Cour de cassation<sup>150</sup>, qui a pour conséquence logique une malheureuse rareté des décisions du Conseil sur l'interprétation constante qu'elle fait des dispositions mettant en œuvre ledit principe, la jurisprudence constitutionnelle semble – explicitement ou implicitement – confirmer la jurisprudence judiciaire<sup>151</sup>. Il en va également ainsi pour le Conseil d'Etat, dont l'interprétation constante de certaines dispositions mettant en œuvre ce qui pourrait s'apparenter au principe de séparation des pouvoirs semble « validée » par le Conseil constitutionnel dans de rares décisions QPC<sup>152</sup>. Par conséquent, en l'état actuel du droit public français, la contrainte jurisprudentielle extérieure sur l'interprétation et l'argumentation du Conseil constitutionnel relatives à la séparation des pouvoirs est beaucoup plus forte, pour ce qui est des juges nationaux, dans les contentieux attribués au Conseil dès 1958 qu'en QPC.

<sup>142</sup> Compte-rendu de la séance du 11 juin 1981 (décision *Delmas*), p. 10.

<sup>143</sup> DRAGO (G.), « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC*, n° 102, 2015, p. 335.

<sup>144</sup> Ou, selon les points de vue et en fonction des cas, l'influence ; mais le parti sera pris de considérer que l'influence (jurisprudentielle) est, par nature, une contrainte.

<sup>145</sup> Cass., Ass. plén., n° 03-13.617, 23 janv. 2004, *SCI Le Bas Noyer*, att. 3. Le Conseil d'Etat eut tout autant d'influence en la matière : v. C.E., 23 juin 2004, *Société Laboratoire Genevrier*, req. n° 257797, cons. 9. – C.E., Ass., avis, 27 mai 2005, n° 277975, *Provin*.

<sup>146</sup> C. const., n° 63-22 L, 19 févr. 1963, *Nature juridique des dispositions de l'article 29 de l'ordonnance n° 58-1297 du 23 décembre 1958*, cons. 1<sup>er</sup>. – C. const., n° 73-80 L, 28 nov. 1973, *Nature juridique de certaines dispositions du Code rural*, cons. 11.

<sup>147</sup> C.E., Sect., 12 févr. 1960, *Société Eky*, req. n° 46922, cons. 3 s.

<sup>148</sup> PELLETIER (M.), « Quatre années trop courtes », *C.C.C.*, n° 25, 2009.

<sup>149</sup> C. const., n° 2010-39 QPC, 6 oct. 2010, *Adoption au sein d'un couple non marié*, cons. 2.

<sup>150</sup> V. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, n° 11-24.638, 8 mars 2012, *Catsiapis*. – Cass. soc., n° 14-40.030, 10 juill. 2014, *Société Camaieu international*. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, n° 19-10.669, 2 oct. 2019, *Société Commissions import export*. – DRAGO (G.), « QPC et jurisprudence constante : fin de partie ? », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 158, p. 11.

<sup>151</sup> C. const., n° 2011-192 QPC, *op. cit.*. – C. const., n° 2016-555 QPC, *op. cit.*.

<sup>152</sup> V. not. C. const., n° 2014-455 QPC, 6 mars 2015, *M. Jean de M.*. – C. const., n° 2011-210 QPC, 13 janv. 2012, *Révocation des fonctions de maire*.

De manière « descendante », si l'influence exercée par les cours « supranationales » sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel est, en la matière, plus épisodique et plus lente à provoquer une inflexion de celle-ci, les évolutions notables des positions du Conseil constitutionnel qu'elle a entraînées doivent être reconnues. Elle est plus épisodique, dans la mesure où l'essentiel de cette influence provient de la Cour européenne des droits de l'homme, qui, elle-même, a rendu peu d'arrêtés ayant eu pour conséquence un véritable infléchissement de la jurisprudence constitutionnelle sur ce point. Elle est plus lente à provoquer une telle évolution jurisprudentielle, en ce que les changements qu'elle suppose, soit sont intervenus plusieurs années après l'arrêt de la Cour, soit ne sont toujours pas intervenus<sup>153</sup>. L'exemple topique concerne les jurisprudences (européenne et constitutionnelle) sur les lois de validation. Si, dans un premier temps, le Conseil a utilisé « l'indépendance des juridictions » comme (faible) rempart contre les validations législatives (laissant au législateur une importante liberté pour apprécier les motifs d'intérêt général susceptibles de les justifier)<sup>154</sup>, il a, dans un deuxième temps, substitué à ce fondement le principe de séparation des pouvoirs, exigeant à ce titre « un but d'intérêt général suffisant »<sup>155</sup>. Cet infléchissement a été causé par l'arrêt *Zielinski* rendu par la Cour de Strasbourg quelques mois plus tôt (condamnant la France en raison de la déclaration de constitutionnalité d'une loi de validation par le Conseil<sup>156</sup>), qui, formulant l'exigence « d'impérieux motifs d'intérêt général »<sup>157</sup>, n'a été pleinement accueilli dans la jurisprudence constitutionnelle que quinze ans plus tard<sup>158</sup>. Aussi, l'ancienne souplesse du Conseil concernant les validations législatives<sup>159</sup>, remise en cause par la Cour européenne, est désormais un lointain souvenir à la suite du resserrement de la jurisprudence constitutionnelle et de l'accroissement du contrôle sur les lois de validation. Ainsi, l'interprétation, par le Conseil, du principe de la séparation des pouvoirs, et l'argumentation déployée dans ses décisions où sa méconnaissance est invoquée, ne sont-elles pas déterminées en vase clos, mais résultent d'une contrainte non négligeable provenant des cadres jurisprudentiels extérieurs au Conseil, à l'image d'un mariage exogame. Certains auteurs ont, dès lors, pu en déduire que si « l'apport du Conseil constitutionnel à la théorie de la séparation des pouvoirs ne doit pas être sous-estimé », « on peut néanmoins estimer que *la marge de manœuvre du juge souffre particulièrement dans ce domaine*. De telle manière que l'on peut parler de réelles *contraintes* sur son action, voire même, d'une certaine *impuissance* du Conseil »<sup>160</sup>. Un tel constat est à relativiser pour ce qui est du poids des contraintes internes sur le sens de son argumentation.

## B) Le poids variable et incertain des contraintes internes sur l'argumentation du Conseil constitutionnel.

Entendues comme toutes les contraintes s'imposant au Conseil en raison de ses propres compétences, fonctionnement, organisation, et jurisprudence, certaines contraintes internes jouent plus que d'autres sur son appréhension de la séparation des pouvoirs et sur l'argumentation constitutionnelle qui l'expose. A cet égard, les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel influencent de manière relativement restreinte sa jurisprudence sur la séparation des pouvoirs, mais l'influencent tout de même. Si certains auteurs ont pu regarder la jurisprudence constitutionnelle comme étant « à l'abri » des phénomènes d'imprévisibilité et d'incertitude jurisprudentielles, dans la mesure où « le mode de renouvellement de ses

<sup>153</sup> Il en va ainsi de la jurisprudence sur l'indépendance des magistrats du parquet : CEDH, GC, n° 3394/03, 29 mars 2010, *Medvedyev c/ France*, § 41 et 123 s. – C. const., n° 2017-680 QPC, 8 déc. 2017, *Indépendance des magistrats du parquet*, § 4 à 14.

<sup>154</sup> C. const., n° 80-119 DC, 22 juill. 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, cons. 6 s. – C. const., n° 87-228 DC, 26 juin 1987, *Loi organique relative à la situation des magistrats nommés à des fonctions du premier grade*.

<sup>155</sup> C. const., n° 99-422 DC, *op. cit.*, cons. 64.

<sup>156</sup> Dans C. const., n° 93-332 DC, 13 janv. 1994, *Loi relative à la santé publique et à la protection sociale*.

<sup>157</sup> CEDH, GC, n° 24846/94, 28 oct. 1999, *Zielinski, Pradal et Gonzalez c. France*, § 57.

<sup>158</sup> C. const., n° 2013-366 QPC, 14 févr. 2014, *SELARL PJA*, cons. 3.

<sup>159</sup> Bien que certaines décisions pussent laisser croire à un contrôle accru : v. C. const., n° 95-369 DC, 28 déc. 1995, *Loi de finances pour 1996*, cons. 35. – C. const., n° 98-404 DC, 18 déc. 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, cons. 7.

<sup>160</sup> PARIENTE (A.), « Le Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs », in PARIENTE (A.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, « Thèmes & commentaires », « Etudes », 2007, p. 69.

membres par tiers tous les trois ans est un élément de nature à assurer la continuité jurisprudentielle »<sup>161</sup>, cet élément de réflexion semble loin d'être propre à la séparation des pouvoirs, et ne paraît pas prendre une coloration singulière sur ce point. De même, les délais dans lesquels le Conseil doit rendre ses décisions, bien que ne laissant pas toujours au juge la possibilité d'exercer effectivement un contrôle intégral, ne contraignent pas plus le Conseil sur son interprétation de la séparation des pouvoirs que sur d'autres considérations entrant en jeu.

Plus contraignante, mais toujours dans une proportion assez relative, semble être la jurisprudence même du Conseil constitutionnel. Cette contrainte interne paraît surtout impacter la conception que ce dernier se fait de son rôle à l'égard du Parlement et de sa place sur l'échiquier institutionnel français, le Conseil constitutionnel connaissant peu de contraintes quant à son argumentation relative aux autres « pans » de la séparation des pouvoirs. Certes, la célèbre formule, aujourd'hui quelque peu remodelée, selon laquelle le Conseil ne dispose pas d'un « pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »<sup>162</sup>, illustre l'autolimitation constante du Conseil constitutionnel face aux représentants du détenteur de la souveraineté nationale, à tel point qu'il s'en remet parfois aux travaux préparatoires pour laisser entière l'interprétation voulue par le législateur<sup>163</sup>. Cette argumentation, qui n'est pas la conséquence d'une interprétation (du principe) de la séparation des pouvoirs par le Conseil, mais de l'interprétation de la compétence que lui confère l'article 61 de la Constitution, est porteuse de fascinantes implications sur la théorie de la séparation des pouvoirs, mais intéresse peu l'analyse des contraintes internes jouant sur son interprétation du principe de la séparation des pouvoirs. La preuve en est que ni la décision *IVG*, ni les décisions ultérieures ayant repris la formulation employée par le Conseil dans celle-ci, ni les comptes-rendus des séances de ces décisions (jusqu'en 1994, *IVG* comprise), ni leurs commentaires officiels (depuis une vingtaine d'années), ne mentionnent les termes « séparation des pouvoirs ». De plus, elle représente certes une véritable contrainte, mais une contrainte consentie, voire même choisie : une *autolimitation*<sup>164</sup> (cette liberté étant confirmée par d'autres formulations du Conseil, qui considère par exemple que la loi « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »<sup>165</sup>). Il convient donc de considérer que les compétences<sup>166</sup> conférées par la Constitution au Conseil constitutionnel – et surtout l'interprétation qu'il en fait – ne sont pas une contrainte assez forte pour orienter son interprétation du principe de la séparation des pouvoirs.

Du reste, il est clair que l'exigence de « stabilité » de la jurisprudence constitutionnelle, c'est-à-dire la rareté des revirements de jurisprudence (sur le principe de séparation des pouvoirs comme sur d'autres considérations), conditionne l'argumentation déployée par le Conseil lorsque celui-ci est confronté à des cas que sa jurisprudence antérieure commande ou suggère de traiter selon une argumentation spécifique. D'anciens membres du Conseil voyaient ainsi « dans le "culte du précédent" un impératif kantien pour le juge constitutionnel », indiquant les fruits que cette contrainte a donné avec le temps, représentant désormais « une garantie pour le législateur dont les actes sont contrôlés, une sécurité pour les citoyens dont les droits fondamentaux sont protégés et un facteur de légitimité pour le juge mis ainsi à l'abri du reproche d'arbitraire »<sup>167</sup>. D'autres ont également pu exprimer leur étonnement à l'égard de « l'attachement du Conseil à sa propre jurisprudence. Celle des tribunaux et cours judiciaires évolue au fil des ans. Le Conseil tient sa jurisprudence pour immuable »<sup>168</sup>. Ces affirmations trouvent un écho particulier dans plusieurs

---

<sup>161</sup> GENEVOIS (B.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, p. 130.

<sup>162</sup> C. const., n° 74-54 DC, *op. cit.*, cons. 1<sup>er</sup>.

<sup>163</sup> V. par ex. C. const., n° 2012-660 DC, 17 janv. 2013, *Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social*, cons. 17 et 30.

<sup>164</sup> DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, T. I, Paris, Fontemoing & Cie, 1911, p. 54-55 : « Une limitation voulue n'est pas une limitation pour celui qui la veut ; une limitation qui peut être créée, modifiée ou supprimée au gré de celui qu'elle atteint, n'est point une limitation ».

<sup>165</sup> C. const., n° 85-197 DC, *op. cit.*, cons. 27.

<sup>166</sup> Au pluriel, le contrôle de constitutionnalité des lois n'étant pas le seul contentieux concerné : v. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 117-131.

<sup>167</sup> LENOIR (N.), « Le métier de juge constitutionnel », *Le Débat*, n° 114, 2001, p. 178-192.

<sup>168</sup> PELLETIER (M.), « Quatre années trop courtes », *op. cit.*

décisions exposant l'interprétation par le Conseil constitutionnel du principe de séparation des pouvoirs ou des dispositions qui le mettent en œuvre.

Très tôt en effet, le « souci [...] de ne pas faire apparaître de contradiction avec la précédente jurisprudence du Conseil » (G. Palewski)<sup>169</sup> s'est imposé dans son argumentation relative aux articles 34 et 37 de la Constitution. Dès ses débuts, la jurisprudence sur les validations législatives se voulait marquée d'une certaine vocation à la pérennité, les Sages déclarant être « les enfants de nos décisions, *elles nous lieront pour l'avenir* » (L. Gros)<sup>170</sup>, ce qui a été le cas en la matière, même après la réponse donnée à la contrainte exercée par la Cour européenne, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Dès les premières applications de la jurisprudence *Delmas*, il était admis par tous que « *dans la mesure où la jurisprudence est créatrice de droit* ses revirements ne doivent être qu'exceptionnels et mûrement réfléchis » (L. Gros)<sup>171</sup>. C'est pourquoi l'infléchissement – de courte durée – de la jurisprudence *Blocage des prix* a été décrite, par le Conseil lui-même, comme « un revirement de jurisprudence d'une portée incommensurable, inopportun du point de vue de la lisibilité des textes [...] et soulevant de redoutables problèmes vis-à-vis du Parlement »<sup>172</sup>. Il semble par ailleurs que lorsqu'il infléchit sa jurisprudence ou opère à un revirement de celle-ci, le Conseil, maître des évolutions de sa jurisprudence, limite les effets indésirables que comporte par nature une telle imprévisibilité. Il avouait ainsi, à l'occasion d'une décision aux forts enjeux pratiques sur les relations entre Parlement et Gouvernement dans la procédure législative, que « s'agissant d'une première application de cette nouvelle jurisprudence sur les amendements après [commission mixte paritaire], le Conseil a décidé de limiter la déclaration de non-conformité aux articles contestés »<sup>173</sup>. Par conséquent, force est de constater que « la contrainte interne la plus significative [...] paraît être, pour le Conseil constitutionnel, sa propre jurisprudence »<sup>174</sup>, tout du moins face au poids des autres contraintes internes que sont sa compétence, son organisation et son fonctionnement. Il ne faut cependant pas en rester dupe : la liberté du Conseil constitutionnel dans l'interprétation du principe de la séparation des pouvoirs peut s'avérer, et s'avère en règle générale, très faiblement contrainte.

## § 2 – Une marge de manœuvre étendue.

Si le pouvoir normatif des juges en général, et du Conseil constitutionnel en particulier, est connu de la doctrine<sup>175</sup> et reconnu par le constituant de 2008, il convient d'examiner comment la séparation des pouvoirs s'en accommode. La liberté dont jouit le Conseil constitutionnel dans son argumentation relative à la séparation des pouvoirs peut effectivement s'avérer démesurément large : s'il choisit librement le principe de séparation des pouvoirs ou une disposition qui le « met en œuvre » comme norme de référence, orientant inmanquablement le sens de sa décision (A), il choisit de manière tout autant arbitraire leur interprétation, aboutissant en réalité à poser une norme et donner un contenu au dit principe (B).

### A) Le libre choix de la norme de référence par le Conseil constitutionnel.

La mobilisation de la séparation des pouvoirs comme majeure du syllogisme déployé par le Conseil constitutionnel est, en réalité, rarement le produit d'une quelconque contrainte ou de nécessités propres à l'espèce. Au contraire, elle résulte bien souvent d'un libre choix du Conseil constitutionnel, et répond à une logique ne fondant son argumentation qu'implicitement. Comme l'a fort justement expliqué Michel Troper, « la norme constitutionnelle qui sert de majeure a été [...] déterminée par le juge au terme d'une

<sup>169</sup> Compte-rendu de la séance du 26 juin 1969, p. 8.

<sup>170</sup> Compte-rendu de la séance du 22 juill. 1980, p. 52.

<sup>171</sup> Compte-rendu de la séance du 20 avr. 1982, p. 2.

<sup>172</sup> Comm. off. de C. const., n° 2005-512 DC, 21 avr. 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, p. 7.

<sup>173</sup> Comm. off. de C. const., n° 98-402 DC, 25 juin 1998, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, p. 2.

<sup>174</sup> DRAGO (G.), « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *op. cit.*, p. 348.

<sup>175</sup> Pour ne donner qu'un seul exemple : DE BÉCHILLON (D.), « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », *C.C.C.*, n° 24, 2008.

interprétation d'une disposition constitutionnelle. Celle-ci est elle-même, implicitement ou explicitement, le produit d'un syllogisme, dont la majeure est soit une méthode d'interprétation, soit un principe supra-constitutionnel. Dans ce cas, *la cour choisit librement la majeure*. C'est d'ailleurs dans ce choix que réside le caractère *volontaire* de l'interprétation »<sup>176</sup>. Pour ce qui est du principe de séparation des pouvoirs – ou apparenté, il semble clair que la majeure de ce second<sup>177</sup> syllogisme soit, en règle générale, un principe supra-constitutionnel, ou, plus précisément, un principe méta-constitutionnel, un « devoir-être » correspondant, de près ou de loin, à certaines valeurs propres à la logique institutionnelle de la Ve République<sup>178</sup>.

C'est le cas, relativement rare concernant la séparation des pouvoirs, de la supériorité constamment réaffirmée de l'ordre constitutionnel sur l'ordre conventionnel, jurisprudence comprise. Seule la volonté de préserver une apparence d'indépendance de la jurisprudence du Conseil à l'égard de celle de la Cour européenne, et celle de rappeler que la Constitution a « sa place au sommet de l'ordre juridique interne »<sup>179</sup>, peut expliquer, d'une part, la persistance du Conseil à fonder son argumentation relative aux lois de validation sur l'article 16 de la Déclaration de 1789 après l'arrêt *Zielinski* venant « casser » une de ses décisions, et, d'autre part, son refus d'adopter les fondements (et donc l'argumentation) retenus par la Cour, à savoir la prééminence du droit et le procès équitable, tous deux consacrés (selon la Cour) par l'article 6 §1 de la Convention. Si le niveau d'exigence et le degré du contrôle sont alignés sur ceux de la Cour européenne, la majeure diffère, correspondant en la matière au seul espace de liberté restant pour le Conseil. C'est pourquoi celui-ci estimait pertinent de souligner, dans le commentaire de sa décision intégrant les « impérieux motifs d'intérêt général » de la Cour, que « le contrôle des lois de validation assuré par lui sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789 a la même portée que le contrôle assuré sur le fondement des exigences qui résultent de la CESDH »<sup>180</sup>. Aussi le *choix* de l'article 16 comme fondement du raisonnement du Conseil découle-t-il de l'interprétation d'une prémisse implicite, à savoir le caractère souverain (au sens de délié de toute contrainte extérieure) de l'interprétation « authentique » des principes constitutionnels.

D'autres principes non écrits et non mentionnés par le Conseil sont à l'origine de l'invocation, par la mention de l'article 16 ou d'une autre de ses manifestations, de la séparation des pouvoirs. L'un d'eux figurait déjà dans la littérature kelsénienne : « le dogme de la séparation des pouvoirs est le noyau de l'idéologie de la monarchie constitutionnelle »<sup>181</sup>. En effet, le Conseil avait pu, sur le fondement du « principe [...] de la séparation des compétences législative et réglementaire », avatar positif du principe de la séparation des pouvoirs, juger que « dans la mesure où ces dispositions comportent une injonction au Gouvernement d'avoir à consulter les commissions parlementaires : [...] elles insèrent l'intervention d'une instance législative dans la mise en œuvre du pouvoir réglementaire », et doivent dès lors être déclarées contraires à la Constitution<sup>182</sup>. Le choix d'un tel principe, dont il sera discuté plus loin, résulte indéniablement d'une certaine forme d'arbitraire de la part du Conseil, qui ne s'est délibérément pas fondé sur d'autres dispositions, comme l'article 43 de la Constitution délimitant les compétences des commissions parlementaires, pour la « simple » raison que « cette motivation de la décision n'était *pas utile* juridiquement et *pas opportune* politiquement »<sup>183</sup>. Le Conseil, en choisissant la norme de référence, décide donc de l'utile et de l'opportun. Si, à l'occasion de certaines décisions soulevant des problématiques analogues, certaines voix s'élevaient pour affirmer que « nous ne devons pas aller *au-delà* des sévérités légitimes qu'a voulu la Constitution à l'égard du Parlement. Si *nous supprimons* toutes les soupapes la chaudière explosera » (R.

<sup>176</sup> TROPER (M.), « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, p. 291-315.

<sup>177</sup> Second dans l'ordre explicatif donné par M. Troper, mais premier dans l'opération intellectuelle du juge.

<sup>178</sup> V. encore TROPER (M.), « Le réalisme et le juge constitutionnel », *C.C.C.*, n° 22, 2007 : « l'identification de la norme applicable, bien qu'elle soit réalisée par un juge au cours d'un processus de décision, est dépendante de prémisses épistémologiques analogues à celles qui sont au fondement de la connaissance du droit ».

<sup>179</sup> C. const., n° 2009-595 DC, 3 déc. 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 3.

<sup>180</sup> Comm. off. de C. const., n° 2013-366 QPC, *op. cit.*, p. 13.

<sup>181</sup> KELSEN (H.), *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, Sirey, 2e éd., 1932, rééd. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2004, p. 92.

<sup>182</sup> C. const., n° 70-41 DC, 30 déc. 1970, *Loi de finances rectificative pour 1970*, cons. 3.

<sup>183</sup> Compte-rendu de la séance du 30 déc. 1970, p. 4.

Cassin), d'autres, qui l'emportèrent finalement, déclaraient ne trouver « aucun texte sur lequel pourrait se fonder le Conseil pour déclarer qu'une telle injonction est recevable » (F. Luchaire)<sup>184</sup>. Autrement dit, le principe déterminant le choix de la norme de référence par le Conseil n'est rien d'autre que le célèbre axiome : tout ce que la Constitution n'autorise pas expressément au Parlement lui est interdit<sup>185</sup>.

Si ce raisonnement pouvait être regardé comme justifié – en droit – avant 2008 (bien que la mobilisation de l'article 43 eût pu aboutir à une solution différente), le maintien d'une telle jurisprudence après l'insertion, à l'article 24 de la Constitution, de ce que le Parlement « contrôle l'action du Gouvernement » et « évalue les politiques publiques », semble confirmer ce constat. L'illustration la plus récente du rôle joué par cette majeure implicite et favorable aux deux têtes de l'Exécutif suffit pour le démontrer. En effet, ayant eu à juger d'une disposition d'une résolution modifiant le règlement de l'Assemblée et prévoyant qu'une commission examinant une pétition peut décider d'auditionner des ministres, le Conseil a récemment soutenu que « dès lors qu'elles permettent en conséquence à une commission permanente d'imposer à un ministre une telle audition, ces dispositions méconnaissent le principe de la séparation des pouvoirs », et de poursuivre plus loin en affirmant que « les commissions, lorsqu'elles examinent une pétition, ont uniquement un rôle d'information contribuant à permettre à l'Assemblée nationale d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement et d'évaluer les politiques publiques, dans les conditions prévues par la Constitution »<sup>186</sup>. Au nom de la séparation des pouvoirs, le Conseil censure donc la possibilité pour les commissions d'exiger d'un ministre une audition, « alors qu'il s'agit là d'un outil élémentaire du contrôle parlementaire de l'action du gouvernement, d'autant plus utile dans l'équilibre actuel des institutions que la fonction législative est largement dirigée, en pratique, par le gouvernement »<sup>187</sup>. Nul besoin ainsi d'indiquer à quel point la solution du Conseil eût pu être différente s'il avait pris pour norme de référence l'article 24 de la Constitution, dont la modification était précisément destinée à instaurer « un contrôle parlementaire digne d'une démocratie moderne »<sup>188</sup>. Par conséquent, l'axiome précédemment énoncé, et le choix de la séparation des pouvoirs comme norme de référence, répondent tous deux à « conception asymétrique de la séparation des pouvoirs entre gouvernement et Parlement »<sup>189</sup>, où la faculté de statuer du premier ne saurait être freinée par une hypothétique faculté d'empêcher du second.

La remarque vaut également, pour paraphraser le Conseil, à l'égard du Président de la République : en mobilisant, aux côtés des articles 5 et 21 de la Constitution, le principe de la séparation des pouvoirs pour censurer la modification, par la loi de finances, du traitement du Président et du Premier ministre<sup>190</sup>, le Conseil procède incontestablement, par une argumentation purement dogmatique, à son instrumentalisation. En effet, « il n'aurait pas été impossible au Conseil constitutionnel d'argumenter autrement, de prendre appui sur la notion de loi de finances et sur le contenu de la loi organique (la fameuse LOLF) pour soutenir que la fixation de tels traitements ne ressortit pas de la loi de finances proprement dite. [...] Une telle décision [...] révèle clairement l'incroyable pouvoir prétorien qu'il s'est arrogé sans que l'on aperçoive où pourrait s'arrêter un tel pouvoir. [...] Bref, une telle manière de raisonner et de procéder pour un juge est très étonnante et il faut lui donner un nom : c'est *de l'arbitraire en forme juridictionnelle* »<sup>191</sup>. Ainsi, en préférant la séparation des pouvoirs à d'autres dispositions qui auraient tout autant pu servir de référence (à

---

<sup>184</sup> Compte-rendu de la séance du 21 déc. 1966, p. 10.

<sup>185</sup> Ce caractère méta-constitutionnel du principe est confirmé chez LE DIVELLEC (A.), « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? », *op. cit.* – V. également DENQUIN (J.-M.), « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1, 2008.

<sup>186</sup> C. const., n° 2019-785 DC, 4 juill. 2019, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, § 47 et 48. – V. également C. const., n° 2013-679 DC, 4 déc. 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, cons. 79. – C. const., n° 2009-577 DC, *op. cit.*, cons. 13 et 29 à 31.

<sup>187</sup> BACHSCHMIDT (P.), « Nouvelle expression de la jurisprudence restrictive et constante du Conseil constitutionnel en matière de séparation des pouvoirs », *op. cit.*

<sup>188</sup> Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une Ve République plus démocratique*, Rapport, JO, 30 oct. 2007, p. 17699.

<sup>189</sup> BACHSCHMIDT (P.), « À chaque pouvoir sa conception de la séparation des pouvoirs... », *Constitutions*, 2017, n° 3, p. 399.

<sup>190</sup> C. const., n° 2012-654 DC, *op. cit.*, cons. 79 à 83.

<sup>191</sup> BEAUD (O.), « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république : une hérésie constitutionnelle », *op. cit.*, p. 4 et 40-41.

un contrôle opéré d'office en l'espèce, s'affranchissant donc de la contrainte argumentative externe pour imposer *une* conception de la séparation des pouvoirs), la jurisprudence du Conseil constitutionnel « accentue la présidentialisation du régime plutôt qu'elle ne tient compte des récentes évolutions qui visent à l'encadrer »<sup>192</sup>. Le seul fait de s'interroger sur la cohérence de ce choix avec les intentions du constituant de 2008 revient déjà à admettre, ce qui sera immédiatement démontré, que le Conseil fait œuvre de constituant. Outre la circonstance que « la séparation des pouvoirs peut être un masque sous lequel celui qui l'invoque fait passer autre chose »<sup>193</sup>, il convient d'en retenir, à ce stade, que son *éventuelle* définition positive dépend de la marge de manœuvre discrétionnaire dont dispose le Conseil constitutionnel pour déterminer, conformément à une certaine vision des institutions sous la Ve République, les dispositions servant de référence à son contrôle. La maîtrise de la signification de ces dispositions prouve qu'au-delà de dépendre de ce *pouvoir* considérable, elle en est grandement issue.

## B) Le libre choix de l'interprétation de la norme de référence.

« Il n'est plus possible de prétendre que les textes applicables expriment des règles et des principes univoques, de nier que celui qui est chargé de les appliquer contribue au moins à les recréer et ainsi à produire du droit, qu'il dispose pour ce faire d'un pouvoir discrétionnaire considérable qui le met en mesure de s'opposer à un Parlement démocratiquement élu »<sup>194</sup>. Effectivement, « le juge de la constitutionnalité des lois est à la fois législateur et constituant »<sup>195</sup>. Après avoir librement déterminé la disposition servant de référence à son contrôle, le Conseil constitutionnel détermine, la plupart du temps, tout autant librement l'interprétation de cette disposition, aboutissant, dans la logique des théories réalistes de l'interprétation, à poser la norme (constitutionnelle), l'énoncé ou le principe mentionné n'étant dès lors qu'un référent langagier dont le sens véritable ne serait pas fixé tant qu'il n'a pas été interprété. La conséquence sur le sens de l'article 16 de la Déclaration, du « principe de la séparation des pouvoirs » ou des « dispositions constitutionnelles qui le mettent en œuvre », est radicale : leur signification serait ainsi entièrement déterminée par le Conseil constitutionnel (ou plutôt elles seraient vides de sens avant leur interprétation par lui), dans la mesure où « le véritable auteur de la norme n'est pas l'auteur du texte, mais l'interprète. [...] Ainsi, le juge constitutionnel serait le véritable auteur de la norme constitutionnelle »<sup>196</sup>, affirmation prenant tout son sens à l'aune de formulations qui, suivant l'énonciation des dispositions de référence, déclarent que « le constituant n'a pas pour autant entendu [...] »<sup>197</sup>. Il y a lieu de considérer que le syllogisme décrit par M. Troper quant au choix de la majeure du syllogisme « classique » du juge constitutionnel vaut également pour le choix de l'interprétation de cette majeure. Plusieurs exemples montrent en effet que les significations du principe de séparation des pouvoirs données par le Conseil correspondent à la conclusion de l'affrontement entre, d'une part, soit un principe supra ou méta constitutionnel, soit une méthode d'interprétation (tous deux implicites, le Conseil exposant rarement le processus argumentatif qui l'a conduit à retenir telle interprétation plutôt que telle autre), et, d'autre part, la disposition préalablement déterminée.

Premièrement, la majeure, librement choisie, du syllogisme présidant à la détermination de la signification de la disposition sélectionnée, relève parfois de la catégorie des méthodes d'interprétation. D'un côté, la méthode choisie révèle la grande aise du Conseil dans son éloignement vis-à-vis des contraintes internes ou externes. Dans sa décision *Delmas*, il fit ainsi le choix d'une interprétation à la fois systémique et téléologique, appliquée à une habile combinaison des articles 59 et 12 de la Constitution, pour étendre sa compétence de juge électoral aux contestations de la légalité des actes susceptibles de mettre en cause la « régularité de l'ensemble des opérations électorales »<sup>198</sup>. Cette préférence témoigne d'un triple

<sup>192</sup> GOESEL-LE-BIHAN (V.), « La violation de la séparation des pouvoirs : quels fondements ? Quels griefs ? Retour sur une critique doctrinale », *op. cit.*, p. 14.

<sup>193</sup> AVRIL (P.), « La séparation des pouvoirs et la Ve République : le paradoxe de 1958 », in PARIENTE (A.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>194</sup> TROPER (M.), « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op. cit.*.

<sup>195</sup> TROPER (M.), « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *op. cit.*.

<sup>196</sup> TROPER (M.), « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op. cit.*.

<sup>197</sup> C. const., n° 99-417 DC, 8 juill. 1999, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 3.

<sup>198</sup> C. const., n° 81-1 ELEC, 11 juin 1981, *Requête de Monsieur François DELMAS*, cons. 4.

affranchissement à l'égard de sa propre jurisprudence, de la jurisprudence du Conseil d'Etat, et, bien sûr, de la lettre des textes. En effet, outre les membres incitant à « s'évader de notre jurisprudence » (R. Lecourt), le rapporteur, à l'origine de la décision, soutenait que « s'agissant de juridictions ou d'organes juridictionnels *souverains*, il est certain que *seul chacun d'entre eux peut déterminer sa propre compétence*. [...] Ce qu'il [le Conseil d'Etat] a pu dire par ailleurs sur la compétence du Conseil constitutionnel est juridiquement sans fondement, donc sans intérêt » (G. Vedel). La méthode retenue est exprimée très clairement plus loin par le même membre du Conseil : « nous ne pouvons pas faire abstraction de l'absurdité de la solution à laquelle nous conduirait une jurisprudence *trop étroitement exégétique des textes* [...]. Pour accomplir sa mission le Conseil a dû, dans certaines circonstances, aller au-delà de ce que prévoyaient précisément les textes. [...] Le silence d'un texte suivi du silence du Conseil aboutirait à créer une lacune du droit »<sup>199</sup>. Autrement dit, cette extension de compétence, même justifiée par la cohérence du contrôle des opérations électorales et par un refus du déni de justice, est bien un flagrant affranchissement à l'égard des contraintes de compétence du Conseil constitutionnel.

D'un autre côté, la méthode choisie révèle la prégnance, précédemment décrite, de l'esprit de rationalisation du parlementarisme, dans son second sens, dans la jurisprudence constitutionnelle. En matière de questions orales aux ministres, jugeant de manière constante que « c'est au Gouvernement qu'il appartient de répondre aux questions des membres du Parlement »<sup>200</sup>, et que, en vertu d'une interprétation systémique (notamment articles 20 et 21 de la Constitution), « le Gouvernement est donc représenté, pour répondre aux membres du Parlement, par celui des membres du Gouvernement que le Premier ministre a désigné sans que ce choix puisse faire l'objet d'une demande, d'une ratification ou d'une récusation par un membre du Parlement ; que, par suite, les mots "soit d'une séance de questions à un ministre, soit" doivent être déclarés contraires à la Constitution »<sup>201</sup>, le Conseil a bel et bien posé une « règle, qui affecte sérieusement l'intérêt du dialogue lors des séances de questions »<sup>202</sup>. Celle-ci, qu'il justifie effectivement par ce que « le contrôle de l'action du Gouvernement ne peut prendre que des formes conformes à la Constitution, en respectant notamment la séparation des pouvoirs »<sup>203</sup> est déterminée à l'aide d'une méthode d'interprétation qu'il utilise apparemment, au vu des derniers développements sur l'utilisation de l'article 16 de la Déclaration à la place de l'article 24 de la Constitution, quand bon lui semble : « *il a relu les dispositions de la révision de 1995 à la lumière de celle de 2008, manifestant son souci constant du respect des prérogatives gouvernementales et en faisant preuve d'une rigueur que les textes n'imposaient pas* »<sup>204</sup>. Vis-à-vis des relations entre Parlement et Gouvernement, le Conseil n'interprète donc la séparation des pouvoirs et les dispositions constitutionnelles attributives de compétences que dans le sens de la rigidité de principe précédemment décrite.

Secondement, la majeure du syllogisme déterminant la signification de la disposition en question peut s'avérer être un principe supra ou méta constitutionnel. Cet esprit de rationalisation du parlementarisme, *dans ses deux acceptions* cette fois, en est un exemple éloquent : au-delà des quelques illustrations données plus haut, le Conseil a ainsi pu affirmer que « le respect du principe de la séparation des pouvoirs ainsi que l'exigence de clarté et de sincérité des débats devant la Haute Cour imposent [...] que le temps minimal de parole des membres de la Haute Cour et les conditions dans lesquelles le temps de parole du Président de la République peut être fixé soient déterminés par le règlement de la Haute Cour soumis à l'examen du Conseil constitutionnel en application de l'article 61 de la Constitution »<sup>205</sup>, censurant les dispositions confiant au Bureau de la Haute Cour le pouvoir de fixer les conditions dans lesquelles le temps de parole est limité. Indiquer que ce n'est pas « le principe » mais « le respect du principe » qui impose une telle règle est le signe de l'arbitraire en forme juridictionnelle dénoncé par la doctrine : pour

<sup>199</sup> Compte-rendu de la séance du 11 juin 1981, *op. cit.*, p. 3 et 10 à 12.

<sup>200</sup> C. const., n° 63-25 DC, *op. cit.*, cons. 3.

<sup>201</sup> C. const., n° 2014-705 DC, *op. cit.*, cons. 13.

<sup>202</sup> AVRIL (P.), « Le Conseil constitutionnel est-il toujours le bras armé du gouvernement dans le parlementarisme rationalisé ? », *N.C.C.C.*, n° 50, 2016, p. 39.

<sup>203</sup> Comm. off. de C. const., n° 2014-705 DC, *op. cit.*, p. 7.

<sup>204</sup> BERGOUGNOUS (G.), « La relecture de la Constitution à la lumière de la révision de 2008 par le Conseil constitutionnel, gardien vigilant de l'équilibre des institutions », *Constitutions*, 2015, n° 1, p. 35.

<sup>205</sup> C. const., n° 2014-703 DC, *op. cit.*, cons. 37.

revenir à la philosophie kantienne, le « respect » est éminemment une « condition *subjective* de l'autonomie de la volonté et de la conscience de la *Loi morale universelle* qui resterait autrement lettre morte »<sup>206</sup>.

Cette marge de manœuvre étendue pour interpréter le principe de la séparation des pouvoirs et poser des règles qu'il y rattache confirme également la thèse, décrite *supra*, de la réattribution, par le Conseil, de la Constitution à l'Etat. En jugeant que « tout jugement peut donner lieu à une exécution forcée, la force publique devant, si elle y est requise, prêter main-forte à cette exécution ; *qu'une telle règle est le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs* énoncé à l'article 16 de la Déclaration des droits [...] ; que si, dans des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public, l'autorité administrative peut, sans porter atteinte au principe sus-évoqué, ne pas prêter son concours à l'exécution d'une décision juridictionnelle, le législateur ne saurait subordonner l'octroi de ce concours à l'accomplissement d'une diligence administrative»<sup>207</sup>, le Conseil a moins découvert un principe qu'il n'a posé une norme<sup>208</sup>, n'en déplaise aux tenants des théories rhétoriques ou herméneutiques. Cette dernière est déterminée par la prise en compte d'un principe supérieur, ce que le commissaire du gouvernement de l'arrêt *Couitéas* (auquel la décision en question aboutit à conférer « une onction constitutionnelle »<sup>209</sup>) dénommait les « nécessités vitales du pays », et ce qu'Hauriou appelait « la résurrection de l'ancienne *raison d'Etat* [...] ; nous préférons lui donner le nom moins dangereux de légitime défense de l'Etat, parce que ce nom rappelle au moins qu'il faut que l'Etat ait à se défendre contre un péril actuel pour que le pouvoir exécutif soit ainsi *lege solutus* »<sup>210</sup>, c'est-à-dire délié des lois. Aussi les réalistes pourraient-ils en déduire que le Conseil constitutionnel détruit la séparation des pouvoirs en interprétant le principe de la séparation des pouvoirs, ou, selon un autre point de vue, lui donne un contenu positif qui remplit et remplace son contenu négatif. A l'instar de Guillaume Tusseau, il serait possible d'en tirer la conclusion suivante : « *les juges constitutionnels maîtrisent ainsi les significations normatives les plus élevées que peuvent recevoir les énoncés juridiques*. Ils se trouvent dans une position de pouvoir exceptionnelle. Le droit n'est rien d'autre que ce qu'en disent les juges [...]. *Les juges exercent alors non un pouvoir mais tout le pouvoir*, ou tout au moins un pouvoir dominateur »<sup>211</sup>. Les faibles contraintes jouant sur l'interprétation, par le Conseil, de la séparation des pouvoirs, sont ainsi un masque derrière lequel celui-ci cache un pouvoir normatif « sans limite »<sup>212</sup> et sa véritable nature de « constituant secondaire »<sup>213</sup>. Autrement dit, le « Consul constitutionnel » a eu son 2 décembre 1804, faisant sienne l'audace d'un Napoléon qui, en dépit de la présence du pape Pie VII (en l'occurrence sous l'œil des pouvoirs constituant et constitués), s'était lui-même couronné Empereur des Français. Si l'utilisation explicite de la séparation des pouvoirs et de l'article 16 de la Déclaration de 1789, ainsi que leur combinaison avec d'autres dispositions constitutionnelles, conduisent le Conseil constitutionnel à déterminer leur contenu, sa jurisprudence entière fournit des éléments de redéfinition de la séparation des pouvoirs.

---

<sup>206</sup> V. GUILLOT (G.), « Autorité, respect et tolérance », *Les Sciences de l'éducation*, 2009, n° 3, p. 42. – V. également VEDEL (G.), « Préface », in DRAGO (G.) et al., *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, « Etudes juridiques », 1999, p. XI.

<sup>207</sup> C. const., n° 98-403 DC, 29 juill. 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, cons. 46.

<sup>208</sup> V. pour une formulation similaire C. const., n° 2016-539 QPC, 10 mai 2016, *Mme Ève G.*, § 9. – C. const., n° 2003-474 DC, 17 juill. 2003, *Loi de programme pour l'outre-mer*, cons. 13. – C. const., n° 2002-458 DC, 7 févr. 2002, *Loi organique portant validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française*, cons. 4. – C. const., n° 89-268 DC, *op. cit.*, cons. 21 et 58.

<sup>209</sup> SEILLER (B.), « L'actualité de l'arrêt *Couitéas* », *RFDA*, 2013, n° 5, p. 1012.

<sup>210</sup> HAURIOU (M.), « Légitime défense de l'Etat et responsabilité sans faute », *Sirey*, 1923, n° 3, p. 57. – V. cependant C.E., 27 nov. 2015, *SA Usine du Marin*, req. n° 376208, cons. 3.

<sup>211</sup> TUSSEAU (G.), « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », *Droits*, n° 55, 2012, p. 43.

<sup>212</sup> CANIVET (G.), « Les limites de la mission du juge constitutionnel », *Cités*, n° 69, 2017, p. 46.

<sup>213</sup> FAVOREU (L.), « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *op. cit.*, p. 27.

## CHAPITRE II

### LA CONSTRUCTION D'UN CONCEPT À VOCATION LÉGITIMANTE : UN JUGE RÉALISTE

Si l'étude de la légitimité de la puissance publique ou des gouvernants ne relève pas d'une science ou théorie juridique proprement dite<sup>214</sup>, la jurisprudence du Conseil constitutionnel représente pourtant une source de légitimité directe pour les autorités de l'Etat. Un tel constat est tellement flagrant à l'égard des autorités exécutives qu'il sera analysé, en ce qui les concerne, sous l'angle plus classique de la spécialisation fonctionnelle et de l'indépendance organique. Du reste, sa jurisprudence a progressivement construit – ou du moins tenté de construire – un certain modèle de séparation des pouvoirs, en accord avec la Constitution et l'intention des constituants ou selon sa propre vision de la séparation des pouvoirs *de lege ferenda*, déterminé par la prise en compte des diverses réalités qui l'entourent.

La première de celles-ci est essentiellement politique, et vise en premier lieu le « grand perdant » de la jurisprudence constitutionnelle, à savoir le Parlement. Ce dernier pouvait effectivement paraître « rabaissé » du fait de la « nouvelle »<sup>215</sup> séparation des pouvoirs que la Ve République proposait d'instaurer, d'une part, en répartissant les compétences normatives par domaines d'intervention, et, d'autre part, en créant un juge chargé de contrôler la constitutionnalité des lois et des règlements des assemblées. Sur ces deux points, le modèle de séparation des pouvoirs résultant de la jurisprudence du Conseil, se fondant essentiellement sur une « politique réaliste » tenant compte « de la situation dans laquelle il se trouve lui-même par rapport aux autres acteurs que sont le Parlement ou les autres cours »<sup>216</sup>, a en réalité eu pour conséquence notable de rehausser la position institutionnelle et le pouvoir d'appréciation et de décision du Parlement. Ainsi, et paradoxalement compte tenu du contexte institutionnel dans lequel il s'insère, le Conseil constitutionnel, infléchissant certains principes telle la séparation des pouvoirs (ou plutôt l'interprétation qu'il en adopte de manière générale) au nom de la réalité politique et/ou sociale, a fourni une certaine base de légitimité au Parlement, d'une part en rendant pratiquement obsolète la séparation des pouvoirs par domaines d'intervention, d'autre part en laissant au Parlement un champ relativement large de décision politique. Il rendait ainsi toute définition de la séparation des pouvoirs sous la Ve République impossible sans prise en compte de sa jurisprudence (**Section I**).

Il serait cependant peu réaliste, voire même dangereux, de limiter l'apport d'une telle construction à la seule mise en valeur des autorités parlementaires. Un nombre assez élevé d'actes et d'autorités, dont l'insertion dans une quelconque théorie ou pratique de la séparation des pouvoirs a pu être soit contestée, soit difficilement concevable eu égard au caractère indivisible et monopolistique de la puissance étatique, ressort en effet amplement valorisé, dans leur existence même ou dans leur participation aux fonctions juridiques de l'Etat, de la jurisprudence constitutionnelle. Celle-ci a bel et bien conduit à construire deux types de légitimités constitutionnelles colorant l'ensemble des théories de la séparation des pouvoirs. D'un côté, elle a permis au constitutionnaliste de constater, certes de manière empirique, l'existence de légitimités « médiate », c'est-à-dire trouvant leur fondement dans une norme constitutionnelle – écrite ou non – mais nécessitant l'intervention du Conseil constitutionnel pour acquérir leur pleine portée. Cette catégorie rassemble pour l'essentiel les autorités juridictionnelles, Conseil constitutionnel compris. De l'autre, elle a corrélativement promu l'édification de légitimités « dérivées », c'est-à-dire justifiées par des réalités trop souvent extra-juridiques. Cette catégorie regroupe quant à elle de nombreuses mesures, et par extension les autorités qui les édictent, susceptibles de « brouiller » l'appréhension classique de la séparation des pouvoirs. Ce faisant, le Conseil constitutionnel construisait, dans l'ensemble sans le mentionner, un concept

---

<sup>214</sup> V. not. CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, T. I, p. 194-197, et T. II, p. 144-147.

<sup>215</sup> TROPER (M.), « La Ve République et la séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 39.

<sup>216</sup> TROPER (M.), « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op. cit.*.

fonctionnel désormais utilisé par les autres acteurs (y compris par une partie de la doctrine) pour asseoir ces autorités et mesures sur des bases juridiques (**Section II**).

## SECTION I – LA PARADOXALE CONSOLIDATION DE LA LÉGITIMITÉ DU PARLEMENT

Il devait ressortir de l'esprit, des institutions et de la pratique<sup>217</sup> de la Constitution de 1958 un Parlement, d'une part, dont la participation à la fonction législative eût dû être cantonnée dans un domaine limitatif d'intervention aux bornes scrupuleusement protégées par le Conseil constitutionnel, et, d'autre part, dont la position institutionnelle devait céder le pas face à la prépondérance exécutive. Radicalement ou plus épisodiquement, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a pu se diriger dans une direction opposée. S'il est parfois considéré que légitimités normative et institutionnelle se confondent<sup>218</sup>, ou même que la première n'est pas à inclure dans les figures « classiques » de légitimité<sup>219</sup>, l'audace, ou plutôt le pragmatisme du Conseil, semble avoir provoqué, au sujet du Parlement, l'autonomisation de ces deux formes de légitimité. Ce dernier ressort effectivement renforcé de l'extension, par la jurisprudence constitutionnelle, du domaine de la loi (§ 1), et réhaussé dans son pouvoir d'appréciation et de décision politique par l'autolimitation constante du Conseil à son égard, que celle-ci affiche un contrôle restreint ou masque un contrôle approfondi (§ 2).

### § 1 – L'affermissement d'une « légitimité normative » par l'extension du domaine de la loi.

Si le Conseil constitutionnel a, en rendant impossible toute définition exclusivement matérielle de la loi, incontestablement valorisé les autorités parlementaires comprises dans l'organe législatif (A), ses décisions ont même conduit, en neutralisant la plupart des armes à la disposition de l'exécutif pour faire respecter la frontière entre domaines législatif et réglementaire, à contrebalancer voire renverser l'asymétrie générale entre Parlement et Gouvernement sur un point précis de sa jurisprudence (B).

#### A) La revalorisation de la composante parlementaire de l'organe législatif par l'adoption d'une conception formelle de la loi.

Expression de la volonté générale, la loi pouvait longtemps se définir formellement : elle est « émise en forme législative par l'organe législatif »<sup>220</sup>, à tel point qu'au critère formel s'est traditionnellement attaché, au gré des différentes constitutions républicaines, un critère organique, celui de l'origine parlementaire. S'il semble difficile de déceler, chez Montesquieu, une théorie de la légitimité normative, chaque autorité participant à la formalisation de la volonté la plus haute dans l'Etat dans un domaine d'action commun, de telle sorte qu'aucune d'entre elles n'est « individuellement titulaire du pouvoir suprême »<sup>221</sup>, la question ne semblait pas non plus se poser lors des IIIe et IVe républiques<sup>222</sup>, mais pour une raison autre. Comme le défendait Carré de Malberg, la loi, en raison de son origine, est investie d'une puissance supérieure, dans la mesure où elle « ne peut prendre naissance *que moyennant l'assentiment* d'une assemblée élue par le corps des citoyens ou du moins par un nombre relativement considérable d'entre eux. [...] [II] suit de là que le domaine de la loi [...] est illimité<sup>223</sup>. [...] La Constitution française ne connaît pas une *matière législative*, elle connaît seulement une *puissance législative* »<sup>224</sup>. L'auteur strasbourgeois en

<sup>217</sup> Pour paraphraser le général de Gaulle lors de sa conférence de presse du 31 janv. 1964.

<sup>218</sup> BOUQUET (B.), « La complexité de la légitimité », *Vie sociale*, n° 8, 2014, p. 18.

<sup>219</sup> BARANGER (D.), *Le droit constitutionnel*, PUF, « Que sais-je ? », 6e éd., 2013, p. 71-124.

<sup>220</sup> CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., T. I, p. 377.

<sup>221</sup> ROLAND (S.), « Les figures organiques de la légitimité dans la doctrine constitutionnelle de Montesquieu », *RFHIP*, n° 29, 2009, p. 53.

<sup>222</sup> Hauriou y ayant consacré des développements succins : « La légitimité [...] est le principe de la validité juridique et, par là, le principe du Droit », in HAURIU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 238.

<sup>223</sup> Cette affirmation est toutefois relativement contestable pour ce qui est des *débuts* de la IIIe République : SACRISTE (G.), « La doctrine constitutionnelle et la loi au tournant du XXe siècle », *Parlement[s]*, n° 11, 2009, p. 40-52.

<sup>224</sup> CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., T. I, p. 350-361. Mis en italique dans le texte par l'auteur.

tirait la conclusion suivante : « la notion moderne de loi se fonde essentiellement sur un système organique de multiplicité et d'inégalité des autorités chargées de vouloir pour l'Etat et, en ce sens, sur un principe de séparation des pouvoirs »<sup>225</sup>.

Autrement dit, légitimités institutionnelle et normative se confondent, et le Parlement législateur est libre de statuer sur tout point qui ne se ramène pas à l'exécution des lois. Le tournant représenté par la Constitution de 1958, enserrant l'intervention de la loi dans un nombre limitatif de matières, et permettant celle du règlement dans toutes les autres matières qui ne relèvent pas de ce domaine, au point qu'il faudrait soustraire la « colonne 34 » de « l'infini 37 »<sup>226</sup>, aurait, en plus d'avoir considérablement réhaussé le rôle du Gouvernement dans la procédure législative, nécessité le recours à une définition matérielle de la loi. Or, il n'en est rien : même en dehors de la jurisprudence du Conseil, il a été démontré que « limiter la loi, et non le règlement, c'est valoriser le Parlement et son ouvrage normatif »<sup>227</sup>. Michel Debré lui-même déclarait devant le Conseil d'Etat que « définir le domaine de la loi, *ou plutôt du Parlement*, ce n'est pas réduire la vie parlementaire, c'est [...] assurer [...] une répartition nécessaire des tâches. [...] La création du Conseil constitutionnel manifeste la volonté de subordonner la loi, *c'est-à-dire la volonté du Parlement*, à la règle supérieure édictée par la Constitution. [...] La Constitution crée ainsi une *arme* contre la déviation du régime parlementaire ». Aussi la révolution préconisée n'a-t-elle pas eu lieu, et la jurisprudence constitutionnelle le confirme : les extensions progressives, mais conséquentes, du domaine de la loi, que ses décisions ont provoquées, étaient toutes « exclusivement consacrées à la place du Parlement dans l'économie institutionnelle »<sup>228</sup>. S'il n'est pas ici question de déterminer la conception (formelle ou matérielle) que la Constitution de 1958 imposerait d'adopter de la loi, la jurisprudence du Conseil commande de constater l'impossibilité, dont elle est à l'origine, d'exclure de toute définition de la loi un critère formel. Paradoxalement, la jurisprudence sur les domaines législatif et réglementaire renforce en effet la puissance législative en jouant le rôle d'une base de légitimité aux interventions de forme législative dans un nombre croissant de matières, que celles-ci relèvent du domaine de la loi « par nature » ou selon leur objet. Au demeurant, c'est bien « la rationalité inhérente à la forme du droit lui-même qui accorde sa légitimité aux formes de domination légalement exercées. [...] Le droit est précisément ce que le législateur [...] pose comme droit *selon des actes de procédure légalement institutionnalisés*. [...] Ainsi autonomisé, *le droit moderne se légitime sur la base de ses propres caractéristiques formelles* »<sup>229</sup>.

Malgré l'impossibilité décrite par Carré de Malberg de définir, en droit positif, la loi par son objet, force est de reconnaître que le Conseil constitutionnel s'est parfois servi d'un tel critère pour affirmer le caractère législatif de dispositions soumises à son examen. Il a néanmoins fallu attendre la période de relative émancipation du Conseil à l'égard du pouvoir politique (fin des années 1960 – début des années 1970) pour qu'une telle argumentation devienne profitable au législateur ; les premières années d'existence du Conseil représentent à cet égard une phase de reconnaissance quasi systématique du caractère réglementaire, l'objet des dispositions en cause étant mobilisé pour réactiver la compétence réglementaire à l'égard de mesures ayant un objet identique à celui d'une proposition de loi dont le Conseil a déjà jugé qu'elle n'entre pas dans le domaine réservé à la loi par l'article 34<sup>230</sup>, de mesures techniques comme le mode de calcul de barèmes servant à fixer les allocations d'aide à l'armement naval<sup>231</sup>, ou encore de mesures « simplement » destinées à appliquer, mettre en œuvre (le Conseil employant les deux terminologies indifféremment) des prescriptions législatives<sup>232</sup>. La tendance semble cependant s'être inversée depuis : à de

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 346.

<sup>226</sup> CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 10e éd., 2001, p. 132.

<sup>227</sup> MATHIEU (B.), « La part de la loi, la part du règlement », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 86.

<sup>228</sup> PROTIERE (G.), « La modification du domaine de la loi, condition incertaine de la revalorisation du Parlement (L'article 34 de la Constitution) », *LPA*, 2008, n° 254, p. 47.

<sup>229</sup> SOSOE (L.K.), « La légitimité est-elle possible par la simple légalité ? », *Les Cahiers de Droit*, 2001, n° 3, p. 891.

<sup>230</sup> C. const., n° 61-4 FNR, 18 oct. 1961, *Amendement présenté par Boscardy-Monsservin, député, à un projet de loi relatif à la fixation des prix agricoles*, cons. 4.

<sup>231</sup> C. const., n° 62-19 L, 3 avr. 1962, *Nature juridique d'une disposition de l'article 73 (alinéa 1) de la loi n° 61-1396 du 21 décembre 1961 portant loi de finances pour 1962*, cons. 1 et 2.

<sup>232</sup> C. const., n° 68-51 L, 4 avr. 1968, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 25, alinéa 3, de la loi n° 62-254 du 15 mars 1963 portant réforme de l'enregistrement du timbre et de la fiscalité immobilière*, cons. 2.

nombreuses reprises, le Conseil a pu juger que, « par son objet même »<sup>233</sup> ou « en raison de [son] objet »<sup>234</sup>, la disposition en cause relevait du domaine de la loi, même si l'article 34 s'avérait silencieux sur ce point. En dépit de ses termes, une telle jurisprudence illustre le mieux possible l'adoption, par le Conseil, d'une conception formelle de la loi, ainsi que la présomption de caractère législatif des textes dont il est amené à connaître, dans la mesure où celui-ci est constaté dès lors que la disposition en question a pour objet d'étendre « le champ d'application de dispositions *de forme législative* dont le Conseil constitutionnel n'a pas eu à constater la nature réglementaire »<sup>235</sup> : les mesures faisant siennes de tels objets ne pourront donc, à l'avenir, qu'être prises dans la forme et par l'organe législatifs.

Beaucoup d'autres décisions du Conseil constitutionnel témoignent de l'existence de matières qui seraient réservées « par nature » au domaine de la loi, soit parce qu'il en juge ainsi alors que l'article 34 (ou autres dispositions prévoyant la compétence législative) était silencieux sur le sujet, soit parce que la solution donnée correspond au prolongement logique desdites dispositions<sup>236</sup>. Au sein de la première catégorie, l'absence de portée, dans la jurisprudence du Conseil, de la distinction opérée par l'article 34 entre « règles » et « principes fondamentaux », révèle l'impossibilité de cantonner la puissance législative à un simple rôle régulateur ou oraculaire, et par-là même une extension du champ d'intervention de la loi<sup>237</sup> – tout du moins par rapport à ce que la Constitution prévoyait. De même, le Conseil a ouvert la fenêtre à la loi en fermant la porte au règlement en jugeant qu'il ne peut être dérogé à un principe général du droit « que par une décision législative »<sup>238</sup>, permettant ainsi de réactiver la compétence législative même au sein du domaine prétendument réservé au règlement dit « autonome » ; le domaine de la loi paraît dès lors extensible du seul fait de la volonté du Conseil, la même remarque valant pour la compétence législative à l'égard des peines (y compris contraventionnelles) privatives de liberté<sup>239</sup>. C'est donc bel et bien une différence de degré de puissance entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire qui explique, en partie, l'extension du domaine de la loi dans la jurisprudence constitutionnelle. Plus largement, le Conseil a pu rattacher au domaine de la loi d'autres matières formellement non prévues à l'article 34 en consacrant l'existence d'un pouvoir qui, selon lui, « n'appartient qu'à la loi »<sup>240</sup> ; il en va ainsi de l'exclusivité laissée au législateur, et donnant raison à Carré de Malberg, « de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter [...] des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions législatives qu'il estime inutiles »<sup>241</sup>. Aussi le domaine de la loi serait-il extensible à bon gré, là où, conformément à la célèbre distinction posée par Louis Favoreu entre mise en

<sup>233</sup> C. const., n° 82-142 DC, 27 juill. 1982, *Loi portant réforme de la planification*, cons. 2.

<sup>234</sup> C. const., n° 67-45 L, 9 mai 1967, *Nature juridique des dispositions des articles 4, 22 et 23 de l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense*, cons. 2. – C. const., n° 64-29 L, 12 mai 1964, *Nature juridique de certaines dispositions relatives à l'administration départementale et à l'administration communale*, cons. 2 et 3. – C. const., n° 62-20 L, 4 déc. 1962, *Nature juridique de dispositions relatives aux élections*, cons. 2.

<sup>235</sup> C. const., n° 72-75 L, 21 déc. 1972, *Nature juridique des dispositions de l'article 48, alinéa 2, modifié, de la loi du 22 juillet 1889 sur la procédure à suivre devant les tribunaux administratifs*, cons. 4 à 6.

<sup>236</sup> L'extension restant toutefois palpable : v. C. const., n° 96-383 DC, 6 nov. 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, cons. 9. – C. const., n° 97-393 DC, 18 déc. 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, cons. 46. – C. const., n° 2000-439 DC, 16 janv. 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, cons. 5. – C. const., n° 2015-257 L, 13 août 2015, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 19-1 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, cons. 3 à 5.

<sup>237</sup> V. par ex. C. const., n° 83-156 DC, 28 mai 1983, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*, cons. 4. – Plus récemment, v. C. const., n° 2019-283 L, 28 nov. 2019, *Nature juridique de dispositions relatives à divers organismes*, cons. 5, 7 et 12. – C. const., n° 2019-282 L, 7 nov. 2019, *Nature juridique de diverses dispositions désignant l'autorité administrative compétente pour prendre certaines décisions individuelles au nom de l'État*, cons. 11.

<sup>238</sup> C. const., n° 69-55 L, 26 juin 1969, *Nature juridique de certaines dispositions modifiées, des articles 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque*, cons. 5. – C. const., n° 94-352 DC, 18 janv. 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 12.

<sup>239</sup> C. const., n° 73-80 L, *op. cit.*, cons. 11.

<sup>240</sup> C. const., n° 87-237 DC, 30 déc. 1987, *Loi de finances pour 1988*, cons. 11. – V. également C. const., n° 80-113 L, 14 mai 1980, *Nature juridique des diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*, cons. 3. – C. const., n° 92-316 DC, *op. cit.*, cons. 23.

<sup>241</sup> C. const., n° 86-217 DC, 18 sept. 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 4.

cause et mise en œuvre<sup>242</sup>, le seul domaine qui serait « réservé » par le Conseil au pouvoir réglementaire serait l'édiction de mesures d'application des règles prises en forme législative, « dans [leur] respect »<sup>243</sup> et « sans y apporter d'altération nouvelle »<sup>244</sup>, autrement dit l'exécution. Ainsi, par exemple, « la Constitution, en son article 34, réserve au législateur la fixation des règles concernant les droits civiques, [...] et laisse, en vertu de son article 37, au pouvoir réglementaire le soin d'édicter les mesures nécessaires pour l'application de ces règles »<sup>245</sup>. La logique serait ainsi inversée : la loi, du fait de son origine, pourrait intervenir dans un nombre de matières plus important que le règlement, qui y resterait malgré tout subordonné. L'attention portée au « contenu naturel »<sup>246</sup> des dispositions examinées n'aboutit donc pas à revenir à une conception matérielle de la loi, bien au contraire : elle permet simplement de discerner les matières qui relèvent de la législation formelle de celles qui dépendent de la fonction réglementaire.

Aussi est-il nécessaire d'en conclure que « le domaine du règlement est rétractable mais non dilatable, alors que le domaine de la loi est dilatable mais non rétractable »<sup>247</sup>. D'aucuns estiment ainsi que si « la loi peut s'affranchir du domaine qui lui est assigné, elle reste loi en ce qu'elle demeure l'œuvre du Parlement »<sup>248</sup>. Et comme le rappelle le Conseil lui-même, « il n'appartient qu'au Parlement de prendre des mesures relevant du domaine de la loi »<sup>249</sup> : dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, le Conseil se prononce « uniquement les lois votées par le Parlement »<sup>250</sup>, et, plus précisément, « ne peuvent être déférés au Conseil [...] que les textes qui [...] ont le caractère de lois, c'est-à-dire ceux qui, au terme de la procédure législative, ont été définitivement adoptés dans l'ensemble de leurs dispositions par les deux chambres du Parlement »<sup>251</sup>. L'œuvre jurisprudentielle du Conseil constitutionnel a donc eu pour conséquence fondamentale d'avoir rehaussé la légitimité normative de celui-ci en réinstaurant progressivement l'échelle de puissance qui a longtemps prévalu, les Sages demeurant néanmoins conscients de la logique rationaliste animant le texte constitutionnel. Le raisonnement reste semblable : les textes de forme législative, exprimant une volonté qui domine en principe toute autre volonté dans l'Etat pendant le « sommeil »<sup>252</sup> du constituant, doivent par conséquent pouvoir intervenir dans le domaine le plus large possible du champ de décision politique, ceux de forme réglementaire n'intervenant que dans le reliquat, c'est-à-dire dans toutes les autres matières (conformément à l'article 37), en proportion finalement restreinte dans la jurisprudence constitutionnelle. C'est pourquoi certains scandent : « on est revenu à la répartition verticale des compétences, car législation et pouvoir réglementaire peuvent pratiquement intervenir en tout domaine et il n'y a donc plus entre eux qu'une différence de degré ou de niveau d'intervention »<sup>253</sup>. Et effectivement, « voilà ce que signifie », soutenait Carré de Malberg, « la séparation des pouvoirs. La vérité est donc qu'elle consiste à attribuer distinctement aux trois sortes d'organes ou autorités étatiques des puissances de degrés bien divers. C'est une séparation qui porte, non pas sur les fonctions matérielles, mais

---

<sup>242</sup> Bien que celle-ci soit désormais relativement faussée : v. not. C. const., n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 46 et 53. – C. const., n° 77-79 DC, 5 juill. 1977, *Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale*, cons. 3.

<sup>243</sup> C. const., n° 59-1 FNR, 27 nov. 1959, *Proposition de loi déposée par MM. BAJEUX et BOULANGER, sénateurs, tendant à la stabilisation des fermages*, cons. 1<sup>er</sup>.

<sup>244</sup> C. const., n° 60-7 L, 8 juill. 1960, *Nature juridique de l'article 6 (paragraphe II) de l'ordonnance n° 58-1453 du 31 décembre 1958 modifiant et complétant la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre*, cons. 3. – C. const., n° 61-13 L, 3 mai 1961, *Nature juridique des dispositions des articles 87-7°, 88-VI, 89 al 4 et 92-V du Code électoral*, cons. 3.

<sup>245</sup> C. const., n° 76-94 L, 2 déc. 1976, *Nature juridique des dispositions de l'article 5 de la loi n° 75-1329 du 31 décembre 1975 codifié sous l'article L 72-1 du code électoral*, cons. 1<sup>er</sup>. – C. const., n° 61-13 L, *op. cit.*, cons. 1<sup>er</sup>. – C. const., n° 68-51 L, *op. cit.*, cons. 1<sup>er</sup>. – C. const., n° 80-113 L, *op. cit.*, cons. 1<sup>er</sup>. – C. const., n° 96-387 DC, 21 janv. 1997, *Loi tendant à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance*, cons. 5.

<sup>246</sup> CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, T. I, p. 283-284.

<sup>247</sup> GLÉNARD (G.), « La conception matérielle de la loi revivifiée », *RFDA*, 2005, n° 5, p. 922.

<sup>248</sup> DEUMIER (P.), « Qu'est-ce qu'une loi ? – Ce n'est ni un programme politique, ni un règlement », *RTD Civ.*, 2005, n° 3, p. 564.

<sup>249</sup> C. const., n° 2001-454 DC, *op. cit.*, cons. 20.

<sup>250</sup> C. const., n° 92-313 DC, *op. cit.*, cons. 2.

<sup>251</sup> C. const., n° 76-69 DC, 8 nov. 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, cons. 2. – V. également C. const., n° 97-395 DC, 30 déc. 1997, *Loi de finances pour 1998*, cons. 7.

<sup>252</sup> SAINT-BONNET (F.), « L'"autre" séparation des pouvoirs de Montesquieu », in PARIENTE (A.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>253</sup> FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), « Le contrôle de la répartition des compétences », in *Le Conseil constitutionnel*, PUF, « Que sais-je ? », 2005, p. 51.

sur les *degrés de puissance formelle*. [...] En réalité, ce que l'on trouve consacré dans le droit public français, c'est bien plutôt un système de *gradation* des pouvoirs qu'un système de *séparation des pouvoirs* »<sup>254</sup>. L'étude de la jurisprudence du Conseil sur les « armes » destinées à faire respecter le restant de frontière entre loi et règlement confirme ce constat.

## B) L'asymétrie entre Parlement et Gouvernement contrebalancée.

Initialement perçue comme une forme de révolution constitutionnelle, la (dé)limitation matérielle du domaine de la loi avait, sur le papier, le Conseil constitutionnel pour gardien, auquel était confié la mission de faire respecter la frontière entre une compétence prétendument d'attribution (législateur) et une compétence prétendument de droit commun (pouvoir réglementaire). Concevant que le domaine de la loi pourrait, à l'avenir, s'étendre à des matières dont la simple lecture du texte constitutionnel aurait conduit à refuser cet élargissement (sauf par voie de loi organique), les rédacteurs de la Constitution de 1958 n'ont pas oublié d'y inscrire un certain nombre d'armes, qui pourraient ainsi permettre au Gouvernement, si celui-ci en manifeste la volonté et si le Conseil constitutionnel accueille favorablement sa demande, de faire cesser un tel empiètement. Cependant, si les « pères fondateurs »<sup>255</sup> avaient vu juste en précisant que la liste figurant à l'article 34 n'était pas à proprement parler exhaustive, la jurisprudence constitutionnelle venant de le prouver, ils ne se doutaient probablement pas que cette dernière allait enrayer son artillerie en ne gardant pas aussi saintement la répartition des compétences par domaine d'intervention imaginée en 1958, voire même en renversant sa logique.

En effet, des premiers<sup>256</sup> moyens destinés à permettre au Gouvernement de faire cesser l'empiètement du législatif sur le réglementaire, l'article 41 de la Constitution était vu comme un outil nécessaire pour que celui-ci conserve « un domaine étendu. Il faut en outre qu'une *arme* soit donnée au Gouvernement pour éviter les empiètements à venir : c'est l'exception d'irrecevabilité qui peut être contestée par l'Assemblée, auquel cas le Conseil constitutionnel [...] a mission *d'arbitrer* »<sup>257</sup>. Toutefois, additionné aux maigres chiffres montrant la faible utilisation de cette procédure lourde et difficile à mettre en œuvre<sup>258</sup>, le peu de décisions du Conseil (dont la dernière date de 1979) atteste du caractère désormais obsolète de cet instrument. De plus, si environ 73% (huit sur onze) de ces décisions<sup>259</sup> déclarent l'appartenance au domaine réglementaire, cette habitude a quitté le Conseil à partir de la période d'émancipation abordée plus haut, celui-ci déclarant constamment l'appartenance au domaine législatif dès les années 1970. Par conséquent, si « l'article 41 s'inscrivait [...] dans la *rationalisation* du régime parlementaire et participait du renversement des positions entre Gouvernement et Parlement ; sa logique, identiquement à la plupart des mécanismes du texte de 1958, était celle d'un affrontement entre les pouvoirs, et son but la protection de l'exécutif contre le législatif »<sup>260</sup>, il convient néanmoins de constater la désuétude de la jurisprudence FNR pour faire respecter la frontière, clairement floue, entre domaines législatif et réglementaire.

L'exécutif pensait donc pouvoir retrouver le Cerbère qui lui avait été promis au stade précédant la promulgation de la loi, en empruntant la voie du contrôle de constitutionnalité. Si ce biais a pu servir le domaine du règlement pendant les premières années, la célèbre décision *Loi sur les prix et les revenus* du Conseil constitutionnel y mis un net coup d'arrêt en déclarant, notamment, que « la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi [...] ; que, dans ces conditions, les députés auteurs de la saisine ne sauraient se prévaloir de ce que le législateur

<sup>254</sup> CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., T. II, p. 114. Mis en italique par l'auteur.

<sup>255</sup> Expression employée par A. Ségalat pendant la délibération de la décision *Blocage des prix*, compte-rendu p. 8.

<sup>256</sup> Dans l'ordre de la procédure législative.

<sup>257</sup> DEBRÉ (M.), Discours devant le Conseil d'Etat, 27 août 1958, op. cit.

<sup>258</sup> Depuis 1959, l'article 41 aurait été invoqué (sans contestation) une cinquantaine de fois à l'Assemblée nationale, plus de 80 fois au Sénat.

<sup>259</sup> Le Conseil ayant d'ailleurs été uniquement saisi à l'initiative des présidents des assemblées : 7 pour le Président du Sénat, 4 pour le Président de l'Assemblée nationale.

<sup>260</sup> QUIRINY (B.), « La métamorphose de l'article 41 de la Constitution », *RFDC*, n° 82, 2010, p. 318.

est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution »<sup>261</sup>. Si le Conseil a pu infléchir sa position pendant une courte durée en déclarant, sous l'impulsion de son Président, le caractère réglementaire de certaines dispositions dont la constitutionnalité était contestée devant lui<sup>262</sup>, étant toutefois revenu à sa jurisprudence traditionnelle depuis 2012<sup>263</sup>, il n'est nul besoin d'analyser en détail toutes les conséquences contentieuses et institutionnelles, bien connues, que cette position emporte, mais d'en relever deux implications majeures, résumées dans la phrase suivante du doyen d'Aix-en-Provence : « le Conseil constitutionnel a donc adopté une position *raisonnable* de nature à éviter un blocage de l'activité normative de la majorité gouvernementale et parlementaire et un risque d'utilisation trop systématique du contrôle de constitutionnalité »<sup>264</sup>. Le Conseil a donc fait preuve, d'une part, de réalisme en tenant compte de son environnement institutionnel et de ses propres « capacités contentieuses », et, d'autre part, d'une volonté de *rationnaliser* la dissymétrie existante entre Parlement et Gouvernement, que sa jurisprudence tend, de manière générale, à protéger voire à accentuer. En effet, outre qu'elle « ruine définitivement la thèse de la définition matérielle de la loi »<sup>265</sup>, la jurisprudence *Blocage des prix* fait de la puissance législative la force dominante dans la répartition constitutionnelle des compétences normatives, c'est-à-dire dans la méthode de séparation des pouvoirs : si le Gouvernement doit obtenir une autorisation expresse, prévue à l'article 38 de la Constitution, pour intervenir dans le domaine de la loi, tout empiètement non autorisé étant censuré comme contraire à la Constitution (ou pour illégalité externe<sup>266</sup>) par le Conseil d'Etat<sup>267</sup> voire par le Conseil constitutionnel<sup>268</sup>, les débordements de la loi dans le domaine du règlement ont lieu sans autorisation formelle, et ne constituent pas une inconstitutionnalité. Par conséquent, le caractère inadéquat de l'article 61 de la Constitution pour faire respecter la vague frontière entre domaines législatif et réglementaire devant être constaté, la « conception asymétrique de la séparation des pouvoirs entre gouvernement et Parlement » décrite plus haut s'en trouve sinon renversée, du moins stabilisée sur un des points les plus essentiels de la séparation des pouvoirs : l'autorité accordée aux organes voulant pour l'Etat.

La compétence réglementaire ne bénéficierait ainsi plus que d'une protection *a posteriori* de la part du Conseil, à condition que le Gouvernement lui demande de déclarer le caractère réglementaire d'un texte « de forme législative » (article 37, alinéa 2 de la Constitution) afin de pouvoir le modifier par décret. Si cette procédure est d'un emploi plus fréquent, et si la majorité des décisions L déclare le caractère réglementaire<sup>269</sup>, sa portée est en réalité relativement limitée : le déclassement ne concerne, en règle générale, qu'un seul article, voire un seul mot ou groupe de mots<sup>270</sup>. Le Gouvernement, connaissant la jurisprudence constitutionnelle globalement favorable au domaine législatif<sup>271</sup>, est, contrairement à ce qu'une étude hâtive pourrait laisser croire, bien loin d'en être favorisé – la présomption de caractère

---

<sup>261</sup> C. const., n° 82-143 DC, 30 juill. 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, cons. 11. – V. son pendant en matière d'exception d'irrecevabilité : C. const., n° 79-10 FNR, 26 avr. 1979, *Amendements au projet de loi relatif aux économies d'énergie*, cons. 5.

<sup>262</sup> C. const., n° 2005-512 DC, *op. cit.*, cons. 22 et 23, et art. 3.

<sup>263</sup> C. const., n° 2012-649 DC, 15 mars 2012, *Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*, cons. 9 et 10.

<sup>264</sup> FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, 19e éd., p. 263.

<sup>265</sup> FAVOREU (L.), *RDP*, 1983, n° 2, p. 333. – V. également *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, 19e éd., p. 264 : « Car si une loi peut comporter des dispositions réglementaires sans être inconstitutionnelle, *c'est que la loi se définit simplement comme l'acte voté par le Parlement selon certaines formes*, sans prendre en considération la matière sur laquelle porte cet acte ».

<sup>266</sup> C.E., 27 nov. 1974, *Chambre syndicale des agents immobiliers, administrateurs de biens et syndicats de copropriété de Paris et d'Île-de-France*, req. n° 88813, cons. 4. – C.E., 13 mars 2013, *Menetrier*, req. n° 360815, cons. 4.

<sup>267</sup> C.E., Ass., 13 juill. 1962, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, req. n° 51265, cons. 3. – C.E., 28 mai 2014, *Brunet*, req. n° 358154, cons. 9 et 10.

<sup>268</sup> Principe clairement affirmée en matière électorale : C. const., n° 82-2 ELEC, 16 avr. 1982, [*Bernard*], cons. 4.

<sup>269</sup> Au 1<sup>er</sup> avril 2020, sur 285 décisions L, environ 73% déclarent le caractère réglementaire, environ 21% partiellement réglementaire, environ 4% législatif et environ 2% de non-lieu à statuer.

<sup>270</sup> Il en va ainsi de l'appellation « commissaire du gouvernement » : C. const., n° 2006-208 L, 30 nov. 2006, *Nature juridique de dispositions du code de justice administrative*.

<sup>271</sup> V. en matière de déclassement C. const., n° 64-27 L, 17 mars 1964, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 1er, 5, 6, 7 bis et 11 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la Radiodiffusion-Télévision française*, cons. 2. – C. const., n° 68-50 L, 30 janv. 1968, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion-télévision française*, cons. 3 et 4.

législatif n'étant renversée qu'en vertu d'une décision du Conseil allant dans ce sens. Le déclassement n'est donc plus une arme efficace aux mains du Gouvernement contre le Parlement : utilisé pour des motifs généralement purement techniques et non politiques, il ne constitue pas une barrière assez solide permettant de limiter la boulimie législative, « le débit d'entrée » des matières réglementaires dans le domaine législatif étant beaucoup plus fort que le « débit de sortie » pour reprendre les célèbres propos de Favoreu. Ainsi, pour ce qui est de l'intérêt de l'article 37 alinéa 2, « si son usage n'est pas rare, il est loin de correspondre à celui qui serait nécessaire pour faire respecter la frontière qu'on avait cru établie, en 1958, entre les domaines de compétences du gouvernement et du Parlement. [...] Il ne saurait [donc] y avoir une définition matérielle de la loi mais seulement une définition organique », le Conseil étant « l'artisan d'un nouvel équilibre »<sup>272</sup>. La seule arme restant au Gouvernement pour faire respecter le semblant de frontière entre domaine de la loi et domaine du règlement a donc, du fait du Conseil constitutionnel, sensiblement perdu de son utilité. Autrement dit, la désuétude, le caractère inadéquat et la perte d'utilité des mécanismes constitutionnels à la disposition du Gouvernement illustrent, au-delà de l'évident réalisme du Conseil (dans le sens exposé plus haut), sa volonté d'inverser l'asymétrie caractéristique du texte constitutionnel et de la grande majorité de ses décisions : la jurisprudence constitutionnelle aurait alors davantage contribué à « rétablir la capacité législative du Parlement, cantonnée en 1958, qu'à instaurer un nouveau partage de compétence favorable à l'exécutif »<sup>273</sup>. Ainsi, la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les domaines législatif et réglementaire n'aboutit certes pas à une « re-parlementarisation du régime »<sup>274</sup>, mais semble être un lieu privilégié d'une rationalisation du parlementarisme rationalisé. De manière plus générale, la position institutionnelle du Parlement a été progressivement réhaussée par la jurisprudence constitutionnelle.

## § 2 – La constante autolimitation face à une inaltérable « légitimité institutionnelle ».

L'autolimitation du Conseil constitutionnel n'est pas nécessairement synonyme d'un contrôle restreint : bien que la légitimité du Parlement soit consolidée par un contrôle de l'exercice de son pouvoir d'appréciation et de décision rarement inexistant, plus fréquemment limité à l'erreur manifeste (A), elle ressort également confortée d'un examen actif de constitutionnalité mené par le Conseil (B).

### A) Une légitimité renforcée par l'abstention du Conseil constitutionnel.

« On ne doit pas oublier que la justification première du pouvoir n'est pas dans la loi, mais dans l'institution. [...] Il y a donc place pour des irrégularités de forme et pour des désaccords de fond. Le pouvoir de droit n'est pas moins légitime pour cela »<sup>275</sup>. En limitant significativement l'étendue de son contrôle du « pouvoir d'appréciation et de décision [...] du Parlement »<sup>276</sup> lorsque celui-ci légifère sur des questions « sensibles », le Conseil constitutionnel donne tout leur sens aux propos d'Hauriou. En effet, le choix d'un contrôle restreint à l'erreur manifeste tant au stade du choix des moyens que des résultats visés ou des objectifs poursuivis, ainsi qu'au stade du contrôle de l'adéquation des moyens aux fins, témoigne de la volonté de laisser au Parlement<sup>277</sup> un champ de décision politique autonome, au point, dans certaines matières, de reconnaître des « zones de non-contrôle »<sup>278</sup>. Le *self-restraint* révèle ainsi un Conseil

<sup>272</sup> PEZANT (J.-L.), « Loi/règlement, la construction d'un nouvel équilibre », *RFSP*, 1984, n° 4-5, p. 932.

<sup>273</sup> DELCAMP (A.), « Le Conseil constitutionnel et le Parlement », *RFDC*, n° 57, 2004, p. 82.

<sup>274</sup> RENARD-BIANCOTTO (S.), « Peut-on croire en une re-parlementarisation du régime de la Ve République ? », *LPA*, 1999, n° 202, p. 6, spéc. note 10.

<sup>275</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 21-23.

<sup>276</sup> C. const., n° 74-54 DC, op. cit., cons. 1<sup>er</sup>. – Transposé en QPC dès C. const., n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Loi dite "anti-Perruche"*, cons. 4.

<sup>277</sup> Et non au législateur, la formule de la décision *IVG*, malgré les quelques évolutions rédactionnelles qu'elle a connues, continuant d'être employée en mentionnant le pouvoir d'appréciation et de décision « du Parlement ». V. sur ce point TALON (M.), « Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement : un mythe du droit constitutionnel », *RDP*, 2020, n° 1, p. 137.

<sup>278</sup> CHÉNÉDÉ (F.) et DEUMIER (P.), « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *N.C.C.C.*, n° 39, 2013, p. 5-18.

« caractérisé par son réalisme »<sup>279</sup> à l'égard de contraintes presque entièrement extra-juridiques, la nuance avec les contraintes externes précédemment étudiées étant que les considérations politiques, sociales, religieuses, éthiques... fondent ici (juridiquement) l'argumentation du juge constitutionnel. Rien d'étonnant, dans la mesure où les interrogations relatives à la légitimité des institutions touchent à « un mouvement qui tout à la fois *déborde* le discours juridique et le *structure* en lui fournissant son *fondement* »<sup>280</sup>. De ce fait, l'abstention du Conseil à contrôler de manière approfondie certaines dispositions soumises à son examen, comme il le fait dans beaucoup d'autres décisions, dessine une frontière entre décision juridictionnelle et décision politique, entre l'examen de la constitutionnalité des dispositions contrôlées et l'appréciation de leur opportunité, qu'il conviendrait de faire perdurer afin que la source de pouvoir ainsi légitimée conserve « sa plénitude et sa force symbolique[s] »<sup>281</sup>.

C'est pourquoi le Conseil justifie son effacement dans le contrôle du choix des moyens en déclarant que s'il « a compétence pour statuer sur la constitutionnalité d'une loi soumise à son examen sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, *il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'opportunité de dispositions législatives* »<sup>282</sup>, ou encore en affirmant qu'il « ne saurait, *sans outrepasser les limites des pouvoirs que lui a confiés la Constitution*, adresser une telle injonction au législateur »<sup>283</sup>. Avouant dans ses commentaires officiels que c'est en réalité « la limite des pouvoirs que lui a confiés *le constituant* »<sup>284</sup> que le Conseil cherche à ne pas franchir, celui-ci voue sa jurisprudence à une certaine pérennité, l'interprétation de la Constitution pouvant (voire devant) être évolutive, là où l'intention du constituant (originaire, suggère la décision) est supposée fixe. Au demeurant, le Conseil ne va pas, dans cette logique, au-delà d'une telle « invitation implicite à légiférer »<sup>285</sup>, qui est, par ailleurs, plus rare que ce qu'il n'y paraît ; il est plus fréquent de voir le Conseil se refuser à indiquer, par exemple, quelle délimitation des circonscriptions électorales serait « *la plus équitable possible* » ou « *la plus juste possible* », tout en prenant le soin de mentionner, outre l'absence de méconnaissance manifeste des dispositions constitutionnelles, « qu'il ne lui incombe pas davantage de faire des propositions en ce sens, comme peut être amené à le faire le Conseil d'État dans l'exercice de ses fonctions administratives », et ce « *quel que puisse être le caractère discutabile des motifs d'intérêt général invoqués* pour justifier la délimitation [des] circonscriptions »<sup>286</sup>. Le juste et l'équitable sont donc hors de portée du Conseil constitutionnel, qui s'efface devant la liberté d'appréciation du Parlement, peu importe le caractère (politiquement) discutabile des motifs qui l'animent, en raison, en l'espèce, du « progrès global qui résultait des nouvelles délimitations » et de la « complexité des situations locales »<sup>287</sup>, révélateurs de son réalisme. Cette analyse explique l'interdiction que le Conseil se fait à lui-même de « *substituer son appréciation* à celle du législateur sur les moyens » mis en œuvre<sup>288</sup>, notamment lorsqu'il a « pris en compte des considérations éthiques et sociales qui *relèvent de sa seule appréciation* »<sup>289</sup>. Veillant ainsi à « ne pas entrer dans un débat qui est philosophique et politique » ou dans « dans l'appréciation des arguments éthiques de la controverse »<sup>290</sup>, le Conseil rappelle que son rôle n'est pas de statuer sur le fond du débat, du moins dans sa dimension éthique, ce qui l'amènerait à trancher un problème extra-juridique alors qu'il « n'est pas [...] un organe de décision politique ; il est chargé de dire le droit, de veiller au respect des règles constitutionnelles dans les limites et dans les conditions fixées par la Constitution »<sup>291</sup>. Le « confinement du contrôle »<sup>292</sup> de constitutionnalité laisse ainsi libre et entier le choix politique opéré par le Parlement en toute opportunité.

<sup>279</sup> GICQUEL (J.-E.), « Le Conseil constitutionnel et le mandat parlementaire », *N.C.C.C.*, n° 38, 2013, p. 75.

<sup>280</sup> SIMARD (A.), « Légalité et légitimité (d')après Max Weber », *Aspects sociologiques*, 2005, n° 1, p. 173.

<sup>281</sup> GOYARD-FABRE (S.), « La légitimité », *Revue de Théologie et de Philosophie*, 1990, n° 2, p. 235.

<sup>282</sup> C. const., n° 89-261 DC, 28 juill. 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. 15.

<sup>283</sup> C. const., n° 2003-483 DC, 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, cons. 26.

<sup>284</sup> Comm. off. de C. const., n° 2003-483 DC, *op. cit.*, p. 8.

<sup>285</sup> GAY (L.), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 57, 2004, p. 29-31.

<sup>286</sup> C. const., n° 86-218 DC, 18 nov. 1986, *Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, cons. 10 à 12. – C. const., n° 2010-602 DC, 18 févr. 2010, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009*, cons. 19 à 23.

<sup>287</sup> Comm. off. de C. const., n° 2010-602 DC, *op. cit.*, p. 2.

<sup>288</sup> C. const., n° 2012-282 QPC, 23 nov. 2012, *Association France Nature Environnement et autre*, cons. 8.

<sup>289</sup> C. const., n° 2010-2 QPC, *op. cit.*, cons. 14.

<sup>290</sup> Comm. off. de C. const., n° 2010-2 QPC, *op. cit.*, p. 6.

<sup>291</sup> FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, 14<sup>e</sup> éd., p. 299.

<sup>292</sup> VEDEL (G.), « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », *C.C.C.*, n° 1, 1996.

Pour les mêmes raisons, le contrôle de l'adéquation des moyens aux fins se restreint au manifeste : le Conseil, rappelant ne pas disposer d'un pouvoir « de même nature que celui du Parlement », souligne « qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, *dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à cet objectif* »<sup>293</sup>. C'est donc plus un contrôle de la cohérence « interne » du texte, qui plus est limité au manifestement inapproprié, qu'un véritable contrôle de constitutionnalité que mène le Conseil constitutionnel en l'espèce, contrairement au contrôle du choix de l'objectif en question<sup>294</sup>.

L'intensité de celui-ci dépend, d'une part, de la valeur ou non constitutionnelle de l'objectif visé : alors que le contrôle de la poursuite d'un objectif « législatif » est, une fois de plus, limité à l'erreur manifeste<sup>295</sup> ou à la disproportion manifeste<sup>296</sup>, celui de la poursuite d'un objectif de valeur constitutionnelle n'est que légèrement moins restreint. Effectivement, après avoir rappelé la compétence législative énoncée à l'article 34, et en annonçant que le pouvoir de décision dont il contrôle l'exercice « ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel », le Conseil tient toutefois à mentionner que pour parvenir à la réalisation desdits objectifs, le législateur demeure entièrement libre de « choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées » et « dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité »<sup>297</sup>, la poursuite d'un tel objectif autorisant même l'adoption d'une législation plus rigoureuse pour les libertés publiques que celle qui la précédait<sup>298</sup> (confortant ainsi le Parlement dans son monopole de la contrainte *légitime*). D'autre part, l'intensité du contrôle dépend de considérations extérieures (analogues à celles mentionnées jusqu'ici) au Conseil. Même récemment, concernant l'objectif de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions, et celui, fraîchement découvert, de « protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains », le Conseil constitutionnel a estimé, toujours après avoir rappelé sa formule incantatoire, qu'il ne pouvait « remettre en cause, *au regard de l'état des connaissances* », ou « *en l'état des connaissances et des techniques* », les dispositions contestées<sup>299</sup>. Autrement dit, de l'aveu d'un Conseil assurément réaliste, avouant et assumant que tout ce qu'il sait, c'est qu'il ne sait rien, le doute provoqué par « l'état » des connaissances « absout » le législateur de tout reproche d'inconstitutionnalité ou de défaut d'opportunité, mettant ainsi en exergue la « sagesse avérée » du Conseil face à la « sagesse présumée » du Parlement et au caractère souverain des choix qu'il porte tant sur les moyens que sur les finalités poursuivies. D'aucuns soulignent à cet égard que « ce respect de la frontière qui sépare la décision juridictionnelle de la décision politique doit être salué »<sup>300</sup>. Par conséquent, l'autolimitation du Conseil constitutionnel, plus fréquente que ce qu'il n'y paraît<sup>301</sup>, est une base de légitimité institutionnelle directe pour le Parlement, dont l'autorité politique en ressort grandie. Un contrôle de constitutionnalité plus approfondi peut étrangement avoir le même effet.

---

<sup>293</sup> C. const., n° 2001-444 DC, 9 mai 2001, *Loi organique modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale*, cons. 3.

<sup>294</sup> *Ibid.*, cons. 4 : « l'objectif que s'est ainsi assigné le législateur n'est contraire à aucun principe, ni à aucune règle de valeur constitutionnelle ».

<sup>295</sup> *Ibid.* – V. également C. const., n° 2012-660 DC, *op. cit.*, cons. 30 à 33.

<sup>296</sup> C. const., n° 2014-4909 SEN, 23 janv. 2015, *Yonne*, cons. 8.

<sup>297</sup> C. const., n° 2010-617 DC, 9 nov. 2010, *Loi portant réforme des retraites*, cons. 8.

<sup>298</sup> C. const., n° 84-181 DC, 11 oct. 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 47.

<sup>299</sup> C. const., n° 2019-823 QPC, 31 janv. 2020, *Union des industries de la protection des plantes*, § 9. – C. const., n° 2018-761 QPC, 1<sup>er</sup> févr. 2019, *Association Médecins du monde a.*, § 12 à 16. – C. const., n° 2012-249 QPC, 16 mai 2012, *Société Cryo-Save France*, cons. 8.

<sup>300</sup> MATHIEU (B.), « La QPC un an après. De quelques leçons, de quelques questions », *LPA*, 2011, n° 89, p. 61.

<sup>301</sup> A en croire les chiffres donnés par Méliandre Talon dans son article précité.

## B) Une légitimité confortée par l'examen actif de constitutionnalité mené par le Conseil.

La relation, voire le conflit, entre légitimité et légalité (ou, en l'occurrence, constitutionnalité), est loin d'être systématique ; pourtant, elle explique une large partie des décisions du Conseil constitutionnel à l'occasion desquelles celui-ci, par l'examen actif de la constitutionnalité des dispositions contrôlées, rehausse la position institutionnelle du Parlement, faisant ainsi écho aux doctrines de l'Etat bureaucratique, chez qui ces deux termes se confondent, puisque « la forme de légitimité actuellement la plus courante consiste dans la croyance en la légalité, c'est-à-dire la soumission à des statuts formellement corrects et établis selon la procédure d'usage »<sup>302</sup>. Donnent raison à cette école les juristes qui, après avoir rappelé que le terme « légitimité » dérive de *legitimus* (établi par la loi, conforme aux règles), définissent celle-ci comme la « conformité d'une institution à une norme supérieure juridique ou éthique, ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement et politiquement l'autorité de cette institution », bien qu'ils précisent : « ne pas confondre avec légalité »<sup>303</sup>. L'ordre constitutionnel constitue à l'évidence la norme supérieure dont il est ici question ; cette donnée impliquerait que la valorisation du pouvoir d'appréciation et de décision du Parlement par la jurisprudence du Conseil constitutionnel représente, en réalité, le prolongement de l'œuvre constituante de 1958, ayant vocation à consacrer la Constitution comme norme juridique « digne de ce nom ». Si la question de savoir qui de la poule ou de l'œuf<sup>304</sup> sera traitée en temps voulu, il convient à ce stade d'exposer comment le champ (plus ou moins libre) laissé au Parlement, en tant que décideur « suprême » le temps du sommeil du constituant primaire, peut se concevoir comme la manifestation de la valorisation d'une légitimité institutionnelle dérivant non pas du pouvoir de décider sur des questions politiquement ou socialement sensibles, mais de la Constitution elle-même (au sens large).

Que le contrôle mené par le Conseil soit restreint ou plus approfondi, le pouvoir d'appréciation et de décision du Parlement ne peut s'exercer que dans le respect des règles constitutionnelles. Cependant, celui-ci peut s'avérer plus permissif que contraignant lorsqu'il représente la base juridique nécessaire de l'élargissement de son champ de décision politique autonome. Ce dernier est manifeste quand le Conseil soutient, après avoir rappelé la compétence que lui confère l'article 61, qu'il « ne lui appartient pas de faire porter son contrôle sur des critiques d'ordre rédactionnel qui sont sans rapport avec des dispositions constitutionnelles »<sup>305</sup>, justifiant ainsi le libre style adopté dans le texte contrôlé par l'absence de disposition constitutionnelle prohibitive. Il est encore plus flagrant lorsque, face à des saisissants soutenant que la date d'effet d'une disposition supprimant une exonération fiscale était « excessivement sévère », le Conseil déclare que « cette critique de l'opportunité du choix de la date est *sans portée sur le plan constitutionnel* ; [...] qu'il suit de là que la date d'effet conférée par le législateur à cette mesure n'est *pas contraire* à la Constitution »<sup>306</sup>. Cette dernière assertion, suggérant un contrôle plus relâché que la déclaration de *conformité*, marque « une absolue un peu regrettée, une sorte d'acquiescement au bénéfice du doute », le Conseil se contentant de rechercher une « erreur juridique objective sans malignité »<sup>307</sup>, sans, en l'espèce, la trouver. Son choix soulignerait ainsi « l'absence de textes constitutionnels lui permettant de sanctionner ou valider les choix réalisés »<sup>308</sup>.

Devant le Conseil des Sages, le « Parlement législateur » est donc à l'abri des critiques n'invokant pas l'argument constitutionnel : comme le rappelait le Président Badinter, « *la sévérité excessive n'[étant] pas inconstitutionnelle* », « nous serions une troisième chambre si nous censurons la loi »<sup>309</sup>. Cette considération explique tant l'autolimitation que le contrôle poussé : si le Conseil s'efface à l'égard d'un

<sup>302</sup> Traduit de WEBER (M.), *Wirtschaft und Gesellschaft*, Vol. I, Tubingue, J.C.B. Mohr, 1947, p. 19.

<sup>303</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 603.

<sup>304</sup> Le Conseil est-il devenu juge parce que la Constitution est devenue norme, ou l'inverse ?

<sup>305</sup> C. const., n° 86-216 DC, 3 sept. 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 20, face à des saisissants argumentant que la disposition en question n'avait « aucun sens » du fait de son manque de précision.

<sup>306</sup> C. const., n° 89-268 DC, op. cit., cons. 37 à 39.

<sup>307</sup> VEDEL (G.), « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (II) », C.C.C., n° 2, 1997.

<sup>308</sup> NICOLAS (G.), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 92, 2012, p. 878.

<sup>309</sup> Compte-rendu de la séance du 28 déc. 1989, p. 29.

Parlement qui « n'a fait *qu'exercer sa compétence sans porter atteinte à une exigence constitutionnelle* »<sup>310</sup>, il a également pu considérer « qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales qui doivent être retenus pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée »<sup>311</sup>. Ainsi, le Conseil constitutionnel rappelle « qu'il ne doit pas se faire législateur, y compris dans la définition des principes fondamentaux [...] que doit utiliser le pouvoir législatif, dans l'exercice de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution »<sup>312</sup>. C'est au Parlement et au Parlement seul qu'il revient, comme l'indique la mention de la « formule *IVG* » dans ces décisions, d'apprécier la teneur des « principes fondamentaux » mentionnés à l'article 34. Comme l'affirmait Georges Vedel, « en théorie, il est facile de distinguer, pour prendre le langage du Conseil d'Etat, la légalité et l'opportunité. Mais en fait, il y a des cas où l'opportunité est une des conditions de la légalité »<sup>313</sup>. L'axiome interdisant au Parlement tout ce que la Constitution ne lui autorise pas expressément serait donc en partie erroné : la Constitution confère au Parlement toute opportunité pour apprécier, lorsque la situation et les textes le rendent seul capable d'en décider, les dispositions à prendre.

L'examen actif de constitutionnalité peut être, davantage que la Constitution (prenant le Conseil pour médiateur), source de légitimité institutionnelle. En contentieux *a priori*, le Conseil a été ainsi amené à soutenir que « l'objet de ce contrôle est non de gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif *mais d'assurer sa conformité à la Constitution* »<sup>314</sup>. L'existence même du contrôle de constitutionnalité a donc pour objet d'assurer la plénitude du pouvoir législatif dans son sens contemporain ; se refusant ainsi, notamment en matière financière, « de procéder aux rectifications de la loi de règlement demandées par les requérants »<sup>315</sup>, le Conseil vise paradoxalement « à renforcer le pouvoir financier du Parlement [...] en encourageant ses contrôles »<sup>316</sup>. De même, plusieurs exemples montrent que le contrôle opéré retient pour principe la maxime « la fin justifie les moyens » : en énonçant que « dans ces circonstances, le législateur [...] a tendu, non à censurer la décision du Conseil d'Etat ou à enfreindre le principe de séparation des pouvoirs, mais à pourvoir, *comme lui seul pouvait le faire*, à une situation qui, quelles que soient les erreurs qui ont pu être commises par l'administration, doit être réglée conformément aux exigences du service public et de l'intérêt général »<sup>317</sup>, le Conseil pose un *nihil obstat* peu voire pas exigeant quant aux moyens mis en œuvre, qu'il justifie par l'exclusivité de l'organe en capacité d'adopter ceux-ci afin de poursuivre l'intérêt en question (lequel est encore moins exigeant lorsqu'il est de valeur constitutionnelle<sup>318</sup>). C'est également pourquoi le Conseil décide d'écarter le grief tiré de la méconnaissance des exigences constitutionnelles face à des dispositions législatives visant, déclare-t-il, à « mettre fin à une divergence d'interprétation entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation »<sup>319</sup>. Peu importe les dégâts collatéraux, la constitutionnalité des dispositions en question n'est pas contestable dès lors qu'elles ont eu pour objet de mettre les deux têtes de la « conception française de la séparation des pouvoirs » au diapason, ou, pour reprendre le vocabulaire brédois, de les faire aller de concert. Le Conseil se refuse donc à soupçonner la commission d'une inconstitutionnalité par la violation du principe que le législateur a entendu défendre (la garantie des droits), lui accordant à la fois l'immunité constitutionnelle et une présomption de bonne action.

<sup>310</sup> Comm. off. de C. const., n° 2010-2 QPC, *op. cit.*, p. 6.

<sup>311</sup> C. const., n° 2010-45 QPC, 6 oct. 2010, *Noms de domaine Internet*, cons. 7.

<sup>312</sup> DRAGO (G.), « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 6, 2011.

<sup>313</sup> Compte-rendu des séances des 19 et 20 janv. 1981, *op. cit.*, p. 3.

<sup>314</sup> C. const., n° 85-197 DC, *op. cit.*, cons. 20.

<sup>315</sup> C. const., n° 2009-585 DC, 6 août 2009, *Loi de règlement des comptes et rapport de gestion pour l'année 2008*, cons. 7, le Conseil menant en l'espèce un véritable contrôle de l'exactitude des comptes. – V. également C. const., n° 85-202 DC, 16 janv. 1986, *Loi portant règlement définitif du budget de 1983*, cons. 5.

<sup>316</sup> BARQUE (F.), « Le Conseil constitutionnel et la sincérité de la loi de règlement », *JCP A*, 2009, n° 45, p. 2254.

<sup>317</sup> C. const., n° 85-192 DC, 24 juill. 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, cons. 10. – v. également C. const., n° 93-332 DC, *op. cit.*, cons. 8. – C. const., n° 2016-733 DC, 28 juill. 2016, *Loi rénovant les modalités d'inscription sur les listes électorales des ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne autre que la France pour les élections municipales*, § 7. – C. const., n° 86-224 DC, *op. cit.*, cons. 17.

<sup>318</sup> V. par ex. C. const., n° 97-390 DC, 19 nov. 1997, *Loi organique relative à la fiscalité applicable en Polynésie française*, cons. 3 et 13.

<sup>319</sup> C. const., n° 2013-322 QPC, 14 juin 2013, *M. Philippe W.*, cons. 8.

S'il est en revanche moins clément en QPC, où la réécriture de la loi, combinée au pouvoir d'abrogation, est plus explicite, le Conseil, malgré un contrôle approfondi aboutissant à déclarer l'inconstitutionnalité des dispositions contrôlées, préfère parfois, après avoir mentionné qu'il « ne lui appartient pas d'indiquer les modifications qui doivent être retenues pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée »<sup>320</sup>, reporter la date de l'abrogation qu'il prononce « afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité »<sup>321</sup> (toujours après avoir mentionné la différence de nature qui sépare son pouvoir de celui du Parlement). Combinant légalité (constitutionnelle) et légitimité, le Conseil renvoie alors au pouvoir d'appréciation et de décision du Parlement pour prendre d'autres mesures (s'il le souhaite) conformes à la Constitution, mais « non pré formatées »<sup>322</sup>. Autrement dit, le juge constitutionnel « ne corrige pas lui-même la loi car ce serait faire œuvre de législateur : *il laisse ce soin au Parlement*, qui doit voter lui-même les aménagements nécessaires et éventuellement renoncer à sa loi s'il considère que les annulations partielles prononcées lui enlèvent trop son sens »<sup>323</sup>. Il est donc possible d'y voir une technique « respectueuse par nature de la compétence du Parlement »<sup>324</sup>, qui conserve sa place éminente dans l'appréciation de l'opportunité des politiques publiques. Par conséquent, en modulant dans le temps l'effet de ses décisions, le Conseil deviendrait, plus largement, un véritable « garant de la séparation des pouvoirs »<sup>325</sup>. Si Conseil constitutionnel et Parlement forment désormais comme un « couple qui a appris à vivre ensemble »<sup>326</sup>, du fait, d'une part, de la valorisation des compétences normatives que le premier détient dans le cadre de sa participation à la fonction législative, et, d'autre part, de l'autolimitation du second face au champ autonome et élargi de décision politique du Parlement, la jurisprudence constitutionnelle est également marquée par le constat et le renforcement de la légitimité des autres organes et autorités de l'Etat.

---

<sup>320</sup> C. const., n° 2017-646/647 QPC, 21 juill. 2017, *M. Alexis K. et autre*, § 12.

<sup>321</sup> C. const., n° 2015-492 QPC, 16 oct. 2015, *Association Communauté rwandaise de France*, cons. 9. – C. const., n° 2014-404 QPC, 20 juin 2014, *Époux M.*, cons. 13. – C. const., n° 2018-733 QPC, 21 sept. 2018, *Société d'exploitation de moyens de carénage*, § 13.

<sup>322</sup> MATHIEU (B.), « La QPC un an après. De quelques leçons, de quelques questions », *op. cit.*

<sup>323</sup> FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, 14e éd., p. 579.

<sup>324</sup> DISANT (M.), « Les effets dans le temps des décisions QPC », *N.C.C.C.*, n° 40, 2013, p. 78.

<sup>325</sup> TILLI (N.), « La modulation dans le temps des effets des décisions d'inconstitutionnalité a posteriori », *RDP*, 2011, n° 6, p. 1591.

<sup>326</sup> DELCAMP (A.), « Le Conseil constitutionnel et le Parlement », *op. cit.*, p. 53. – v. également BERGOUGNOUS (G.), « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *N.C.C.C.*, n° 38, 2013, p. 7.

## SECTION II – LA CONSTRUCTION ET L’AFFIRMATION DE LÉGITIMITÉS ALTERNATIVES

L’appréhension de la théorie et du principe de la séparation des pouvoirs a permis au Conseil de constater et de renforcer d’autres formes de légitimités que celles qui s’attachent au rôle normatif ou à la position institutionnelle du Parlement. Celles-ci ont trait tant à l’existence même des autorités concernées qu’aux actes qu’elles sont amenées à prendre ; elles se divisent en deux groupes principaux. Ainsi, une analyse essentiellement diachronique de la jurisprudence constitutionnelle amène à constater la solidification de légitimités « constitutionnelles médiate », c’est-à-dire trouvant leur fondement dans une norme constitutionnelle – écrite ou non – mais nécessitant l’intervention du Conseil constitutionnel pour acquérir leur pleine portée (§ 1). De plus, elle conduit à mettre en exergue la base de légitimité et la force données à des autorités ou mesures, le plus fréquemment dérogatoires ou attentatoires à la séparation des pouvoirs, sur le fondement de raisons essentiellement pragmatiques et réalistes (§ 2).

### § 1 – Le constat empirique de légitimités constitutionnelles « médiate ».

Si l’utilisation de bases constitutionnelles formelles a fortement servi à asseoir la légitimité des autorités juridictionnelles, Conseil constitutionnel compris (A), l’utilisation de bases constitutionnelles « matérielles », c’est-à-dire ne trouvant pas de fondement textuel explicite, semble avoir principalement servi à conforter l’autorité du Conseil constitutionnel lui-même (B).

#### A) La légitimation des autorités juridictionnelles sur des bases constitutionnelles formelles.

Parmi les autorités ou organes dont la légitimité<sup>327</sup> a indéniablement été valorisée par le Conseil constitutionnel, certaines s’avèrent plus directement concernées par ses décisions, dont plusieurs consacrent et légitiment (à partir de dispositions constitutionnelles « mettant en œuvre » le principe de séparation des pouvoirs) leur existence même, alors que d’autres sont plus indirectement confortées par l’interprétation constitutionnelle des règles de compétence. La première catégorie ne semble comporter qu’un seul exemplaire : les juridictions, et en particulier les juridictions dites « suprêmes ». Si les années 1980 ont pu servir à affirmer l’indépendance de la « juridiction judiciaire » par la mention de l’article 64, et asseoir l’indépendance et la compétence de la « juridiction administrative » à coups de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République<sup>328</sup> – constitutionnalisant par-là même la dualité juridictionnelle, il a fallu attendre la révision de 2008 et le nouvel article 61-1 de la Constitution pour que le Conseil puisse constater sans peine que « la Constitution reconnaît deux ordres de juridictions au sommet desquels sont placés le Conseil d’État et la Cour de cassation », et par conséquent, qu’elle consacre « la dualité des ordres de juridiction »<sup>329</sup>. Les deux branches de celle-ci se sont vues elles-mêmes fortement légitimées dans leurs différentes figures et leur position institutionnelle respective. Ainsi, d’une part, les dispositions du Titre VIII de la Constitution sur l’autorité judiciaire ont permis au Conseil constitutionnel d’affirmer que celle-ci « comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet »<sup>330</sup>, alors qu’une telle solution pouvait ne pas aller de soi<sup>331</sup>. La logique est similaire, et moins contestable, lorsque le Conseil déclare, sur le fondement des articles 16 de la Déclaration des droits et 64 et 65 de la Constitution, que « l’indépendance du Conseil supérieur de la magistrature concourt à l’indépendance de l’autorité judiciaire »<sup>332</sup>. De même,

<sup>327</sup> Démocratique, institutionnelle, normative... le qualificatif approprié dépendra du cas étudié.

<sup>328</sup> C. const., n° 80-119 DC, *op. cit.*, cons. 6. – C. const., n° 86-224 DC, *op. cit.*, cons. 15.

<sup>329</sup> C. const., n° 2010-71 QPC, 26 nov. 2010, *Hospitalisation sans consentement*, cons. 35 et 37. – C. const., n° 2009-595 DC, *op. cit.*, cons. 3.

<sup>330</sup> C. const., n° 93-326 DC, 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*, cons. 5.

<sup>331</sup> Compte-rendu de la séance du 11 août 1993, p. 9 et 10.

<sup>332</sup> C. const., n° 2010-611 DC, 19 juill. 2010, *Loi organique relative à l’application de l’article 65 de la Constitution*, cons. 5 et 12.

d'autre part, en interdisant qu'un projet de loi déposé sur le Bureau de l'Assemblée puisse différer tant de celui soumis au Conseil d'État que de celui adopté par lui, le Conseil a imposé, sur le fondement de l'article 39 de la Constitution, que les délibérations et modifications des projets de loi en Conseil des ministres ne peuvent avoir lieu qu'à la condition que celui-ci soit « éclairé par l'avis du Conseil d'Etat »<sup>333</sup>. Reprenant et adaptant la jurisprudence administrative<sup>334</sup>, le Conseil constitutionnel, empreint de réalisme<sup>335</sup>, « renforce le poids du contrôle préalable de la loi, faisant de celui-ci *un point de passage obligé* qui réduit la marge de liberté gouvernementale dans la modification du texte initial de la loi »<sup>336</sup>. C'est donc bien l'existence même des différents visages de l'autorité judiciaire et du juge administratif, et, pour ce dernier, de sa participation à la fonction législative, qui sont confortées par le Conseil constitutionnel.

Ce dernier n'est d'ailleurs pas à ignorer des présentes réflexions, bien que la confortation de sa propre existence vacille entre légitimation directe et indirecte. En effet, en soutenant qu'il « résulte de *l'ensemble des dispositions du titre VII de la Constitution* que le constituant a entendu garantir l'indépendance du Conseil constitutionnel »<sup>337</sup>, celui-ci a proclamé « une vraie déclaration d'indépendance d'un pouvoir public qui exerce une mission juridictionnelle »<sup>338</sup>, et consolidé sa place dans le paysage institutionnel français. Cette « mission » a pu servir de base à l'affirmation tout aussi directe de sa légitimité, d'une part, en tant que véritable « juridiction » en matière électorale sur le fondement de l'article 62 de la Constitution<sup>339</sup>, et, d'autre part, en tant qu'« organe juridictionnel » en matière de contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois<sup>340</sup> sur le fondement d'une autonomie financière qui, explique-t-il, « garantit » et « relève » de la séparation des pouvoirs »<sup>341</sup>. La légitimité du Conseil constitutionnel ne serait donc pas contestable sur le plan organique.

Plus problématique, et plus indirectement affirmée, est sa légitimité « démocratique » au regard de deux « éléments » dont dépend la légitimité de tout juge constitutionnel<sup>342</sup> : les compétences qu'il exerce et son pouvoir d'interprétation, voire de création selon les doctrines, des normes constitutionnelles. Sur le premier point, si plusieurs auteurs voient dans certaines décisions, voire dans l'existence même d'un contrôle de constitutionnalité des lois, une « forme de régression démocratique »<sup>343</sup>, ou encore un Conseil qui « teste sa légitimité »<sup>344</sup> en prenant part à la fonction législative, masqué d'une autolimitation de surface, l'argument ne tient pas : en participant à la fonction législative, point qui recevra ses propres développements, le juge constitutionnel contribue à l'expression de la volonté générale, volonté imputée au souverain, et se présente donc comme un représentant du peuple souverain<sup>345</sup>. Hauriou lui-même faisait de la participation à l'exercice de la souveraineté un des « titres de légitimité »<sup>346</sup> des juridictions, bien qu'il s'agissait non de la souveraineté politique, mais de la « souveraineté juridique », c'est-à-dire du « règne de la loi établie », celui de la loi à établir relevant de la souveraineté politique<sup>347</sup>. Cette remarque, loin

---

<sup>333</sup> C. const., n° 2003-468 DC, 3 avr. 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, cons. 7.

<sup>334</sup> C.E., 15 mai 2000, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, req. n° 193725, cons. 2.

<sup>335</sup> Comm. off. de C. const., n° 2003-468 DC, *op. cit.*, p. 3 : la solution inverse « se heurtait toutefois à des considérations objectives difficilement contournables. On sait en effet que le taux d'abstention a atteint un niveau très élevé en France. Il s'agit là malheureusement d'un phénomène massif, structurel et indiscutable, *de ceux dont le juge des lois ne peut faire abstraction* ». Il admet que le Conseil d'Etat « "chapeaute" toutes les autres instances consultatives, que son avis (le dernier rendu) est prévu par la Constitution et qu'il concourt, par son intervention, à la qualité et à la constitutionnalité de la loi ».

<sup>336</sup> DRAGO (G.), « La confection de la loi sous la Ve République : pouvoir législatif ou fonction partagée ? », *Droits*, n° 43, 2006, p. 65.

<sup>337</sup> C. const., n° 2008-566 DC, 9 juill. 2008, *Loi organique relative aux archives du Conseil constitutionnel*, cons. 6.

<sup>338</sup> CAMBY (J.-P.), « Les archives du Conseil constitutionnel : déclaration d'indépendance », *LPA*, 2008, n° 192, p. 6.

<sup>339</sup> C. const., n° 58-90bis AN, 5 mai 1959, *A.N., Lozère (2ème circ.)*, cons. 1<sup>er</sup>.

<sup>340</sup> C. const., n° 2011-642 DC, 15 déc. 2011, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2012*, cons. 6 à 8.

<sup>341</sup> C. const., n° 2001-448 DC, 25 juill. 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. 25. – C. const., n° 2001-456 DC, 27 déc. 2001, *Loi de finances pour 2002*, cons. 47. – Comm. off. C. const., n° 2011-642 DC, p. 10.

<sup>342</sup> FAVOREU (L.), « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, n° 2, p. 557.

<sup>343</sup> PIKETTY (T.), *Le capital au XXIème siècle*, Seuil, « Les livres du nouveau monde », 2013, p. 931.

<sup>344</sup> COLLET (M.), « Le Conseil constitutionnel teste sa légitimité », *Libération*, 21 mars 2013.

<sup>345</sup> Telle est l'argumentation de Michel Troper.

<sup>346</sup> FOULQUIER (N.), « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum*, n° 2, 2009.

<sup>347</sup> HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Sirey, 2e éd., 1916, p. 36 s. et p. 642 s.

d'attenter à la légitimité du Conseil constitutionnel, fait au contraire de celui-ci un élément vital du régime représentatif français, dans la mesure où il personnifie « l'institution de la mesure démocratique »<sup>348</sup>. Il serait ainsi investi « d'une nouvelle légitimité démocratique : celle de veiller [...] au respect, à la cohérence et à la stabilité des principes placés par le pouvoir constituant ou le législateur lui-même au sommet de la hiérarchie des normes »<sup>349</sup>.

Sur le second point, l'argument tenant au pouvoir créateur de normes constitutionnelles, et donc au « gouvernement des juges », ne tient pas non plus : si certains soutiennent qu'en donnant un sens à une disposition qui en eût été dépourvue avant son interprétation par le Conseil, celui-ci « fait faire un bond en arrière à la démocratie de plusieurs millénaires »<sup>350</sup>, la légitimité du Conseil tient précisément aux compétences que la Constitution lui confère, et qu'il a toujours, face aux expressions les plus directes de la souveraineté nationale, refusé d'outrepasser. A cet égard, il a rappelé, chaque fois qu'il était saisi, sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, des lois adoptées par référendum ou des révisions constitutionnelles, ou de toute autre demande qui n'eût pas porté sur l'appréciation de la constitutionnalité d'une disposition législative, que « la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution »<sup>351</sup>, ou que « la Constitution a strictement délimité la compétence du Conseil constitutionnel »<sup>352</sup>. Du reste, l'interprétation constitutionnelle fait partie intégrante de son office, lequel ne peut s'étendre à l'établissement d'une supra-constitutionnalité ou d'un pouvoir « juris-constituant » : comme le Conseil le rappelle lui-même, « le pouvoir constituant est souverain »<sup>353</sup>. Cette position respectueuse du texte et de « l'esprit de la Constitution » démontre que c'est la « plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle qui légitime le contrôle de la constitutionnalité des lois. [...] Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts »<sup>354</sup>. Bien que cette hypothèse soit devenue rare<sup>355</sup>, elle illustre que c'est bien parce que le Conseil fait partie d'un cercle restreint d'organes aux compétences définies et n'exerçant pas, chacun, tout le pouvoir, mais un certain pouvoir, ou une fraction de ce pouvoir, qu'il ne peut être accusé de gouverner le jeu démocratique, ou même le jeu politique<sup>356</sup>. Autrement dit, « la légitimité démocratique du juge constitutionnel français a pour fondement son statut de pouvoir constitué »<sup>357</sup>, ou, comme l'affirme le Conseil à propos de lui-même, son statut de « pouvoir public constitutionnel »<sup>358</sup>, cercle restreint dans la mesure où il ne suffit pas que l'indépendance de l'autorité en question trouve son fondement dans la Constitution pour que celle-ci reçoive une telle qualification<sup>359</sup>.

Certes, une partie de la doctrine, par des thèses comme celle du « lit de justice »<sup>360</sup>, a servi à légitimer *a posteriori* l'existence et le pouvoir du Conseil constitutionnel en lui conférant une autorité morale « trompe l'œil » érudite – l'étude des réserves d'interprétation le (re)montrera – son emprise incontrôlée et incontrôlable sur la « bonne marche » de l'Etat et sa conduite face à des situations futures par,

<sup>348</sup> ROUSSEAU (D.), « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus Politicum*, n° 7, 2012.

<sup>349</sup> SAUVÉ (J.-M.), « L'étendue et les limites du pouvoir du juge », Intervention à l'occasion d'un Colloque européen sur le juge et la politique, 31 oct. 2014.

<sup>350</sup> ROUSSILON (H.), « Le Conseil constitutionnel : une légitimité contestée », in RAIBAUT (J.) et KRYNEN (J.) (dir.), *La légitimité des juges*, Presses Toulouse 1, « Travaux de l'IFR », 2004, p. 119-126.

<sup>351</sup> C. const., n° 62-20 DC, 6 nov. 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*, cons. 1<sup>er</sup>. – C. const., n° 92-313 DC, *op. cit.*, cons. 1<sup>er</sup>. – C. const., n° 2003-469 DC, 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, cons. 1<sup>er</sup>. – C. const., n° 2014-392 QPC, 25 avr. 2014, *Province Sud de Nouvelle-Calédonie*, cons. 6.

<sup>352</sup> C. const., n° 61-1 AUTR, 14 sept. 1961, *Demande d'avis présentée par le Président de l'Assemblée nationale (Recevabilité de la motion de censure)*, cons. 1<sup>er</sup>. – C. const., n° 2019-2 AUTR, 24 oct. 2019, *Demande de M. Jean LASSALLE a.*, cons. 1<sup>er</sup>.

<sup>353</sup> C. const., n° 92-312 DC, 2 sept. 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 19.

<sup>354</sup> VEDEL (G.), « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, n° 2, p. 173.

<sup>355</sup> La révision de 2008 a par exemple invalidé la jurisprudence sur les « ratifications implicites » des ordonnances à l'article 38 de la Constitution.

<sup>356</sup> MEUNIER (J.), « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 31.

<sup>357</sup> VEDEL (G.), « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (II) », *op. cit.*

<sup>358</sup> C. const., n° 2011-642 DC, *op. cit.*, cons. 7.

<sup>359</sup> C. const., n° 2011-626 DC, 29 mars 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, cons. 5.

<sup>360</sup> La même doctrine (G. Vedel) qui estimait que « s'agissant de juridictions ou d'organes juridictionnels souverains, il est certain que seul chacun d'entre eux peut déterminer sa propre compétence » : Compte-rendu de la séance du 11 juin 1981, *op. cit.*, p. 3.

d'un côté, un pouvoir normatif aujourd'hui incontesté et incontestable<sup>361</sup> (pourtant officialisé par la reconnaissance, par le constituant de 2008, de la possibilité pour le Conseil de moduler comme il l'entend sa jurisprudence), et, de l'autre, un contrôle presque hégémonique des activités de l'ensemble des autorités ou organes étatiques. Cependant, il n'en résulte pas pour autant une confusion des pouvoirs qui serait, à plus forte raison, antidémocratique. Sans aller jusqu'à considérer que les siècles de légicentrisme que la France a connus furent une parenthèse inutile, marquée non par le renouveau mais par la consolidation de l'Etat administratif sans véritable volonté de reconnaître un pouvoir constitutionnel, le visage de la démocratie a changé : c'est précisément en vertu de ce que le juge exerce « le seul contrôle sérieux de l'action de l'État » que « l'État de droit s'accomplit [...] en acceptant le contrôle de la presque totalité de ses décisions par un juge »<sup>362</sup>. La jurisprudence constitutionnelle, pour sa part, se présente comme une révérence, un « hommage au principe démocratique »<sup>363</sup>, dès lors qu'elle impose au législateur « de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »<sup>364</sup>. En d'autres termes, « loin de considérer que cette immixtion du juge constitutionnel dans l'exercice des diverses fonctions de l'État est une atteinte à la séparation des pouvoirs, il faut au contraire l'analyser comme une application de celle-ci. [...] Sous cet angle, le contrôle de la loi participe de l'équilibre des pouvoirs, en ce qu'il confère au juge une faculté d'empêcher limitant la puissance législative, mais aussi la puissance exécutive, voire juridictionnelle »<sup>365</sup>. Ainsi est-il nécessaire d'admettre la légitimité démocratique, institutionnelle, normative... du Conseil constitutionnel<sup>366</sup>, qui constitue la pierre angulaire, voire même la clé de voûte du temps, enfin venu, de la « démocratie constitutionnelle »<sup>367</sup>, où la loi n'exprime la volonté générale « *que* dans le respect de la Constitution » ; dit autrement, c'est parce qu'il est de l'essence du contrôle de constitutionnalité des lois de vérifier que ces dernières sont bien l'expression de la volonté générale que celui-ci « n'est pas un frein, ni un correctif à la démocratie, mais son instrument nécessaire »<sup>368</sup>. Le Conseil a donc su lui-même, par son audace ou par son autolimitation, conforter sa nécessité et son incommensurable pouvoir aux côtés d'autres institutions qui, à l'instar des « autres » juridictions, en sont ressorties davantage admises et grandies. Un tel constat est à préciser au regard de la fonction légitimante que le Conseil peut assigner à la séparation des pouvoirs dans ses ramifications non pas formelles, mais matérielles.

## B) La légitimation du juge constitutionnel par la délimitation de son autorité normative.

Le gouvernement du juge constitutionnel n'est pas à craindre, pour la raison qu'il n'est pas un risque. Si la légitimité du Conseil prend racine dans des sources textuelles formelles, elle est également matérialisée par le droit (et parfois le non-droit) qu'il produit et l'application qui en est – éventuellement – faite. Quelle que soit la force normative reconnue au premier, les contours de l'ordre juridictionnel, et ainsi de la séparation des pouvoirs, en sortent redessinés dans un sens opposé à une quelconque hégémonie normative absolue et absolutiste. Tant la théorie de l'aiguilleur, exposée et vérifiée plus haut, que la protection des droits fondamentaux, par laquelle le Conseil « se construit une nouvelle identité qui accroît son autorité et sa légitimité »<sup>369</sup>, ont contribué à asseoir sa jurisprudence et la nécessité de celle-ci sur des bases constitutionnelles matérielles, mais aussi extra-juridiques. Celles-ci manifestent en grande partie le réalisme

<sup>361</sup> DE BÉCHILLON (D.), « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », *op. cit.* – ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Pouvoir normatif du Conseil constitutionnel et stabilité de la norme », C.C.C., n° 24, 2008.

<sup>362</sup> ROLLAND (P.), « Faut-il craindre le gouvernement des juges ? », in WIEVIORKA (M.), *Rendre (la) justice*, Sciences Humaines, « Les entretiens d'Auxerre », 2013, p. 163.

<sup>363</sup> *Ibid.*, p. 167.

<sup>364</sup> C. const., n° 2004-500 DC, 29 juill. 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, cons. 13.

<sup>365</sup> ROBLOT-TROIZIER (A.), « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, p. 97.

<sup>366</sup> Dans et à travers sa jurisprudence, les réflexions afférentes à sa composition, son organisation, fonctionnement, etc., étant ici laissées de côté.

<sup>367</sup> SALAS (D.), « Quelle légitimité pour le juge en démocratie ? », in WIEVIORKA (M.), *Rendre (la) justice*, *op. cit.*, p. 175.

<sup>368</sup> TROPER (M.), « Justice constitutionnelle et démocratie », *op. cit.*, p. 331.

<sup>369</sup> JAN (P.), « Le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 99, 2001, p. 72.

grandissant du juge constitutionnel, qui, lui-même, lui confère un « surcroît de légitimité. [...] On peut ou bien affirmer que le juge exerce une forme de représentation différente de celle qui résulte de l'élection ou bien invoquer une sensibilité particulière aux contraintes de la réalité et montrer qu'elle garantit la production d'un droit de qualité »<sup>370</sup>. Ce dernier se rattacherait, en premier lieu, au caractère plus ou moins développé et persuasif de l'argumentation déployée dans ses décisions, que certains auteurs estiment avéré par la référence aux travaux parlementaires, qui renforcerait tant la légitimité du législateur que celle d'un Conseil se montrant comme son collaborateur<sup>371</sup> ; elle lui a ainsi permis de s'autoqualifier, certes d'une manière détournée, d'« organe juridictionnel »<sup>372</sup>. Il y aurait donc lieu de constater la « complémentarité nécessaire entre légitimité interprétative textuelle et légitimité interprétative auto-construite à travers la jurisprudence constitutionnelle française »<sup>373</sup>. Cependant, un tel constat est immédiatement à nuancer au regard de la faible motivation, trop souvent décriée, de ses décisions abordant la séparation des pouvoirs et tout un panel d'autres sujets. Encouragé par la pratique de l'autocommentaire, laquelle révélerait un « penchant [du moins] absolutiste »<sup>374</sup>, sinon « autoritaire »<sup>375</sup> de l'argumentation constitutionnelle, un tel mutisme ne favorise pas la production d'un droit « de qualité », mais d'un « droit moyen » et « faiblement normatif »<sup>376</sup>, c'est-à-dire qui présente l'apparence d'une réelle technicité tout en étant dépourvu. C'est pourquoi la légitimité du Conseil constitutionnel et de sa mission ne peut être simplement « auto-construite », mais se doit d'être reconnue et alimentée par les autres acteurs, en particulier constitutionnels. Leurs grâces n'étant pas acquises, c'est sur le mode autoritaire que le Conseil a cherché à imposer sa jurisprudence, en essayant notamment de s'élever au rang de cour suprême.

A cet égard, si l'autorité que les décisions du Conseil tirent de l'article 62 de la Constitution est au premier regard à classer dans la catégorie des sources formelles de légitimité, cette autorité présumée de chose jugée est en réalité bien souvent à ramener à une autorité « morale » ou « persuasive », soit à une influence acceptée plus qu'à une autorité proprement dite : l'article 62 « règle le problème de l'autorité des décisions du Conseil, mais non le problème de l'autorité de sa jurisprudence »<sup>377</sup>. En effet, le Conseil ayant très tôt posé que l'autorité visée par cette disposition « s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même »<sup>378</sup>, pointait déjà l'exclusion des *obiter dicta* et, plus largement, des motifs qui ne fondent ni ne se rapportent au dispositif, d'une autorité de chose jugée – logiquement – affranchie de la condition d'identité de parties. Il a plus tard confirmé cette conception « restrictive » de l'autorité de ses décisions en déclarant que celle-ci « est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi qui lui était alors soumise ; qu'elle ne peut être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue [...] en termes différents »<sup>379</sup>. S'il n'a jamais repris cette formule, estimant depuis qu'il n'en va « pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un *objet analogue* à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution »<sup>380</sup>, force est de constater que tant le Conseil d'Etat que la Cour de cassation s'en sont essentiellement tenus, du moins en apparence, à une appréhension formelle (et non substantielle comme le Conseil) de l'identité d'objet. L'analyse de « l'autorité » interprétative du

<sup>370</sup> TROPER (M.), « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op. cit.*.

<sup>371</sup> ROSA (A.), « La référence aux travaux parlementaires dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : un instrument de renforcement de la légitimité du juge et du législateur », *RFDC*, n° 99, 2014, p. 641 s.

<sup>372</sup> C. const., n° 2011-642 DC, *op. cit.*, cons. 6 s..

<sup>373</sup> SURIN (S.), « La légitimité interprétative du juge dans le procès constitutionnel », 2017, p. 13.

<sup>374</sup> BARANGER (D.), « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *op. cit.*.

<sup>375</sup> JOUANJAN (O.) et WACHSMANN (P.), « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et le statut pénal du chef de l'Etat », *op. cit.*.

<sup>376</sup> DENQUIN (J.-M.), « La jurisprudence du conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus Politicum*, n° 7, 2012.

<sup>377</sup> ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, PUF, « Droit fondamental », 2e éd., 1999, p. 276, citée par JOUANJAN (O.) et WACHSMANN (P.), « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et le statut pénal du chef de l'Etat », *op. cit.*.

<sup>378</sup> C. const., n° 62-18 L, 16 janv. 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, cons. 1<sup>er</sup>.

<sup>379</sup> C. const., n° 88-244 DC, 20 juill. 1988, *Loi portant amnistie*, cons. 18.

<sup>380</sup> C. const., n° 89-258 DC, *op. cit.*, cons. 13. – Jurisprudence constante : C. const., n° 2016-612 QPC, 24 févr. 2017, *SCI Hyéroise*, § 7.

Conseil doit, sur ce point, distinguer entre l'interprétation des dispositions constitutionnelles et celles des dispositions législatives.

Sur le plan constitutionnel, si le monopole conféré au Conseil constitutionnel pour apprécier la conformité des lois à la Constitution n'est réfuté ni par le juge judiciaire<sup>381</sup> ni par le juge administratif<sup>382</sup>, qui s'estiment tous deux incompétents pour contrôler la constitutionnalité d'une loi au stade de son application, aucun monopole de l'interprétation des dispositions constitutionnelles ne lui est reconnu. De nombreux cas révèlent effectivement un refus d'adopter l'interprétation du Conseil énoncée dans les motifs, même fondamentaux, de ses décisions. Ainsi les deux conseils ont-ils pu diverger, parmi de nombreux exemples, sur l'interprétation des articles 34 et 37 quant à la détermination de la compétence (législative ou réglementaire) à l'égard des contraventions assorties de peines privatives de liberté<sup>383</sup>, sur l'interprétation de l'article 8 de la Déclaration des droits quant au non-cumul de sanctions pénales et administratives<sup>384</sup>, etc. La jurisprudence judiciaire fournit davantage d'illustrations de la « stérilité » frappant la « *ratio decidendi* constitutionnelle »<sup>385</sup> ; sur un point aussi essentiel de la séparation des pouvoirs que la responsabilité pénale du chef de l'Etat, la Cour de cassation s'est très nettement écartée d'une partie de l'interprétation fournie par le Conseil de l'article 68 de la Constitution sous forme d'*obiter dictum*<sup>386</sup>, en rappelant l'absence de différence du point de vue de l'étendue, mais non de la portée, de l'autorité de chose jugée entre la Cour et le Conseil : « Si l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, ces décisions ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles *qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil* ; [...] Attendu que, *rapproché de l'article 3 et du titre II de la Constitution, l'article 68 doit être interprété en ce sens* »<sup>387</sup> que le Président ne bénéficie pas d'une immunité pénale aussi étendue que le laissait entendre le Conseil constitutionnel. La Cour demeurant suprême dans son ordre de juridiction, il fallait donc « qu'elle statue contre la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour s'y soumettre »<sup>388</sup>. D'aucuns en ont pour leur part déduit qu'une telle démarche tendait à « refuser [au Conseil] son rôle d'interprète premier de la Constitution »<sup>389</sup>, manifestant le « déficit chronique de légitimité dont souffrent toujours ses décisions » et revenant « ni plus ni moins à refuser que le Conseil constitutionnel puisse tenir rang de cour suprême dans l'ordre constitutionnel »<sup>390</sup>. Le fait que « la Cour de cassation a fini par usurper le rôle du Conseil constitutionnel et à s'arroger un pouvoir de dire la norme constitutionnelle »<sup>391</sup> présenterait donc à l'évidence un « problème de légitimité »<sup>392</sup> : la Cour, comme le Conseil d'Etat, se ferait « Sage à la place des Sages par simple crainte d'être reléguée en juridiction de second ordre »<sup>393</sup>.

Cependant, si les évolutions récentes ne vont pas dans le sens d'une prise en compte systématique de la jurisprudence constitutionnelle, la légitimité interprétative du Conseil se trouve être de plus en plus renforcée. D'une part, le critère de la « question nouvelle » posé à l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 pour la transmission d'une QPC au Conseil, ne s'apprécie pas au regard de la disposition contestée, mais de la disposition constitutionnelle à laquelle elle est confrontée<sup>394</sup>. Dit autrement, toute QPC

<sup>381</sup> Cass. crim., n° 72-93438, 26 févr. 1974, att. 1<sup>er</sup>. – Cass. crim., n° 97-80.916, 29 mars 2000, att. 3.

<sup>382</sup> C.E., 5 janv. 2005, *Deprez et Baillard*, req. n° 257341, cons. 4.

<sup>383</sup> C. const., n° 73-80 L, *op. cit.*, cons. 11. – C.E., Sect., 3 févr. 1978, *CFDT*, req. n° 01155 et 01180, cons. 3.

<sup>384</sup> C. const., n° 96-378 DC, 23 juill. 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, cons. 15. – C.E., 7 janv. 2004, *Colombani*, req. n° 232465, cons. 7 et 8.

<sup>385</sup> ROBERT (J.-H.), « Fiction : le droit pénal sans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in DRAGO (G.) *et al.*, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 182 et 186.

<sup>386</sup> C. const., n° 98-408 DC, 22 janv. 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, cons. 16.

<sup>387</sup> Cass., Ass. plén., n° 01-84922, 10 oct. 2001, *Breisacher*, att. 4 et 5.

<sup>388</sup> JOUANJAN (O.), « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et le statut pénal du chef de l'Etat », *op. cit.*

<sup>389</sup> GUILLAUME (M.), « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *N.C.C.C.*, n° 30, 2011, p. 59, 61 et 62.

<sup>390</sup> MOLFESSIS (N.), « La Cour de cassation réfute l'existence d'un ordre constitutionnel », *RTD Civ.*, 2002, n° 1, p. 169.

<sup>391</sup> CAPRON (Y.), « La force de l'argument constitutionnel devant la Cour de cassation », in DRAGO (G.) *et al.*, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 177.

<sup>392</sup> MOLFESSIS (N.), « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 100.

<sup>393</sup> GALLOIS (J.), « Prescription de l'action publique : quand la Cour de cassation se prend pour le Conseil constitutionnel », *AJ Pénal*, 2011, n° 11, p. 516.

<sup>394</sup> C. const., n° 2009-595 DC, *op. cit.*, cons. 21.

portant sur une disposition constitutionnelle qui n'a encore jamais été interprétée par le Conseil, ou dont l'interprétation par le Conseil a pu varier dans le temps, sera qualifiée de nouvelle, le juge procédant au renvoi étant alors présumé se conformer ultérieurement à l'interprétation retenue par le Conseil<sup>395</sup>. Ce dernier se voit ainsi conforté dans son rôle d'interprète « premier » de la Constitution. D'autre part, si les deux cours suprêmes ont longtemps pu, par l'absence de mention de l'article 62 ou d'une décision du Conseil qu'elles reprenaient parfois à l'identique<sup>396</sup>, « s'approprier » la jurisprudence de ce dernier, les tendances récentes se prêtent à la construction polyphonique d'un ordre juridique placé sous l'égide consentie de l'interprétation constitutionnelle fournie par le Conseil. Pour n'en donner qu'un seul exemple, la récente reconnaissance, par le Conseil d'Etat, du possible engagement de la responsabilité de l'Etat du fait d'une loi déclarée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel<sup>397</sup>, a fait de ce dernier le maître des conditions et limites de l'engagement de cette responsabilité. Interprétant l'article 62, le Conseil constitutionnel a lui-même reconnu que ces dispositions lui « réservent [...] le pouvoir de s'opposer à l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des dispositions déclarées inconstitutionnelles ou d'en déterminer les conditions ou limites particulières »<sup>398</sup>. Le Conseil d'Etat ayant ainsi décidé de « se placer sous l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel »<sup>399</sup>, une ère nouvelle est donc entamée vers une véritable autorité des interprétations constitutionnelles données par les Sages, le juge administratif construisant ainsi une « alliance avec le Conseil constitutionnel pour la défense de la Constitution »<sup>400</sup>.

La même conclusion ne peut être sérieusement être établie pour l'influence de l'interprétation des dispositions législatives par le Conseil. La réception de celle-ci est en réalité conditionnée tant par sa force persuasive que par les conditions et limites que lui apposent les juges administratif et judiciaire. En effet, ces derniers tiennent, en apparence, pour absolue la condition tenant au texte soumis à l'examen du Conseil, excluant ainsi l'autorité de ses décisions à l'égard de ceux qui auraient un « objet analogue », malgré la persistance de la jurisprudence constitutionnelle sur ce point ; le refus d'une quelconque autorité des réserves « par ricochet » par le Conseil d'Etat<sup>401</sup>, ou l'exclusion explicite de l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel à l'égard d'un texte substantiellement similaire par la Cour de cassation dans le passage précité de l'arrêt *Breisacher*, en sont d'éloquents illustrations. De même, les deux cours suprêmes ne se sentent liées que par l'interprétation figurant dans les seuls motifs qui fondent et soutiennent le dispositif<sup>402</sup> ; la Cour de cassation a ainsi pu librement se détacher de la qualification de la contribution sociale de solidarité par le Conseil constitutionnel qui, la rangeant dans la catégorie des « impositions de toutes natures » de l'article 34, excluait expressément la qualification de « cotisation sociale »<sup>403</sup>, pourtant reprise par la Cour, selon qui « il ne résulte pas de la décision du Conseil constitutionnel invoquée que son analyse de la contribution sociale de solidarité [...] soit liée à une déclaration d'inconstitutionnalité de la loi de finances déferée »<sup>404</sup>. Elle décidait ainsi de refuser l'autorité de chose jugée aux interprétations non contenues dans le dispositif et qui ne conditionnent pas la constitutionnalité de la disposition en question.

Les évolutions récentes conduisent à un constat partagé, mais mettant en lumière le « bon vouloir » des cours suprêmes comme condition de l'autorité de l'interprétation de la loi par le Conseil, aux côtés d'une stricte identité d'objet. De son côté, le Conseil d'Etat a clairement admis, pour l'application et

---

<sup>395</sup> V. par ex. C. const., n° 2012-281 QPC, 12 oct. 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires*. – C.E., 19 juin 2013, *M. Jean J.*, req. n° 356084, cons. 8.

<sup>396</sup> V. par ex. C. const., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 7. – C.E., Ass., 8 févr. 2007, *Arcelor*, req. n° 287110, cons. 11. – C. const., n° 2008-562 DC, 21 févr. 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*. – Cass. crim., n° 09-85.153, 16 déc. 2009, *Bouchaïb*.

<sup>397</sup> C.E., Ass., 24 déc. 2019, *Société Paris Clichy*, req. n° 425981, § 5 et 6.

<sup>398</sup> C. const., n° 2019-828/829 QPC, 28 févr. 2020, *M. Raphaël S. et autre*, cons. 16.

<sup>399</sup> ROBLLOT-TROIZIER (A.), « La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles », *RFDA*, 2020, n° 1, p. 149.

<sup>400</sup> LEROYER (S.), « La reconnaissance d'une responsabilité de l'Etat du fait des lois déclarées inconstitutionnelles : un cadeau empoisonné ? », *JP Blog*, 21 janv. 2020.

<sup>401</sup> C.E., Sect., 22 juin 2007, *Lesourd*, n° 288206, cons. 2. – C. const., n° 2001-455 DC, *op. cit.*, cons. 112 à 115.

<sup>402</sup> C.E., Ass., 20 déc. 1985, *SA Etablissements Outters*, req. n° 31927, cons. 1 et 2. – C. const., n° 82-124 L, 23 juin 1982, *Nature juridique des dispositions du premier alinéa de l'article 13 et du deuxième alinéa de l'article 14 de la loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964*, cons. 2 et art. 1<sup>er</sup>.

<sup>403</sup> C. const., n° 91-302 DC, 30 déc. 1991, *Loi de finances pour 1992*, cons. 12 et 13.

<sup>404</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, n° 03-30.406, 18 janv. 2005, *SNC Solano*, att. 5.

l'interprétation d'une loi, être lié par les réserves d'interprétation énoncées seulement dans les motifs d'une décision de conformité<sup>405</sup>, et dont il a plus récemment consacré « l'autorité absolue de la chose jugée »<sup>406</sup> dont la violation constitue un moyen que le juge doit soulever d'office. Une telle évolution, qui l'a même conduit à faire application des réserves « discrètes », c'est-à-dire mentionnées seulement dans les motifs d'une décision du Conseil et dont la qualité de réserve d'interprétation n'est pas explicitement affichée<sup>407</sup>, suggère ainsi de la part du Conseil d'Etat « bien plus qu'un *devoir* d'exécution des décisions, une influence reconnue, un *alignement nécessaire* »<sup>408</sup>, bien qu'il lui soit parfois nécessaire de se référer aux travaux parlementaires pour asseoir la force persuasive de l'interprétation fournie par le juge de la constitutionnalité des lois dans les seuls motifs de sa décision<sup>409</sup>. En revanche, la Cour de cassation n'accepte pas de se lier aussi définitivement à l'interprétation de la loi donnée par le Conseil constitutionnel ; si elle n'est pas totalement étrangère à la prise en compte de celle-ci, même lorsqu'elle n'est pas comprise dans le dispositif<sup>410</sup>, et à l'application du texte législatif « tel qu'interprété par la décision du Conseil »<sup>411</sup>, elle « demeure [entièrement] juge de l'existence, du sens et de la portée des motifs soutiens nécessaires du dispositif »<sup>412</sup>. Elle est notamment productrice de « jurisprudences de validation » (ou de lois de validation « à l'envers »), en ce sens qu'elle a pu, par exemple, recréer, en substance, un délit dont la base légale a pourtant été censurée par le Conseil, en combinant d'autres dispositions et en réhabilitant le motif permettant de caractériser une telle infraction, sanctionné non dans le dispositif mais dans les motifs de la décision du Conseil – qui sont pourtant le fondement même d'une telle censure<sup>413</sup>. Par conséquent, si la légitimité du Conseil constitutionnel « se mesure à l'adhésion à la contrainte nécessaire »<sup>414</sup> – nécessaire au maintien d'une certaine unité et homogénéité de l'ordre juridique et d'une relative sécurité juridique<sup>415</sup>, force est de constater qu'une telle adhésion est, en l'état actuel du droit français, trop variable et dépendante des autres juges pour que le Conseil puisse être regardé comme une véritable cour suprême : il appartient « au même genre que les juridictions ordinaires mais non à la même espèce »<sup>416</sup>. Dans la mesure où il est « de l'intérêt de chaque institution – Parlement, Conseil constitutionnel, juge administratif et juge judiciaire – de participer à ce concert dans le respect des prérogatives de chacun », « loin de porter atteinte à la séparation des pouvoirs, le dialogue entre pouvoirs a vocation à la renforcer : le spectre du "gouvernement des juges" en sera d'autant mieux conjuré »<sup>417</sup>. Si le Conseil représente, seul, un ordre juridictionnel, sa légitimité réside précisément dans le respect, par les juges administratif et judiciaire, de la seule compétence que la Constitution lui confère en monopole, à savoir l'appréciation de la constitutionnalité des lois, l'interprétation des dispositions constitutionnelles ou législatives ayant toujours été et demeurant ouverte à une communauté de porte-paroles et de métaphrastes : les juges arrêtent le juge.

<sup>405</sup> C.E., Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq*, req. n° 115052, cons. 7.

<sup>406</sup> C.E., 15 mai 2013, *Commune de Gurmençon*, req. n° 340554, cons. 4.

<sup>407</sup> C. const., n° 2015-527 QPC, 22 déc. 2015, *Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence*, cons. 12. – C.E., ord. réf., 25 avr. 2017, *M. A. B.*, req. n° 409677, § 3.

<sup>408</sup> BEZZINA (A.-C.), « À propos d'un nouveau moyen d'ordre public : l'autorité absolue des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel », *JCP A*, 2014, n° 16, p. 2124.

<sup>409</sup> C.E., 19 mai 2008, *Syndicat Sud-RATP*, req. n° 312329, cons. 4. – C. const., n° 2007-556 DC, 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, cons. 29.

<sup>410</sup> Cass. soc., n° 95-45198, 25 mars 1998, *Tallagnon*. – C. const., n° 90-285 DC, 28 déc. 1990, *Loi de finances pour 1991*, cons. 9, 24 et 43 à 46. – V. également Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, n° 04-50024, 22 mars 2005, *Plata Restrepo*.

<sup>411</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, n° 04-50055, 6 juill. 2005, *Belhaoua*.

<sup>412</sup> DESAULNAY (O.), « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *N.C.C.C.*, n° 30, 2011, p. 31-48.

<sup>413</sup> C. const., n° 2017-682 QPC, 15 déc. 2017, *Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II*, § 14 à 16. – Cass. crim., n° 19-80.136, 7 janv. 2020, *M. S.*, att. 6 et 7. – Cass. n° 19-86.706, 24 mars 2020.

<sup>414</sup> LANCELOT (A.), « La légitimation du juge constitutionnel par la sagesse », in RAIBAUT (J.) et KRYNEN (J.) (dir.), *La légitimité des juges*, *op. cit.*, p. 127-131.

<sup>415</sup> FAVOREU (L.), « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la responsabilité pénale du président de la République », *Rec. Dalloz*, 2001, p. 3365.

<sup>416</sup> FAVOREU (L.), « La légitimité du juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 571.

<sup>417</sup> FRAISSE (R.), « Le législateur et les juges en matière de responsabilité : duo ou duel ? », *AJDA*, n° 40, 2005, p. 2215.

## § 2 – L'édification corrélative de « légitimités dérivées ».

En fondant son raisonnement non plus sur des bases constitutionnelles explicites ou non, mais sur des considérations pratiques, qui plus est conciliantes, propres à la logique contemporaine d'effacement de l'Etat dans les secteurs régulés, le Conseil constitutionnel a permis aux autorités indépendantes de se multiplier et de redessiner le modèle français de séparation des pouvoirs en toute légitimité (A). Il a également fourni une assise aux entorses apportées à la séparation des pouvoirs à l'aide d'un raisonnement finaliste et averti des réalités politiques, économiques et sociales (B).

### A) La modélisation d'une séparation des pouvoirs répondant aux exigences et nécessités de notre temps.

Résultante du mouvement « d'agencification » issu des doctrines anglo-saxonnes du *new public management*, qui se fondent sur l'idée que les pouvoirs publics doivent « moins se préoccuper de ramer que de tenir le gouvernail »<sup>418</sup>, la profusion, dans les années 1970-1980, d'autorités administratives indépendantes (AAI) puis, à partir des années 2000, d'autorités publiques indépendantes (API), n'a pas été sans soulever d'innombrables interrogations quant à leur « nature organique » et aux fonctions qu'elles exercent. En effet, l'analyse du droit positif imposerait de constater que « les autorités de régulation assurent une mission qui les fait participer des trois fonctions de l'État »<sup>419</sup> : elles participeraient à la fonction législative par les avis qu'elles donnent sur des projets de loi les concernant, par leurs instructions et recommandations, et, plus largement, par l'intégralité du « droit souple » qu'elles produisent ; elles participeraient à la fonction exécutive par leur pouvoir de décision individuelle et, dans certains cas, par leur pouvoir réglementaire ; elles participeraient enfin à la fonction juridictionnelle par leurs pouvoirs de sanction, d'injonction, ou de règlement des différends<sup>420</sup>. Ces autorités assumant des missions et activités que l'Etat s'était auparavant assignées, le « schéma idéal » serait ainsi, à en croire une partie de la doctrine, « de les fusionner toutes. Cela s'appellerait : l'État »<sup>421</sup>. Présentant donc une apparente contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs, dans son volet négatif, les AAI, puis les API, n'ont pu se multiplier que grâce à une reconnaissance et à un encadrement explicites de leurs pouvoirs de la part des acteurs constitutionnels, notamment juridictionnels ; le Conseil constitutionnel a contribué à leur donner une base de légitimité dérivée de leur rattachement à un organe étatique précis et de la délimitation de l'étendue de leurs différents pouvoirs.

L'argument de la participation à la fonction législative est, même hors de la jurisprudence constitutionnelle, manifestement infondé ; prenant source dans une confusion latente entre loi et règle, il ignore que les compétences de ces autorités ne sont jamais générales et absolues, mais sont toujours (pré)définies et s'exercent dans un domaine particulier. De plus, il ne tient pas compte des évolutions jurisprudentielles ayant rendu possible la contestation d'une large part du « droit mou » qu'elles produisent par la voie d'un recours fondamentalement prohibé à l'égard de la loi, à savoir le recours pour excès de pouvoir<sup>422</sup>. Le Conseil ne semble pas s'être encore prononcé explicitement sur ce point<sup>423</sup>, mais la forte dépendance de ces autorités à l'égard de la loi, qui peut discrétionnairement mettre fin, de manière anticipée, au mandat de leurs dirigeants<sup>424</sup>, y compris lorsque leur activité « touche à l'exercice des libertés

<sup>418</sup> OSBORNE (D.) et GAEBLER (T.), *Reinventing Government : how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*, Plume, 1993, p. 25.

<sup>419</sup> EPRON (Q.), « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA*, 2011, n° 5, p. 1007-1018.

<sup>420</sup> La définition de ce que recouvrent ces fonctions restant, pour ce qui est de la jurisprudence du Conseil, à déterminer.

<sup>421</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), « Autorités administratives incomprises », *JCP A*, 2010, n° 49, p. 896.

<sup>422</sup> C.E., Ass., 21 mars 2016, *Fairvesta*, req. n° 368082, cons. 4. – C.E., Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, req. n° 390023, cons. 5. – C.E., 10 nov. 2016, *Bougon*, req. n° 384691, cons. 3 s. – C.E., 19 juill. 2017, *Société Menarini France*, req. n° 399766, § 19 s. – C.E., 13 déc. 2017, *Société Bouygues Telecom*, req. n° 401799, cons. 6 s. – C.E., Ass., 19 juill. 2019, *Le Pen*, req. n° 426389, § 4.

<sup>423</sup> V. cependant C. const., n° 86-217 DC, *op. cit.*, cons. 14.

<sup>424</sup> *Ibid.*, cons. 5, 82 et 83.

publiques »<sup>425</sup>, laisse présager sa position sur ce point. Un tel « mélange des genres », dans la mesure où le Conseil autorise « la pratique du législateur-administrateur ou du législateur-juge »<sup>426</sup>, semble donc être la contrepartie du pouvoir normatif innomé que détiennent ces autorités.

L'encadrement de leur pouvoir réglementaire illustre un contrôle parlementaire plus indirect, mais une nette délimitation de leur nature institutionnelle. En effet, si la jurisprudence du Conseil a pu avoir pour effet de « banaliser » ou de « normaliser »<sup>427</sup> le pouvoir réglementaire des autorités dites de régulation, ce dernier est explicitement reconnu comme n'étant pas autonome ou soumis à la seule loi : le Conseil, déclarant contraires à la Constitution (notamment son article 21) une disposition subordonnant les normes posées par décret en Conseil d'Etat aux règles générales fixées par la CNCL, a pris le soin de déclarer que rien ne fait obstacle « à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre, le soin de fixer, *dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements*, des normes permettant de mettre en œuvre une loi »<sup>428</sup>. Excluant donc tout monopole au profit des autorités indépendantes pour mettre en œuvre la loi dans le domaine où elles interviennent, le Conseil limite leur compétence réglementaire « en surface », mais aussi « en profondeur »<sup>429</sup>, dans la mesure où l'habilitation accordée par le législateur ne doit concerner « que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »<sup>430</sup>. Les autorités concernées ne pouvant intervenir qu'en vertu et dans le cadre fixé par les lois et règlements, et toute loi prévoyant une habilitation trop étendue étant censurée par le Conseil constitutionnel<sup>431</sup>, ce dernier aurait ainsi « marqué d'emblée son souci de faire prévaloir les principes inhérents au système de l'État de droit »<sup>432</sup> : le pouvoir réglementaire des autorités indépendantes demeure second et subordonné au pouvoir réglementaire national, détenu, sous réserve des dispositions de l'article 13 de la Constitution, par le Premier ministre. Même dans un domaine limité, ce pouvoir réglementaire ne se situe pas au même niveau, et n'est donc aucunement comparable, à la source réglementaire nationale.

Aucun doute n'est donc permis quant à la nature de telles autorités ; le Conseil, conscient de la trop grande autonomie (au sens étymologique du terme) que la concession d'un tel pouvoir était susceptible de leur conférer, a posé un certain nombre de garde-fous faisant clairement apparaître leur nature purement administrative. Ainsi, d'une part, dès lors que les autorités indépendantes peuvent se voir imposer, dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire, le respect des réserves d'interprétation du Conseil<sup>433</sup>, leur inclusion dans la catégorie des « autorités administratives et juridictionnelles » de l'article 62 de la Constitution doit *a minima* être constatée. Plus particulièrement, d'autre part, il semble inconcevable, pour le Conseil constitutionnel, que de telles autorités jouissent, dans un régime qui demeure parlementaire, d'une complète indépendance, puisque chacune d'elle doit être « dans l'exercice de ses compétences, [...] [et] 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 de l'activité *des administrations de l'État*, que par toute personne qui y aurait intérêt »<sup>434</sup>. Le caractère administratif des autorités de régulation découlerait donc de la nature du régime politique ; le Conseil se rapproche alors, dans sa jurisprudence, de celle de la Cour de justice de l'Union européenne, qui estime, sur le fondement du « principe de démocratie », que « l'absence de toute influence parlementaire sur ces autorités ne saurait se concevoir »<sup>435</sup>. Rangées dans la

---

<sup>425</sup> C. const., n° 89-259 DC, 26 juill. 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 9.

<sup>426</sup> FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., 14e éd., p. 655-656.

<sup>427</sup> *Ibid.*, p. 656.

<sup>428</sup> C. const., n° 86-217 DC, op. cit., cons. 58.

<sup>429</sup> FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., 14e éd., p. 657.

<sup>430</sup> C. const., n° 88-248 DC, op. cit., cons. 15.

<sup>431</sup> *Ibid.*, cons. 16. – Pour un exemple contraire, v. C. const., n° 2004-504 DC, 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, cons. 41.

<sup>432</sup> CHEVALLIER (J.), « Autorités administratives indépendantes et Etat de droit », *Civitas Europa*, n° 37, 2016, p. 150.

<sup>433</sup> C. const., n° 2001-452 DC, 6 déc. 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, cons. 18.

<sup>434</sup> C. const., n° 86-217 DC, op. cit., cons. 23.

<sup>435</sup> CJUE, GC, aff. C-518/07, 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, § 43.

catégorie des administrations de l'Etat, ou même des « organismes administratifs »<sup>436</sup>, ces autorités, dont les actes ne sont « que » des « décisions exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique »<sup>437</sup> placées sous l'autorité hiérarchique administrative et soumis au contrôle du juge (surtout) administratif, sont donc, sur le plan organique, exclusivement rattachées aux autorités exerçant le pouvoir exécutif.

Enfin, c'est l'activité juridictionnelle, ou la nature « quasi-juridictionnelle » des autorités indépendantes, qui a suscité le plus d'interrogations de la doctrine et d'interventions du Conseil pour les installer dans la durée. Si ce dernier refusa, dans un premier temps, qu'un pouvoir de sanction – d'ordre répressif – puisse être confié à une autorité administrative<sup>438</sup>, cette analyse n'a pas pris corps dans sa jurisprudence, le Conseil considérant depuis la fin des années 1980 que la loi peut, « sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante [...] de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission »<sup>439</sup>, et que « le principe de la séparation des pouvoirs [...] ne fait [pas] obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »<sup>440</sup>. Ainsi mobilisé, le principe de la séparation des pouvoirs servirait à « la consécration de l'administration-juge »<sup>441</sup>, ou, du moins, à une « conception assouplie », « minimaliste » de la séparation des pouvoirs « lorsque le Conseil doit composer avec l'évolution rapide des modes de gestion du secteur public et l'apparition de nouveaux acteurs »<sup>442</sup>. Ce raisonnement a pour part de vérité de mettre l'accent sur le réalisme du juge constitutionnel, qui a poussé sa jurisprudence à évoluer ; cependant, cette dernière s'oppose en tout point à une quelconque reconnaissance, à ces autorités, d'une qualité juridictionnelle, que ce soit sur le plan organique ou fonctionnel, voire même à considérer qu'elles puissent être perçues, contrairement à d'autres systèmes juridiques, comme une « quatrième branche » de la séparation des pouvoirs<sup>443</sup>.

En effet, le Conseil, contrairement à la Cour européenne qui, en vertu d'une interprétation téléologique de l'article 6 §1 de la Convention, qualifie ces autorités de « tribunaux »<sup>444</sup> dès lors qu'elles prononcent des sanctions revêtant une « coloration pénale »<sup>445</sup>, conserve une vision essentiellement organique de la fonction juridictionnelle<sup>446</sup>. Il considère effectivement que l'ensemble des principes constitutionnels régissant les peines prononcées par les juridictions répressives (légalité des délits et des peines, nécessité des peines, non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, droits de la défense) s'étend « à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité *de nature non judiciaire* » ou « *non juridictionnelle* »<sup>447</sup>. Il paraissait cependant plus problématique, sur un plan théorique, de leur imposer le respect des principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789<sup>448</sup>, fondement jusqu'alors réservé aux seules juridictions, et d'exiger, sur ce fondement, une séparation (organique ou fonctionnelle) des fonctions de poursuite et de jugement, conséquence qu'il tire également à l'égard des juridictions statuant en matière pénale<sup>449</sup> : la « légitimité

---

<sup>436</sup> C. const., n° 86-224 DC, *op. cit.*, cons. 17.

<sup>437</sup> C. const., n° 96-378 DC, *op. cit.*, cons. 21.

<sup>438</sup> C. const., n° 84-181 DC, *op. cit.*, cons. 81.

<sup>439</sup> C. const., n° 88-248 DC, *op. cit.*, cons. 6.

<sup>440</sup> C. const., n° 89-260 DC, 28 juill. 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 6.

<sup>441</sup> FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, 14e éd., p. 659.

<sup>442</sup> PARIENTE (A.), « Le Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 71-72.

<sup>443</sup> STRAUSS (L.), « The place of agencies in government : separation of powers and the fourth branch », *Columbia Law Review*, 1984, n° 3, p. 573-669.

<sup>444</sup> CEDH, n° 58188/00, 27 août 2002, *Didier c/ France*.

<sup>445</sup> CEDH, n° 5242/04, 11 sept. 2009, *Dubus SA c/ France*, § 38.

<sup>446</sup> Comme le Conseil d'Etat, malgré l'influence de la Cour : C.E., Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, req. n° 207434, cons. 3. – C.E., 4 févr. 2005, *Société GSD Gestion*, req. n° 269001, cons. 7.

<sup>447</sup> Respectivement C. const., n° 88-248 DC, *op. cit.*, cons. 36. – C. const., n° 89-260 DC, *op. cit.*, cons. 18.

<sup>448</sup> C. const., n° 2012-280 QPC, 12 oct. 2012, *Société Groupe Canal Plus a.*, cons. 16.

<sup>449</sup> C. const., n° 95-360 DC, 2 févr. 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, cons. 5.

d'impartialité »<sup>450</sup> impliquerait donc que c'est la légitimité de l'ensemble de la « justice », dans laquelle ces autorités seraient incluses, qui soit « dérivée »<sup>451</sup>. Le Conseil a donc pu considérer que la confusion des fonctions de poursuite et de jugement au sein de la Commission bancaire méconnaissait « le principe d'impartialité *des juridictions* et, par suite, [les dispositions] doivent être déclarées contraires à la Constitution »<sup>452</sup>, mais c'était parce que la loi la qualifiait de « juridiction administrative »<sup>453</sup>. Ce n'est cependant pas la qualification apportée par la loi qui aiguillonne la décision du Conseil, mais la garantie des droits : « le critère déterminant ne peut être le fait que le législateur ait qualifié l'AAI de "juridiction" ou qu'il ait énoncé qu'elle disposait d'un "pouvoir juridictionnel". Dans la pratique, la présence ou l'absence de cette qualification est sans réelle conséquence : le fait que la Commission bancaire, et non l'Autorité de la concurrence, ait été qualifiée de juridiction administrative par la loi ne saurait déterminer à lui seul le contrôle que le Conseil décide d'opérer. La protection constitutionnelle dont jouissent les opérateurs soumis au contrôle d'une AAI ne peut varier en fonction du choix opéré par le législateur de qualifier ou non cette institution de juridiction lorsqu'elle exerce un pouvoir de sanction »<sup>454</sup>.

C'est pourquoi le Conseil prend le soin de distinguer, à propos de ces AAI « exerçant des fonctions que la loi qualifie de juridictionnelles » ou « exerçant un pouvoir de sanction *sans constituer une juridiction* »<sup>455</sup>, les principes d'indépendance et d'impartialité « indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles » de ceux « indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante »<sup>456</sup>. Autrement dit, la qualification organique n'implique nullement un certain standard de protection procédurale ; l'exercice d'un pouvoir de sanction par une autorité, quelle que soit sa nature, entraîne l'application des principes d'indépendance et d'impartialité découlant des exigences inhérentes à la garantie des droits, but poursuivi par une « double méthode » de séparation des pouvoirs : la première consistant en une nette séparation organique *et* fonctionnelle entre les juridictions et les autorités indépendantes, dont les actes, soumis au contrôle des premières, ne sauraient aucunement préjuger leurs décisions<sup>457</sup>, la seconde consistant en une séparation « *intra* pouvoirs », fonctionnelle *ou* organique<sup>458</sup>, entre les fonctions de poursuite et de jugement. L'extension de cette jurisprudence, non pas aux seules AAI, mais à toute « autorité administrative non soumise au pouvoir hiérarchique du ministre », c'est-à-dire à tous les « organes sanctionneurs pouvant présenter les *apparences* d'un fonctionnement juridictionnel »<sup>459</sup>, démontre alors que « réguler n'est pas juger »<sup>460</sup>. Par conséquent, le pouvoir exercé par les autorités indépendantes, brouillant la distinction classique des fonctions sous l'aune d'une fonction dite de « régulation », demeure d'ordre administratif ; il y aurait moins entre leurs mains une confusion des pouvoirs qu'un cumul de pouvoirs, plus précisément un ensemble d'outils potentiellement normatifs leur permettant de répondre, de manière casuistique, à des enjeux techniques dans un secteur particulier. Et « si ces outils relèvent des trois fonctions de l'État, ils sont néanmoins *mis au service d'une tâche qui est administrative* »<sup>461</sup>, mais qui ne peut servir de prétexte à la méconnaissance des principes constitutionnels gouvernant le prononcé d'une sanction par une autorité étatique. Sous la pression des exigences de son temps, le Conseil constitutionnel met la séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits. Il lui

<sup>450</sup> ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique*, Seuil, « Les livres du nouveau monde », 2008, p. 50 s.

<sup>451</sup> RENOUX (T.), « Justice et politique : pouvoir ou contre-pouvoir ? A propos des responsabilités pénales et politiques », *JCP G*, n° 36, 1999, p. 161.

<sup>452</sup> C. const., n° 2011-200 QPC, 2 déc. 2011, *Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire*, cons. 8.

<sup>453</sup> V. cependant *ibid.*, comm. off., p. 5-6 : « Même si le Conseil constitutionnel ne l'avait pas encore [...] expressément jugé, il ne faisait pas de doute que la séparation des fonctions de poursuite et de jugement s'imposait aux [AAI] [...]. Telle est la solution consacrée par la présente affaire ».

<sup>454</sup> Comm. off. de C. const., n° 2012-280 QPC, *op. cit.*, p. 5-6.

<sup>455</sup> Comm. off. de C. const., n° 2016-616/617 QPC, 9 mars 2017, *Société Barnes et autre*, p. 8.

<sup>456</sup> Respectivement C. const., n° 2011-200 QPC, *op. cit.*, cons. 7. – C. const., n° 2012-280 QPC, cons. 19.

<sup>457</sup> C. const., n° 91-1141/1142/1143/1144 AN, 31 juill. 1991, *A.N., Paris (13ème circ.)*, cons. 6. – C. const., n° 89-271 DC, 11 janv. 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, cons. 7.

<sup>458</sup> V. sur ce point C. const., n° 2012-280 QPC, *op. cit.*, cons. 17 à 19. – Comm. off. de C. const., n° 2016-616/617 QPC, *op. cit.*, p. 9.

<sup>459</sup> Respectivement C. const., n° 2016-616-617 QPC, *op. cit.*, § 6. – *Ibid.*, comm. off., p. 15.

<sup>460</sup> QUILICHINI (P.), « Réguler n'est pas juger », *AJDA*, 2004, n° 20, p. 1060.

<sup>461</sup> EPRON (Q.), « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *op. cit.*

arrive également, par l'adoption d'un raisonnement finaliste, de la mettre au service d'autres considérations plus circonstanciées, voire de l'écartier à leur profit.

## B) La justification finaliste des entorses à la séparation des pouvoirs.

Le réalisme dont le juge constitutionnel fait preuve à l'égard des *autorités* dont l'organisation et le fonctionnement sont susceptibles de mettre en cause le principe de séparation des pouvoirs est encore plus manifeste à l'égard des *mesures* suscitant des questions analogues. L'œuvre jurisprudentielle du Conseil a précisément été de fournir à celles-ci, à l'aide d'un raisonnement finaliste – et donc pragmatique – une base de légitimité dont elles ont pu, et peuvent toujours manquer aux yeux des autres acteurs, notamment des cours étrangères et de l'opinion publique. La justification de telles mesures s'est donc opérée, respectivement, sur un terrain essentiellement juridique, et sur un terrain partiellement extra-juridique.

L'une des conditions posées pour mesurer la validité des lois de validation porte ainsi sur le but poursuivi, qui, seul, peut parfois justifier leur adoption. Une telle logique est particulièrement visible lorsque ce dernier est de valeur constitutionnelle : si l'une des conditions traditionnelles de la constitutionnalité des validations législatives tient à l'absence de méconnaissance des règles et principes constitutionnels par l'acte validé, le Conseil a néanmoins pris le soin de préciser qu'il n'en allait pas ainsi lorsque « le but d'intérêt général visé par la validation [est] lui-même de valeur constitutionnelle »<sup>462</sup>, raisonnement qu'il a par la suite transposé à l'exigence d'un « motif impérieux d'intérêt général »<sup>463</sup>. Malgré les termes de cette jurisprudence, il semble néanmoins que le Conseil mène un contrôle de constitutionnalité « de surface » des actes validés<sup>464</sup>, que la mise en œuvre d'un objectif constitutionnel, comme celui de la lutte contre l'évasion et la fraude fiscales<sup>465</sup>, rend intouchables. Du reste, le contrôle de l'objectif poursuivi paraît relativement variable, et pour cause : il dépend de l'importance de la finalité poursuivie par chaque loi de validation. Avant l'infléchissement de sa jurisprudence sous l'impulsion de la Cour européenne, le Conseil a ainsi admis la conformité à la Constitution de validations visant à « éviter que ne se développent [...] des contestations dont l'aboutissement, eu égard aux montants financiers en jeu, aurait pu entraîner, pour l'État et les autres bénéficiaires des produits en cause, des conséquences gravement dommageables »<sup>466</sup>, ou de dispositions entendant « assurer la réalisation sur le domaine public d'un projet destiné à enrichir le patrimoine culturel national, à renforcer l'attractivité touristique de la ville de Paris et à mettre en valeur le Jardin d'acclimatation »<sup>467</sup>. L'intérêt invoqué peut aller jusqu'à conduire le Conseil à valider une atteinte portée tant à la séparation des pouvoirs qu'à la garantie des droits, mais qu'il ne censure pas pour des raisons purement pratiques ; il a ainsi pu juger « que l'intérêt général qui s'attache à une telle validation *l'emporte* sur la mise en cause des droits des contribuables qui résulterait de l'irrégularité de pure forme que la validation a pour effet de faire disparaître ; que cet intérêt général réside tant dans le montant des sommes en cause que dans la prévention des troubles qu'apporterait à la continuité des services publics fiscaux et juridictionnels concernés la multiplication de réclamations pouvant [...] être présentées pendant plusieurs années »<sup>468</sup>.

En revanche, le Conseil constitutionnel a pu déclarer l'inconstitutionnalité des dispositions contrôlées en raison d'un objectif insuffisant pour justifier la validation en cause, que celui-ci se fonde sur des motifs financiers portant sur « des sommes dont l'importance du montant n'est pas établie »<sup>469</sup>, ou que

<sup>462</sup> C. const., n° 99-425 DC, 29 déc. 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, cons. 8.

<sup>463</sup> Respectivement C. const., n° 2002-458 DC, *op. cit.*, cons. 3. – C. const., n° 2013-366 QPC, *op. cit.*, cons. 3.

<sup>464</sup> Qui a également lieu, mais de manière plus explicite, en présence d'un objectif de valeur non constitutionnelle : C. const., n° 2017-644 QPC, 21 juill. 2017, *Communauté de communes du pays roussillonnais*, § 9.

<sup>465</sup> C. const., n° 2011-166 QPC, 23 sept. 2011, *Validation législative de procédures fiscales*, cons. 5.

<sup>466</sup> C. const., n° 2010-53 QPC, 14 oct. 2010, *Prélèvements sur le produit des jeux*, cons. 5.

<sup>467</sup> C. const., n° 2011-224 QPC, 24 févr. 2012, *Validation législative de permis de construire*, cons. 4.

<sup>468</sup> C. const., n° 99-425 DC, *op. cit.*, cons. 11.

<sup>469</sup> C. const., n° 2012-287 DC, 15 janv. 2013, *Validation législative et rémunération pour copie privée II*, cons. 6. – V. également C. const., n° 95-369 DC, *op. cit.*, cons. 35.

rien ne laisse à penser que la continuité et le bon fonctionnement des services publics<sup>470</sup>, comme l'équilibre financier de la sécurité sociale<sup>471</sup>, seraient compromis en l'absence d'une telle validation. Ayant par exemple à juger d'une disposition ayant pour objet de permettre l'extension rapide des lignes de tramway de Strasbourg malgré l'annulation, par un tribunal administratif, de l'arrêté du préfet du Bas-Rhin ayant déclaré d'utilité publique les acquisitions et travaux de construction nécessaires, le Conseil a déclaré que « l'intérêt général ainsi poursuivi n'est pas suffisant pour justifier l'atteinte portée au principe de la séparation des pouvoirs »<sup>472</sup>. Par conséquent, si « la réalité de l'intérêt général est appréciée *concrètement* par le Conseil », elle n'excuse pas toute atteinte à la séparation des pouvoirs : sans qu'il puisse être fixé avec précision, un certain seuil d'importance doit être dépassé par l'objectif en question pour que l'atteinte à l'article 16 de la Déclaration des droits soit tolérée, le Conseil rappelant lui-même qu'il confronte « l'intensité des effets [de cette atteinte] à l'éminence des finalités d'intérêt général poursuivies [...] ». Par ailleurs, le motif d'intérêt général justifiant la validation ne peut être de nature financière que si les montants en cause sont *suffisamment importants* pour mettre en péril un intérêt public. Une simple convenance budgétaire ne remplit pas cette condition »<sup>473</sup>. Le passage d'un but d'intérêt général « suffisant » à un « motif impérieux d'intérêt général » ne semble pas avoir perturbé une telle logique ; le Conseil continue d'admettre les atteintes portées à l'article 16 de la Déclaration fondées sur un intérêt général d'une certaine importance qui, en réalité, trahit l'esprit du motif « impérieux »<sup>474</sup> en ouvrant la porte à un large panel de justifications : « mettre un terme à l'important contentieux fondé sur [une] malfaçon législative révélée » par la Cour de cassation<sup>475</sup> ou le Conseil d'Etat<sup>476</sup>, « prévenir les conséquences financières directes ou indirectes, pouvant excéder dix milliards d'euros, résultant [...] de la généralisation des solutions retenues par le tribunal de grande instance de Nanterre dans deux jugements » (conséquences dont il s'attache à mesurer « l'ampleur »)<sup>477</sup>, etc., l'absence de suffisance d'un tel intérêt général étant constatée seulement quand « l'existence d'un enjeu financier *important* pour les finances publiques [...] n'est pas démontrée »<sup>478</sup>, quand le risque de développement d'un contentieux de masse n'est « pas établi »<sup>479</sup>... Bien que sensible aux considérations concrètes, notamment économiques, qui entourent ses décisions, le Conseil semble néanmoins légitimer certaines atteintes à la séparation des pouvoirs à partir d'un certain seuil d'importance du but visé sur la base d'un raisonnement, certes pragmatique et finaliste, mais demeurant essentiellement juridique.

Une telle démarche n'est toutefois pas systématique. Les lois d'amnistie, se fondant sur une disposition constitutionnelle prévoyant, selon les mots du Conseil, une dérogation à la séparation des pouvoirs, portent en elles-mêmes la potentialité d'une atteinte à celle-ci. Le rôle du Conseil n'a pas été simplement de fixer des conditions juridiques de validité de l'oubli légal (critères objectifs, détermination des infractions et personnes concernées...), il lui a également fourni une assise extra-juridique, essentiellement politique, qui guide son contrôle et détermine son intensité. En dépit de la mention de l'absence de méconnaissance des règles ou principes constitutionnels, qui suggère un contrôle certain alors que la lecture de la décision révèle un contrôle inexistant, le Conseil, refusant de consacrer un principe fondamental reconnu par les lois de la République qui eût allé dans ce sens, n'a pas estimé devoir s'opposer à l'extension, par le législateur, du champ d'application de la loi d'amnistie, non plus aux seules infractions pénales, mais « à des sanctions disciplinaires ou professionnelles *dans un but d'apaisement politique ou social* »<sup>480</sup>. A ceux qui scandent que « l'amnistie est sans aucun doute *en quête d'une légitimité*, que la

---

<sup>470</sup> C. const., n° 2002-458 DC, *op. cit.*, cons. 5.

<sup>471</sup> C. const., n° 2003-486 DC, 11 déc. 2003, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2004*, cons. 24.

<sup>472</sup> C. const., n° 2004-509 DC, 13 janv. 2005, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, cons. 32 et 33.

<sup>473</sup> *Ibid.*, comm. off., p. 10-11.

<sup>474</sup> D'autant plus que le Conseil distingue bel et bien le motif « impérieux » de l'objectif « suffisant » : C. const., n° 2016-736 DC, 4 août 2016, *Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*, § 20 s.

<sup>475</sup> C. const., n° 2013-366 QPC, *op. cit.*, cons. 6.

<sup>476</sup> C. const., n° 2017-644 QPC, *op. cit.*, § 6.

<sup>477</sup> C. const., n° 2014-695 DC, 24 juill. 2014, *Loi relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public*, cons. 11 et 15.

<sup>478</sup> C. const., n° 2015-522 QPC, 19 févr. 2016, *Allocation de reconnaissance III*, cons. 11.

<sup>479</sup> C. const., n° 2015-525 QPC, 2 mars 2016, *Société civile immobilière PB 12*, cons. 7.

<sup>480</sup> C. const., n° 88-244 DC, *op. cit.*, cons. 13 à 15.

faiblesse d'un contrôle juridictionnel viendrait à coup sûr entraver »<sup>481</sup>, le Conseil répond que « c'est *dans un souci d'apaisement politique ou social* que le législateur recherche, par l'exercice de la compétence que la Constitution lui reconnaît en matière d'amnistie, l'oubli de certains faits et l'effacement de leur caractère répréhensible »<sup>482</sup>. La recherche de la paix est donc à la fois le but et le fondement des lois d'amnistie ; autrement dit, la dérogation en question au principe de la séparation des pouvoirs a pour condition nécessaire d'existence des considérations sociales ou politiques.

C'est pourquoi les rares censures de lois d'amnistie condamnent en réalité le climat de tensions sociales que les dispositions examinées ont pour conséquence d'instaurer, par exemple en créant une « discrimination entre les auteurs d'agissements identiques au regard de l'amnistie, qui ne trouve aucun fondement dans l'objectif d'apaisement politique et social poursuivi par la loi »<sup>483</sup>. La source de légitimité des lois amnistiantes est donc fondamentalement extra-juridique ; il est par ailleurs clair que celles-ci ne visent point au rétablissement de la « paix juridique », mais seulement de la paix politique, dans la mesure où « l'amnistie ne peut en aucun cas mettre obstacle ni à la réhabilitation ni à l'action en révision devant toute juridiction compétente tendant à faire établir l'innocence du condamné »<sup>484</sup>. Quoiqu'il en soit, cette « approche réaliste et contextuelle »<sup>485</sup> de la part du Conseil, et ce contrôle aussi relâché, révèlent que « la pitié et la douceur sont de bons moyens de gouvernement »<sup>486</sup>, que « la clémence est au-dessus de la domination du sceptre ; elle a son trône dans le cœur des rois »<sup>487</sup>, ou, dit avec un vocabulaire contemporain, que si son application est de plus en plus rare (stabilisation de la vie démocratique, baisse de fréquence des changements de régime politique...), l'amnistie demeure un « instrument de conciliation sociale et dont le fondement est bien souvent constitutionnel »<sup>488</sup>. C'est donc bien un raisonnement finaliste, c'est-à-dire centré sur les fonctions de l'amnistie, à savoir « fonder un nouveau consensus social, consolider la paix, assurer la réconciliation nationale, réguler ou désamorcer les tensions en temps de crise, en désarmant la puissance mémorielle du passé »<sup>489</sup>, qui autorise une entorse au principe de la séparation des pouvoirs. L'état le plus récent de la jurisprudence constitutionnelle, qui ne soulève aucune inconstitutionnalité dans la mesure où « l'amnistie et la prescription visent au rétablissement de la paix politique et sociale »<sup>490</sup>, confirme, outre que « la substance de la Constitution ne s'épuise plus dans la séparation des pouvoirs »<sup>491</sup>, que le raisonnement du Conseil constitutionnel, s'il devait (selon certains) limiter l'action du législateur en raison de l'incompatibilité entre amnistie et séparation des pouvoirs, apparaît au contraire loin d'affaiblir l'institution de l'amnistie : il « légitime cette dernière en lui proposant explicitement un socle fondamental »<sup>492</sup>. Par conséquent, la décision du Conseil « résulte non de l'application rigoureuse d'un principe juridique abstrait, mais d'une interprétation de ce principe en fonction des réalités économiques [validations législatives] ou sociales [amnistie], voire de sa mise à l'écart. Le réalisme est en ce sens un refus du formalisme et il se confond purement et simplement avec le pragmatisme », une telle inflexion de la séparation des pouvoirs découlant donc de « l'interprétation des principes en fonction de réalités extra-juridiques »<sup>493</sup>. Un raisonnement finaliste et réaliste permet donc au Conseil de légitimer, plus que des autorités, des mesures susceptibles de porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

---

<sup>481</sup> MAKOWIAK (J.), « L'amnistie en question », *RDJ*, 2008, n° 2, p. 511.

<sup>482</sup> C. const., n° 88-244 DC, *op. cit.*, cons. 24.

<sup>483</sup> C. const., n° 89-271 DC, *op. cit.*, cons. 20 à 23.

<sup>484</sup> C. const., n° 89-258 DC, *op. cit.*, cons. 11.

<sup>485</sup> PICARD (K.), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 96, 2013, p. 985.

<sup>486</sup> HUGO (V.), Discours au Sénat, *JO*, 23 mai 1876, p. 3534.

<sup>487</sup> SHAKESPEARE (W.), *Le Marchand de Venise*, Acte IV, Scène I.

<sup>488</sup> RUIZ FABRI (H.) *et al.*, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et en droit constitutionnel comparé », *Archives de politique criminelle*, n° 28, 2006, p. 244.

<sup>489</sup> JOINET (L.), « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *Communications*, n° 49, 1989, p. 214.

<sup>490</sup> C. const., n° 2013-319 QPC, *op. cit.*, cons. 5.

<sup>491</sup> MAKOWIAK (J.), « L'amnistie en question », *op. cit.*

<sup>492</sup> DANET (J.) *et al.*, *Prescription, amnistie et grâce en France*, Recherche subventionnée par le GIP « Mission Recherche Droit et Justice », Rapport final, Nantes, 2006, p. 230.

<sup>493</sup> TROPER (M.), « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op. cit.*

## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Le Conseil constitutionnel ne statuant pas isolément, sa jurisprudence est dans l'incapacité de fournir une redéfinition complète de la séparation des pouvoirs. A bien des égards, elle ne fait que retranscrire un modèle établi de séparation des pouvoirs, celui de la Constitution de la Ve République. Son attachement prononcé à l'article 16 de la Déclaration des droits semble, sur ce point, traduire une conception relativement rigide de la règle de non-cumul qui, visant à prévenir l'exercice par un même organe des trois fonctions juridiques de l'Etat afin de prévenir tout despotisme, est principalement perçue par le Conseil comme interdisant l'exercice de seulement deux de ces fonctions par une même autorité. Tant la traduction concrète de ce principe que les seules atteintes qui y sont admises ne peuvent résulter que de la Constitution elle-même, qui définit alors les possibles dérogations, reconnues et acceptées comme telles par le Conseil constitutionnel, au modèle de séparation des pouvoirs qu'elle a posé. Sur le fondement d'une distinction ayant motivé la création du juge constitutionnel lui-même, à savoir celle entre le domaine de la Constitution et les autres espaces normatifs qui ne peuvent lui être que subordonnés, aucune autre atteinte à cette forme de rigidité principielle ne saurait être tolérée de la part des « pouvoirs constitués » hors des conditions et procédures définies par la Constitution, sauf hypothèses exceptionnelles justifiées par de sérieux motifs. Par le « simple » fait d'imposer le respect des règles constitutionnelles à la loi, et indirectement aux autres acteurs du droit, le Conseil constitutionnel adopte ainsi la définition – positive – de la séparation des pouvoirs telle qu'elle résulte de la Constitution qu'il applique. Aussi l'édifice tient-il toujours debout, le Conseil n'ayant pas entrepris – et n'ayant pas les moyens d'entreprendre – de le démonter pierre par pierre, la séparation des pouvoirs valant alors comme principe qui « revêt un sens général positif et opératoire »<sup>494</sup>.

Cependant, aucune théorie de la séparation des pouvoirs ne peut aujourd'hui pertinemment se passer de la jurisprudence constitutionnelle pour pleinement et correctement étudier son objet. Deux modalités de redéfinition de la séparation des pouvoirs résultent à ce titre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La première ressort des méthodes argumentatives et interprétatives utilisées par ce dernier. En choisissant librement la séparation des pouvoirs ou d'autres dispositions qui la « mettent en œuvre » comme références de son contrôle, et en les interprétant d'une certaine manière plutôt qu'une autre qui serait tout autant valable, le Conseil constitutionnel leur assigne un sens qui résulte bien souvent de sa propre appréciation des normes et principes en débat. Si ce dernier varie selon les époques et les « affaires » qui sont portées devant lui, il n'en demeure pas moins que le Conseil donne à la séparation des pouvoirs un contenu ne dépendant que de lui, et parfois même étranger, voire diamétralement opposé aux différentes définitions qu'en fournissent la doctrine, l'histoire et la science politique. Toute l'étude de sa jurisprudence sur la séparation fonctionnelle ou organique en fournira une éclatante illustration.

La seconde modalité de redéfinition de la séparation des pouvoirs résulte de l'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, laquelle conduit à faire de la séparation des pouvoirs un principe d'analyse du droit positif. L'ensemble de la jurisprudence du Conseil offre une base à l'étude des justifications pouvant être apportées à l'existence des titulaires effectifs des pouvoirs de l'Etat, de l'origine de leur qualité à exercer la puissance étatique, et de leur vocation à cet exercice. A cet égard, si le Conseil constitutionnel veille systématiquement, comme il en sera traité, à exclure le Parlement du contrôle de l'exercice de la fonction exécutive, exclusion confortée par une indépendance absolue qu'il reconnaît aux autorités à qui cette fonction est confiée, il a toutefois été progressivement amené à admettre que des organes partiels de la fonction législative, c'est le Parlement qui est le mieux à même d'exprimer la volonté suprême dans l'Etat. De même, il a réussi, parfois malgré lui, à donner aux autorités juridictionnelles une place fondamentale dans l'articulation concrète des pouvoirs, le Conseil étant résolument compris dans ce schéma : le pouvoir considérable qu'il est amené à exercer a dû s'accompagner de solides justifications pour que les théories de la séparation des pouvoirs puissent s'en accommoder. Il ne devient dès lors plus un simple acteur de la redéfinition de la séparation des pouvoirs, mais un élément de définition, à part entière,

---

<sup>494</sup> LE DIVELLEC (A.), « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *op. cit.*, p. 124.

de cette dernière. Enfin, certaines problématiques propres à notre temps ont amené le Conseil à remodeler l'appréhension traditionnelle de la séparation de pouvoirs pour en faire découler des exigences contemporaines : afin d'asseoir l'existence et encadrer l'exercice du « pouvoir de régulation » détenues par les autorités indépendantes, le Conseil s'est servi de la séparation des pouvoirs pour, d'une part, mettre l'accent sur leur nature administrative, et, d'autre part, exiger une séparation « *intra* pouvoirs » vouée à régir l'organisation et le fonctionnement de telles autorités. Autrement dit, qu'il la mentionne explicitement ou que sa jurisprudence commande d'en adopter une certaine définition, le Conseil constitutionnel participe constamment à un mouvement de redéfinition de la séparation des pouvoirs, qu'il en soit, ou non, l'initiateur.

## SECONDE PARTIE

### LA PROTECTION ASYMÉTRIQUE D'UNE CONCEPTION PARTICULIÈRE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Une fois l'analyse du traitement que la jurisprudence du Conseil constitutionnel réserve à la séparation des pouvoirs dans son sens classique effectuée, il convient d'examiner la protection qui y est apportée dans son sens moderne : la séparation fonctionnelle et la séparation organique des pouvoirs, ou plus précisément la spécialisation fonctionnelle et l'indépendance organique. La plupart des sens dégagés par le Conseil constitutionnel à la séparation des pouvoirs se ramènent en effet essentiellement à ces deux règles.

La première de celles-ci y reçoit une application particulière, marquée tant par le rôle de « Cerbère » des autorités exécutives que Jean Rivero lui assignait en son temps que par la qualité et la mission du Conseil ainsi que par son pouvoir considérable de créer de véritables normes constitutionnelles. Que la spécialisation fonctionnelle se réalise par modes d'exercice ou par un « partage » (en l'occurrence asymétrique) des fonctions législative, exécutive et juridictionnelle, le Conseil constitutionnel n'accorde pas la même protection à la séparation des pouvoirs en fonction de l'autorité concernée. Aussi valorise-t-il largement la participation des autorités exécutives à la fonction législative, là où il œuvre à « rationaliser » la participation des autorités parlementaires à la même fonction ; de même, sa jurisprudence accorde une forte protection à la fonction juridictionnelle, à l'égard de laquelle elle n'admet aucunement, ou du moins très rarement et pour d'impérieuses justifications, son exercice par d'autres organes ou autorités que les juridictions elles-mêmes. Ainsi, si la règle de la spécialisation fonctionnelle n'est pas absolue ou même établie dans le régime de la Ve République, elle constitue un principe fort de la jurisprudence constitutionnelle, ne jouant toutefois qu'au bon gré du Conseil, à tel point que ce dernier est parfois amené à interpréter la séparation des pouvoirs comme une règle de stricte spécialisation des compétences, dont l'exercice est délié de toute contrôle par une autorité tierce, et parfois même comme un principe ne s'opposant nullement à la concentration du pouvoir dans les mains d'une même autorité (**Chapitre I**).

La seconde de ces règles, à savoir l'indépendance organique, est tout autant marquée par cette protection hémiplegique de la séparation des pouvoirs. En effet, une large partie des garanties découlant de cette exigence (ou plutôt de son appréhension par le Conseil constitutionnel), directement et continuellement rattachée, d'une part, à la séparation des pouvoirs, et, d'autre part, à celle de l'exercice entier et exclusif des compétences rattachées aux différentes fonctions juridiques de l'Etat, ne s'applique pas de façon égale à l'ensemble des autorités ou organes concernés. Là où les autorités exécutives bénéficient d'une indépendance absolue, que celle-ci soit entendue dans son sens classique ou au regard de ses plus récentes extensions (provoquées par la jurisprudence du Conseil), les autorités parlementaires ne bénéficient que d'une indépendance relative, marquée par un certain effacement du Conseil constitutionnel à l'égard de leur « révocation » et par un certain activisme leur refusant pratiquement toute possibilité de mettre en cause l'indépendance des autorités exécutives. De plus, l'indépendance organique reçoit un traitement spécial lorsque sont en cause les juridictions ; à la fois déterminée par une certaine déférence quant aux dispositions constitutionnelles et par une intransigeance corrélative à l'étroite spécialisation des autorités juridictionnelles dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, la jurisprudence du Conseil adapte les exigences découlant de la séparation des pouvoirs au cas particulier que représente la puissance de juger, « si terrible parmi les hommes » pour reprendre Montesquieu. Aussi l'analyse de la protection accordée par le Conseil constitutionnel à la séparation organique des pouvoirs révèle-t-elle, une fois de plus, une conception asymétrique de la séparation des pouvoirs (**Chapitre II**).

## CHAPITRE I

### LA SPÉCIALISATION FONCTIONNELLE

La jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas à même de fournir une redéfinition des fonctions juridiques de l'Etat, ou même de leur mode de répartition. Tout au plus est-elle amenée, essentiellement à l'occasion du contrôle de la loi, à adopter une certaine interprétation de la séparation des pouvoirs avant d'en conclure à l'exercice régulier, ou non, d'une compétence, ou à la possibilité pour une autorité de « sortir » des bornes que la fonction qui lui est principalement assignée lui imposeraient de respecter. Mais l'importance de ce rôle joué par le Conseil constitutionnel s'avère considérable, conduisant à dessiner un mode de répartition des fonctions législative, exécutive et juridictionnelle suivant un schéma relativement clair. Il résulte en effet de la jurisprudence constitutionnelle une certaine exigence de spécialisation fonctionnelle plus ou moins prononcée selon l'autorité ou l'organe concerné. Le Conseil constitutionnel, garant ancestral du parlementarisme rationalisé, semble tenir pour axiome un modèle de classement des compétences par modes d'exercice, révélant une conception asymétrique de la séparation des pouvoirs : aux autorités exécutives (Président et Premier ministre en tête) le « pouvoir gouvernemental », au Parlement une fonction délibérante en réalité cantonnée (et encore) à la fonction législative. Aussi, en accord avec la Constitution de 1958, la fonction législative est partagée entre plusieurs autorités partielles dont l'une (le Parlement) reçoit l'interdiction absolue de participer, même indirectement, à l'exercice des autres fonctions, et dont l'autre (l'ensemble des autorités exécutives), au-delà de recevoir la bénédiction du Conseil dans la direction du travail législatif, se voit entièrement confier la fonction dite exécutive (qui dépasse en réalité la simple mise en œuvre, discrétionnaire ou non, des lois). Le Conseil constitutionnel voit donc dans la séparation des pouvoirs une règle de répartition inégale des compétences excluant tout contrôle de l'exercice de ces dernières par une autre autorité (**Section I**).

Une telle logique est à nuancer compte tenu du traitement particulier réservé à la fonction juridictionnelle. Celle-ci, en effet, est protégée inlassablement par le Conseil constitutionnel de toute immixtion, directe ou indirecte, de la part des autres autorités que les autorités juridictionnelles. Les indices que sème la jurisprudence constitutionnelle pour déterminer la définition que le Conseil adopte de cette fonction sont laissés sur deux chemins menant au même lieu : la délimitation précise du champ de compétences constitutionnellement réservées aux différentes juridictions, d'une part, et l'interdiction corrélative d'exercice de ces compétences par une autre autorité que celle à laquelle elle est reconnue, d'autre part, amènent à considérer, que la justice, dans son ensemble, est bien un troisième pouvoir, sa protection sur le fondement de la séparation des pouvoirs en attestant. Cependant, une spécialisation fonctionnelle aussi prononcée interdit, par définition, tout équilibre des pouvoirs, pour laisser place à une « conception anglaise de la séparation des pouvoirs » caractérisée par une certaine hiérarchie entre les fonctions plus générales d'édiction et d'application du droit. Tenant compte de ce phénomène, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a, plus que reconnu, encouragé l'ouverture des autres fonctions juridiques de l'Etat aux juridictions, leur permettant d'accéder au rang nom plus de simple pouvoir, mais de véritable contre-pouvoir (**Section II**).

## SECTION I – LA PRÉPONDÉRANCE AMPLIFIÉE DES AUTORITÉS EXÉCUTIVES DANS LE PARTAGE DES FONCTIONS LÉGISLATIVE ET EXÉCUTIVE

Le Conseil constitutionnel a clairement fait le choix de comprendre la séparation des pouvoirs comme un principe excluant tout équilibre des pouvoirs pour laisser place à un mode rigide de répartition des compétences entre les différentes autorités étatiques. Pour donner toute son effectivité au principe de spécialisation, auquel il est extrêmement attaché, le poussant parfois à un paroxysme créant le doute quant à une éventuelle dénaturation du sens profond de la séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel a œuvré à imposer une spécialisation asymétrique de celles-ci. Le contrôle des actes d'un législateur représentant un organe complexe composé – sur le papier – de deux organes partiels, à savoir le Parlement et l'ensemble des autorités dites exécutives (Président, Premier ministre, Gouvernement), révèle en effet, conformément à l'intention des constituants de 1958, l'amplification d'une prédominance de ces dernières dans l'exercice de la fonction législative, tout autant qu'il amène, la plupart du temps indirectement, à leur reconnaître une latitude considérable dans l'exercice d'une fonction exécutive dépassant en réalité la simple activité d'exécution des lois (§ 1). Mais la prédominance n'est rien sans la domination, qui n'est rien sans un dominé ; la valorisation des autorités exécutives dans l'exercice des fonctions législative et exécutive a donc dû s'accompagner d'une dévalorisation des autorités parlementaires dans l'exercice des mêmes fonctions. Il apparaît en effet que le Conseil constitutionnel a œuvré à la rationalisation des modalités de participation du Parlement à la fonction législative, autant qu'il rejette continuellement toute participation de celui-ci à la fonction exécutive (§ 2).

### § 1 – La délimitation protectrice des compétences gouvernementales.

Entendues comme l'ensemble des compétences que les autorités exécutives précitées sont amenées à exercer au titre de leur participation aux fonctions législative et exécutive, les compétences gouvernementales ressortent incontestablement valorisées de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, quelle que soit l'intensité de son contrôle. Aussi la prédominance du pouvoir exécutif, au sens organique du terme, est-elle assurée tant dans l'exercice de la fonction législative (A) que de la fonction exécutive (B).

#### A) La valorisation de la participation des autorités exécutives à la fonction législative.

La participation des autorités exécutives à la fonction législative prend de nombreuses formes. Le Conseil constitutionnel a d'abord conforté et renforcé le rôle central que la Constitution leur accorde dans le cadre de la procédure législative « classique ». En premier lieu, la jurisprudence constitutionnelle a souligné la liberté étendue que le Premier ministre et « son » gouvernement disposent au stade de l'initiative législative. Prenant le soin de rappeler, d'une part, que « l'initiative législative du Gouvernement peut prendre à son choix la forme soit du dépôt d'un projet soit d'un amendement »<sup>495</sup>, et, d'autre part, que des dispositions législatives « ne peuvent limiter en rien le droit d'initiative du Gouvernement »<sup>496</sup>, le Conseil prohibe ainsi toute « injonction » faite au Gouvernement de déposer un projet de loi dans un délai déterminé, et qui entrerait par conséquent en « contradiction avec le droit d'initiative général conféré au Premier Ministre par l'article 39 de la Constitution »<sup>497</sup>. En valorisant l'initiative gouvernementale, notamment en matière de lois de finances, le Conseil admet *a contrario* la possibilité de limiter « l'initiative des membres du Parlement en matière fiscale à un droit d'amendement »<sup>498</sup>, la circonstance qu'un prestataire privé ait

<sup>495</sup> C. const., n° 93-329 DC, 13 janv. 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, cons. 11.

<sup>496</sup> C. const., n° 82-142 DC, *op. cit.*, cons. 8.

<sup>497</sup> C. const., n° 78-102 DC, 17 janv. 1979, *Loi portant approbation d'un rapport sur l'adaptation du VIIe Plan*, cons. 2. – C. const., n° 76-73 DC, 28 déc. 1976, *Loi de finances pour 1977*, cons. 8.

<sup>498</sup> C. const., n° 84-170 DC, 4 juin 1984, *Loi portant ratification des ordonnances prises en application de la loi n° 83-332 du 22 avril 1983*, cons. 3.

participé, voire entièrement rédigé l'exposé des motifs et l'étude d'impact dudit projet, n'entraînant d'ailleurs pas la méconnaissance de l'article 39 et l'irrégularité de la procédure<sup>499</sup>. Ces seuls exemples suffisent à montrer le détachement notable du Conseil à l'égard du centre d'impulsion politique que les « pères fondateurs » ont placé dans les mains du Premier ministre.

En deuxième lieu, au stade de la discussion, si de nombreuses illustrations rendent compte de l'incontestable maîtrise du travail parlementaire que le Conseil, en accord avec la Constitution, reconnaît au Gouvernement, la protection accordée au droit d'amendement gouvernemental, « corollaire de l'initiative législative »<sup>500</sup>, est particulièrement révélatrice d'une telle logique. Le Conseil n'a effectivement pas manqué de déclarer, du moins avant la révision de 2008, que la Constitution « ne prévoit pas de limitation à l'exercice du droit d'amendement »<sup>501</sup> à l'égard du Gouvernement, formule qui, si elle fût peu reprise, résume l'esprit de sa jurisprudence sur ce point. En effet, « c'est un véritable blanc-seing que le Conseil [...] octroya au Gouvernement »<sup>502</sup> en statuant ainsi, et ses décisions ultérieures l'ont pleinement confirmé : les limitations au droit d'amendement des parlementaires, dont il sera rendu compte plus bas, n'ont pas été intégralement et simultanément rendues opposables au Gouvernement. Aucune disposition constitutionnelle ne venant restreindre le droit de ce dernier, qu'il peut donc exercer librement à tous les stades de la procédure législative, il en a résulté une pratique vivement contestée, dont les excès attinrent leur paroxysme avec le célèbre « amendement Séguin ». Devant l'abus manifeste (que la jurisprudence constitutionnelle permettait) résultant de l'insertion, par le ministre en commission mixte paritaire, du texte entier d'une ordonnance que le Président de la République avait refusée de signer, le Conseil n'eut cependant d'autre choix que de fixer des bornes au droit gouvernemental en invoquant « les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement »<sup>503</sup> que le Gouvernement tient de l'article 44 de la Constitution. Si cette jurisprudence s'avéra finalement peu défavorable au Gouvernement, supposant un seuil à franchir que le Conseil est seul libre d'apprécier – et dont il a très peu constaté le dépassement par le Gouvernement, le Conseil décida tout de même de l'abandonner dès 2001<sup>504</sup>, après avoir renversé, trois années plus tôt, sa jurisprudence pour finalement reconnaître que « le droit d'amendement est sous le contrôle direct du Gouvernement »<sup>505</sup>. Les seules limites qu'il y oppose sont, d'une part, de « suffisamment inform[er] les députés de la portée de l'amendement »<sup>506</sup>, même par un exposé des motifs plus que liminaire, et, d'autre part, que le nombre ou la portée des amendements déposés ne porte pas atteinte aux « exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire »<sup>507</sup>, dont il ne reconnaît que très rarement la méconnaissance par le Gouvernement. Même la circonstance que l'amendement n'ait pas été déposé après l'expiration du délai de dépôt opposable aux amendements des députés ne porte pas atteinte à une telle « sincérité » du débat<sup>508</sup>. La jurisprudence constitutionnelle, aboutissant à conférer un nouveau « privilège »<sup>509</sup> au Gouvernement, freine donc peu la domination du débat législatif par celui-ci, reconnaissant ainsi sa prépondérance dans le processus de confection des lois.

Enfin, si une partie de la doctrine peut refuser à la promulgation des lois par le Président de la République le caractère d'une participation à la fonction législative, force est de constater que le Conseil est d'un tout autre avis. Affirmant qu'il « est loisible au Président de la République qui, par la promulgation, atteste que la loi a été régulièrement délibérée et votée, de demander au Parlement une nouvelle délibération en vue d'assurer la conformité de la loi à la Constitution », le Conseil ajoute que l'option ouverte au

---

<sup>499</sup> C. const., n° 2019-794 DC, 20 déc. 2019, *Loi d'orientation des mobilités*, § 6.

<sup>500</sup> C. const., n° 88-251 DC, 12 janv. 1989, *Loi portant diverses dispositions relatives aux collectivités territoriales*, cons. 4.

<sup>501</sup> C. const., n° 81-136 DC, 31 déc. 1981, *Troisième loi de finances rectificative pour 1981*, cons. 10.

<sup>502</sup> BINCZAK (P.), « Le Conseil constitutionnel et le droit d'amendement : entre "errements" et malentendus », *RFDC*, n° 47, 2001, p. 493.

<sup>503</sup> C. const., n° 86-225 DC, 23 janv. 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, cons. 8 à 11.

<sup>504</sup> C. const., n° 2001-450 DC, 11 juill. 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, cons. 30.

<sup>505</sup> Comm. off. de C. const., n° 98-402 DC, *op. cit.*, p. 2.

<sup>506</sup> C. const., n° 2019-795 DC, 20 déc. 2019, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2020*, cons. 8.

<sup>507</sup> C. const., n° 2019-778 DC, 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, § 8.

<sup>508</sup> C. const., n° 2019-780 DC, 4 avr. 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, cons. 2 à 7.

<sup>509</sup> CARCASSONNE (G.), « A propos du droit d'amendement : les errements du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 41, 1987, p. 167.

Président par l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (demande d'une nouvelle lecture aux chambres, ou promulgation à l'exception de la disposition contraire à la Constitution) s'exerce « discrétionnairement, dans le cadre de sa compétence de promulgation », et qu'ainsi, soit « la procédure législative est close par la promulgation », soit la demande d'une nouvelle lecture « a pour effet de prolonger, par une phase complémentaire, la procédure législative », le Conseil ne manquant pas de poser que ces « règles constitutionnelles » sont « claires et précises » et « n'appellent aucune interprétation »<sup>510</sup>. N'ayant pas la compétence pour contrôler l'acte de promulgation, les rares fois où le Conseil est amené à en traiter confortent le Président dans la compétence exclusive qu'il tient de la Constitution. Amené à se prononcer sur des dispositions prévoyant qu'aucune loi ni aucun décret ayant une incidence financière pour l'Etat ne puisse être publié sans une annexe financière précisant ses conséquences au titre de l'année d'entrée en vigueur et de l'année suivante, le Conseil n'a par exemple pas manqué de proclamer qu'en « instituant une formalité préalable à la publication des lois, ces dispositions sont contraires au principe, résultant notamment de l'article 10 de la Constitution, selon lequel la promulgation de la loi par le Président de la République vaut ordre à toutes les autorités et à tous les services compétents de la publier sans délai »<sup>511</sup>. Il officialisait ainsi, en la protégeant du mieux que possible, la direction de la fabrique législative par l'ensemble des autorités exécutives.

Hors de la procédure législative « classique », les ordonnances de l'article 38 restent « l'une des rares hypothèses de vérification de l'action proprement gouvernementale »<sup>512</sup>, et ce bien que le Conseil ait affirmé, dans un premier temps, que « le contrôle de constitutionnalité [...] ne peut porter que sur les lois, et non sur les ordonnances prévues par l'article 38 de la Constitution »<sup>513</sup>. L'office du juge s'avère encore relativement réduit ; s'il a cru bon de conférer à la notion de « programme » de l'article 38 une signification différente de celle de l'article 49, la première n'obligeant le Gouvernement qu'à « définir avec précision les finalités de l'habilitation qu'il demande en vue de la réalisation de son programme », il reconnaissait immédiatement que le Gouvernement n'en est pas pour autant « tenu de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation et qu'il ne lui est pas interdit de faire dépendre cette teneur des résultats de travaux et d'études dont il ne connaîtra que plus tard les conclusions »<sup>514</sup>. Autrement dit, « l'obligation » faite au gouvernement de définir les « finalités » de l'habilitation vise plus à permettre au législateur habituel d'exercer au mieux sa fonction (dont l'exercice, lui, est contrôlé par le Conseil) et d'éviter une trop grande souplesse qui conduirait à un arbitraire que l'article 38 était destiné à prévenir, qu'à freiner l'ambition législative du Gouvernement. De l'aveu du Conseil constitutionnel, l'exclusion de tout rapprochement avec le premier alinéa de l'article 49 de la Constitution se justifie en ce qu'une telle assimilation « ne ferait aucune place, pour une éventuelle justification de recours aux dispositions de l'article 38, aux notions de circonstances imprévues ou de situation requérant des mesures d'urgence »<sup>515</sup>. L'interprétation indulgente de l'article 38 vise donc à permettre aux autorités exécutives de légiférer rapidement si la situation exige une certaine rapidité et réactivité législatives.

Cette tolérance à l'égard d'un Gouvernement explicitement assimilé au « législateur »<sup>516</sup> dans l'exercice des compétences qu'il tire de l'article 38 de la Constitution, est encore plus manifeste vis-à-vis des hypothèses de « ratification implicite ». Ayant très tôt posé que rien « ne fait obstacle à ce qu'une ratification intervienne selon d'autres modalités que celle de l'adoption du projet de loi sus-mentionné ; que, par suite, cette ratification peut résulter d'une manifestation de volonté *implicitement mais clairement*

---

<sup>510</sup> C. const., n° 85-197 DC, *op. cit.*, cons. 15 à 25.

<sup>511</sup> C. const., n° 2001-448 DC, *op. cit.*, cons. 64.

<sup>512</sup> BLANCHÈRE (P.), « Le président de la République et le Gouvernement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 32.

<sup>513</sup> C. const., n° 85-196 DC, 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 23.

<sup>514</sup> C. const., n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 21. – Jurisprudence constante : C. const., n° 2019-794 DC, *op. cit.*, § 47.

<sup>515</sup> C. const., n° 76-72 DC, 12 janv. 1977, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issas*, cons. 2 et 3.

<sup>516</sup> C. const., n° 2007-561 DC, 17 janv. 2008, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative)*, cons. 13 et 14.

exprimée par le Parlement »<sup>517</sup>, le Conseil accordait à la volonté du Gouvernement une force qui n'eût plus besoin de quérir l'assentiment expresse du Parlement pour s'imposer à titre législatif. Réitérant cette position en jugeant qu'il « n'est pas exclu que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une des ordonnances visées à l'article 38 de la Constitution puisse résulter d'une loi qui, *sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement* ; que, saisi d'une loi de cette nature, il appartiendrait au Conseil constitutionnel de dire si la loi comporte effectivement ratification de tout ou partie des dispositions de l'ordonnance en cause et, dans l'affirmative, si les dispositions auxquelles la ratification confère valeur législative sont conformes à la Constitution »<sup>518</sup>, le Conseil semblait poser les termes de son contrôle, qui, pourtant, ne l'a jamais conduit à prononcer la non-conformité de telles mesures législatives à la Constitution. S'il est possible de « percevoir dans cette démarche une certaine audace »<sup>519</sup>, dans la mesure où le Conseil considère parfois qu'il suffit qu'un article soit modifié par une loi pour que l'ensemble du texte se trouve alors ratifié, un tel détachement à l'égard du recours à l'article 38, « juridiquement consacré par le Conseil constitutionnel, n'empêche pas un certain malaise »<sup>520</sup> : d'une jurisprudence « rationnelle » révélant la ratification implicite par l'interprétation des textes soumis à son examen (et parfois par le recours aux travaux préparatoires), le Conseil est passé à une jurisprudence « *laxiste* » mettant en exergue une « ratification implicite *inconsciente* où ni la loi, ni les travaux préparatoires n'expriment cette volonté », glissement « d'autant plus abusif qu'il aboutissait à délivrer à nombre de textes un "certificat de légalité" qui n'était qu'un *certificat de complaisance* »<sup>521</sup>. N'étant plus en capacité de tolérer les ratifications implicites depuis que le constituant de 2008 a, dans un « lit de justice », posé que la ratification des ordonnances ne peut intervenir « que de manière expresse » (article 38, alinéa 2, de la Constitution), le Conseil n'en a pas moins considérablement assis le véritable pouvoir législatif que le Gouvernement exerce, après habilitation de la part d'un Parlement dont la majorité lui est souvent acquise, dans le cadre de l'article 38 de la Constitution, et plus généralement que les autorités exécutives mettent en marche et en œuvre dans le cadre de la fabrication des actes législatifs. Autrement dit, « si le Conseil n'a pas joué le rôle du Cerbère gardant jalousement le pouvoir réglementaire des incursions du législateur, il a en revanche été sensible aux exigences de l'action gouvernementale, et il le sera bien davantage en ce qui concerne les autres aspects du parlementarisme rationalisé »<sup>522</sup>. La grande latitude donnée aux autorités exécutives dans l'exercice du pouvoir exécutif en fournit un exemple éloquent.

## B) Un contrôle variable et distant de l'exercice de la fonction exécutive.

« La théorie de la séparation des pouvoirs offre ici son ultime raffinement » : c'est « au sein même du pouvoir exécutif qu'il faut opérer une sous-distinction entre la fonction gouvernementale et la fonction administrative »<sup>523</sup>. En réalité, la jurisprudence du Conseil à l'égard des actes que les « titulaire[s] suprême[s] de la puissance administrative »<sup>524</sup> sont amenés à prendre dans le cadre de ces fonctions permet d'appréhender le « pouvoir exécutif » dans son double sens, c'est-à-dire tant organiquement (l'ensemble des autorités placées à la tête de l'appareil administratif et gouvernemental : Président, Premier ministre, mais également Gouvernement) que fonctionnellement (pour étendre la définition de Macarel, il désignerait alors le « gouvernement du pays, moins la confection des lois et l'action de la justice entre particuliers »<sup>525</sup>). La jurisprudence constitutionnelle correspondrait ainsi bel et bien à l'esprit de spécialisation fonctionnelle :

<sup>517</sup> C. const., n° 72-73 L, 29 févr. 1972, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967*, cons. 3.

<sup>518</sup> C. const., n° 86-224 DC, *op. cit.*, cons. 24.

<sup>519</sup> CASTAING (C.), « La ratification implicite des ordonnances de codification. Haro sur "La grande illusion" », *RFDC*, n° 58, 2004, p. 279.

<sup>520</sup> PRIEUR (M.), « Commentaire de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du Code de l'environnement », *AJDA*, 2000, n° 12, p. 1030.

<sup>521</sup> TOULEMONDE (B.), note sous C. const., n° 72-73 L, *op. cit.*, *AJDA*, 1972, p. 642.

<sup>522</sup> AVRIL (P.), « Le Conseil constitutionnel est-il toujours le bras armé du gouvernement dans le parlementarisme rationalisé ? », *op. cit.*

<sup>523</sup> PLESSIX (B.), *Droit administratif général, op. cit.*, p. 373-374.

<sup>524</sup> CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État, op. cit.*, T. I, p. 469.

<sup>525</sup> MACAREL (L.-A.), *Cours de droit administratif*, T. I, Paris, Gustave Thorel, 1844, p. 13.

pour chaque organe une fonction principale, bien que l'absence de véracité de cette assertion vienne d'être démontrée à l'égard de la fonction législative, et bien que la distinction entre administrer et gouverner repose pour l'essentiel sur un fondement doctrinal<sup>526</sup>. Il est notable que la protection, par le Conseil constitutionnel, de ces autorités et de ces fonctions (exécutive et gouvernementale) varie selon une échelle de justiciabilité et d'opposabilité des actes que les premières sont habilitées, par la loi ou par la seule Constitution, à édicter. Le « contrôle » de ceux-ci s'étale en effet sur trois niveaux : un contrôle restreint, un contrôle inexistant et une suppression des contrôles. Cette dernière recevra ses propres développements, notamment vis-à-vis de la mission de contrôle du Parlement ; à ce stade, il y a lieu de circonscrire l'analyse au rôle du Conseil constitutionnel à l'égard des actes se rattachant à la fonction exécutive (ou administrative) et de ceux qui se rattachent à l'exercice d'une fonction non administrative.

Pour ce qui est de la fonction administrative « *stricto sensu* », le contrôle mené par le Conseil se limite essentiellement à un contrôle restreint. Juge de la loi, le Conseil constitutionnel n'est amené à statuer que dans de strictes limites sur le Président de la République et le Gouvernement, à tel point qu'en l'état du droit public français, il n'existe aucune voie de recours possible auprès du Conseil contre la grande majorité de leurs actes, « et il y a fort à douter qu'il étende de lui-même sa compétence, vu l'appréciation constamment restrictive qu'il fait des attributions que la Constitution lui confère »<sup>527</sup>. S'il était possible, pendant un temps, de croire qu'il se convertissait à la doctrine fondant sa compétence à l'égard de certains actes administratifs sur la nécessité de faire respecter la Constitution, notamment lorsqu'il s'est reconnu compétent à l'égard des actes préparatoires aux scrutins politiques, il a rapidement été constaté qu'il ne s'agissait que d'une extension de sa compétence de juge électoral, celle-ci restant par ailleurs limitée à un contrôle *a minima* des actes administratifs « de nature à altérer la régularité du scrutin [ou] à porter atteinte à l'égalité des droits des électeurs »<sup>528</sup>, de l'acte qui « risquerait de compromettre gravement l'efficacité du contrôle par le Conseil constitutionnel de l'élection des députés ou des sénateurs, vicierait le déroulement général des opérations électorales et, ainsi, pourrait porter atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics »<sup>529</sup>, ou, de même, qui « risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires »<sup>530</sup>. S'il y a contrôle, celui-ci est donc significativement limité au franchissement d'un seuil de gravité dont l'existence réelle est à ce titre très rarement constatée.

De même, si le contrôle de l'exercice du pouvoir réglementaire par ces autorités s'avère essentiellement réduit, pour les mêmes raisons, aux contentieux de la répartition opérée par les articles 34 et 37 entre domaines législatif et réglementaire, dont il a été montré qu'il en résultait en réalité une subordination *intra* et *secundum legem* du pouvoir réglementaire à la loi, la jurisprudence du Conseil a néanmoins abouti à conforter les compétences primo-ministérielles en la matière. Au-delà, notamment, des strictes conditions de surface et de profondeur qu'il a posées à l'égard des délégations législatives de « l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national »<sup>531</sup>, ou encore du confort donné à la primauté du Premier ministre dans l'exercice du pouvoir réglementaire en matière de police administrative<sup>532</sup> – l'article 34 « ne [privant] pas le chef du Gouvernement des attributions de police générale qu'il exerce en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habilitation législative »<sup>533</sup> (reprenant à son compte l'arrêt *Labonne* rendu par le Conseil d'Etat en 1919), le Conseil reconnaît que la Constitution « a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement [...] le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiétements de la loi »<sup>534</sup> ; si l'analyse des décisions L et FNR a permis d'exposer comment un tel pouvoir manque, du fait du Conseil, d'effectivité, le

<sup>526</sup> SERRAND (P.), « Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », *Jus Politicum*, n° 4, 2010.

<sup>527</sup> PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 376.

<sup>528</sup> C. const., n° 81-1 ELEC, *op. cit.*, cons. 7.

<sup>529</sup> C. const., n° 82-2 ELEC, *op. cit.*, cons. 7.

<sup>530</sup> C. const., n° 2000-21 REF, 25 juill. 2000, *Décision du 25 juillet 2000 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE*, cons. 5.

<sup>531</sup> C. const., n° 93-324 DC, 3 août 1993, *Loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*, cons. 14.

<sup>532</sup> C. const., n° 2015-713 DC, *op. cit.*.

<sup>533</sup> C. const., n° 2000-434 DC, 20 juill. 2000, *Loi relative à la chasse*, cons. 19.

<sup>534</sup> C. const., n° 82-143 DC, *op. cit.*, cons. 11.

déclassement demeure un outil utile au Gouvernement pour « récupérer » le pouvoir de statuer sur certaines matières, à tel point que « "l'arme" reste prête à l'usage »<sup>535</sup>. Du reste, la formulation précitée est suffisamment vague pour en déduire que « l'autorité réglementaire », qui, seule, peut statuer dans un domaine qui lui est « propre », comprend, conformément aux articles 21 et 13 de la Constitution, le Premier ministre et le Président, mais que c'est le Gouvernement qui est chargé de défendre ce domaine. Le Conseil prenant le soin de clairement distinguer l'autorité réglementaire (ou « l'autorité investie du pouvoir réglementaire »<sup>536</sup>) de l'autorité administrative<sup>537</sup>, la vision organique du « pouvoir exécutif » s'affirme pleinement lorsqu'il ne déclare pas contraire à la Constitution des dispositions « qui ne visent qu'à la répartition entre des autorités *de degrés différents* [ministre et préfet], *mais relevant toutes du pouvoir exécutif*, d'attributions qui appartiennent à celui-ci »<sup>538</sup>. Au sens organique, il existe donc bien un pouvoir exécutif, qui rassemble plusieurs types d'autorités dont l'existence et les compétences sont globalement protégées par le Conseil constitutionnel.

En ce qui concerne la fonction dite « gouvernementale », le contrôle mené par le Conseil est inexistant. A ce stade, une telle vision organique s'efface devant une conception fonctionnelle du « pouvoir exécutif », dans la mesure où les autorités concernées sont les mêmes, mais l'intensité du contrôle varie en fonction de trois éléments étroitement liés, à savoir l'objet de l'acte, sa dimension politique et la compétence attribuée au Conseil par la Constitution. En effet, la vision fonctionnelle du « pouvoir exécutif » implique, dans la jurisprudence du Conseil, un contrôle (par le juge ordinaire) des « décisions prises [...] par les autorités *exerçant* le pouvoir exécutif »<sup>539</sup>, mais s'accorde avec la jurisprudence administrative sur la nécessité de l'absence d'un contrôle des actes des mêmes autorités pris dans un domaine autre que l'exécution des lois et l'exercice du pouvoir réglementaire. Le Président est l'autorité principalement concernée, la jurisprudence constitutionnelle ayant opposé à plusieurs reprises son refus de contrôler ses actes<sup>540</sup> ; les périodes de cohabitation ont montré à cet égard que le Conseil ne pouvait pas être un véritable arbitre du « jeu politique », car il n'a pu contrôler que certains acteurs de ce dernier : « il a pu soumettre au respect de la règle de droit le Parlement et, indirectement, le gouvernement, mais non le président de la République »<sup>541</sup>. Il peut paraître étrange de formuler une théorie des actes de gouvernement devant le Conseil, pour deux raisons par ailleurs contradictoires : le Conseil est juge de la loi et de la régularité des élections, non juge des actes pris par les autorités exécutives, et si l'acte de gouvernement se distingue de l'acte administratif en raison de l'origine de l'habilitation (loi ou Constitution), alors le Conseil devrait être amené à se reconnaître compétent pour juger de ses contestations. Cependant, plusieurs actes considérés comme tels au Palais Royal connaissent le même traitement rue Montpensier.

Ainsi, « aucune disposition de la Constitution ne donne compétence au Conseil constitutionnel pour statuer sur la requête » dirigée à l'encontre du décret portant dissolution de l'Assemblée nationale<sup>542</sup>. Si l'audace dont le Conseil a fait preuve par l'extension de sa compétence dans des décisions comme *Delmas* ou *Bernard* aurait pu donner lieu à un contrôle restreint, au moins à la régularité de la procédure (consultation du Premier ministre et des présidents des assemblées), force est donc de constater l'incompétence absolue du Conseil qui, se trouvant dans l'impossibilité de contrôler la légalité (interne ou externe) de l'acte – celui-ci se rattachant directement et exclusivement à la compétence posée à l'article 12 de la Constitution, ne peut que se refuser, en raison de la dimension fondamentalement politique de l'acte et de l'absence d'une disposition constitutionnelle permissive, à contrôler sa constitutionnalité. Acte de

<sup>535</sup> AVRIL (P.), « Le Conseil constitutionnel est-il toujours le bras armé du gouvernement dans le parlementarisme rationalisé ? », *op. cit.*

<sup>536</sup> C. const., n° 59-1 FNR, *op. cit.*, cons. 1<sup>er</sup>. – C. const., n° 64-28 L, 17 mars 1964, *Nature juridique des dispositions de l'article 5 (1, 4<sup>ème</sup> alinéa) de l'ordonnance n° 58-966 du 16 octobre 1958*, cons. 1<sup>er</sup>.

<sup>537</sup> C. const., n° 2012-270 QPC, 27 juill. 2012, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles du Finistère*, cons. 5.

<sup>538</sup> C. const., n° 70-60 L, 23 févr. 1970, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 2, alinéa 2, de l'ordonnance du 23 octobre 1958*, cons. 1<sup>er</sup>. – V. également C. const., n° 2001-448 DC, *op. cit.*, cons. 106 et 107.

<sup>539</sup> C. const., n° 86-224 DC, *op. cit.*, cons. 15.

<sup>540</sup> V. not. GUETTIER (C.), « Le contrôle juridictionnel des actes du président de la République », *RDP*, 1998, n° 5-6, p. 1719 s.

<sup>541</sup> FAVOREU (L.), *La Politique saisie par le droit*, Economica, 1988, p. 115.

<sup>542</sup> C. const., n° 88-4 ELEC, 4 juin 1988, *Requête de Monsieur Rosny MINVIELLE de GUILHEM de LATAILLADE*. – C. const., n° 97-14 ELEC, 10 juill. 1997, *Requête présentée par Monsieur Jean-Michel ABRAHAM*.

gouvernement devant le Conseil d'Etat<sup>543</sup>, le décret de dissolution, tout comme le champ libre laissé par le juge constitutionnel à l'opportunité présidentielle, auraient donc pour but de fournir au chef de l'Etat « la garantie d'une suffisante séparation des pouvoirs »<sup>544</sup>, c'est-à-dire, en l'occurrence, d'une spécialisation excluant toute immixtion parlementaire ou juridictionnelle dans l'exercice des compétences qu'il tient de la seule Constitution.

Si plusieurs actes de ce type ne font donc l'objet d'aucun contrôle, il aurait pu sembler possible pour le Conseil, à défaut de se prononcer sur la validité de l'acte en question, de se prononcer sur la régularité de la procédure d'adoption d'une loi qui, en raison d'un acte « vicié » émanant du Président, pourrait pâtir de l'immunité juridictionnelle de ce dernier. Ses décisions relatives à l'intérim primo-ministériel assuré par Lionel Jospin en 1988 attestent cependant d'une logique opposée, puisque le Conseil déclara qu'en « conférant, par décret en date du 14 décembre 1989, à M Lionel Jospin [...] la charge d'assurer l'intérim de M Michel Rocard, Premier ministre, pendant l'absence de ce dernier, le Président de la République a, ainsi que l'y habilite l'article 5 de la Constitution, pris les *dispositions nécessaires pour assurer la continuité de l'action gouvernementale* ; que, *sur le même fondement et pour des motifs analogues*, le décret individuel chargeant un ministre de l'intérim du Premier ministre produit effet immédiatement *sans attendre sa publication au Journal officiel* ; que M Jospin *possédait* l'intégralité des pouvoirs attachés à la fonction qui lui était confiée à titre intérimaire ; qu'il avait, par suite, compétence pour engager la responsabilité du Gouvernement sur le vote d'un texte, en application du troisième alinéa de l'article 49 de la Constitution »<sup>545</sup>. Outre une déplorable confusion entre la titularité (voire la patrimonialité) et l'exercice du pouvoir, qui présume une certaine révérence faite à un organe qui deviendrait « souverain dans l'Etat »<sup>546</sup> bien qu'il soit entièrement possible de concéder que les entités dépersonnalisées ont toujours une facette personnalisée, il est permis d'en conclure que seule une telle mesure, prise par une telle autorité (et devant laquelle le juge administratif se déclare également incompétent)<sup>547</sup>, et dont l'absence totale de publicité n'entache aucunement la régularité de la procédure, permettait, selon le Conseil, d'assurer le bon (c'est-à-dire sans gêne ni incommodité) déroulement du programme gouvernemental et, partant, la continuité de l'Etat. En plus d'apprendre que l'article 5 de la Constitution pouvait être une norme habilitatrice, ce que la doctrine s'est longtemps refusé, et se refuse encore d'admettre, celle-ci découvrirait que la mission d'arbitrage du Président visait avant tout à préserver « la continuité de l'exécutif »<sup>548</sup>. D'aucuns en ont légitimement déduit, sous un vocabulaire captieux, que le Conseil constitutionnel était le « garant de la fonction présidentielle »<sup>549</sup>, c'est-à-dire un protecteur intransigeant de l'intégrité de son office, dans la mesure où « le Président [devient] la fin du pouvoir exécutif. Le Premier ministre en est un moyen »<sup>550</sup>. En « fermant les yeux » sur une potentielle irrégularité procédurale, le Conseil renforce donc le caractère exclusif et consacre l'immunité juridictionnelle des seuls actes qui, pris par les plus hautes autorités de l'Etat, auraient pu trouver dans le Conseil leur seul contrôleur. C'est donc l'intégralité du pouvoir exécutif au sens organique (autorités exécutives nationales et autorités administratives) et au sens fonctionnel (exécution des lois et fonction non administrative) qui ressort affermie de la jurisprudence constitutionnelle, quelle que soit la plus ou moins grande liberté d'action politique confiée par la Constitution aux autorités amenées à exercer ces fonctions. Celles-là sont donc entièrement spécialisées dans celles-ci. Leur valorisation s'est parallèlement accompagnée d'une dévalorisation des compétences parlementaires.

---

<sup>543</sup> C.E., 20 févr. 1989, *Allain*, req. n° 98538.

<sup>544</sup> ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 6e éd., 1914, p. 158.

<sup>545</sup> C. const., n° 89-268 DC, *op. cit.*, cons. 8. – C. const., n° 89-264 DC, 9 janv. 1990, *Loi de programmation relative à l'équipement militaire pour les années 1990-1993*, cons. 5. – C. const., n° 89-269 DC, 22 janv. 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 6.

<sup>546</sup> CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, T. I, p. 69-70 : « la puissance étatique réside juridiquement non dans les individus, prince ou citoyens, qui l'exercent en fait, mais dans la personne Etat elle-même ».

<sup>547</sup> C.E., 16 sept. 2005, *Hoffer*, req. n° 282171, cons. 2.

<sup>548</sup> ARDANT (P.), « L'article 5 et la fonction présidentielle », *Pouvoirs*, n° 41, 1987, p. 44.

<sup>549</sup> RICHIR (I.), *Le Président de la République et le Conseil constitutionnel*, PUF, « Les grandes thèses du droit français », 1998, p. 183.

<sup>550</sup> JOBERT (M.), « Le partage du pouvoir exécutif », *Pouvoirs*, n° 4, 1978, p. 14.

## § 2 – L’endiguement constant des compétences parlementaires.

Si le Conseil constitutionnel n’est pas « le compositeur d’une grande symphonie juridique ou du moins un chef à la baguette magique »<sup>551</sup>, sa jurisprudence vis-à-vis de l’exercice, par le Parlement, des compétences que la Constitution lui attribue, est comme la première gymnopédie d’Erik Satie : lente et douloureuse. Animée de l’esprit du parlementarisme rationalisé, elle s’oppose effectivement à tout abus ou monopole, par les assemblées, des compétences subsumables sous la fonction législative, y compris celles qui lui sont confiées à titre exclusif (A), autant qu’elle leur refuse toute participation, qu’elle soit directe ou indirecte, prévue ou non par la Constitution, à la fonction exécutive (B).

### A) Une participation à la fonction législative rationalisée.

La jurisprudence constitutionnelle à l’égard du Parlement, dans sa grande généralité, se veut refléter fidèlement les intentions du constituant de 1958, y compris plus d’un demi-siècle après la création du Conseil ; de surcroît, elle conduit même à imposer une rigidité que les textes ne rendaient pas nécessaire. Pour ce qui concerne la fonction législative, une telle logique se dénote tant vis-à-vis du Parlement pris isolément que des rapports entre ce dernier et le Gouvernement dans l’élaboration des lois. Il apparaît, dans les deux cas, que l’exercice des compétences parlementaires est limité *a minima* par l’exigence constante de respect des prérogatives gouvernementales, la réciprocité n’étant pas toujours vraie.

Le Conseil constitutionnel a ainsi fixé un certain nombre de règles applicables dès la première lecture. Au-delà de l’exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire et de la censure devenue quasi-systématique des différents « cavaliers »<sup>552</sup>, qui témoignent plus d’une volonté d’amélioration de la qualité du travail législatif que d’une rationalisation du parlementarisme, il a très tôt posé que l’irrecevabilité financière des « propositions et amendements formulés par les membres du Parlement » (article 40 de la Constitution) devait être entendue strictement, dans la mesure où elle présente un « caractère absolu » exigeant, d’une part, « qu’il soit procédé à un examen systématique de la recevabilité [...] des propositions de loi »<sup>553</sup>, et, d’autre part, que soit mis en œuvre un « contrôle de recevabilité effectif et systématique au moment du dépôt de tels amendements »<sup>554</sup>, qui, s’il n’est pas assuré par l’assemblée concernée, l’est par le Conseil lui-même. Celui-ci considère effectivement qu’il est « de la mission du Conseil constitutionnel de statuer sur le point de savoir si, au cours de l’élaboration de la loi, il a été fait de l’article [40 de la Constitution] une application conforme à la lettre et à l’esprit de cette disposition »<sup>555</sup>. Étendant cette jurisprudence imposant que l’irrecevabilité puisse être soulevée à tout moment « non seulement à l’encontre des amendements, mais également à l’encontre des modifications apportées par les commissions aux textes dont elles ont été saisies »<sup>556</sup>, le Conseil préserve tout de même une certaine marge d’appréciation au profit des parlementaires, puisque l’augmentation des dépenses résultant de la proposition de loi doit être directe et certaine pour que celle-ci soit déclarée irrecevable<sup>557</sup>. Il s’ensuit toutefois que l’initiative législative de ces derniers n’est pas astreinte aux mêmes règles que celles gouvernant les projets et amendements du Gouvernement, bien plus permissives.

De même, les limites opposées dès la première lecture à l’exercice du droit d’amendement demeurent valables aux stades ultérieurs de la navette. En addition, d’autres restrictions s’appliquent alors, en particulier le principe de « l’entonnoir », qui implique, au cours de la navette, que le débat ne doive plus

<sup>551</sup> VEDEL (G.), « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », *op. cit.*.

<sup>552</sup> C. const., n° 85-191 DC, 10 juill. 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 2. – C. const., n° 2019-778 DC, *op. cit.*, cons. 340 et 341.

<sup>553</sup> C. const., n° 78-94 DC, 14 juin 1978, *Résolution tendant à modifier les articles 24, 39, 42, 44, 45 et 60 bis du règlement du Sénat*, cons. 3 et 4.

<sup>554</sup> C. const., n° 2006-544 DC, 14 déc. 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, cons. 13.

<sup>555</sup> C. const., n° 75-57 DC, 23 juill. 1975, *Loi supprimant la patente et instituant une taxe professionnelle*, cons. 2.

<sup>556</sup> C. const., n° 2019-786 DC, 11 juill. 2019, *Résolution clarifiant et actualisant le règlement du Sénat*, cons. 12.

<sup>557</sup> C. const., n° 99-419 DC, 9 nov. 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, cons. 18.

porter que sur les dispositions sur lesquelles un accord n'est pas déjà intervenu. Si ce principe de la procédure parlementaire, issu par ailleurs des règlements des assemblées, n'a été reconnu et consacré par le Conseil que relativement récemment, il a longtemps résulté de sa jurisprudence une « phase de décrue »<sup>558</sup> portant une « atteinte considérable aux droits du Parlement »<sup>559</sup>, qui devait composer avec l'absence quasi-totale de restrictions apposées aux amendements gouvernementaux. Jugeant que le droit d'amendement du Gouvernement n'est soumis à aucune restriction, ni en deuxième lecture, ni même après la commission mixte paritaire, le Conseil produisait une « jurisprudence aussi désinvolte à l'égard des droits du Parlement qu'ignorante des exigences du bicamérisme », dans la mesure où la « volonté de préserver les prérogatives du gouvernement instituées par le parlementarisme rationalisé de 1958, ainsi que le souci de lui épargner toute contrainte qui ne lui fût pas expressément imposée par la Constitution, avaient incité le Conseil à une lecture qui n'ignorait pas seulement les principes de la procédure législative, mais qui allait au-delà de la lettre même des textes »<sup>560</sup>. Si des censures successives furent prononcées après l'abandon des « limites inhérentes » au bénéfice de « l'entonnoir »<sup>561</sup>, la logique de ce dernier fut poussée à son terme en 2006 pour placer Parlement et Gouvernement sur un fragile pied d'égalité<sup>562</sup>, de sorte que les flagrantes aspérités qui se dégageaient de sa jurisprudence, et dont il ressortait un droit d'amendement parlementaire sensiblement « fragilisé »<sup>563</sup>, sont aujourd'hui estompées.

Il n'en va pas de même des rapports entre Parlement et Gouvernement à tous les niveaux de la procédure législative. Au stade de l'initiative, le Conseil a très tôt pris le soin de poser qu'une disposition d'une proposition de loi prévoyant que le Gouvernement doit, dans un délai déterminé, déposer un projet de loi, disposition qu'il qualifie d'« injonction », était, selon les contentieux, soit de caractère réglementaire<sup>564</sup>, soit inconstitutionnelle<sup>565</sup>. La seule autorité pouvant lier l'initiative gouvernementale est donc le Gouvernement lui-même, qui, exclusivement, décide de la temporalité de son action. Au stade de la discussion, les prérogatives du Gouvernement doivent être respectées en tous lieux et sur tous points : si le Conseil n'a eu d'autre choix de concéder qu'il est « loisible à une assemblée parlementaire, par les dispositions de son règlement, de définir des modalités d'examen, de discussion et de vote des textes dans le but de permettre une accélération de la procédure législative prise dans son ensemble »<sup>566</sup>, il a immédiatement nuancé sa position en rajoutant que les dispositions en question doivent être « à même d'assurer la sauvegarde des droits conférés au Gouvernement en matière d'amendement et de détermination des textes inscrits à l'ordre du jour prioritaire »<sup>567</sup>, ce respect étant assuré par la notification au Gouvernement de la demande d'examen d'un texte selon la procédure simplifiée et par l'établissement d'une faculté d'opposition à la mise en œuvre de la procédure simplifiée ouverte au Gouvernement. En revanche, le respect des prérogatives du Gouvernement, que le Conseil s'attache à « sauvegarder »<sup>568</sup>, autant que celui de la séparation des pouvoirs, n'est pas assuré lorsque les dispositions (des règlements ou de la loi) imposent la présence d'un ministre lors des débats devant les assemblées ou leurs commissions<sup>569</sup>. Le Parlement n'a donc de maîtrise que sur ses propres compétences, la séparation des pouvoirs, alors vue

<sup>558</sup> CHAMUSSY (D.), « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », *N.C.C.C.*, n° 38, 2013, p. 38.

<sup>559</sup> CARCASSONNE (G.), « A propos du droit d'amendement : les errements du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 163.

<sup>560</sup> AVRIL (P.) et GICQUEL (J.), « Droit d'amendement : la fin des "limites inhérentes" », *LPA*, 2001, n° 139, p. 5.

<sup>561</sup> C. const., n° 98-403 DC, *op. cit.*, cons. 48 à 52. – C. const., n° 99-414 DC, 8 juill. 1999, *Loi d'orientation agricole*, cons. 13. – C. const., n° 2001-453 DC, 18 déc. 2001, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002*, cons. 30 à 38. – C. const., n° 2001-457 DC, 27 déc. 2001, *Loi de finances rectificative pour 2001*, cons. 20 à 24.

<sup>562</sup> C. const., n° 2005-532 DC, 19 janv. 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, cons. 24 à 27.

<sup>563</sup> GRANGER (M.-A.), « La rénovation du droit d'amendement », *RFDC*, n° 75, 2008, p. 599.

<sup>564</sup> C. const., n° 66-7 FNR, 21 déc. 1966, *Proposition de loi de M Baudis*, cons. 6.

<sup>565</sup> C. const., n° 76-73 DC, *op. cit.*, cons. 8. – C. const., n° 78-102 DC, *op. cit.*, cons. 2.

<sup>566</sup> C. const., n° 91-292 DC, 23 mai 1991, *Résolution modifiant les articles 43, 44, 81, 83, 87, 91, 103 à 108, 126, 127 et 146 du règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 23 et 24. – V. également C. const., n° 90-278 DC, 7 nov. 1990, *Résolution modifiant les articles 16, 24, 29 et 48 du règlement du Sénat*, cons. 6 et 7.

<sup>567</sup> C. const., n° 91-301 DC, 15 janv. 1992, *Résolution rendant le règlement du Sénat conforme aux nouvelles dispositions de l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958*, cons. 30. – V. également C. const., n° 2003-470 DC, 9 avr. 2003, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 24.

<sup>568</sup> CHALTIEL (F.), « La loi organique relative aux articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution devant le Conseil constitutionnel : revalorisation du Parlement ou protection du gouvernement ? », *LPA*, 2009, n° 106, p. 4.

<sup>569</sup> C. const., n° 2013-679 DC, *op. cit.*, cons. 78 et 79. – C. const., n° 2019-785 DC, *op. cit.*, § 47 et 48.

comme un principe de spécialisation absolue d'un des organes partiels de l'organe législatif, interdisant au Parlement de faire équilibre au Gouvernement dans l'exercice de la fonction législative. Au-delà, elle lui interdit également toute participation à l'exercice de la fonction exécutive.

## B) Une participation à la fonction exécutive entièrement rejetée.

Quelle que soit la définition qui en est retenue, le pouvoir exécutif est protégé de tout contrôle ou de toute immixtion dans son action de la part des assemblées parlementaires. Par une interprétation créatrice conférant au principe de séparation des pouvoirs la signification d'une rigoureuse répartition des compétences entre les instances parlementaires, cantonnées à un strict rôle législatif, et les autorités exécutives, le Conseil constitutionnel prohibe toute tentative d'ingérence de la part des premières dans l'exercice du pouvoir réglementaire par les secondes, autant qu'il confère une portée considérablement réductrice au contrôle parlementaire de l'action gouvernementale.

En effet, le Conseil a rapidement épousé la fonction que les constituants de 1958 souhaitaient lui assigner en censurant toute intervention parlementaire dans la mise en œuvre du pouvoir réglementaire par son titulaire « naturel ». Par des formulations hésitantes, puis changeantes au fil du temps, et trompeuses, puisque signifiant parfois le contraire de ce qu'elles semblent exprimer au premier abord, il manifestait très tôt sa volonté d'utiliser « les principes constitutionnels qui régissent les *rapports* du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif »<sup>570</sup> pour, en réalité, tenir les autorités exécutives à l'écart de toute contrainte ou influence parlementaire, même « légère ». Naissait chez le Conseil à cette époque une certaine vision de la séparation des pouvoirs qui a façonné l'intégralité de sa jurisprudence jusqu'à aujourd'hui : depuis 1970, le Conseil proclame inlassablement que « la Constitution attribue au Gouvernement d'une part, et au Parlement d'autre part, *des compétences qui leur sont propres* »<sup>571</sup>. Prononçant en l'espèce l'inconstitutionnalité d'une disposition prévoyant qu'un règlement d'administration publique ne puisse être édicté qu'après consultation des commissions des finances des deux assemblées, le Conseil souhaitait barrer la route à toute « injonction au Gouvernement d'avoir à consulter les commissions parlementaires »<sup>572</sup> préalablement à l'élaboration de tout texte d'application des lois. Les compétences « propres » du Parlement se cantonnent alors à la fonction législative, dont elles ne peuvent déborder : affirmant que « l'élaboration du texte d'application [que les dispositions contestées] prévoient [...] relève *exclusivement* d'une procédure réglementaire », le Conseil en conclut que de telles dispositions « insèrent l'intervention d'une instance législative dans la mise en œuvre du pouvoir réglementaire » et « méconnaissent donc le *principe* ci-dessus rappelé de la séparation des compétences législative et réglementaire »<sup>573</sup>, avatar positif du principe de séparation des pouvoirs dans son sens négatif. La protection d'un tel principe, dont la consistance est entièrement déterminée par le Conseil, et auquel se substitue parfois le principe de la séparation des pouvoirs, n'appelle aucune tolérance et conduit, encore aujourd'hui, à la censure ; quarante ans après sa décision de 1970, le Conseil n'éprouvait ainsi aucune peine à soutenir « qu'en tant qu'il comporte injonction au Gouvernement *d'informer* le Parlement sur les orientations principales et le délai prévisionnel de publication des dispositions réglementaires qu'il doit prendre dans l'exercice de la *compétence exclusive* qu'il tient des articles 13 et 21 de la Constitution, [l'article contesté] méconnaît le principe de séparation des compétences du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire »<sup>574</sup>. Aussi a-t-il maintenu sa jurisprudence intransigeante à l'égard des dispositions faisant « intervenir une instance législative dans la mise en œuvre du pouvoir réglementaire »<sup>575</sup>, en déclarant contraires à la Constitution, au nom de ce principe ou au titre du principe de la séparation des pouvoirs, toute disposition prévoyant que le Premier ministre prenne un décret dans un

<sup>570</sup> C. const., n° 69-37 DC, 20 nov. 1969, *Résolution modifiant et complétant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 7.

<sup>571</sup> C. const., n° 70-41 DC, 30 déc. 1970, *Loi de finances rectificative pour 1970 et notamment son article 6-1 relatif à l'agence nationale pour l'amélioration de l'habitat*, cons. 1<sup>er</sup>.

<sup>572</sup> *Ibid.*, cons. 3.

<sup>573</sup> *Ibid.*.

<sup>574</sup> C. const., n° 2009-579 DC, 9 avr. 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, cons. 16.

<sup>575</sup> C. const., n° 2016-741 DC, 8 déc. 2016, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, § 148. – C. const., n° 2009-577 DC, *op. cit.*, cons. 30 et 31.

délai préfix<sup>576</sup>, imposant de recueillir l'avis (simple et facultatif) des commissions parlementaires préalablement à l'édition d'un arrêté ministériel, etc., actions auxquelles « l'exécutif ne saurait être tenu »<sup>577</sup>. Rares sont les décisions où le Conseil distingue les « mesures d'organisation du travail législatif » des « injonctions empiétant sur les droits du Gouvernement »<sup>578</sup> pour éviter de censurer une loi.

Une telle logique atteint son point culminant, dont elle n'est pas redescendue depuis, en 2009. Fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs, la non-conformité prononcée dans la décision du 3 mars 2009 sur certaines dispositions de la loi relative à la communication audiovisuelle prévoyant, notamment, un veto des commissions parlementaires compétentes à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés à l'égard de la révocation, par le Président de la République, des présidents des sociétés nationales de programme, « alors que le dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution n'a rendu possible un tel veto *que* dans le cadre de l'exercice du pouvoir de nomination *du Président* »<sup>579</sup>, donne à la séparation des pouvoirs un contenu sensiblement différent, voire diamétralement opposé à celui que lui conférerait la théorie défendue par Montesquieu. Une telle décision aboutit en effet, d'une part, à nier l'existence d'un pouvoir partagé (même en matière de nomination) entre les assemblées et le Président – alors que la Constitution elle-même le suggère, et, d'autre part, à refuser au Parlement une quelconque faculté d'empêcher ; le Conseil s'oppose par conséquent à ce que le pouvoir puisse arrêter le pouvoir, y compris lorsqu'une liberté constitutionnellement garantie est en cause, à savoir le droit de libre communication et la liberté de parler, écrire et imprimer, qualifiée par le Conseil lui-même de « liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale »<sup>580</sup>, et alors même que le Conseil reconnaît, quant aux emplois en question, « leur importance pour la garantie des droits et libertés »<sup>581</sup>.

Le Conseil entretenant cette ligne jurisprudentielle depuis, il n'est pas surprenant qu'une telle position ait abouti à alimenter un des points les plus froids sur lesquels la doctrine et le Conseil se réprovent mutuellement. Plusieurs constitutionnalistes en ont effectivement, et logiquement, déduit que le Conseil a « méconnu l'esprit même du principe de séparation des pouvoirs »<sup>582</sup>, « grand principe formé par Montesquieu, mais *déformé* par le Conseil constitutionnel »<sup>583</sup>, ou encore que « le Conseil constitutionnel *dénature* le principe de la séparation des pouvoirs *en occultant*, d'abord, la dimension de limitation du pouvoir qui devrait concerner au premier chef l'exécutif [...] et *en ignorant*, ensuite, l'une des facettes de la théorie de la séparation des pouvoirs, à savoir la collaboration entre les organes »<sup>584</sup>. L'une des positions les plus critiques fut exprimée par Patrick Wachsmann, qui estimait, à raison, qu'une telle solution « contredit l'essence même de ce principe. [...] En refusant que soit conférée à un organe parlementaire la faculté d'empêcher prévue par la loi sous examen, *le Conseil confond la séparation des pouvoirs avec une interdiction de principe faite à chacun des pouvoirs d'avoir part à l'exercice des prérogatives de l'autre*. [...] Ce faisant, *le Conseil confond la séparation des pouvoirs avec la spécialisation des pouvoirs* et ignore le fait capital que la faculté d'empêcher est au cœur de la séparation des pouvoirs. Il rabaisse en réalité cette dernière à *la préservation des franchises de l'exécutif* »<sup>585</sup>. En refusant ainsi que les assemblées puissent balancer le pouvoir exécutif, le Conseil fait de la séparation des pouvoirs un concept instrumental servant en

---

<sup>576</sup> C. const., n° 2015-721 DC, 12 nov. 2015, *Loi organique portant diverses dispositions relatives à la collectivité de Saint-Barthélemy*, cons. 13 à 15. – C. const., n° 2018-772 DC, 15 nov. 2018, *Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*, § 62 à 64.

<sup>577</sup> Comm. off. de C. const., n° 2009-579 DC, *op. cit.*, p. 5.

<sup>578</sup> C. const., n° 82-142 DC, *op. cit.*, cons. 16.

<sup>579</sup> C. const., n° 2009-577 DC, *op. cit.*, cons. 13.

<sup>580</sup> C. const., n° 84-181 DC, *op. cit.*, cons. 37.

<sup>581</sup> C. const., n° 2009-576 DC, 3 mars 2009, *Loi organique relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France*, cons. 3.

<sup>582</sup> BEAUD (O.), « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république : une hérésie constitutionnelle », *op. cit.*, p. 35.

<sup>583</sup> BEAUD (O.), « La séparation des pouvoirs une nouvelle fois dénaturée », *AJDA*, 2013, n° 3, p. 137.

<sup>584</sup> BLACHÈRE (P.), « Le président de la République et le Gouvernement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 37.

<sup>585</sup> WACHSMANN (P.), « La séparation des pouvoirs contre les libertés ? », *AJDA*, n° 12, 2009, p. 617.

réalité davantage une répartition, voire une hiérarchie des compétences en grande partie profitable à la prépondérance exécutive, qu'un but s'éloignant de la garantie des droits.

Les « Sages » ne se sont cependant pas arrêtés à la préservation du pouvoir réglementaire face aux tentatives de contrôle de son exercice par les assemblées. Ils ont en effet étendu et amplifié une telle appréhension de la séparation des pouvoirs à tout contrôle parlementaire de l'action gouvernementale. Ici encore, la jurisprudence constitutionnelle, cinquantenaire, perdure et persiste malgré les révisions constitutionnelles ayant tenté d'instaurer un contrôle parlementaire digne du régime auquel il doit son nom. Dès ses premières décisions, le Conseil déclarait des dispositions du règlement de l'Assemblée nationale conformes à la Constitution, « pour autant que ces dispositions n'attribuent aux commissions permanentes *qu'un rôle d'information* pour permettre à l'Assemblée d'exercer [...] son contrôle sur la politique du Gouvernement *dans les conditions prévues par la Constitution* »<sup>586</sup>. Reposant sur un présupposé alors légitime, et même revendiqué par les parlementaires de l'époque eux-mêmes, selon lequel la signification du terme « contrôle » est inséparable de la sanction qui lui donne effet, c'est-à-dire la mise en jeu de la responsabilité et l'existence même du gouvernement, une telle solution a été maintenue, et même rigidifiée par l'ajout de l'adjectif « simple »<sup>587</sup> pour qualifier le « rôle d'information » auquel doivent se cantonner l'Assemblée<sup>588</sup> et le Sénat<sup>589</sup>, en dépit de l'évolution sémantique que ce terme a connu et de la révision de 2008 venant inscrire à l'article 24 de la Constitution que le Parlement « contrôle l'action du Gouvernement ». Ainsi une autre décision de 2009 vient-elle réaffirmer que les missions du nouveau Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC), instance de l'Assemblée nationale, doivent consister « en un *simple rôle d'information* contribuant à permettre à l'Assemblée nationale d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement et d'évaluer les politiques publiques, dans les conditions prévues par la Constitution »<sup>590</sup>, censurant la « simple » organisation d'un débat contradictoire suivant la présentation des rapports dudit comité. Les justifications apportées en 2009 sont les mêmes qu'en 1959, le Conseil avançant, dans son commentaire, que la notion de contrôle « a pour corollaire la mise en cause de la responsabilité de l'autorité contrôlée »<sup>591</sup>. Il mettait immédiatement en œuvre cette analyse en exigeant que les débats d'initiative sénatoriale ne sauraient, « que le Gouvernement soit présent ou non », faire l'objet d'un vote, dans la mesure où « les conditions dans lesquelles le Sénat *se prononce* sur l'action du Gouvernement sont définies par le dernier alinéa de l'article 49 de la Constitution »<sup>592</sup> ; il ne pouvait pas fournir de meilleure illustration d'une assimilation surannée du contrôle à la sanction ainsi que d'une responsabilité politique limitée à des mécanismes précis ne jouant que dans des cas exceptionnels<sup>593</sup>. Le « copié-collé » de la décision de 1959 après 2008, à peine dissimulé, révèle ainsi aux yeux de tous une « acception dogmatique [du contrôle de l'action du Gouvernement qui] renvoie à un état dépassé du régime parlementaire »<sup>594</sup>, d'autant plus que la menace d'une sanction suivant strictement les règles constitutionnelles est devenue, comme il en sera traité, presque entièrement illusoire.

Encore plus récemment, le Conseil constitutionnel, après avoir constamment limité la fonction de contrôle du Parlement à un simple rôle d'information, a limité ce dernier quantitativement et qualitativement. Amené à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire destinée à faire face à la récente pandémie, loi qui imposait au ministre de la santé, à l'Agence nationale de santé publique, à un organisme d'assurance maladie et aux agences régionales de santé de transmettre « sans délai » à l'Assemblée nationale et au Sénat « copie de tous les actes » qu'elles prennent en application de cette loi, le Conseil a cru bon de déclarer l'inconstitutionnalité en retenant que s'il est « loisible au

<sup>586</sup> C. const., n° 59-2 DC, *op. cit.*, art. 2, sur l'article 144 du règlement.

<sup>587</sup> C. const., n° 96-382 DC, 14 oct. 1996, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 10.

<sup>588</sup> C. const., n° 2003-470 DC, *op. cit.*, cons. 21 à 24.

<sup>589</sup> C. const., n° 96-381 DC, 14 oct. 1996, *Résolution modifiant le règlement du Sénat*, cons. 7. – C. const., n° 2019-782 DC, 6 juin 2019, *Résolution renforçant les capacités de contrôle de l'application des lois*, cons. 3.

<sup>590</sup> C. const., n° 2009-581 DC, 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 58.

<sup>591</sup> *Ibid.*, comm. off., p. 30.

<sup>592</sup> C. const., n° 2009-582 DC, *op. cit.*, cons. 35.

<sup>593</sup> V. sur ce point BEAUD (O.), « La responsabilité politique face à d'autres formes de responsabilité de gouvernants », *Pouvoirs*, n° 92, 2000, spéc. p. 21.

<sup>594</sup> AVRIL (P.), « L'introuvable contrôle parlementaire », *LPA*, 2009, n° 140, p. 7.

législateur de prévoir des dispositions assurant *l'information* du Parlement afin de lui permettre, conformément à l'article 24 de la Constitution, de contrôler l'action du Gouvernement », « toutefois, en prévoyant une transmission immédiate à l'Assemblée nationale et au Sénat d'une copie de chacun des actes pris en application [...] de la loi déferée, le législateur, *compte tenu du nombre d'actes en cause et de la nature des données en jeu*, a méconnu le principe de séparation des pouvoirs et les articles 20 et 21 de la Constitution »<sup>595</sup>. Cette double limite conduit donc à borner significativement le « rôle » (surtout pas la fonction) d'information parlementaire, à propos duquel le Conseil martèle, presque *contra constitutionem* (l'interprétation de l'article 16 de la Déclaration venant neutraliser l'article 24 de la Constitution), l'impossibilité d'y voir un véritable contrôle répondant à l'esprit et aux nécessités de son époque. La confusion entre séparation et spécialisation dénoncée plus haut par P. Wachsmann s'allie ainsi à la jurisprudence constante sur le contrôle de l'action gouvernementale : c'est le Gouvernement qui dispose de l'administration et la dirige. Il est le seul maître de l'exercice de ses compétences. Vouloir transgresser une spécialisation aussi rigide aboutit à la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, et par conséquent à encourir la déclaration de non-conformité à la Constitution. La prégnance de la vision fonctionnelle est alors manifeste : le Gouvernement est soumis à la loi, non au législateur, encore moins au Parlement. L'adoption de la spécialisation fonctionnelle comme axiome de la jurisprudence constitutionnelle, qu'une jurisprudence aussi constante impose de reconnaître, est encore plus manifeste en ce qui concerne les autorités juridictionnelles.

---

<sup>595</sup> C. const., n° 2020-800 DC, *op. cit.*, § 82.

## SECTION II – LA SPÉCIALISATION RELATIVE DES AUTORITÉS JURIDICTIONNELLES

De tous temps, le droit français a essentiellement compris les autorités juridictionnelles (*stricto sensu*), autrefois ramenées à l'autorité judiciaire, comme les autorités dont la spécialisation se devait d'être des plus prononcées, principe valant tant à l'égard d'elles-mêmes qu'à l'égard des autres autorités<sup>596</sup>. La Ve République n'a pas manqué d'en garder des traces, voire l'essence même. Encore majoritairement perçues comme « la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur », les autorités juridictionnelles se voient ainsi, à l'exclusion de toute autre autorité et de tout exercice d'une compétence non rattachable à la fonction juridictionnelle, étroitement spécialisées dans cette dernière, principe que la jurisprudence du Conseil ne fait que confirmer (§ 1). Cependant, une vision aussi mécaniste de l'activité menée par les juridictions françaises apparaît comme une illusion dogmatique rendue largement dépassée par la « réalité juridique ». Qu'un certain pouvoir normatif leur soit ou non reconnu, il est aujourd'hui nécessaire de les appréhender en tant que véritables remparts contre de potentielles dérives arbitraires du pouvoir, que celui-ci s'exerce par la voie législative ou exécutive. Le Conseil constitutionnel, qui semble se comprendre dans cette catégorie, les consacre pleinement comme des freins, ou même des contrepoids, à l'action des autres organes. Plus encore, il a progressivement reconnu leur nécessaire participation à l'exercice des autres fonctions étatiques, tempérant ainsi une spécialisation principielle pour introduire une forme d'équilibre empiriquement observable (§ 2).

### § 1 – Une spécialisation de principe.

Si le Conseil constitutionnel veille à définir la consistance des diverses compétences constitutionnellement réservées aux différentes juridictions, et ainsi à délimiter les contours d'une fonction juridictionnelle dont elles ne doivent pas sortir (A), c'est pour interdire l'exercice, même indirect, de celle-ci par une autre autorité ou organe que les autorités juridictionnelles, et par conséquent ériger la juridiction en un véritable troisième pouvoir bénéficiant d'une protection particulière contre tout empiètement de la part des autres autorités (B).

#### A) Des fonctions spécifiques.

Vouloir définir la fonction juridictionnelle à partir de la jurisprudence constitutionnelle est un travail ardu, tant la recherche d'un critère (organique, fonctionnel, formel, matériel...) sur lequel le Conseil se fonderait pour traiter d'une telle question semble vaine. Tout au plus ce dernier s'attache-t-il à imposer le respect *des* « fonctions juridictionnelles », l'emploi du pluriel suggérant plus l'existence d'un ensemble de compétences réparties (mais non partagées) entre les deux ordres de juridiction que l'adoption d'une définition substantielle de la « puissance de juger » qui permettrait de reconnaître l'acte juridictionnel indépendamment de l'autorité dont il émane. C'est bel et bien la signification qu'il convient de retenir de la mention, par le Conseil constitutionnel lorsqu'il statue sur l'indépendance des juridictions, du « caractère spécifique de leurs fonctions »<sup>597</sup>, ou encore du « caractère spécifique des fonctions juridictionnelles »<sup>598</sup> qu'il fait découler de l'article 16 de la Déclaration des droits. La réduction de la séparation des pouvoirs à un principe de stricte spécialisation des compétences est déjà sensible, même si elle sera détaillée plus bas : l'indifférence de la terminologie employée, qui assimile les fonctions juridictionnelles aux compétences détenues et exercées par les juridictions (« leurs fonctions », ou encore, en parlant des juridictions, de « leur fonction juridictionnelle »<sup>599</sup>), imposerait de constater, outre la prégnance du critère formel, l'existence

<sup>596</sup> V. not. BARBERIS (M.), « La séparation des pouvoirs », in CHAGNOLLAUD (D.) et TROPER (M.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, T. I, Dalloz, « Traités Dalloz », 2012, p. 705-732.

<sup>597</sup> C. const., n° 80-119 DC, *op. cit.*, cons. 6. – C. const., n° 2019-778 DC, *op. cit.*, § 248.

<sup>598</sup> C. const., n° 2011-192 QPC, *op. cit.*, cons. 21. – C. const., n° 2017-751 DC, *op. cit.*, § 34.

<sup>599</sup> C. const., n° 2018-765 DC, 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, § 25.

d'attributions particulières, c'est-à-dire qui ne ressemblent à aucune des compétences se regroupant sous les ensembles de compétences constitués par les fonctions législative et exécutive. La fonction juridictionnelle serait donc une pure abstraction qu'il serait vain de vouloir définir, et dont l'utilité – pour le Conseil – se résumerait à la distinction et la répartition des compétences ne pouvant manifestement pas se rattacher aux autres manifestations de la puissance étatique.

Cette spécificité des fonctions juridictionnelles se reconnaît, en réalité, par une combinaison des critères organique (l'autorité dont émane l'acte juridictionnel) et matériel (le contenu de cet acte, étroitement lié à l'exercice d'une compétence déterminée). Ainsi se résume la principale vocation de la « conception française de la séparation des pouvoirs » brandie par le Conseil dans sa célèbre décision du 23 janvier 1987. Sans pouvoir pleinement en dégager toutes les explications et implications, il est impératif de mentionner l'utilisation qui en a été premièrement et majoritairement faite par le Conseil, à savoir la mise en exergue de deux réserves (constitutionnelles) de compétences : la première au profit de « la juridiction administrative » et consistant en « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle », la seconde au profit de « l'autorité judiciaire » et dirigée vers toutes les « matières [qui lui sont] réservées par nature »<sup>600</sup>. Si, comme il en sera traité, cette « conception française » a une portée plus large que de conférer « valeur constitutionnelle au dualisme juridictionnel »<sup>601</sup>, marquant dès lors un « degré d'étatisme de plus »<sup>602</sup>, notamment en réglant certains rapports entre les autorités exécutives et judiciaire, ses applications particulières dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois ont tout d'un discours dogmatique, en ce qu'elles permettent de déduire, à partir de l'application d'une règle générale à des cas particuliers, le « modèle » de séparation des pouvoirs adopté par le Conseil constitutionnel, qui, étrangement, s'éloigne relativement d'une conception proprement « française ». Aussi est-il nécessaire d'admettre, préalablement à toute étude de la jurisprudence du Conseil sur ce point, que celui-ci adopte une certaine définition de la séparation des pouvoirs (qui n'est donc pas vide de sens) intimement associée à une méthode spécifique de répartition et d'exercice des compétences. Autrement dit, la décision de 1987 et ses suites apporteraient une « définition [du] contenu » de la théorie de la séparation des pouvoirs, et bien que « l'usage de l'expression comme fondement du contrôle de constitutionnalité [soit] douteux, il vise assurément à modeler [cette] théorie »<sup>603</sup>.

En effet, des deux « modelages » de la théorie de la séparation des pouvoirs que la jurisprudence du Conseil aboutit à mettre en lumière, le premier consisterait en une séparation « *intra* pouvoirs », c'est-à-dire en une répartition entre plusieurs organes partiels d'un organe complexe (le pouvoir juridictionnel au sens organique du terme) de compétences rattachées à l'exercice d'une même fonction, à savoir la fonction juridictionnelle – celle-ci restant à définir par l'examen de la jurisprudence sur le caractère exclusif des dites fonctions juridictionnelles. Si le Conseil se refuse à constitutionnaliser le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, il s'appuie cependant, pour délimiter la compétence du juge administratif, sur un de ses corollaires que la doctrine et la jurisprudence ont longtemps fait découler – à tort – d'une certaine interprétation de la loi des 16 et 24 août 1790, à savoir l'incompétence du juge judiciaire pour statuer sinon sur l'intégralité, du moins sur une très large partie du contentieux administratif. Ce principe lui-même n'ayant pas valeur constitutionnelle, ni même législative, expliquant que certains auteurs voient dans la formulation employée en 1987 « un édifice bancal, un bricolage peu convaincant dans son assise historique comme dans son fondement théorique »<sup>604</sup>, le Conseil a néanmoins tenu à sauvegarder et consacrer son essence même par sa décision *Conseil de la concurrence*, en constitutionnalisant, « dans ce principe de *séparation des compétences*, un *noyau dur* qui est de valeur constitutionnelle. Ce noyau dur demeure dans la conception française et il fait que le préfet ne commande pas au président du tribunal et que le président du

<sup>600</sup> C. const., n° 86-224 DC, *op. cit.*, cons. 15.

<sup>601</sup> RENOUX (T.), « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », *Rec. Dalloz*, 1991, n° 25, p. 169.

<sup>602</sup> HAURIU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 11e éd., 1927, p. 945.

<sup>603</sup> PARIENTE (A.), « Le Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 68-69.

<sup>604</sup> WACHSMANN (P.), « Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », *Jus Politicum*, n° 21, 2018.

tribunal ne commande pas au préfet »<sup>605</sup> (G. Vedel). Le Conseil ne s'appuierait donc pas sur « un mythe qu'il a indûment "constitutionnalisé" » sous forme d'*obiter dictum*<sup>606</sup>, mais s'attache seulement à consacrer la valeur constitutionnelle de la compétence de la juridiction administrative à l'égard de la seule fraction de ce contentieux pour laquelle l'incompétence judiciaire serait consacrée par les lois républicaines. Il se transforme ainsi en une forme particulière de tribunal des conflits, logique constatable dans chaque décision mentionnant la « conception française » ; par exemple, « s'agissant de l'usage par une autorité exerçant le pouvoir exécutif ou par un de ses agents de prérogatives de puissance publique, les recours tendant à l'annulation des décisions administratives relatives à l'entrée et au séjour en France des étrangers relèvent de la compétence de la juridiction administrative »<sup>607</sup>. Excepté l'intérêt d'une bonne administration de la justice, rien ne saurait donc justifier une atteinte portée à ce « noyau dur » de compétence du juge administratif, qui vaut à l'égard de toutes les décisions rendues par les autorités administratives exerçant des prérogatives de puissance publique quelles qu'elles soient, et quelle que soit la matière sur laquelle elles statuent, que de telles décisions soient ou non privatives de liberté<sup>608</sup>. A l'inverse, la compétence judiciaire s'attache à des matières qui seraient réservées « par nature » à l'autorité judiciaire, notamment sous la forme de principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR), et qui ne sauraient, sous la réserve énoncée par le Conseil, être confiées par le législateur au juge administratif. S'il semble clair que la protection de la liberté individuelle, sous tous ses aspects (notamment en matière de protection de l'inviolabilité du domicile<sup>609</sup> et de peines privatives de liberté)<sup>610</sup>, les questions relatives à l'état des personnes<sup>611</sup>, la protection de la propriété immobilière<sup>612</sup> et l'indemnisation des préjudices causés par les travaux ou ouvrages publics en cas de dépossession<sup>613</sup> constituent « le contour exact des compétences "réservées par nature à l'autorité judiciaire" »<sup>614</sup>, le Conseil s'attache toutefois à poser, à l'égard de chacune de ces matières, que « cette *compétence spécifique* ne saurait justifier qu'il soit fait échec à la *compétence générale* du juge administratif dans le domaine de l'annulation des actes de la puissance publique »<sup>615</sup>. Outre l'exclusion explicite des autorités juridictionnelles de « la puissance publique », il aurait été difficile de mieux assimiler cette séparation « *intra* pouvoirs » à une spécialisation des compétences entre les deux ordres juridictionnels, elle-même explicitement rattachée par le Conseil constitutionnel à la séparation des pouvoirs<sup>616</sup>. Aussi le « caractère spécifique des fonctions juridictionnelles » s'explique-t-il par la distribution de compétences propres à chacun des deux ordres, lesquels ne peuvent empiéter sur le domaine réservé à leur homologue. Il conviendrait alors, à l'instar de Carré de Malberg analysant l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790, d'en tirer la conclusion suivante : « au point de vue organique, la juridiction se trouve érigée [...] en une fonction spéciale [...] ayant ses règles propres et ses organes particuliers, et constituant ainsi, en ce sens, un troisième pouvoir, qui apparaît, en droit positif, comme entièrement distinct de la législation et de l'administration »<sup>617</sup>.

Le second « modelage » de la théorie de la séparation des pouvoirs par le Conseil constitutionnel, étroitement lié au premier, y oppose cependant un doute partiel. Il est en effet saisissant de noter, comme le font plusieurs auteurs, que lesdites « fonctions juridictionnelles », aussi « spécifiques » soient-elles, semblent essentiellement se ramener à l'application du droit – la fonction juridictionnelle n'en ressortant pas pour autant définie (une telle activité incombant également à une partie du pouvoir exécutif, à savoir

<sup>605</sup> Compte-rendu des séances des 22 et 23 janv. 1987, p. 9.

<sup>606</sup> VEDEL (G.), « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990, p. 698.

<sup>607</sup> C. const., n° 89-261 DC, *op. cit.*, cons. 22.

<sup>608</sup> C. const., n° 2019-807 QPC, 4 oct. 2019, *M. Lamin J.*, § 9.

<sup>609</sup> C. const., n° 83-164 DC, 29 déc. 1983, *Loi de finances pour 1984*, cons. 25 à 28. – C. const., n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 6.

<sup>610</sup> C. const., n° 89-261 DC, *op. cit.*, cons. 23.

<sup>611</sup> *Ibid.*.

<sup>612</sup> C. const., n° 89-256 DC, 25 juill. 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme*, cons. 23.

<sup>613</sup> C. const., n° 85-198 DC, 13 déc. 1985, *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle*, cons. 15.

<sup>614</sup> VERPEAUX (M.), « Le juge administratif, gardien du droit de propriété », *RFDA*, 2003, n° 6, p. 1096.

<sup>615</sup> C. const., n° 89-261 DC, *op. cit.*, cons. 26.

<sup>616</sup> C. const., n° 2019-794 QPC, 28 juin 2019, *Demande en appréciation de la légalité externe d'une décision administrative non réglementaire*, cons. 14 et 15.

<sup>617</sup> CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, T. I, p. 693-694.

l'administration). De fameux auteurs considèrent même que « c'était d'ailleurs, paradoxalement, le but même du principe de séparation des pouvoirs [...] que d'opérer une séparation des organes et des fonctions pour assurer en réalité une prodigieuse concentration du pouvoir normatif entre les mains du législatif, à l'encontre autant du roi que des juges »<sup>618</sup>. A ce titre, il est clair que le Conseil range les autorités administratives et juridictionnelles, face à un pouvoir normatif – presque – entièrement reconnu au législateur, dans cette même mission « applicatrice » de la loi existante, dans la mesure où il impose au législateur de « respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soit assuré *par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la loi* ; [...] qu'il appartient aux autorités administratives et juridictionnelles compétentes *d'appliquer la loi*, le cas échéant sous les réserves que le Conseil constitutionnel a pu être conduit à formuler pour en admettre la conformité à la Constitution »<sup>619</sup>. Au-delà de l'opposition traditionnelle à la mise en place d'un contrôle de la constitutionnalité des lois par les juges « ordinaires », l'impossible équilibre entre autorités législatives et juridictionnelles, et, conséquemment, le rapport de hiérarchie voire de domination qui les lie, que la « conception française de la séparation des pouvoirs » impose comme des données constitutionnellement acquises, conduiraient donc à injecter dans la séparation des pouvoirs une certaine dose des premières conceptions anglaises, bien que la « conception française » tende à en « sacrifier la cohérence »<sup>620</sup> dès lors que l'exécutif n'a aucune part dans la puissance de juger ; il n'en demeure pas moins que la justice est encore appréhendée comme un « pouvoir d'application de la loi, [qui] doit vérifier que la loi votée par les institutions de l'État est correctement appliquée »<sup>621</sup>. En effet, le pouvoir souverain ne semble toujours pas partageable ; il demeure une puissance indivisible qui, si elle a glissé de la main du roi vers celle des organes représentatifs de la nation, recherche toujours son unité par-delà la prétendue volonté de distribuer les trois grandes fonctions étatiques entre trois catégories d'organes. La « conception française de la séparation des pouvoirs » consacrée par le Conseil constitutionnel serait notamment « fille de cette dénaturation », « l'expression d'une concrétisation viciée du principe de la séparation des pouvoirs [...]. Elle relève d'une culture de la séparation des pouvoirs qui rejette donc la dynamique constitutionnelle des freins et contrepoids gouvernementaux et lui substitue une culture [exclusive] du frein [...]. Elle va puiser sa légitimité dans une organisation dualiste des fonctions d'édiction du droit et d'application du droit qui inscrit les organes étatiques dans une relation hiérarchique. De la sorte, les différentes concrétisations juridiques de la séparation des pouvoirs ne répondront plus d'une logique de distribution du pouvoir et d'équilibre institutionnel, mais de hiérarchie et de concentration, de conformité et de validité organisée autour d'une relecture administrative des deux grandes fonctions structurantes de la séparation des pouvoirs chez Montesquieu : une fonction d'édiction du droit théoriquement partagé entre le Parlement et le gouvernement d'une part, et une fonction d'exécution du droit partagé entre l'Administration et les juridictions »<sup>622</sup>.

Paradoxalement, la conception française de la séparation des pouvoirs ne protégerait donc pas de la concentration du pouvoir au sein de l'Etat, ce que le Conseil constitutionnel confirme lorsqu'il juge conforme à la Constitution la compétence exclusive conférée par la loi au juge administratif, « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs »<sup>623</sup>, d'adresser des injonctions à l'égard des autorités visées dans sa décision de 1987 – en l'absence de toute décision donc, et ce malgré son prétendu refus de voir dans la séparation des autorités administratives et judiciaire un principe de valeur constitutionnelle. Si les formes de contrôle épisodiquement consacrées par le Conseil ne peuvent être réciproques, conformément à l'esprit de spécialisation fonctionnelle, la séparation des pouvoirs n'apparaît cependant pas dénaturée sur tous points : le but primaire de la théorie de la séparation des pouvoirs est bel et bien de rationaliser le pouvoir d'Etat par son exercice même<sup>624</sup>. Il n'en demeure pas moins que malgré ses apparences, la « conception française de la séparation des pouvoirs », majoritairement destinée à consacrer

<sup>618</sup> PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° HS, p. 6.

<sup>619</sup> C. const., n° 2001-455 DC, *op. cit.*, cons. 9.

<sup>620</sup> PIMENTEL (C.M.), « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *op. cit.*, p. 128.

<sup>621</sup> ROUSSEAU (D.), « Le président peut-il être le "garant de l'indépendance" de l'autorité judiciaire ? », *Après-demain*, n° 41, 2017, p. 17.

<sup>622</sup> MOUTON (S.), « La séparation des pouvoirs ? », *op. cit.*, p. 837.

<sup>623</sup> C. const., n° 2001-448 DC, *op. cit.*, cons. 100 à 103. – C. const., n° 2005-519 DC, 29 juill. 2005, *Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale*, cons. 30 et 31.

<sup>624</sup> Ce que confirmerait par ex. C.E., Sect., 27 févr. 2004, *Popin*, req. n° 217257, cons. 1<sup>er</sup>.

une certaine répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels, s'apparente fondamentalement à une « théorie anti-juge »<sup>625</sup>, la juridiction devant se contenter d'être un pouvoir à défaut de pouvoir être un contre-pouvoir, d'être un « pouvoir juridique » à défaut d'être un « pouvoir politique » pour reprendre une classification due à Maurice Hauriou. La jurisprudence du Conseil constitutionnel à l'égard des intrusions des autres organes dans la fonction juridictionnelle, totalement prohibées, confirme autant qu'elle démentit ce constat, tant cette dernière en ressort isolée et valorisée.

## B) Des fonctions exclusives.

De même qu'il protège la spécificité des fonctions juridictionnelles de toute atteinte législative au cœur constitutionnel de compétences réservé à chacun des deux ordres de juridiction, le Conseil constitutionnel s'attache à défendre leur caractère exclusif, c'est-à-dire à protéger leur exercice de toute tentative de contrôle ou de direction de la part d'une autre autorité, comme il interdit au législateur de permettre à une personne privée de « modifier des décisions judiciaires »<sup>626</sup>. Il en ressort une certaine définition de la fonction juridictionnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, pour garantir une spécialisation fonctionnelle à laquelle il est fortement attaché, et dont la force principielle est largement plus prononcée quant à cette manifestation particulière de la puissance étatique, doit déterminer la consistance d'une telle activité avant d'interdire les empiètements qu'elle est susceptible de connaître. Après avoir déclaré la valeur constitutionnelle de « l'indépendance des juridictions », le Conseil proclamait aussitôt « le caractère spécifique de leurs fonctions *sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement* »<sup>627</sup>, « *non plus qu'aucune autorité administrative* »<sup>628</sup>. Il convient donc d'examiner la protection apportée par le Conseil à l'exercice des fonctions juridictionnelles face aux empiètements législatifs, gouvernementaux et administratifs avant d'en déduire le(s) critère(s) permettant de reconnaître, dans tous les cas, l'existence d'une ingérence dans l'exercice de la fonction juridictionnelle.

En premier lieu, le Conseil veille ainsi à prohiber toute immixtion législative dans l'activité juridictionnelle. Une telle intrusion est susceptible de revêtir deux dimensions, le législateur pouvant troubler l'exercice de la fonction juridictionnelle à l'égard de décisions rendues ou à rendre ; il convient donc de distinguer les interventions législatives antérieures et postérieures à l'édition d'une décision juridictionnelle.

En amont, l'action du Conseil vise pour l'essentiel à protéger la fonction juridictionnelle des validations législatives « préventives ». En supplément des conditions posées par le Conseil à la déclaration de constitutionnalité de celles-ci, exposées *supra*, si la jurisprudence constitutionnelle permet au législateur de « valider un acte dont le juge administratif est saisi, afin de prévenir les difficultés qui pourraient naître de son annulation », c'est à condition que soit « strictement » définie la portée d'une telle validation « eu égard à ses effets sur le contrôle de la juridiction saisie »<sup>629</sup>. Aussi la validation d'un acte administratif ne saurait-elle empêcher tout contrôle de ce dernier, le « noyau dur » de compétence posée au bénéfice du juge administratif par le PFRLR du 23 janvier 1987 rendant impossible, pour le législateur, d'interdire la contestation de la légalité d'un tel acte pour tout motif. C'est pourquoi « une telle validation ne saurait avoir pour effet, *sous peine de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs* [...], d'interdire tout contrôle juridictionnel de l'acte validé *quelle que soit l'illégalité invoquée par les requérants* », la non-conformité à la Constitution étant en l'espèce prononcée au motif que la loi, définitivement adoptée avant que le Conseil d'Etat se soit prononcé sur la légalité d'un arrêté dont il était saisi et faisant l'objet de ladite validation, n'avait pas « indiqu[é] le motif précis d'illégalité dont [elle] entendait purger l'acte contesté »<sup>630</sup>. Le Conseil

<sup>625</sup> ROBLOT-TROIZIER (A.), « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, p. 93.

<sup>626</sup> C. const., n° 2019-778 DC, *op. cit.*, § 39 à 41.

<sup>627</sup> C. const., n° 80-119 DC, *op. cit.*, cons. 6.

<sup>628</sup> C. const., n° 89-271 DC, *op. cit.*, cons. 6.

<sup>629</sup> C. const., n° 99-422 DC, *op. cit.*, cons. 64. – Pour un ex. contraire, v. C. const., n° 2019-776 QPC, 19 avr. 2019, *Société Engie*, cons. 4 et 7.

<sup>630</sup> *Ibid.*, cons. 64 et 65.

voyant dans de telles mesures, qui conduisent le pouvoir législatif à trancher une question juridique à la place des juridictions (en l'occurrence administratives), lesquelles seraient ainsi spécialisées dans cette activité, une atteinte à la séparation des pouvoirs, aucune surprise ne résulte de l'extension de cette jurisprudence aux actes « de droit privé » comme les contrats de concession passés entre l'Etat et une société privée<sup>631</sup>, ou encore les contrats de prêts passés entre deux personnes privées<sup>632</sup>, dont l'appréciation de la légalité appartient aux juridictions judiciaires. De même, rien ne s'oppose, aux yeux du Conseil, à ce que le législateur, « sauf en matière pénale », « modifie [rétroactivement] *les règles que le juge a mission d'appliquer* »<sup>633</sup> dès lors qu'il ne méconnaît aucun principe ou droit de valeur constitutionnelle. Au-delà de confirmer la réduction de l'activité juridictionnelle à une simple « mission » d'application du droit, comme le proclamaient les premières conceptions anglaises autour du principe de non-rétroactivité de la loi pénale, le Conseil constitutionnel clame donc l'interdiction pour le législateur de rendre impossible l'exercice des compétences constitutionnellement reconnues aux juridictions administratives et judiciaires.

La logique est en tout point similaire en aval. Outre le critère traditionnel du respect de la force de chose jugée opposé aux validations *a posteriori*, que le principe de la séparation des pouvoirs attache, selon le Conseil, à toute décision de justice<sup>634</sup>, ce dernier prend le soin de constamment affirmer « qu'il n'appartient pas au législateur de censurer les décisions des juridictions et d'enfreindre par là même le principe de séparation des pouvoirs »<sup>635</sup>. Une telle exigence est appréciée strictement, le Conseil, au motif d'une atteinte au principe de séparation des pouvoirs et à la garantie des droits, déclarant contraire à la Constitution toute disposition ayant pour conséquence de « priver d'effet » une décision rendue par les juges français ou européens, et dont l'apport principal est de déclarer le(s) droit(s) des justiciables tels qu'ils résultent de l'ordre juridique en vigueur<sup>636</sup>. En revanche, ne porte pas atteinte à la séparation des pouvoirs les dispositions visant à tirer les conséquences d'une annulation souverainement prononcée par le Conseil d'Etat statuant au contentieux<sup>637</sup>. Ainsi, pour ce qui est du législateur, le Conseil interdit scrupuleusement toute démarche de nature à priver les juridictions de la possibilité d'exercer pleinement leurs fonctions en modifiant les textes applicables aux cas portés devant elles ou en empêchant d'en produire toutes les conséquences qui devaient normalement en découler.

En second lieu, le Conseil constitutionnel veille également à prohiber toute immixtion gouvernementale et/ou administrative, directe ou indirecte, dans l'activité juridictionnelle. Sa jurisprudence à cet égard portant essentiellement sur l'indépendance (organique) des juridictions, qui recevra ses propres développements, il n'y a lieu de mentionner, à ce stade, que ses seules décisions condamnant toute friction entre l'acte administratif et l'acte juridictionnel. En réalité, la jurisprudence constitutionnelle semble, sur ce point, progressivement donner toute sa portée au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, qui, comme l'ont très bien montré plusieurs auteurs<sup>638</sup>, vaut par ailleurs également à l'égard du juge administratif. Du reste, de manière générale, le Conseil s'oppose à toute attribution, au profit des autorités administratives, de compétences s'apparentant à celles constitutionnellement reconnues aux deux ordres juridictionnels. Aussi la loi plaçant « sous la seule responsabilité du pouvoir exécutif » la réquisition administrative de données techniques en matière de communication électronique, destinée, non pas seulement à la préservation de l'ordre public et à la prévention des infractions, seul domaine d'intervention reconnu en propre au dit pouvoir exécutif (qui, comme il a été montré, comprend en l'occurrence les autorités gouvernementales et toutes les autres autorités administratives) sans habilitation législative<sup>639</sup>, mais à la répression judiciaire des actes de terrorisme, méconnaît le principe de la séparation des pouvoirs<sup>640</sup>. En

<sup>631</sup> C. const., n° 2010-100 QPC, 11 févr. 2011, *Concession du Stade de France*, cons. 4 et 5.

<sup>632</sup> C. const., n° 2013-685 DC, 29 déc. 2013, *Loi de finances pour 2014*, cons. 76 à 79.

<sup>633</sup> C. const., n° 96-375 DC, 9 avr. 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 8.

<sup>634</sup> C. const., n° 98-403 DC, *op. cit.*, cons. 45 à 47.

<sup>635</sup> C. const., n° 87-228 DC, *op. cit.*, cons. 8.

<sup>636</sup> C. const., n° 2005-531 DC, 29 déc. 2005, *Loi de finances rectificative pour 2005*, cons. 4 à 6.

<sup>637</sup> C. const., n° 85-192 DC, *op. cit.*, cons. 6 à 10.

<sup>638</sup> CHEVALLIER (J.), « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, p. 67. – PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 347-350.

<sup>639</sup> C. const., n° 2000-434 DC, *op. cit.*, cons. 19.

<sup>640</sup> C. const., n° 2005-532 DC, *op. cit.*, cons. 5.

revanche, les dispositions confiant à un ministre le soin de prononcer des mesures de police administrative, compétence rentrant alors dans le domaine d'intervention précité, y compris si l'autorité concernée est habilitée à caractériser une infraction pénale, « n'empiètent pas sur l'exercice des fonctions juridictionnelles »<sup>641</sup>.

Plus particulièrement, en amont d'une décision juridictionnelle à rendre, le Conseil déclare contraire à la Constitution, pour méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs, toute disposition qui subordonnerait à l'avis *favorable* d'une commission administrative l'édiction d'une décision juridictionnelle, à l'instar du pouvoir du tribunal de l'application des peines d'accorder la liberté conditionnelle<sup>642</sup> : l'autorité judiciaire ne saurait se sentir liée par la décision d'une autorité administrative (pas plus que par la décision d'une personne privée), que ses actes visent à trancher un litige ou à déclarer le droit de chacun<sup>643</sup>. En aval d'une décision juridictionnelle rendue, le Conseil entoure la possibilité laissée à l'autorité administrative de priver d'effet une décision de justice de strictes conditions, mentionnées plus haut, l'obligation faite à la « force publique » de « prêter main-forte » à l'exécution de toute décision étant ainsi consacrée comme « le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration des droits »<sup>644</sup>. Le législateur ne saurait, par conséquent, subordonner l'octroi du concours de la force publique à l'accomplissement d'une diligence administrative. Le Conseil constitutionnel prouve donc toute son intolérance à l'égard des dispositions conditionnant l'exercice de la fonction juridictionnelle par les autorités juridictionnelles à l'édiction d'un acte administratif, ou empêchant, une fois cette fonction exercée, de produire les effets juridiques qui y sont normalement attachés.

L'ensemble des règles générales précitées, ardemment défendues par le Conseil, font apparaître, par-delà la constance du critère formel, deux critères alternatifs permettant de reconnaître, à travers la jurisprudence constitutionnelle, la fonction juridictionnelle. Celle-ci se présente en effet comme une fonction « complexe », au sens de Carré de Malberg, c'est-à-dire qui a un double objet. D'une part, elle consiste à « reconnaître et à déclarer [...] le droit de chacun, tel qu'il résulte de l'ordre juridique en vigueur »,<sup>645</sup> qu'il y ait ou non litige. Les illustrations précédemment fournies sont couronnées par de plus éloquents exemples démontrant, pour ce qui est de la fonction juridictionnelle, l'assimilation de la séparation des pouvoirs à une stricte spécialisation fonctionnelle. Aussi les tribunaux sont-ils « seuls compétents » pour apprécier le « caractère licite ou illicite » des situations nées sous l'empire de la loi existante<sup>646</sup>, l'application rétroactive de la loi, notamment fiscale, se heurtant à une limite interdisant de « préjudicier aux contribuables dont les droits ont été reconnus par une décision de justice passée en force de chose jugée », le Conseil veillant à ce que soient « sauvegardés les droits nés de décisions de justice passées en force de chose jugée »<sup>647</sup>. Cette logique voyant dans les *jurisdictio* un pouvoir automatique, déclaratif, éclate au grand jour lorsque le Conseil estime que les cours suprêmes, comme la Cour de cassation, ont « pour mission de dire le droit »<sup>648</sup>. D'autre part, la fonction juridictionnelle « s'exerce en vue de résoudre des litiges »<sup>649</sup>, objet dont la protection que lui accorde le Conseil est explicitement rattachée à la séparation des pouvoirs, dans la mesure où « il n'appartient ni au législateur, ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence »<sup>650</sup>. S'il est possible d'en déduire, comme le font d'autres auteurs, que « cette conception [de la séparation des pouvoirs] donne vie à une ingénierie qui étouffe tous les contre-pouvoirs juridictionnels : le contre-pouvoir judiciaire [se voit] réduit à une autorité compétente pour

<sup>641</sup> C. const., n° 2015-524 QPC, 2 mars 2016, *Gel administratif des avoirs*, cons. 9.

<sup>642</sup> C. const., n° 2008-562 DC, *op. cit.*, cons. 32 à 34.

<sup>643</sup> C. const., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 42.

<sup>644</sup> C. const., n° 98-403 DC, *op. cit.*, cons. 46.

<sup>645</sup> CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, T. I, p. 750.

<sup>646</sup> C. const., n° 84-181 DC, *op. cit.*, cons. 48.

<sup>647</sup> C. const., n° 91-298 DC, 24 juill. 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 23 et 24.

<sup>648</sup> C. const., n° 77-99 L, 20 juill. 1977, *Nature juridique de dispositions contenues dans divers textes relatifs à la Cour de cassation, à l'organisation judiciaire et aux juridictions pour enfants*, cons. 5.

<sup>649</sup> CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, T. I, p. 750.

<sup>650</sup> C. const., n° 80-119 DC, *op. cit.*, cons. 6. – C. const., n° 96-375 DC, 9 avr. 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 8.

trancher les litiges subjectifs »<sup>651</sup>, propos qui paraissent donc partiellement erronés, il convient cependant d'en conclure, en raison de la logique de spécialisation fonctionnelle, poussée à son extrême lorsqu'est en cause la fonction juridictionnelle, que cette dernière représente, compte tenu de son appréhension particulière par le Conseil, la fonction la « mieux » protégée par celui-ci. « Limiter, c'est délimiter ; réduire, c'est définir »<sup>652</sup> : seules les autorités juridictionnelles sont chargées d'exercer, et exercent uniquement la fonction juridictionnelle. Le principe de séparation des pouvoirs comme synonyme de spécialisation fonctionnelle est ainsi tenu pour une règle de principe. Celle-ci est contrebalancée par une légère balance empiriquement constatable depuis plusieurs années.

## § 2 – Un équilibre empirique.

Si le Conseil reconnaît, dans l'entrain d'un mouvement relativement récent, la pleine portée attachée à l'acte juridictionnel, c'est-à-dire une forme de participation des autorités juridictionnelles à la fonction législative, qu'il aiguillonne et stimule (A), il impose également d'admettre qu'en tant qu'autorité juridictionnelle (principalement) spécialisée dans le contrôle de constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel lui-même participe, par sa jurisprudence, à l'exercice de la fonction législative, et même à celui des fonctions exécutive et juridictionnelles dès lors qu'il en contrôle et dirige l'exercice (B).

### A) L'attraction des juges ordinaires dans l'exercice de la fonction législative.

L'étroite spécialisation des autorités juridictionnelles dans la fonction juridictionnelle peut être relativement nuancée en raison de plusieurs ouvertures qui leur sont accordées par le Conseil constitutionnel sinon à l'exercice direct, du moins à la participation indirecte à la fonction législative. Celles-ci sont essentiellement de deux ordres. Les premières sont principalement d'ordre incitatif : implicitement<sup>653</sup> ou explicitement<sup>654</sup> convié par le Conseil à contrôler la compatibilité de la loi au regard des engagements internationaux de la France, le juge, qu'il soit administratif ou judiciaire, se trouve en effet « investi d'une "faculté d'empêcher", lorsqu'il s'oppose à [...] son application au cas d'espèce [...]. Cette faculté est une forme de participation du juge à l'exercice de la fonction législative. Sans aller jusqu'à en déduire [...] que le juge se transforme en co-législateur, à tout le moins peut-on constater que cette participation est simplement conforme à la théorie de la séparation des pouvoirs, telle qu'envisagée par Montesquieu »<sup>655</sup>. Le juge, ne pouvant modifier le sens profond de la loi ni même la dévaluer, serait donc « captif » de la logique, voire de la culture de freins précédemment décriée, sans pouvoir faire équilibre à un organe (complexe) dont les actes représentent toujours l'expression de la volonté générale. Sans participation clairement assumée à l'exercice de la fonction législative, les juges demeurent donc fondamentalement et étroitement cantonnés à des autorités d'application du droit existant, et non de création d'un droit nouveau.

En revanche, le second type d'ouvertures à la fonction législative, d'ordre allusif, s'étale sur trois niveaux ayant en commun de reconnaître et valoriser le caractère créateur de l'interprétation juridictionnelle, mais se distinguant selon leur degré d'association de la disposition législative à son interprétation. Aussi, en premier lieu, la (relativement) récente consécration du principe de clarté de la loi et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi a mis l'accent, sans l'encourager, sur l'éventualité du pouvoir normatif des autorités juridictionnelles. Ce principe et cet objectif imposant au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit *contre une interprétation contraire à la Constitution* ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de *fixer des règles dont la*

<sup>651</sup> MOUTON (S.), « La séparation des pouvoirs ? », *op. cit.*, p. 842.

<sup>652</sup> PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 337.

<sup>653</sup> C. const., n° 74-54 DC, *op. cit.*, cons. 7.

<sup>654</sup> C. const., n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 18.

<sup>655</sup> ROBLOT-TROIZIER (A.), « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, p. 94.

détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »<sup>656</sup>, le Conseil semblait vouloir faire de la norme législative la règle, et du pouvoir créateur du juge l'exception : c'est pour éviter que le juge puisse ajouter à la loi dans un sens qui rendrait celle-ci contraire à la Constitution que le Conseil impose au législateur le respect de ces principes et objectifs. Cependant, si la loi n'est pas claire, c'est-à-dire s'il est impossible de déterminer les droits et obligations qui en découlent, il est bel et bien reconnu, sur le fondement d'une « distinction entre le clair et l'obscur [par laquelle] le Conseil constitutionnel formule de véritables doctrines de l'interprétation et de la séparation des pouvoirs »<sup>657</sup>, que c'est aux autorités d'application qu'il reviendra d'en déterminer le sens, donc de créer ces droits et obligations – cette activité étant partagée entre autorités administratives et juridictionnelles. Elles deviendraient ainsi « un colégislateur voire un législateur tout court » : c'est grâce à la marge d'interprétation considérable provoquée par l'obscurité de la loi que ces autorités disposent « d'un véritable pouvoir législatif »<sup>658</sup>.

De même, en second lieu, le Conseil constitutionnel a pu épisodiquement faire de la norme législative la disposition contrôlée telle qu'interprétée par les différents juges, parfois même dans un sens étranger ou contraire à « l'intention » initiale du législateur. Aussi les réserves d'interprétation lui permettent-elles d'insérer de la jurisprudence dans la loi. Par exemple, en 1993, le législateur avait entendu permettre des contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires, à l'encontre de ce que la Cour de cassation avait jugé en 1985 en soulignant que ces contrôles devaient reposer sur des « éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé [et] de nature à faire apparaître celui-ci comme étranger »<sup>659</sup>. Le Conseil, grâce à de « strictes réserves d'interprétation », a imposé la jurisprudence de la Cour au législateur, en déclarant que ces contrôles doivent « s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant [...] toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes ; qu'il appartient aux autorités judiciaires et administratives de veiller au respect intégral de cette prescription ainsi qu'aux juridictions compétentes de censurer et de réprimer, le cas échéant, les illégalités qui seraient commises »<sup>660</sup>. Le droit tel qu'il est interprété par les juges remplace ainsi la volonté du législateur, ce qu'aucune autre autorité que le Conseil constitutionnel n'aurait pu ou voulu autoriser.

Il a fallu toutefois, pour finir, attendre l'entrée en vigueur de la QPC le 1<sup>er</sup> mars 2010 pour que la norme législative soit pleinement reconnue comme l'association de l'énoncé et de son interprétation. Nul n'ignore en effet « qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à [une] disposition » législative<sup>661</sup>. Cette affirmation pourrait par ailleurs être amputée du terme « constante », qui suggère, au premier abord, un minimum de deux décisions à l'occasion desquelles s'est exposée l'interprétation en question, alors que « l'existence d'un seul arrêt [...] suffit à caractériser une jurisprudence constante »<sup>662</sup>. Une jurisprudence figurant dans un arrêt unique, par sa seule autorité, qui peut d'ailleurs résulter de la décision de transmission de la QPC<sup>663</sup>, « s'apparente à une jurisprudence constante »<sup>664</sup>. Par conséquent, qu'elle résulte d'une succession d'arrêts ou d'une seule décision, « l'interprétation que le juge donne de la loi est inséparable de la loi elle-même »<sup>665</sup>, la seconde ne pouvant se concevoir sans la première. Si les cours suprêmes, administrative et judiciaire, se refusent encore à proclamer que leurs interprétations des énoncés législatifs puissent s'analyser en une participation à la fonction législative, en refusant par exemple de transmettre une QPC par laquelle il est soutenu qu'en interprétant une loi, le juge se serait « substitué au législateur »<sup>666</sup>, ou qui se borne à « contester une règle

<sup>656</sup> C. const., n° 2004-500 DC, *op. cit.*, cons. 13.

<sup>657</sup> CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Les clairs-obscur de la décision du 13 janvier 2005 », *AJDA*, 2005, n° 16, p. 905.

<sup>658</sup> TROPER (M.), « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op. cit.*

<sup>659</sup> Cass. crim., n° 85-91.324, 25 avr. 1985, *Bogdan et Vuckovic*, att. 1<sup>er</sup>.

<sup>660</sup> C. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 16.

<sup>661</sup> C. const., n° 2010-39 QPC, *op. cit.*, cons. 2.

<sup>662</sup> Comm. off. de C. const., n° 2015-488 QPC, 7 oct. 2015, *M. Jean-Pierre E.*, p. 8.

<sup>663</sup> C. const., n° 2015-520 QPC, 3 févr. 2016, *Société Metro Holding France SA*. – C. const., n° 2016-615 QPC, 9 mars 2017, *Époux V.*

<sup>664</sup> Comm. off. de C. const., n° 2013-311 QPC, 17 mai 2013, *Société ÉCOCERT France*, p. 12.

<sup>665</sup> CHAGNOLLAUD (D.), « Un coup d'Etat juridique ? », *Rec. Dalloz*, 2011, n° 21, p. 1426.

<sup>666</sup> C.E., 4 juill. 2014, *Commune de Saint-Rémy-en-Rollat*, req. n° 377198, cons. 3.

*jurisprudentielle* sans préciser le texte législatif dont la portée serait de nature à porter atteinte à la loi des 16 et 24 août 1790, à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à l'article 34 de la Constitution et au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs »<sup>667</sup>, la meilleure preuve que la norme législative résulte de l'interprétation juridictionnelle en est qu'une loi déjà jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel peut de nouveau faire l'objet d'une QPC dès lors que son interprétation a évolué postérieurement à la décision du Conseil, cette évolution constituant un changement de circonstances de droit<sup>668</sup>.

Aussi, que l'interprétation jurisprudentielle soit l'objet ou au service du contrôle de constitutionnalité<sup>669</sup>, il est clair qu'elle a pour fonction, sinon de provoquer une « sanctuarisation de la jurisprudence »<sup>670</sup>, du moins « de donner une explication à la façon dont le droit positif entend une norme »<sup>671</sup>. Le Conseil constitutionnel lui-même déclarait, dès 2010, qu'en reconnaissant aux justiciables le droit de contester la constitutionnalité d'une disposition législative applicable au litige, la création de la QPC ne reconnaissait pas à ceux-ci « le droit à contester une norme dans une abstraction théorique qui serait distincte de l'application qui est susceptible d'en être faite dans le litige où il est partie : le requérant qui pose une QPC a le droit que soit examinée la constitutionnalité d'une disposition législative *telle qu'elle est interprétée ou appliquée* »<sup>672</sup>. La matière constitutionnelle se manifestant alors comme « le berceau des théories réalistes ou encore de la doctrine du droit vivant »<sup>673</sup>, rien ne surprend dans le fait que le Conseil déclara s'être « inspiré » d'un arrêt de la Cour constitutionnelle italienne, qui, en 1956, affirmait devoir prendre en considération « l'interprétation jurisprudentielle constante qui confère au principe législatif sa valeur effective dans la vie juridique s'il est vrai – et cela est vrai – que *les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre quotidienne du juge* qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces ». L'exercice de la fonction législative n'est donc plus le seul monopole du législateur, si tant est qu'il ne l'ait jamais été ; mieux, le législateur désigne un organe complexe rassemblant le Parlement, le Gouvernement, et les autorités juridictionnelles. La loi n'est plus que le référent textuel, langagier de la norme législative, qui résulte de son interprétation – constante ou ponctuelle – par les juges ordinaires. Autrement dit, « le mythe d'une loi ayant tout prévu et dans laquelle il suffirait de lire la norme [...] est officiellement dépassé [...] ; dès lors, la norme n'est qu'une abstraction théorique tant que sa portée effective ne lui a pas été donnée, par l'interprétation qui en sera faite par le juge au moment de son application. Il n'y a alors ni la loi seule, ni l'interprétation seule : *il y a la loi telle qu'interprétée, qui est la norme* »<sup>674</sup>. Ainsi, l'interprétation n'est pas la « détermination cognitive du sens des normes juridiques »<sup>675</sup>, mais bel et bien la détermination volontaire des normes juridiques elles-mêmes. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a donc tendance, depuis plusieurs années, à tempérer la rigoureuse spécialisation des autorités juridictionnelles en consacrant l'impossibilité de concevoir le pouvoir législatif sans l'interprétation juridictionnelle. Dans cette logique, une place spéciale doit également être réservée au Conseil lui-même, tant sa jurisprudence participe de l'exercice, outre de la fonction législative, également des autres fonctions étatiques.

---

<sup>667</sup> Cass. soc., n° 15-40042, 17 févr. 2016, *Société EMJ*, att. 2 et 3.

<sup>668</sup> C.E., 20 déc. 2018, *Commune de Chessy*, req. n° 418637, cons. 3. – Cass. com., n° 18-40028, 27 sept. 2018, *Société Interdis a.*, att. 4. – Cass. n° 19-40.034, 20 janv. 2020, *Union des syndicats anti-précarité*, att. 9. – C. const., n° 2018-749 QPC, 30 nov. 2018, *Société Interdis et autres*, § 6.

<sup>669</sup> BÉAL-LONG (J.), « Le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle constante en QPC », *RFDC*, n° 105, 2016, p. e1-e28.

<sup>670</sup> MOLFESSIS (N.), « La jurisprudence supra-constitutionnem », *JCP G*, 2010, n° 42, p. 1958.

<sup>671</sup> BARRUÉ-BELOU (R.), « Le développement des références juridictionnelles dans les visas du Conseil constitutionnel : vers une fonction de Cour suprême ? », *RFDC*, n° 106, 2016, p. 272.

<sup>672</sup> Comm. off. de C. const., n° 2010-39 QPC, *op. cit.*, p. 6.

<sup>673</sup> DEUMIER (P.), « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? », *RTD Civ.*, 2011, n° 1, p. 91.

<sup>674</sup> *Ibid.*

<sup>675</sup> ROBERTO GRAU (E.), *Pourquoi j'ai peur des juges. L'interprétation du droit et les principes juridiques*, Kimé, 2014, p. 48.

## B) Le cumul de l'exercice des trois fonctions étatiques par le Conseil constitutionnel.

Si la séparation des pouvoirs interdit l'exercice, à titre principal, de plusieurs fonctions par un même organe, elle n'interdit pas – voire, selon les doctrines, elle encourage – la collaboration de différentes autorités dans l'exercice d'une fonction. Elle exclut cependant qu'un seul organe puisse diriger l'exercice des trois fonctions – et les exercer lui-même – selon sa propre vision du droit tel qu'il devrait être. Cette situation est pourtant celle du Conseil constitutionnel, dont les réserves d'interprétation le conduisent à maîtriser l'exercice, par les organes constitués, des fonctions qu'ils exercent ou à l'exercice desquels ils participent. Aussi le Conseil est-il amené, directement ou indirectement, à mettre en œuvre un véritable pouvoir normatif lui permettant d'exercer ou de contrôler l'exercice des fonctions législative, exécutive et juridictionnelle.

A cet égard, si le choix de l'article 16 de la Déclaration des droits et celui de son interprétation comme références du contrôle de constitutionnalité ont pu montrer que le Conseil constitutionnel maîtrise la signification normative que peuvent recevoir les énoncés constitutionnels, il convient également de constater qu'il maîtrise celle que peuvent recevoir les énoncés législatifs ; la norme législative désigne alors la signification de l'énoncé découlant de son interprétation par le Conseil. L'interprétation des lois qui lui sont déférées étant systématique, puisqu'il « revient au Conseil constitutionnel de procéder à l'interprétation des dispositions d'une loi qui lui est déférée dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité »<sup>676</sup>, il deviendrait ainsi impossible de lire une loi et d'en comprendre le sens en l'absence de la décision qui l'accompagne. Depuis les années 1990, le recours de plus en plus massif à ces réserves a dès lors conduit plusieurs auteurs à y voir une œuvre normative de la part du Conseil constitutionnel. Distinguant entre la disposition, à savoir l'énoncé linguistique de la norme, et la norme elle-même, à savoir la signification de cet énoncé résultant de son interprétation par le juge, les partisans des théories réalistes de l'interprétation considèrent que cette pratique permet au Conseil constitutionnel de « faire la part entre les différentes normes possibles liées à une même disposition et de *choisir celle qui est conforme à la Constitution*, [...] pouvant conduire le juge constitutionnel à se considérer comme *un co-auteur de la loi*, brouillant ainsi le principe de séparation des pouvoirs, et basculant dangereusement vers un gouvernement des juges »<sup>677</sup>. D'autres estiment ainsi que le Conseil constitutionnel représente une « chambre législative spécialisée »<sup>678</sup>, en ce que son « travail » principal est de rendre les lois conformes à la Constitution, quelle qu'en soit la manière.

En effet, l'intervention du Conseil constitutionnel dans la loi, notamment par les réserves dites créatrices, est parfois largement substantielle, conduisant le Conseil à redéfinir le fond et la portée du texte, dont la lecture doit nécessairement s'accompagner de la décision s'y rapportant. Par exemple, dans sa décision rendue en 1999 sur la loi relative au pacte civil de solidarité, le Conseil constitutionnel a incontestablement ajouté à la loi des dispositions non prévues par le législateur, en émettant de nombreuses réserves d'interprétation notamment sur la condition de vie commune des personnes liées par un pacte civil de solidarité, la nullité absolue du pacte, le caractère obligatoire de l'aide mutuelle et matérielle que se doivent les personnes liées par un pacte, le régime de l'indivision, le respect de la vie privée des cocontractants, le droit du partenaire à réparation en cas de faute tenant aux conditions de la rupture unilatérale du pacte<sup>679</sup>... L'interprétation est donc en réalité un préalable obligatoire au contrôle de constitutionnalité, permettant au Conseil de donner un sens aux dispositions contrôlées pour pouvoir procéder à ce contrôle. En précisant le contenu de la loi, le Conseil des sages y ajoute nécessairement, s'édifiant à cette occasion en législateur positif béni par la Providence constitutionnelle. Il arrive alors que le Conseil, dans l'approfondissement de sa mission de protection des droits fondamentaux, élargisse le champ d'application de la loi ; en 2006, il relevait ainsi que la référence faite par le législateur au respect du droit

<sup>676</sup> C. const., n° 2001-455 DC, *op. cit.*, cons. 9.

<sup>677</sup> VERPEAUX (M.), « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs : compétence juridictionnelle », *op. cit.*, Chap. 2, Sect. 2, art. 2, § 2, points 109 et 114.

<sup>678</sup> STONE SWEET (A.), « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », *C.C.C.*, n° 25, 2009.

<sup>679</sup> C. const., n° 99-419 DC, *op. cit.*, cons. 26 à 28, 30 à 33, 36, 62 et 74.

d'auteur devait « s'entendre, compte tenu du contexte dans lequel elle s'insère, comme renvoyant également au respect des droits voisins du droit d'auteur », et que, sous cette réserve, la disposition contestée n'était pas contraire à la Constitution<sup>680</sup>. De même, le Conseil a indiqué que « lorsqu'il sera procédé, dans le cadre de la procédure de regroupement familial, à la régularisation de la situation d'un enfant déjà entré en France, cet enfant devra ouvrir droit aux prestations familiales », sous réserve de quoi la disposition en cause est conforme à la Constitution<sup>681</sup>. Autrement dit, le Conseil constitutionnel dit la loi à la place de son auteur, et témoigne d'un désir de véritablement se sacrer jurislatureur. Il semble même dépasser ce cadre, puisque, comme en témoignent plusieurs auteurs, « il est difficile de considérer que le législateur a voulu ce qu'il a exclu »<sup>682</sup>, allant jusqu'à voir un pouvoir de création de normes juridiques au bénéfice du Conseil constitutionnel. La jurisprudence de ce dernier en relate parfois clairement : en 1989, à l'occasion de l'examen d'une loi permettant aux syndicats d'agir en justice en faveur d'un salarié à condition de l'avoir averti par lettre recommandée avec avis de réception, il a ainsi pu affirmer que ces dispositions « impliquent que soient contenues dans la lettre adressée à l'intéressé toutes précisions utiles sur la nature et l'objet de l'action exercée, sur la portée de son acceptation et sur le droit à lui reconnu de mettre un terme à tout moment à cette action ; que l'acceptation tacite du salarié ne peut être considérée comme acquise qu'autant que le syndicat justifie, lors de l'introduction de l'action, que le salarié a eu personnellement connaissance de la lettre comportant les mentions susindiquées ; que c'est *seulement* sous ces réserves que l'article 29 de la loi n'est pas contraire à la liberté personnelle du salarié »<sup>683</sup>. Il conviendrait ainsi d'en conclure qu'il « existe entre la fonction législative et la fonction juridictionnelle une différence de nature que "l'appétit" des organes juridictionnels tend à brouiller »<sup>684</sup>.

En réalité, la jurisprudence du Conseil montre que son intervention normative concerne les domaines de toutes les autorités et organes de l'Etat, et non plus seulement du législateur. Aussi certaines réserves, apparaissant autant directives que constructives, amènent le Conseil constitutionnel à indiquer aux juges ou aux autorités administratives la manière d'appliquer la loi, mais également la manière d'appliquer les compléments apportés à la loi par le Conseil. A ce titre, celui-ci a indiqué qu'une disposition législative dont il contrôlait la constitutionnalité devait être « interprétée comme permettant au juge judiciaire d'allouer une indemnité complémentaire » à celle prévue par la loi, en précisant les informations qui pourront être prises en compte par le juge pour le calcul du montant de cette indemnité<sup>685</sup>. L'intensité de cette intervention du juge constitutionnel dépend véritablement tant du cas d'espèce que de sa propre volonté ; en ce sens, l'interprétation directive peut fixer en des termes généraux l'attitude du pouvoir réglementaire, à qui il appartiendra par exemple d'appliquer la loi « de manière à respecter le principe constitutionnel de la liberté d'association »<sup>686</sup>. Cela dit, la précision du Conseil constitutionnel croît concomitamment avec son interventionnisme dans la loi et dans son application, l'amenant par exemple à affirmer « qu'il appartiendra au Conseil d'Etat de vérifier l'existence et le caractère suffisant du motif d'intérêt général en cause ; que, sous cette réserve, [la disposition contestée] ne porte pas une atteinte inconstitutionnelle à l'économie des contrats légalement conclus »<sup>687</sup>. Aussi est-il clair que « participant à la fonction législative en contrôlant la loi, le Conseil constitutionnel participe également à la fonction exécutive, ainsi d'ailleurs qu'à la fonction de juger des litiges concrets »<sup>688</sup>.

Au-delà de ce que l'interprétation créatrice du Conseil constitutionnel lui permette d'intervenir dans l'activité normative des différents pouvoirs et dans l'application des règles qu'il a lui-même édictées, les

---

<sup>680</sup> C. const., n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 40, 41 et 45.

<sup>681</sup> C. const., n° 2005-528 DC, 15 déc. 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, cons. 18 et 19.

<sup>682</sup> MATHIEU (B.), « Le Conseil constitutionnel "législateur positif" ou la question de l'intervention du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative », *op. cit.*, p. 527.

<sup>683</sup> C. const., n° 89-257 DC, 25 juill. 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique*, cons. 26.

<sup>684</sup> MATHIEU (B.), « Le Conseil constitutionnel "législateur positif" », *op. cit.*, p. 507.

<sup>685</sup> C. const., n° 98-403 DC, *op. cit.*, cons. 33 et 34.

<sup>686</sup> C. const., n° 2000-434 DC, *op. cit.*, cons. 40.

<sup>687</sup> C. const., n° 2004-490 DC, 12 févr. 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 94.

<sup>688</sup> ROBLLOT-TROIZIER (A.), « Un concept moderne, séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, p. 96.

réerves d'interprétation ont même parfois pour conséquences l'inapplicabilité du droit et la paralysie des pouvoirs. Trop rigides et/ou trop dénaturantes pour pouvoir considérer que l'esprit initial du texte a été conservé, ces réserves permettraient au Conseil de rédiger sa propre loi, dont l'application future ne peut être au mieux qu'incertaine et incomplète, au pire contraignante et subversive. A ce titre, statuant en 2007 sur l'utilisation des tests génétiques dans le cadre du regroupement familial, le Conseil constitutionnel a émis d'importantes réserves<sup>689</sup> ayant conduit le Gouvernement à renoncer à adopter les mesures réglementaires d'application de la loi en cause. Autrement dit, les réserves d'interprétation peuvent rendre la loi inapplicable. En se plaçant au-dessus des autres pouvoirs, le Conseil constitutionnel provoque ainsi leur inertie. Cet autoritarisme paralysant est des plus notables à l'égard des autorités juridictionnelles : que le Conseil consacre ou rejette leur jurisprudence constante, il en découlera nécessairement un certain acte d'autorité envers celles-ci. Dans cette hypothèse, les réserves d'interprétation auraient pour résultat soit de confirmer la jurisprudence constante inscrite dans la loi, interdisant ainsi aux juges ordinaires tout revirement de jurisprudence et transformant la solution jurisprudentielle originelle en arrêt de règlement, soit de remettre en cause cette interprétation juridictionnelle, obligeant le juge ordinaire « à un revirement de jurisprudence figé pour l'avenir, lequel revêtira donc également les traits d'un arrêt de règlement »<sup>690</sup>. Ainsi, les réserves d'interprétation permettent aujourd'hui au Conseil constitutionnel, en s'affranchissant du respect de la séparation des pouvoirs, de s'ériger en véritable cour suprême, de sorte que « la norme constitutive de l'ordre constitutionnel dispose, sauf à être niée en cette qualité, d'un interprète authentique dont les interprétations doivent prioritairement s'imposer à l'ensemble des autorités publiques de façon générale et aux autres juridictions de façon particulière »<sup>691</sup>. Dès lors, le Conseil s'affirme en tant que réel pouvoir juridictionnel, non seulement à l'égard des pouvoirs législatif et réglementaire, mais également à l'égard des autres juges, dont la solution qu'ils doivent donner aux différents litiges devient conditionnée par l'interprétation décidée par le Conseil constitutionnel. A défaut d'une forme de recours préjudiciel en interprétation, pourtant connue de certaines justices constitutionnelles, par exemple de la Cour constitutionnelle italienne, les réserves d'interprétation caractériseraient donc une « destruction créatrice » autorisant le Conseil constitutionnel à s'élever au-dessus des autres pouvoirs et à se faire juge tout-puissant du contenu des normes, de leur validité et de leur application par des juridictions qui ne lui seraient que subordonnées. Le risque inhérent à cette technique est donc de « devenir un outil sophistiqué de confiscation du pouvoir d'appréciation discrétionnaire du législateur et du pouvoir d'interprétation de la loi qui revient sans conteste aux juges ordinaires »<sup>692</sup>.

C'est donc l'entière de la puissance étatique qui se situe sous l'emprise du Conseil constitutionnel. De nombreuses décisions montrent effectivement que cette technique développée par le Conseil constitutionnel, dépassant désormais le simple cadre de la spécialisation fonctionnelle, semble permettre à des juges nommés de dicter la conduite même de l'Etat face à des situations futures. En effet, à l'occasion de l'examen de la loi de finances pour 2004, le Conseil a pu juger que « si les recettes départementales provenant de la taxe intérieure de consommation sur les produits pétroliers venaient à diminuer, *il appartiendrait à l'Etat* de maintenir un niveau de ressources équivalant à celui qu'il consacrait à l'exercice de cette compétence avant son transfert », et que, sous cette réserve, la disposition critiquée n'était pas contraire au principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales<sup>693</sup>. S'affranchissant donc du cadre de la séparation des pouvoirs et de la spécialisation des fonctions, sûrement trop peu enclin à un tel dirigisme juridictionnel, le Conseil s'arroge ainsi le pouvoir de créer le droit à la place des pouvoirs normatifs, et de conditionner son application à sa propre vision des normes en débat *de lege ferenda*. Par conséquent, relevant d'une pure création jurisprudentielle, les réserves d'interprétation révèlent sinon un incontestable pouvoir normatif au profit des Sages, du moins des atteintes répétées à la séparation des

---

<sup>689</sup> C. const., n° 2007-557 DC, 15 nov. 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 9, 14, 16 et 23, et art. 2.

<sup>690</sup> CONDÉ (L.), « La prohibition des arrêts de règlement. Le mode juridictionnel », *JCl. Civil Code*, art. 5, Fasc. unique, 2014, n° 45.

<sup>691</sup> DISANT (M.), *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, « Thèses », « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2010, p. 751.

<sup>692</sup> DI MANNO (T.), « L'influence des réserves d'interprétation », in DRAGO (G.) *et al.*, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>693</sup> C. const., n° 2003-489 DC, 29 déc. 2003, *Loi de finances pour 2004*, cons. 23 et 25.

pouvoirs, le Conseil constitutionnel expliquant au législateur comment écrire la loi voire l'écrivant lui-même, et indiquant au pouvoir exécutif ainsi qu'aux autorités juridictionnelles et administratives comment interpréter et appliquer la loi ainsi que les réserves qui l'accompagnent, autrement dit les normes qu'il a émises. Le contrôle de constitutionnalité serait donc un acte de volonté amenant le Conseil à fixer autoritairement les véritables normes découlant des énoncés juridiques. La technique des réserves d'interprétation est ainsi regardée par plusieurs auteurs comme « un excès de pouvoir constitutionnel »<sup>694</sup>, certains considérant même que « quelle que soit l'appréciation portée sur l'opportunité et le bien-fondé des réserves d'interprétation, elles réalisent, [en raison de] l'abstraction et la généralité de ces règles d'interprétation ajoutées à la loi, des arrêts de règlement »<sup>695</sup>, « coup d'Etat juridique » dont il appartiendrait au seul pouvoir constituant, « par un lit de justice organique »<sup>696</sup>, de tirer les conséquences. Exerçant simultanément une faculté de statuer et une faculté d'empêcher, le Conseil constitutionnel déteint et exerce bel et bien non pas un pouvoir, mais tout le pouvoir. Transgressant une règle qu'il a lui-même posée à l'égard des « pouvoirs constitués ordinaires », le Conseil dût protéger ce qui permet aux organes de l'Etat d'exercer pleinement leurs compétences, à savoir l'indépendance.

---

<sup>694</sup> BLACHÈRE (P.), « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 19 s.

<sup>695</sup> CONDÉ (L.), « La prohibition des arrêts de règlement. Le mode juridictionnel », *op. cit.*, n° 45.

<sup>696</sup> CHAGNOLLAUD (D.), « Un coup d'Etat juridique ? », *op. cit.*.

## CHAPITRE II

### L'INDÉPENDANCE ORGANIQUE

Entendue classiquement comme un principe impliquant « la soustraction d'un organe à la nomination, et surtout à la révocation, de la part des autres organes »<sup>697</sup>, l'indépendance joue un rôle central dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la séparation des pouvoirs. Elle paraît même représenter sa « tendance lourde »<sup>698</sup>, dans la mesure où son appréhension par le Conseil vient renforcer une spécialisation fonctionnelle déjà bien rigide, et avec laquelle il trace un lien indestructible.

Certes, l'indépendance des autorités et organes « politiques » doit peu au Conseil constitutionnel. Du moins cela est vrai pour le Parlement et le Président, dont l'origine populaire de leur mandat leur assure une certaine indépendance institutionnelle tant au stade de leur « nomination » que de leur « révocation » (le caractère résolument inapproprié de ces termes montrant en soi que leur indépendance n'est pas formellement discutable). Le caractère « souple » de la séparation des pouvoirs qu'aurait imposé la Ve République<sup>699</sup> en permettant au Président de dissoudre l'Assemblée nationale et à l'Assemblée de renverser le Gouvernement doit cependant être nuancé, notamment au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, en l'interprétant dans son sens classique ou en y rattachant de nouvelles exigences élargissant son contenu traditionnel, le Conseil confère à l'indépendance organique, et par extension à la séparation des pouvoirs, un sens absolu protégeant au premier chef les autorités exécutives. Sa jurisprudence met donc l'indépendance organique au service d'une conception asymétrique de la séparation des pouvoirs (**Section I**).

De nouveau, place belle doit être faite aux juridictions. C'est en effet à leur égard que le principe d'indépendance a été affirmé le plus explicitement, et qu'il a été rattaché le plus directement à l'exercice de la fonction qui est la leur. Si l'indépendance des juridictions, autorité judiciaire première visée, n'est formellement pas absolue, sa protection, elle, semble l'être : le Conseil constitutionnel, ne transigeant pas sur sa jurisprudence conférant à la fonction juridictionnelle un caractère spécifique et exclusif, n'admet aucune atteinte à l'indépendance des juridictions qui ne soit pas prévue par la Constitution elle-même, tant au stade de la nomination que de la révocation de leurs membres. En étendant de plus belle le sens de l'indépendance organique pour prohiber toute forme d'influence, hiérarchique ou non, à l'égard des juridictions, le Conseil constitutionnel consolide ainsi la place qu'il leur attribue depuis longtemps dans la séparation, voire même dans la balance des pouvoirs (**Section II**).

---

<sup>697</sup> BARBERIS (M.), « La séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 712.

<sup>698</sup> BEAUD (O.), « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république : une hérésie constitutionnelle », *op. cit.*, p. 9, note 26.

<sup>699</sup> V. cependant BOUDON (J.), « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », *op. cit.*.

## SECTION I – UN TRAITEMENT DIFFÉRENCIÉ APPLIQUÉ AUX AUTORITÉS

### « POLITIQUES »

La Constitution de 1958 ne pose aucune définition ou exigence expresse et générale d'indépendance des autorités parlementaires et exécutives entre elles. Au demeurant, le Conseil constitutionnel lui-même ne formule que très rarement une telle exigence ; au mieux se limite-t-il à interpréter ou à construire – c'est-à-dire sans la mentionner – la séparation des pouvoirs comme garantissant une certaine protection de chaque autorité ou organe « politique » à l'égard de l'influence que ses homologues peuvent avoir sur l'origine et la fin de leur mandat. Ainsi, sa jurisprudence, dont l'orientation est déterminée sur le fondement d'une relation inaltérable entre indépendance organique et spécialisation fonctionnelle, révèle une appréhension classique de cette première, dans son sens traditionnel : l'indépendance, garantie du respect de la séparation des pouvoirs, protège mutuellement (mais asymétriquement) les autorités « politiques » et leurs membres individuels de toute possibilité pour les autres organes d'en contrôler la nomination ou de mettre arbitrairement fin à leur mandat (§ 1).

De surcroît, le Conseil constitutionnel a même étendu la notion – voire le principe – d'indépendance à d'autres considérations organiques que cette définition classique ne contenait pas avant ses interventions : en faisant découler du principe de séparation des pouvoirs une exigence d'autonomie fonctionnelle, notamment financière, des « pouvoirs publics », le Conseil fournit une certaine redéfinition de ce dernier, marquée par une prétendue vocation universelle dissimulant, en réalité, une protection particulière des autorités exécutives et de la présidentialisation du régime (§ 2).

#### § 1 – Le modelage préférentiel d'une exigence traditionnelle.

Si la jurisprudence du Conseil constitutionnel assigne à l'indépendance des organes « politiques » une certaine vocation universelle marquée par un lien explicite avec l'exercice plein et entier des compétences rattachables à la fonction qu'ils sont amenés à exercer (A), elle cache en réalité une asymétrie latente protégeant bien mieux les autorités exécutives que les parlementaires des nominations ou révocations intempestives (B).

##### A) L'affirmation d'un lien nécessaire entre indépendance et exercice des fonctions.

Appréhender la règle (non-écrite pour ce qui est des « pouvoirs politiques ») de l'indépendance comme soustrayant les autorités ou organes étatiques à la nomination et à la révocation de la part des autres organes, serait relativement restrictif. Au-delà, comme il en sera exposé, de l'extension de la notion d'indépendance (et de séparation des pouvoirs) à des exigences « modernes » (indépendance fonctionnelle, financière...), celle-ci doit effectivement s'entendre comme impliquant que « les *individus* qui composent chacune [des] autorités ne doivent pas être nommés par les autres organes et surtout qu'ils ne doivent pas être discrétionnairement révocables par eux »<sup>700</sup>. Le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur ces deux points, sa jurisprudence traitant, sous l'angle de leur « nomination » et de leur « révocation », tant de l'indépendance des organes que de celle de leurs membres individuels, les deux étant intimement liées. Sur ces deux niveaux, le lien entre indépendance organique et spécialisation fonctionnelle est sensiblement mis en avant.

En ce qui concerne la nomination, ou plutôt l'origine du mandat, la jurisprudence constitutionnelle est quelque peu laconique, et pour cause : l'indépendance était, en 1958 et dans la pensée du général De Gaulle, attachée plus au fait de ne pas devoir sa nomination à un autre organe que d'être protégé d'une éventuelle révocation. Si le Parlement peut (de façon exceptionnelle) renverser le Gouvernement, il ne le

<sup>700</sup> TROPER (M.), « Actualité de la séparation des pouvoirs », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, op. cit., p. 224.

nomme pas ; celui-ci n'est pas indépendant du Président, qui n'a pas (formellement) le pouvoir de le révoquer. Le gouvernement procède du Président, qui, lui-même, comme le Parlement, procède du peuple. Il y aurait donc lieu d'y voir « un nouveau concept d'indépendance », qui désignerait dès lors moins un mode de relation entre organes qu'un « titre de légitimité »<sup>701</sup>. Aussi le premier point de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 proclamait-il que « Seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ». Le Conseil ne s'est ainsi pas opposé à l'élection du Président de la République au suffrage universel, sous couvert d'une incompétence témoignant de sa volonté de ne pas s'opposer à « l'expression directe de la souveraineté nationale »<sup>702</sup>. De même, si l'article 58 de la Constitution donne compétence au Conseil pour veiller à « la régularité de l'élection du Président de la République », le Conseil, malgré une récente accentuation en matière de financement des campagnes électorales, peine à épuiser une compétence pourtant relativement étendue, se contentant d'invalider les comptes des « petits candidats battus » sans aller jusqu'à sanctionner le candidat élu<sup>703</sup>.

Il en va également ainsi des élections législatives : au-delà de n'être habitué à statuer sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs qu'« en cas de contestation » (article 59 de la Constitution), le Conseil n'invalide celles-ci que lorsque les irrégularités critiquées revêtent un certain de gravité de nature à produire un effet sur le résultat du scrutin. Ainsi, même en cas d'élections manifestement frauduleuses, à propos desquelles le Conseil a quand bien même précisé leur caractère attentatoire « au principe même de la démocratie »<sup>704</sup>, le Conseil maintient parfois le résultat du scrutin, au bénéfice du parlementaire élu : une manœuvre frauduleuse, « aussi condamnable soit-elle », ou autres irrégularités, « pour blâmables qu'elles soient », consistant en un cumul de faits « graves et répétés », dont l'existence est avérée et reconnue par le Conseil, ne donnent pas lieu à invalidation dès lors qu'elles n'ont pu « inverser le résultat du scrutin »<sup>705</sup>. Aussi l'erreur bénigne n'est-elle pas condamnable, le Conseil ne sanctionnant une irrégularité que lorsqu'elle relève d'une « manœuvre de nature à porter atteinte à la sincérité du scrutin »<sup>706</sup>, comme il ne sanctionne pas de malfaçon qui, « pour irrégulière qu'elle soit, n'a pas eu d'incidence sur l'issue du scrutin »<sup>707</sup>. Par conséquent, Président comme parlementaires ne doivent leur « nomination » à aucun organe ou autorité, le seul contrôle opéré par le Conseil à l'égard de leur élection, s'il peut en théorie aboutir à l'inéligibilité<sup>708</sup> et à la déchéance<sup>709</sup>, étant cependant marqué par une forme non négligeable de « *self restraint* » face à la véritable « source du pouvoir » (pour reprendre les termes de la loi constitutionnelle de 1958). Celle-ci commanderait un « ordre juridique fondé sur la hiérarchie des fonctions »<sup>710</sup> politiques et juridiques, à laquelle correspondrait donc une hiérarchie des organes politiques (autorités d'édition et de mise en œuvre discrétionnaire du droit) et juridictionnels (le Conseil statuant en la matière en tant que véritable juridiction). Il a été démontré qu'une telle classification présentait une part de vérité, même si elle pouvait aisément être nuancée.

La jurisprudence constitutionnelle est bien plus loquace en ce qui concerne la révocation. Certes, l'indépendance des autorités ou organes et des membres qui les composent « ne doit rien évidemment à la jurisprudence du Conseil »<sup>711</sup>, tant la Constitution suffit à fonder la rigide souplesse caractérisant le régime de la Ve République ; le rôle minime du Conseil, outre, comme il le sera démontré, d'avoir renforcé les exigences attachées au parlementarisme rationalisé de 1958, a néanmoins permis de faire un lien entre

---

<sup>701</sup> TROPER (M.), « La Ve République et la séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 42.

<sup>702</sup> C. const., n° 62-20 DC, *op. cit.*, cons. 2.

<sup>703</sup> Le lien entre ce « *self restraint* » du Conseil, l'origine démocratique du mandat présidentiel et l'exercice des prérogatives présidentielles étant bien exprimé chez MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *op. cit.*, p. 127 s.

<sup>704</sup> C. const., n° 98-2562/2568 AN, 3 févr. 1999, A.N., *Bouches-du-Rhône (9ème circ.)*, cons. 2.

<sup>705</sup> C. const., n° 97-2113/2119/2146/2154/2234/2235/2242/2243 AN, 20 févr. 1998, A.N., *Paris (2ème circ.)*, cons. 6 et 10.

<sup>706</sup> C. const., n° 2017-5147 AN, 8 déc. 2017, A.N., *Paris (5ème circ.)*, M. Julien BAYOU, § 8.

<sup>707</sup> C. const., n° 2017-5263/5264 SEN, 6 avr. 2018, *Hauts-de-Seine, Mme Monique MENDY a.*, § 4.

<sup>708</sup> V. pour un ex. récent, C. const., n° 2019-5681 AN, 26 sept. 2019, A.N., *Essonne, 1ère circ.*.

<sup>709</sup> Sur seulement vingt-cinq décisions « D » (pour déchéance) à ce jour, dix-sept prononcent la déchéance, sept le non-lieu à statuer et une le sursis à statuer.

<sup>710</sup> MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *op. cit.*, p. 127.

<sup>711</sup> MATHIEU (C.), « La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 112.

indépendance et exercice des fonctions étatiques, comme le suggérait le deuxième point de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, qui imposait que « Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés de façon que le Gouvernement et le Parlement assument chacun pour sa part et sous sa responsabilité la plénitude de leurs attributions ». C'est ainsi que le Conseil constitutionnel assimile clairement la mise en cause de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement à la (seule) éventualité pour ce dernier d'être amené à « orienter ou à contrôler l'action gouvernementale »<sup>712</sup>, formule qu'il n'utilise cependant plus depuis 1976<sup>713</sup> (peut-être car enseigner est l'art de répéter). L'étude de sa jurisprudence sur le contrôle de l'action du Gouvernement a toutefois permis de montrer que la logique demeure aujourd'hui la même. L'indépendance organique recoupe ainsi l'indépendance fonctionnelle. C'est d'ailleurs pourquoi l'exigence de continuité attachée à cette « action gouvernementale », qui serait atteinte par le renversement du Gouvernement (hypothèse confirmée par les expériences des républiques antérieures), donne à un Premier ministre dont le décret de nomination n'a pas été publié au Journal officiel compétence pour engager la responsabilité du Gouvernement sur le vote d'un texte, en application du troisième alinéa de l'article 49 de la Constitution<sup>714</sup>. Si la question de la responsabilité gouvernementale sera davantage traitée sous l'angle d'un renforcement du parlementarisme rationalisé, il convient donc simplement de constater, à ce stade, le lien entre l'indépendance, tant au stade de la nomination que de la révocation, et l'exercice des « compétences propres » dont le Conseil s'attache à assurer la « séparation »<sup>715</sup>.

Mais ce lien a vocation universelle. A l'exception de la dissolution, où ce dernier ne peut être qu'implicitement décelé dans la mesure où à l'absence de compétence au profit du Conseil correspond l'absence de contrôle (y compris de la régularité de la procédure)<sup>716</sup>, révélant ainsi un véritable « pouvoir dépourvu de limitations constitutionnelles »<sup>717</sup>, dont l'exercice présente toutefois une occurrence extrêmement faible aujourd'hui, un tel lien est effectivement présent dans toute la jurisprudence constitutionnelle relative aux rapports entre le Président et le Parlement, et entre ceux-ci et des autorités extérieures. Sur les rapports organiques entre Président et Parlement, la seule possibilité pour ce dernier de provoquer le départ du premier réside dans la procédure de destitution de l'article 68 de la Constitution. Il se réunit alors en Haute Cour, dont le Conseil prend soin de rappeler qu'elle « ne constitue pas une juridiction chargée de juger le Président de la République pour des infractions commises par lui en cette qualité, mais une assemblée parlementaire compétente pour prononcer sa destitution en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat »<sup>718</sup>. Le rappel d'un tel principe de justice politique est évidemment destiné à mettre l'accent sur le caractère peu contraignant et préservateur de l'indépendance (largement entendue), voire de l'irresponsabilité politique du Président, de la procédure. La protection de l'indépendance (au sens strict) et des prérogatives présidentielles est alors assurée par la mention du principe de la séparation des pouvoirs, qui, « s'appliqu[ant] à l'égard du Président de la République », impose au législateur organique chargé de fixer les conditions d'application de l'article 68 de s'abstenir d'« apporter aux *prérogatives* du Président de la République et au principe de la séparation des pouvoirs d'autres atteintes que celles qui sont expressément prévues par cet article »<sup>719</sup>. Si une telle formulation, pour ce qui concerne la séparation des pouvoirs, a déjà été critiquée *supra*, la procédure de l'article 68 devant être considérée au mieux comme une application ou un élément de définition de la séparation des pouvoirs, au pire comme une dérogation à la séparation des pouvoirs, elle fait clairement apparaître, comme le commentaire officiel<sup>720</sup>, d'une part, l'assimilation par le Conseil d'une mise en cause de l'indépendance présidentielle à une atteinte à l'exercice régulier des compétences que le Président tient de la Constitution (en particulier de son article 5...), et, d'autre part, le lien entre celles-ci et le respect du principe de la séparation des pouvoirs. Il en résulte que celui-ci commande que la révocation d'une autorité par une autre ne saurait être soumise à des conditions tellement restrictives que la possibilité de mettre fin à

<sup>712</sup> C. const., n° 59-2 DC, *op. cit.*, art. 1<sup>er</sup>. – C. const., n° 59-3 DC, *op. cit.*, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>713</sup> C. const., n° 76-64 DC, *op. cit.*, cons. 7.

<sup>714</sup> C. const., n° 89-268 DC, *op. cit.*, cons. 8.

<sup>715</sup> C. const., n° 70-41 DC, *op. cit.*, cons. 1 à 3.

<sup>716</sup> C. const., n° 88-4 ELEC, *op. cit.*. – C. const., n° 97-14 ELEC, *op. cit.*.

<sup>717</sup> AVRIL (P.), « De la domination présidentielle sous la Ve République », *Le Débat*, n° 206, 2019, p. 81.

<sup>718</sup> C. const., n° 2014-703 DC, *op. cit.*, cons. 5.

<sup>719</sup> *Ibid.*, cons. 7 et 8.

<sup>720</sup> Comm. off. de C. const., n° 2014-703 DC, *op. cit.*, p. 6.

son mandat en deviendrait juridiquement illusoire : clairement visible vis-à-vis de la dissolution de l'Assemblée nationale, une telle logique interdit également de restreindre le droit des parlementaires à la signature d'une seule proposition de résolution par mandat présidentiel, restriction « d'une ampleur telle » qu'elle « méconnaît la portée » non du principe de la séparation des pouvoirs, mais du seul article 68 de la Constitution<sup>721</sup>. Il n'en demeure pas moins que l'indépendance mutuelle entre le Parlement et le Président en ressort assurément garantie.

Enfin, une telle indépendance constitue une garantie forte contre les pressions « extérieures ». Le Conseil constitutionnel n'a effectivement pas manqué de déclarer la contrariété à la Constitution de l'article du traité portant statut de la Cour pénale internationale prévoyant la compétence de celle-ci pour juger de la responsabilité pénale des chefs d'Etat ou de gouvernement ainsi que des membres d'un gouvernement ou d'un parlement. Reliant leur immunité pénale à l'exercice régulier et indépendant de leurs fonctions, le Conseil mettait en exergue l'exclusivité des modalités de mise en cause de leur responsabilité pénale exprimée aux articles 26, 68 et 68-1 de la Constitution<sup>722</sup>. Il aurait ainsi imposé « des garanties réciproques qui protègent *le pouvoir exécutif et le parlement* contre les risques d'immixtion de l'autorité judiciaire »<sup>723</sup>, défendant autant l'immunité présidentielle qu'une certaine « autonomie constitutionnelle du Parlement »<sup>724</sup>. Une telle modélisation, à travers la jurisprudence du Conseil, de la séparation des pouvoirs, révèle la mutation de celle-ci vers une séparation « *extra* pouvoirs », consistant, d'une part, à n'accepter une atteinte à l'indépendance (*stricto sensu*) des diverses autorités exerçant les activités que comporte la puissance d'Etat de la part d'autorités n'exerçant pas de telles activités qu'en vertu d'une décision du constituant, et, d'autre part, dont un des éléments de définition, l'indépendance – absolue (manifestée en l'occurrence par l'immunité de juridiction reconnue au Président et aux parlementaires) – est méconnu si l'étanche spécialisation fonctionnelle qui la guide et, d'une certaine manière, la présuppose, est transgressée par l'action d'une de ces autorités. C'est pourquoi le Conseil estime que si le principe de la séparation des pouvoirs « ne fait pas obstacle » à l'exercice, par une autorité administrative (la HATVP), de plusieurs prérogatives contraignantes à l'égard des parlementaires (contrôle de la variation de leur situation patrimoniale, injonctions de compléter leur déclaration, et, le cas échéant, saisir le parquet des manquements constatés, mesures qui ne constituent pas « des sanctions ayant le caractère d'une punition »), le législateur organique ne saurait toutefois, « sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs », permettre à une telle autorité d'adresser à un parlementaire une injonction (visant ses intérêts, ses activités, ou sa déclaration) dont la méconnaissance serait pénalement réprimée<sup>725</sup>, une solution similaire ayant également été retenue à l'égard des collaborateurs des présidents des assemblées<sup>726</sup>. Il leur accordait ainsi « l'onction de la séparation des pouvoirs »<sup>727</sup>, dans son sens exposé plus haut. Par conséquent, il semble que l'indépendance organique, entendue strictement par le Conseil, ait dans sa jurisprudence une vocation universelle. Cependant, une analyse plus minutieuse de ses décisions permet de caractériser une certaine torsion, voire une certaine dénaturation de la séparation des pouvoirs dans un sens largement profitable aux autorités exécutives.

---

<sup>721</sup> C. const., n° 2014-703 DC, *op. cit.*, cons. 7.

<sup>722</sup> C. const., n° 98-408 DC, *op. cit.*, cons. 16.

<sup>723</sup> DEBRÉ (J.-L.), « Justice et séparation des pouvoirs en droit constitutionnel français », Intervention lors de la deuxième conférence régionale du monde arabe, Doha, Qatar, 27 et 28 avr. 2008, p. 4.

<sup>724</sup> LEVADE (A.), « La procédure de destitution du président de la République enfin applicable... ou presque », *JCP G*, 2014, n° 51, p. 2309.

<sup>725</sup> C. const., n° 2013-675 DC, 9 oct. 2013, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, cons. 37 à 40.

<sup>726</sup> C. const., n° 2013-676 DC, 9 oct. 2013, *Loi relative à la transparence de la vie publique*, cons. 45.

<sup>727</sup> GICQUEL (J.-E.), « Le Conseil constitutionnel et la transparence de la vie publique », *JCP G*, 2013, n° 44-45, p. 2022.

B) La protection variable des autorités « politiques » contre les nominations ou révocations par une autre autorité.

L'érection de la séparation des pouvoirs comme principe impliquant, non une interdépendance fonctionnelle contrebalancée par une indépendance organique, mais une spécialisation étanche et asymétrique des compétences rigidifiée par une indépendance absolue, s'est progressivement établie, dans la jurisprudence constitutionnelle, sur fond de parlementarisme rationalisé. Si le Conseil a donné une vocation universelle à cette indépendance organique, marquée par un lien indéfectible entre cette dernière et l'exercice insubordonné des compétences reconnues à chaque autorité ou organe, sa propre jurisprudence le conduisait ainsi à refuser aux assemblées parlementaires, ou à entourer de conditions strictes toute possibilité de mettre en cause, directement ou indirectement, l'indépendance des autres autorités ou organes exerçant les activités que comporte la puissance d'Etat hors des conditions et procédures déterminées par la Constitution.

Aussi, pour ce qui est de la nomination, le Conseil considère que « le principe de la séparation des pouvoirs fait obstacle à ce que, *en l'absence de disposition constitutionnelle le permettant*, le pouvoir de nomination par une autorité administrative ou juridictionnelle soit subordonné à l'audition par les assemblées parlementaires des personnes dont la nomination est envisagée », et que, par conséquent, en imposant l'audition, par les commissions parlementaires compétentes, des magistrats de la Cour des comptes désignés par son Premier président et du membre désigné par le président du CESE pour siéger au Haut Conseil des finances publiques, les dispositions contrôlées « ont méconnu les exigences qui résultent de la séparation des pouvoirs »<sup>728</sup>. Une telle interprétation « séparatiste »<sup>729</sup> de cette dernière, au-delà de mettre l'accent sur une étroite spécialisation fonctionnelle, refuse toute collaboration des pouvoirs et toute modération du pouvoir, ainsi qu'elle rejette, encore une fois, toute faculté, pour les autorités parlementaires, d'empêcher que d'autres organes n'abusent de leur pouvoir : il faudrait, selon certains, rappeler au Conseil que « c'est retourner le principe de séparation des pouvoirs contre lui-même – le dénaturer donc – que d'en faire un instrument qui aboutit à empêcher le contrôle d'autorités tierces »<sup>730</sup>. Autrement dit, si une telle doctrine de l'indépendance (absolue ou non) révèle une interprétation erronée de la théorie exposée dans *l'Esprit des lois*, qui n'imposerait ni spécialisation ni indépendance, à tel point que Montesquieu n'aurait « pas voulu la séparation des pouvoirs »<sup>731</sup>, elle témoigne également d'une interprétation étrangère, voire attentatoire, à la séparation des pouvoirs, du moins à son esprit, si endormi soit-il.

Avant de traiter de la mise en cause de la responsabilité gouvernementale proprement dite, il convient de prendre acte de l'extension de ce raisonnement, hors de la nomination, à toute influence ne mettant juridiquement pas en jeu cette responsabilité, mais susceptible de mettre en cause la responsabilité politique d'un gouvernement auquel il est demandé de rendre compte de son administration (que l'article 15 de la Déclaration des droits pourrait justifier, mais que l'article 16 interdit). En se fondant sur les articles 20 et 21 de la Constitution, le Conseil estime ainsi que le CEC, dont la dépréciation de sa mission par le Conseil a été exposée plus haut, ne saurait imposer la présence des responsables administratifs des politiques publiques lors de la présentation des rapports relatifs à ces politiques, et de prononcer la déclaration de non-conformité sur un ultime fondement : « la séparation des pouvoirs *interdit* que, pour conduire les évaluations, les rapporteurs du comité puissent bénéficier du concours d'experts placés sous la responsabilité du Gouvernement »<sup>732</sup>. Outre une malencontreuse personnification de la séparation des pouvoirs, qui ne peut, d'elle-même, interdire l'accomplissement d'une action humaine – révélant ainsi l'autoritarisme masqué du Conseil constitutionnel, ce dernier radicalise à la fois l'étroite spécialisation fonctionnelle caractéristique de l'ensemble de sa jurisprudence, et le caractère absolu de l'indépendance administrative et gouvernementale à l'égard du Parlement. Assimilant responsabilité et révocation, le Conseil rend

<sup>728</sup> C. const., n° 2012-658 DC, *op. cit.*, cons. 39. – C. const., n° 2015-718 DC, 13 août 2015, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, cons. 64 à 66.

<sup>729</sup> BEAUD (O.), « La séparation des pouvoirs une nouvelle fois dénaturée », *op. cit.*, p. 137.

<sup>730</sup> *Ibid.*.

<sup>731</sup> TROPER (M.), « Actualité de la séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 226-227.

<sup>732</sup> C. const., n° 2009-581 DC, *op. cit.*, cons. 61.

inséparables une indépendance absolue (« seul le Gouvernement est responsable devant le Parlement »<sup>733</sup>, seul lui doit donc rendre des comptes de son administration devant ce dernier, et selon les procédures établies par les articles 49 et 50 de la Constitution) et une répartition étanche des compétences (seul le Gouvernement « dispose de l'administration », seul lui peut donc autoriser les responsables administratifs à se rendre devant le Parlement) qu'elle a pour conséquence de rigidifier. Rien ne surprend ainsi dans l'extension de cette jurisprudence à l'audition, par une commission parlementaire, de ministres spécifiquement désignés ou non par les dispositions en cause<sup>734</sup>, interdite par le Conseil sur le fondement du principe de la séparation des pouvoirs, dans la mesure où le Premier ministre, seul compétent pour engager la responsabilité (qu'un quelconque contrôle parlementaire aboutirait, selon le Conseil, à mettre en cause) du Gouvernement, peut seul décider de permettre l'audition du ministre de son choix<sup>735</sup>.

Une telle conception absolutiste de l'indépendance organique, impliquant l'interdiction des contacts physiques entre les organes « politiques » tels que la prise de parole d'un membre du gouvernement devant les assemblées – rattachée par certains auteurs, en accord avec le Conseil, à la séparation des pouvoirs<sup>736</sup> – ne s'arrête cependant pas au simple stade de la prohibition de toute influence parlementaire sur l'action administrative et gouvernementale. Elle impose également l'interdiction de la mise en cause de l'indépendance exécutive, d'une part, en dehors des conditions et procédures constitutionnelles, et, d'autre part, en l'absence de tout contrôle de la part du Conseil.

Dès lors, en premier lieu, une des plus grandes constances de la jurisprudence constitutionnelle consiste en un attachement prononcé à l'exclusivité des modes de mise en cause de la responsabilité du Gouvernement. Le Conseil interdisait au Parlement, dès ses premières décisions, de proposer des résolutions qui « tendraient à orienter ou à contrôler l'action gouvernementale », dès lors que « leur pratique serait contraire aux dispositions de la Constitution qui, dans son article 20, en confiant au Gouvernement la détermination et la conduite de la politique de la Nation, ne prévoit la mise en cause de la responsabilité gouvernementale *que dans les conditions et suivant les procédures fixées par ses articles 49 et 50* »<sup>737</sup>. L'action gouvernementale, assimilée aux compétences propres (c'est-à-dire exclusives) du Gouvernement, qu'il tient ici de l'article 20 de la Constitution<sup>738</sup>, ne peut donc, selon le Conseil, se mettre en marche sans un minimum de stabilité et de continuité auquel toute autre forme de contrôle (que l'engagement de la responsabilité) porterait atteinte. Seul le texte constitutionnel, et rien que le texte constitutionnel, saurait obliger le Gouvernement à voir sa responsabilité engagée. C'est pourquoi le Conseil, se prononçant sur la régularité de la procédure d'adoption d'une loi après engagement de la responsabilité gouvernementale selon les modalités de l'article 49 de la Constitution, affirme que « l'exercice de cette prérogative par le Premier ministre n'est soumis à aucune condition autre que celles résultant de ce texte »<sup>739</sup>. L'exigence posée par ce dernier d'une délibération préalable du conseil des ministres, dont le Conseil vérifie en permanence le respect (si ce moyen est invoqué par les saisissants)<sup>740</sup>, représente « la [seule] condition »<sup>741</sup> posée par la Constitution et le Conseil à la mise en œuvre du troisième alinéa de l'article 49. Ce faisant, le Conseil constitutionnel, bien qu'il prenne le soin de qualifier de « droit » la possibilité offerte aux députés de mettre en cause la responsabilité du Gouvernement<sup>742</sup>, n'exerçant pas de contrôle sur la motion de censure en elle-même mais sur les dispositions des règlements des assemblées traitant de la question (contrôle relativement lapidaire afin de garantir le plein exercice de ce droit<sup>743</sup>), oppose aux députés une certaine discrétionnarité au profit du Premier ministre pour décider, indépendamment de toute velléité parlementaire, de l'opportunité de

<sup>733</sup> *Ibid.*, comm. off., p. 32.

<sup>734</sup> C. const., n° 2013-679 DC, *op. cit.*, cons. 79. – C. const., n° 2019-785 DC, *op. cit.*, § 47.

<sup>735</sup> C. const., n° 63-25 DC, *op. cit.*, cons. 3.

<sup>736</sup> TROPER (M.), « Actualité de la séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 224.

<sup>737</sup> C. const., n° 59-2 DC, *op. cit.*, art. 1<sup>er</sup>. – C. const., n° 59-3 DC, *op. cit.*, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>738</sup> Pour un ex. concret, v. C. const., n° 93-324 DC, *op. cit.*, cons. 7 à 10.

<sup>739</sup> C. const., n° 89-269 DC, *op. cit.*, cons. 4. – C. const., n° 2004-503 DC, 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, cons. 4.

<sup>740</sup> *Ibid.*, cons. 5.

<sup>741</sup> C. const., n° 95-370 DC, 30 déc. 1995, *Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale*, cons. 7.

<sup>742</sup> C. const., n° 95-366 DC, 8 nov. 1995, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 27.

<sup>743</sup> C. const., n° 94-338 DC, 10 mars 1994, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 32.

l'éventuelle révocation de son gouvernement. L'absence de caractère contraignant (envers le Gouvernement) de la procédure de l'article 49 se manifeste alors, en addition d'une seule condition à son déclenchement, par l'exclusion de toute intervention du Sénat dans son déroulement (la lecture à la tribune du Sénat du programme gouvernemental ou d'une déclaration de politique générale constituant « un acte de simple information »<sup>744</sup> rendant toute éventualité d'engagement de la responsabilité exécutive devant le Sénat totalement « obsolète »<sup>745</sup>), par la suffisance d'une seule délibération du conseil des ministres pour engager la responsabilité du Gouvernement à plusieurs reprises<sup>746</sup> (le Conseil tirant ainsi de l'article 49 une souplesse sur laquelle il est pourtant silencieux), par l'absence de bornes temporelles ou procédurales à cet engagement<sup>747</sup>... Ainsi la jurisprudence du Conseil aboutit-elle à créer un doute sur le caractère prétendument « souple » de la séparation des pouvoirs sous la Ve République, que le fait majoritaire et l'instauration du quinquennat permettaient déjà de mettre en question ; liant l'exclusivité des compétences gouvernementales à une restriction considérable des possibilités de contrôle de leur exercice par le Parlement (contrôle qui ne saurait jouer en dehors d'une mise en cause de la responsabilité du Gouvernement), elle renforce l'intouchabilité du Gouvernement et rend presque illusoire toute tentative parlementaire de solliciter bilans et prévisions de la part de l'ensemble des autorités exécutives. Toute la logique du Conseil se résume alors dans les mots suivants de Charles Eisenmann : « l'indépendance du Gouvernement [exige] qu'il exerce seul le pouvoir exécutif, sans participation du Parlement »<sup>748</sup>. Mais si l'analyse présentée englobe l'ensemble des autorités exécutives, c'est précisément pour étendre les propos du professeur strasbourgeois (puis parisien) au Président de la République.

En effet, et en second lieu, le Conseil constitutionnel a soumis à des conditions restrictives, dont il contrôle l'application, la seule possibilité pour les parlementaires de provoquer le départ du chef de l'Etat, à savoir la procédure de destitution de l'article 68 de la Constitution. Contrôlant la constitutionnalité de la loi organique en portant application, qui chargeait le Bureau de la Haute Cour de prendre « les dispositions nécessaires pour organiser les travaux » de celle-ci, il a ainsi estimé que « le respect de la séparation des pouvoirs » impose que « les règles relatives aux débats devant la Haute Cour [...] soient fixées par un règlement de la Haute Cour, soumis à l'examen du Conseil constitutionnel en application de l'article 61 de la Constitution »<sup>749</sup>, excluant donc la compétence du Bureau pour fixer de telles règles. Sans aller jusqu'à considérer que cette « immixtion du Conseil dans le fonctionnement des assemblées »<sup>750</sup>, qui avait par ailleurs déjà eu lieu lorsque ce dernier s'était estimé compétent pour contrôler la constitutionnalité du règlement du Congrès<sup>751</sup>, soit entièrement critiquable, il convient cependant d'y reconnaître le spectre, voire la main du parlementarisme rationalisé tel que conceptualisé par Boris Mirkin-Guetzévitch : un principe et une exigence constitutionnels (séparation des pouvoirs, clarté et sincérité des débats devant la Haute Cour) commandent aux assemblées de fixer, dans le respect de l'article 68 et sous le contrôle d'un juge spécialisé, les règles de procédure applicables devant la Haute Cour, dans la mesure où la procédure de destitution du chef de l'Etat représente « une affaire trop grave pour qu'elle puisse ainsi être enterrée dans le secret du Bureau d'une assemblée »<sup>752</sup>.

Pour cette même raison, le sens initial de la « rationalisation » du parlementarisme glisse rapidement, sous la plume du Conseil, vers son sens contemporain, à savoir l'ensemble des « mécanismes envisagés pour réduire l'emprise du Parlement sur l'action gouvernementale afin d'aboutir à un fonctionnement plus efficace [ou plus stable] de l'exécutif »<sup>753</sup>. De l'obligation pour les assemblées d'adopter un règlement pour la Haute Cour, le Conseil en déduit toute une série d'exigences, toutes imposées sur le fondement du principe de la

---

<sup>744</sup> C. const., n° 76-64 DC, *op. cit.*, cons. 4.

<sup>745</sup> DE SAINT SERNIN (J.), « Le rejet de la déclaration de politique générale devant le Sénat », *JP Blog*, 21 juin 2019.

<sup>746</sup> C. const., n° 2016-736 DC, *op. cit.*, cons. 2 et 3.

<sup>747</sup> C. const., n° 2015-715 DC, 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, cons. 13.

<sup>748</sup> EISENMANN (C.), « L'"Esprit des lois" et la séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 184.

<sup>749</sup> C. const., n° 2014-703 DC, *op. cit.*, cons. 25.

<sup>750</sup> BACHSCHMIDT (P.), « Le Conseil constitutionnel accentue son contrôle sur les règlements des assemblées parlementaires », *Constitutions*, 2015, n° 1, p. 41.

<sup>751</sup> C. const., n° 63-24 DC, 20 déc. 1963, *Règlement du Congrès*.

<sup>752</sup> BENETTI (J.), « Un président ne devrait pas être destitué pour ça », *Constitutions*, 2016, n° 4, p. 586.

<sup>753</sup> FRANÇOIS (B.), *Le régime politique de la Ve République*, La Découverte, « Repères », 2011, p. 29.

séparation des pouvoirs. Aussi la commission chargée de recueillir toute information nécessaire à l'accomplissement de sa mission par la Haute Cour ne saurait-elle, « sans porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs », faire usage des prérogatives de l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 (enquête sur pièces et sur place, auditions publiques...) « lorsqu'elle entend le Président de la République, son représentant ou la personne qui l'assiste », non plus qu'elle ne saurait « fixer de manière réduite le temps de parole du Président de la République, de son "représentant" ou de la personne qui l'assiste »<sup>754</sup>. De même, les dispositions énonçant que le Président et le Premier ministre « *peuvent* » prendre part aux débats de la Haute Cour, en prévoyant la participation de ce dernier (y compris de son propre chef) aux débats devant celle-ci « alors que la procédure de destitution de l'article 68 de la Constitution *ne le met pas en cause et qu'une telle participation n'est pas prévue par cet article* »<sup>755</sup>, sont contraires à la Constitution. Ici encore, le silence de la Constitution est le fondement de l'incompétence parlementaire, axiome de la rationalisation « à la française ». Toute influence ou pression parlementaire sur le chef du Gouvernement est donc prohibée dès lors que la Constitution, par son mutisme, ne le permet pas. C'est dans cette logique, enfin, que le Conseil déclare que « le respect du principe de la séparation des pouvoirs » impose « en particulier que [...] les conditions dans lesquelles le temps de parole du Président de la République peut être fixé soient déterminé[e]s par le règlement de la Haute Cour soumis à l'examen du Conseil constitutionnel en application de l'article 61 de la Constitution », constatant la méconnaissance du principe invoqué pour censurer les dispositions confiant au Bureau de la Haute Cour le pouvoir de fixer les conditions dans lesquelles le temps de parole est limité<sup>756</sup>. Pour en dresser un tableau global, cette décision élève la séparation des pouvoirs au rang des « principes fondamentaux qui gouvernent [...] la responsabilité du chef de l'Etat »<sup>757</sup>, cependant dans le sens entendu par le Conseil constitutionnel, celui d'un encadrement conséquent de la mise en œuvre de dérogations à la séparation des pouvoirs qui pourraient, sans lui, muter en atteinte à la séparation des pouvoirs, encadrement teinté, outre d'une stricte discipline parlementaire, d'une étroite spécialisation fonctionnelle qui serait méconnue par l'exercice d'une compétence parlementaire (la destitution du chef de l'Etat) assimilé, par le Conseil, à une immixtion dans l'exercice de la fonction exécutive. S'il peut paraître impossible de trouver plus éclatante illustration d'une conception « absolutiste » de l'indépendance organique, la jurisprudence constitutionnelle sur l'autonomie, notamment financière, des pouvoirs publics, en fournit un exemple au moins aussi éloquent.

## **§ 2 – L'altération d'une exigence renouvelée : l'autonomie fonctionnelle des pouvoirs publics.**

De nouveau, le Conseil constitutionnel fait découler de la séparation des pouvoirs une exigence vouée à protéger l'indépendance de chaque autorité ou organe dans un sens que l'histoire et la doctrine n'ont jamais assigné ni à l'indépendance organique, ni à la séparation des pouvoirs, marquant ainsi une extension jurisprudentielle du sens et du champ d'application de ces deux principes (A). Mais de même que la protection de l'indépendance formelle des organes de l'Etat révèle une conception asymétrique de ces deux principes, la protection de l'indépendance fonctionnelle des pouvoirs publics n'est en réalité qu'une façade dissimulant un favoritisme institutionnel au bénéfice des autorités exécutives (B).

### **A) Une garantie apparente de la séparation des pouvoirs.**

L'autonomie fonctionnelle des pouvoirs publics s'étale, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, sur deux niveaux : le droit d'édicter ses propres règles d'organisation et de fonctionnement (dans le respect de la Constitution), et l'autonomie financière des pouvoirs publics. Le premier, jouant pour l'essentiel à l'égard des assemblées, représente une exigence implicite, rattachée à aucun autre principe que

<sup>754</sup> C. const., n° 2014-703 DC, *op. cit.*, cons. 33.

<sup>755</sup> *Ibid.*, cons. 36.

<sup>756</sup> *Ibid.*, cons. 37.

<sup>757</sup> GOESEL-LE-BIHAN (V.) « La responsabilité du chef de l'Etat : et la jurisprudence du Conseil constitutionnel ? », *AJDA*, 2018, n° 33, p. 1865.

ceux justifiant l'existence même du contrôle de constitutionnalité, à savoir principalement la hiérarchie des normes<sup>758</sup>. A cet égard, le principe d'autonomie des assemblées parlementaires, « *consubstantiel* au régime de séparation des pouvoirs et traduisant le *pouvoir d'organisation propre* à chaque assemblée en tant qu'organe constitutionnel »<sup>759</sup>, ou encore « inhérente à leur bon fonctionnement et au respect de la séparation des pouvoirs »<sup>760</sup>, s'exprime par leur faculté respective de déterminer librement leur fonctionnement et l'organisation de leurs travaux, par leur règlement et dans le cadre fixé par la Constitution : « corollaire » de la séparation des pouvoirs, l'autonomie des assemblées a pour objet de « permettre la bonne exécution d'une mission constitutionnelle, le vote de la loi et le contrôle de l'exécutif, *en toute indépendance* »<sup>761</sup>. Certes, une des novations apportées par le Conseil constitutionnel (à une Constitution qui semblait pour beaucoup silencieuse sur le sujet), a été de définir un domaine du règlement des assemblées autour des dispositions relatives à leur organisation ou fonctionnement, à la procédure législative et au contrôle de l'action du Gouvernement<sup>762</sup>. Il est difficile, pourtant, d'adhérer totalement, sans remettre en cause les justifications apportées au contrôle même du règlement des assemblées, à l'affirmation selon laquelle cette novation « affecte sensiblement l'autonomie réglementaire des assemblées, dans la mesure où le Conseil s'estime compétent pour déterminer ce qui relève ou non du règlement, se substituant à l'appréciation des assemblées elles-mêmes » et « accentuant le "parlementarisme rationalisé" »<sup>763</sup>.

Si ce contrôle a certes entraîné une « perte réelle d'autonomie »<sup>764</sup> des assemblées depuis 1958, il serait plus approprié d'y voir la fin d'un absolutisme parlementaire distillant la Constitution dans les règlements qu'une atteinte véritable à l'autonomie réglementaire des assemblées. L'élargissement des normes de références de ce contrôle<sup>765</sup> ne s'est d'ailleurs pas traduit par une croissance particulière des déclarations de non-conformité relative aux règlements des assemblées ; le juge ne censurant généralement que les dispositions comportant une flagrante illégalité, il ne contrôle pas, ou très rarement, l'application de ces dispositions par les parlementaires. Il admet même une certaine souplesse quant à l'octroi de droits à ces derniers qui ne contreviendraient pas à la lettre ou à l'esprit de la Constitution<sup>766</sup>. Dans ces conditions, il serait même possible d'en conclure que l'autonomie réglementaire des assemblées, pouvant compter sur « une jurisprudence bienveillante du Conseil », est aujourd'hui « préservée, indépendamment des craintes initiales légitimes qui ont pu survenir quant à l'instauration d'une juridiction contentieuse en charge de la confrontation des légalités parlementaires et constitutionnelles »<sup>767</sup>, voire même que le Conseil est devenu le protecteur des assemblées contre « d'éventuels abus de la part du Gouvernement »<sup>768</sup>. Le Conseil garderait donc continuellement « en tête » l'impossibilité à laquelle les assemblées seraient menées d'exercer pleinement leurs compétences dans l'hypothèse où leur autonomie réglementaire, et par extension leur indépendance, s'avérât trop restreinte.

Cependant, ce versant de l'autonomie fonctionnelle n'est pas encore explicitement rattaché à l'indépendance organique ou à la séparation des pouvoirs. C'est à propos du Conseil constitutionnel lui-même que ce dernier a établi un tel lien. En proclamant « qu'il résulte de l'ensemble des dispositions du titre VII de la Constitution que *le constituant a entendu garantir l'indépendance du Conseil constitutionnel* »<sup>769</sup>, le Conseil ne visait assurément pas son indépendance formelle ou même politique – qui pourrait largement

---

<sup>758</sup> C. const., n° 92-309 DC, *op. cit.*, cons. 5. – C. const., n° 2018-767 DC, *op. cit.*, cons. 2.

<sup>759</sup> BACHSCHMIDT (P.), « Le Conseil constitutionnel accentue son contrôle sur les règlements des assemblées parlementaires », *op. cit.*.

<sup>760</sup> GICQUEL (J.-E.), « La transparence et l'autonomie des assemblées parlementaires », *N.C.C.C.*, n° 59, 2018, p. 7.

<sup>761</sup> Comm. off. de C. const., n° 2012-654 DC, *op. cit.*, p. 43.

<sup>762</sup> C. const., n° 2014-705 DC, *op. cit.*, cons. 8. – *Ibid.*, comm. off., p. 5.

<sup>763</sup> BACHSCHMIDT (P.), « Le Conseil constitutionnel accentue son contrôle sur les règlements des assemblées parlementaires », *op. cit.*.

<sup>764</sup> CAMBY (J.-P.), « L'autonomie fonctionnelle des pouvoirs publics », in PARIENTE (A.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>765</sup> C. const., n° 66-28 DC, *op. cit.*, cons. 2.

<sup>766</sup> V. par ex. C. const., n° 71-42 DC, 18 mai 1971, *Résolution tendant à modifier le règlement du Sénat*. – C. const., n° 73-49 DC, 17 mai 1973, *Résolution tendant à modifier certains articles du règlement du Sénat*, cons. 4 à 8.

<sup>767</sup> DE SAINT SERNIN (J.), « L'autonomie réglementaire sous la Ve République », *RFDC*, n° 113, 2018, p. 133 et 142.

<sup>768</sup> GENEVOIS (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, STH, 1988, p. 132.

<sup>769</sup> C. const., n° 2008-566 DC, *op. cit.*, cons. 7.

être mise en doute compte tenu des modalités de nomination de ses membres, mais bien son indépendance fonctionnelle. Celle-ci, qu'il fait découler du principe de séparation des pouvoirs, consiste en effet en la préservation, d'une part, des conditions fondamentales d'exercice des compétences attribuées aux différents organes et autorités étatiques, et, d'autre part, de leur liberté de décision quant à leur organisation et fonctionnement matériels. Si le Conseil se place sur le terrain de l'indépendance, c'est effectivement parce que le régime de ses archives « n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil exerce ses missions »<sup>770</sup>, rejoignant ainsi la position du Conseil d'Etat<sup>771</sup>. Il n'y avait dès lors plus qu'un pas à sauter pour déclarer que « le principe de la séparation des pouvoirs [...] s'applique également au Conseil constitutionnel et interdit les immixtions des autres pouvoirs dans l'exercice de ses missions »<sup>772</sup>, et, par extension, dans la détermination des conditions dans lesquelles s'exercent ces missions. Sont notamment visées les autorités administratives : dérogeant à la règle qu'il a lui-même posée de l'expiration d'un délai de vingt-cinq ans pour consulter les archives du Conseil, le législateur organique prévoyait que l'autorisation de consulter des documents d'archives publiques avant l'expiration de ce délai est délivrée par l'administration des archives « après accord de l'autorité dont émanent les documents ». Le Conseil en a logiquement déduit que ces dispositions, « qui exigent dans chaque cas un accord du Conseil constitutionnel, ne portent atteinte ni à l'indépendance de celui-ci, ni au principe de la séparation des pouvoirs »<sup>773</sup>. Il en va de même des dispositions prévoyant que la conservation des documents d'archives publiques non encore sélectionnés est assurée « sous le contrôle [...] de l'administration des archives », contrôle « qui ne confère pas à cette administration de pouvoir de décision »<sup>774</sup>. Le Conseil ne fait donc rien de plus que de consacrer, en l'adaptant à l'autonomie fonctionnelle des pouvoirs publics, le lien qu'il établissait depuis longtemps entre indépendance organique et spécialisation fonctionnelle ; certains estiment ainsi que cette indépendance du Conseil constitutionnel est « le corollaire du principe de séparation des pouvoirs »<sup>775</sup>. S'il fait dire à la séparation des pouvoirs ce que l'histoire et la doctrine n'y ont jamais rattaché, force est de constater, malgré les apparences, la vocation universelle qu'il prête à cette garantie apparente du respect du principe constitutionnel posé à l'article 16 de la Déclaration de 1789. Il conviendra de réserver le détail de tous les effets perturbateurs de cette décision à de plus amples développements.

Le second niveau de l'autonomie fonctionnelle, à savoir l'autonomie financière, joue un rôle similaire, tout en consacrant cette logique de manière plus explicite et générale. C'est en effet à propos de la loi organique relative aux lois de finances, regroupant les crédits des « pouvoirs publics » sous forme de dotations, et non de programmes, que le Conseil a déclaré que « ce dispositif assure la sauvegarde du principe d'autonomie financière des pouvoirs publics concernés, lequel relève du respect de la séparation des pouvoirs »<sup>776</sup>. Si certains estiment que cette solution se fonde sur « la nature particulière de leurs [les pouvoirs publics] fonctions qui se prêtent difficilement à des critères d'efficacité et de performance »<sup>777</sup>, assertion qui comporte une part de vérité, c'est en réalité autour d'une conception organique de la séparation des pouvoirs, certes étroitement liée à l'exercice des compétences attribuées à chacun de ces « pouvoirs », que le Conseil fonde son raisonnement. Il en faisait état quelques mois plus tard en dégageant « la règle selon laquelle les pouvoirs publics constitutionnels déterminent eux-mêmes les crédits nécessaires à leur fonctionnement », règle « inhérente au principe de leur autonomie financière qui garantit la séparation des pouvoirs »<sup>778</sup>. Il en ressort en effet que chaque pouvoir public serait compétent pour auto-déterminer les crédits dont il a besoin pour son propre fonctionnement ; chaque autorité serait dès lors en mesure d'être indépendante des autres, qui n'auraient nul pouvoir de contrôle sur elle en matière budgétaire. Autrement dit, la séparation des pouvoirs implique de donner à ces « pouvoirs publics constitutionnels » les moyens

---

<sup>770</sup> *Ibid.*, cons. 3.

<sup>771</sup> C.E., Ass., 25 oct. 2002, *Brouant*, req. n° 235600, cons. 2.

<sup>772</sup> Comm. off. de C. const., n° 2008-566 DC, *op. cit.*, p. 6.

<sup>773</sup> C. const., n° 2008-566 DC, *op. cit.*, cons. 8.

<sup>774</sup> *Ibid.*, cons. 9.

<sup>775</sup> JACQUELOT (F.), « L'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel par la loi organique et les règlements d'"auto-organisation" : de la dualité au dualisme », *LPA*, 2009, n° 151, p. 5.

<sup>776</sup> C. const., n° 2001-448 DC, *op. cit.*, cons. 25.

<sup>777</sup> JAN (P.), « Le Conseil constitutionnel et la nouvelle loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances », *AJDA*, 2002, n° 1, p. 59.

<sup>778</sup> C. const., n° 2001-456 DC, *op. cit.*, cons. 47.

d'assurer leur mission constitutionnelle, ce que confirme le Conseil en estimant qu'il existe un « lien entre nécessaire autonomie des moyens et exercice de la mission constitutionnelle. Il apprécie ce lien de manière organique, plus que matérielle »<sup>779</sup>. La question qui se présente alors est celle de la consistance de la notion de « pouvoirs publics constitutionnels », notion définie par le Conseil, non substantiellement, mais par énumération.

Figurent ainsi au nombre des pouvoirs publics constitutionnels le Conseil constitutionnel lui-même<sup>780</sup>, le Président de la République et le Premier ministre<sup>781</sup>, chacune des deux assemblées parlementaires<sup>782</sup>, la Haute Cour et la Cour de justice de la République<sup>783</sup>. Par conséquent, outre une énième application d'une séparation « *intra* pouvoirs », en l'espèce au Parlement et en accord avec l'intention des « pères fondateurs »<sup>784</sup> ainsi qu'avec la doctrine publiciste dissertant sur l'indépendance parlementaire<sup>785</sup>, le Conseil fait résulter de la séparation des pouvoirs une exigence relativement stricte : il ne suffit pas, pour recevoir la qualification de pouvoir public constitutionnel et bénéficier de la protection de la séparation des pouvoirs (telle qu'entendue par le Conseil constitutionnel), que l'indépendance de l'autorité en question trouve son fondement dans la Constitution<sup>786</sup>. Il est également nécessaire que celle-ci puisse déterminer librement le montant et l'affectation des crédits nécessaires à son fonctionnement, la protection de ce principe sous l'égide de la séparation des pouvoirs excluant tout contrôle ou immixtion d'une autorité tierce. Une telle qualification interdit effectivement tout contrôle budgétaire de l'utilisation des crédits et de l'organisation matérielle par la Cour des comptes (qui ne soit pas prévu par la Constitution)<sup>787</sup>, comme elle impose, sur le fondement du principe de séparation des pouvoirs, que « les opérations de contrôle [d'une autorité administrative] ne sauraient mettre en cause le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels »<sup>788</sup>. Autrement dit, la séparation des pouvoirs, qui ne protège l'indépendance (de fait) que de certains organes ou autorités, est érigée comme un véritable dogme protégeant de manière absolue les seuls pouvoirs publics constitutionnels de toute pression extérieure à leur égard. Le Conseil greffe ainsi à l'appréhension classique de l'indépendance organique un critère nouveau : est indépendant tout pouvoir public constitutionnel à l'abri d'une révocation intempestive de la part d'une autre autorité ou organe, et qui dispose d'une totale autonomie fonctionnelle, c'est-à-dire dont l'accomplissement de ses missions n'est soumis à aucune influence, notamment financière, d'une autorité tierce. La séparation des pouvoirs, dont le respect semble assuré, du moins en apparence<sup>789</sup>, apparaît donc bien, en raison de la vocation universelle qui lui est attribuée et malgré un évident renouveau, comme le « fondement même »<sup>790</sup> de l'autonomie fonctionnelle et, partant, de l'indépendance des différents organes dont elle encadre les rapports. Néanmoins, le caractère absolu de cette appréhension de l'indépendance organique, auquel le Conseil constitutionnel est fortement attaché, conduit ce dernier à transformer cette redéfinition contemporaine de la séparation des pouvoirs en une dénaturation de son esprit, voire de sa lettre.

---

<sup>779</sup> Comm. off. C. const., n° 2011-129 QPC, 10 févr. 2012, *M. Patrick É.*, p. 12. – Comm. off. C. const., n° 2012-654 DC, *op. cit.*, p. 42.

<sup>780</sup> Comm. off. C. const., n° 2001-448 DC, *op. cit.*, p. 3. – C. const., n° 2011-642 DC, *op. cit.*, cons. 7.

<sup>781</sup> Comm. off. C. const., n° 2012-654 DC, *op. cit.*, p. 44.

<sup>782</sup> C. const., n° 95-370 DC, *op. cit.*, cons. 10. – Comm. off. C. const., n° 2001-456 DC, *op. cit.*, p. 7.

<sup>783</sup> Comm. off. C. const., n° 2001-456 DC, *op. cit.*, p. 7.

<sup>784</sup> V. not. Ord. n° 58-1100, 17 nov. 1958, *relative au fonctionnement des assemblées parlementaires*, art. 7. – Intégrée au « bloc de constitutionnalité » par C. const., n° 94-338 DC, *op. cit.*, cons. 1<sup>er</sup>.

<sup>785</sup> PIERRE (E.), *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, *op. cit.*, p. 1343 : « l'indépendance des chambres exige que chacune d'elles ait son budget propre, préparé par elle seule, voté souverainement et définitivement apuré par elle seule, sans aucune immixtion » d'une autorité tierce.

<sup>786</sup> C. const., n° 2011-626 DC, *op. cit.*, cons. 5.

<sup>787</sup> C. const., n° 2011-642 DC, *op. cit.*, cons. 6 à 8.

<sup>788</sup> C. const., n° 2018-765 DC, *op. cit.*, § 28.

<sup>789</sup> Si le Conseil consacre ici *une certaine conception* de la séparation des pouvoirs, cette conception semble, au premier abord, valide, c'est-à-dire correspondant à un des nombreux sens de ce principe, et de surcroît conforme à son contenu négatif.

<sup>790</sup> CAMBY (J.-P.), « L'autonomie fonctionnelle des pouvoirs publics », *op. cit.*, p. 96.

## B) Une dénaturation latente de la séparation des pouvoirs.

Malgré l'apparente garantie que le Conseil constitutionnel apporte à la séparation des pouvoirs en dégagant le « principe d'autonomie financière des pouvoirs publics », une telle interprétation de l'indépendance organique aboutit en réalité à tordre la séparation des pouvoirs dans un sens absolutiste étranger, voire contraire à l'esprit de cette dernière. L'autonomie financière représente ainsi à la fois un appauvrissement et une dénaturation de la séparation des pouvoirs tant dans ses justifications qu'à l'égard de ses conséquences.

En effet, dégagée en 2001, la règle selon laquelle « les pouvoirs publics constitutionnels déterminent eux-mêmes les crédits nécessaires à leur fonctionnement », d'apparence universelle, est en réalité implicitement vouée à la protection de l'autonomie et de l'absolutisme élyséens. C'était effectivement bien une revendication, par les parlementaires, d'un droit de contrôle sur les crédits concédés à la présidence de la République par la loi de finances, qui avait motivé la rédaction de l'article ayant fait l'objet d'une telle réserve : prévoyant qu'est « joint au projet de loi de finances pour chacun des pouvoirs publics un rapport expliquant les crédits demandés par celui-ci », le pouvoir public que visait cette disposition était la présidence de la République. Comme dans beaucoup d'autres décisions mettant en jeu, même partiellement, l'indépendance ou le libre exercice des compétences gouvernementales, le Conseil s'est ainsi saisi d'office de la question. Sa décision conduit ainsi à une sanctuarisation de l'Élysée en matière de comptes publics par la consécration d'une indépendance organique absolue et asymétrique. Il en ressort en effet que chaque pouvoir public constitutionnel ne saurait exercer une quelconque pression budgétaire sur un autre, la détermination des crédits relevant d'un domaine où il n'aurait pas, selon le Conseil, à s'immiscer ; ce dernier prône ainsi comme exigence constitutionnelle « l'*isolement* des moyens des pouvoirs publics »<sup>791</sup>, incise pourtant sans grande concordance avec la réalité juridique. Dans la mesure où l'indépendance d'une autorité ou organe étatique ne peut plus se définir sans égard à son autonomie financière – que l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics aurait pu conduire à priver de raccord avec la séparation des pouvoirs, elle exigerait la non-soumission à une loi de finances qui représenterait, à son égard, une certaine hétéronomie financière. Cette autonomie absolue, consistant en réalité en une niche normative affranchie du respect de la loi et de toute immixtion de la part d'un tiers, n'a pas manqué de faire l'objet de plusieurs critiques, puisqu'outre l'érection de l'autonomie financière en critère déterminant de l'indépendance des organes de l'État, ce qu'ignoraient (volontairement ou non) les théories classique et moderne de la séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel déploie une certaine conception de l'autonomie et de la séparation des pouvoirs dont les seules applications remontent à des temps de confusion des pouvoirs. D'aucuns ont ainsi voulu démontrer « le caractère intenable de la thèse selon laquelle l'autonomie financière des pouvoirs publics constitutionnels serait la garantie indispensable à la séparation des pouvoirs »<sup>792</sup>.

A cet égard, si l'autonomie financière (telle qu'entendue par le Conseil) était véritablement une condition d'existence de la séparation des pouvoirs, de nombreux pans du droit positif en deviendraient dépourvus de sens et d'effet. L'indépendance budgétaire des pouvoirs publics n'est en réalité jamais absolue : par exemple, les magistrats du siège ne jouissent d'aucune autonomie financière (alors que leur indépendance est la seule qui soit expressément garantie par la Constitution), tout comme le CSM<sup>793</sup>, et l'indemnité des parlementaires est fixée par la loi. Ce serait donc « une grave erreur »<sup>794</sup> de croire que l'autonomie financière des pouvoirs publics puisse, d'une part, être absolue, et, d'autre part, pleinement se rattacher à la séparation des pouvoirs. Or, la logique du Conseil constitutionnel en est entièrement animée. Elle conduit à un glissement notable du sens de la séparation des pouvoirs comme impliquant une quelconque méthode de répartition des compétences garantie par une indépendance *juridique* (protection

<sup>791</sup> Comm. off. C. const., n° 2012-654 DC, *op. cit.*, p. 42.

<sup>792</sup> BEAUD (O.), « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république : une hérésie constitutionnelle », *op. cit.*, p. 26.

<sup>793</sup> C. const., n° 2010-611 DC, *op. cit.*, cons. 13.

<sup>794</sup> BEAUD (O.), « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république : une hérésie constitutionnelle », *op. cit.*, p. 29.

contre une révocation extérieure), vers un dogme séparatiste associant l'exercice de ces compétences à une indépendance *de fait* ayant pour conséquence de « fragiliser la notion de la séparation des pouvoirs dont le caractère vague et proliférant permettra au juge constitutionnel de censurer n'importe quelle disposition de loi »<sup>795</sup>. La séparation des pouvoirs n'en ressort pas pour autant dénaturée, mais simplement redéfinie dans un sens atrophiant ses justifications et implications traditionnelles. Certains en déduisent pour leur part que les décisions de 2001 « méconnaiss[ent] complètement l'esprit de la séparation des pouvoirs »<sup>796</sup>.

Leurs conséquences et leurs suites mettent cependant bien plus en évidence une telle méconnaissance, non de son simple esprit, mais de son sens profond, quel qu'il puisse être. C'est en effet sur le fondement du principe d'autonomie financière que le Conseil constitutionnel dégageait, onze ans plus tard, le pouvoir du Président de la République de fixer son propre traitement<sup>797</sup> ; la conception absolutiste de la séparation des pouvoirs ainsi dégagée est directement mise au service de la présidentialisation du régime : le Conseil, se saisissant d'office de la question, n'a délibérément pas choisi d'autres normes de référence que les articles 16 de la Déclaration des droits et 5 de la Constitution (le choix de l'article 24 de la Constitution comme l'article 15 de la Déclaration des droits auraient incontestablement abouti à une autre solution) ou d'autre méthode argumentative que celle déployée en 2012 : proclamer que le législateur financier eût privé de garanties légales certaines exigences constitutionnelles (l'indépendance fonctionnelle), ou recourir au pragmatisme à l'œuvre dans la jurisprudence *Blocage des prix*, où l'absence d'inconstitutionnalité ou de déclaration du caractère réglementaire se fonde sur le consentement du Gouvernement à l'intrusion de la loi dans le domaine réglementaire (en l'espèce, la diminution du traitement présidentiel était une mesure phare du candidat élu), aurait pu aboutir au même résultat sans que l'autonomie absolue des deux têtes de l'exécutif en ressorte sacralisée.

Au-delà de refuser de prendre en compte des évolutions politiques et sociales séparant ses décisions de 2001 et 2012, faisant ainsi apparaître le caractère « politiquement rétrograde »<sup>798</sup> de cette dernière – en tant qu'elle amplifie la logique de suppression des contrôles (par le Parlement et la Cour des comptes) de l'organisation et de l'action exécutives, cette jurisprudence porte une atteinte considérable à la logique du régime parlementaire et de la séparation des pouvoirs, en ce qu'elle « assimile la séparation des pouvoirs à une indépendance *absolue* des pouvoirs »<sup>799</sup>. Elle aboutit en effet à nier au Parlement le premier et/ou l'ultime moyen d'expression de son opposition au Président en fonction. A ce titre, si, lorsque « le Parlement n'a aucune confiance dans le gouvernement au pouvoir, le refus des crédits ou l'autorisation de percevoir les impôts est pour lui le moyen le plus énergique et le plus significatif d'exercer sa défiance »<sup>800</sup>, force est de constater que la préférence du Conseil envers une séparation organique, plutôt que fonctionnelle, renforce une irresponsabilité politique du chef de l'Etat déjà bien ancrée dans le droit et les usages de la Ve République. Contrairement à plusieurs auteurs qui considèrent, en raison de la vocation universelle du traitement de l'indépendance organique exposée plus haut, que « la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'avantage aucun des pouvoirs constitués. L'application absolutiste de la séparation des pouvoirs vaut autant pour l'exécutif, le législatif et le pouvoir juridictionnel »<sup>801</sup>, il est donc permis de soutenir que « la conception de la séparation des pouvoirs défendue par le Conseil constitutionnel méconnaît le sens profond de ce concept fondateur du constitutionnalisme et du droit constitutionnel moderne »<sup>802</sup>. Une fois de plus, il ignore et s'oppose, d'une part, à toute faculté d'empêcher l'autoritarisme exécutif et la concentration du pouvoir (qu'il accroît) dans les mains d'un même organe, d'autre part et par extension, à l'espoir de voir un jour s'élever de véritables contre-pouvoirs, freins ou contrepoids à son action.

---

<sup>795</sup> *Ibid.*, p. 27-28.

<sup>796</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>797</sup> Pour une confirmation, v. Comm. off. C. const., n° 2012-654 DC, *op. cit.*, p. 42.

<sup>798</sup> BEAUD (O.), « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république », *op. cit.*, p. 14.

<sup>799</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>800</sup> JÈZE (G.), *Éléments de droit public et administratif*, Giard et Brière, 1910, p. 228, cité par BEAUD (O.), « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république », *op. cit.*, p. 34.

<sup>801</sup> BLACHÈRE (P.), « Le président de la République et le Gouvernement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 37, note 52.

<sup>802</sup> BEAUD (O.), « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république », *op. cit.*, p. 20.

Ainsi s'explique la virulente critique opposée par le Professeur Beaud à la jurisprudence constitutionnelle, celui-ci considérant, à raison, qu'une telle « vision "dévalorisante" du Parlement », en protégeant l'autonomie organique des pouvoirs publics et – surtout – des autorités exécutives, « procède à une dénaturation de la séparation des pouvoirs qui se situe dans une troublante continuité avec celle opérée par le général de Gaulle et Michel Debré pour mieux contrôler le Parlement » : en conférant au chef de l'Etat le pouvoir de fixer son propre traitement, le Conseil a donc « méconnu l'esprit même du principe de séparation des pouvoirs », qui en sort « dénaturé, c'est-à-dire utilisé dans un *sens contraire* à ce qu'il signifie », marquant ainsi la « renaissance d'une alliance originelle entre le pouvoir exécutif et le Conseil constitutionnel »<sup>803</sup>. C'est ce que confirme le Conseil lorsqu'il écrit que la disposition portant diminution du traitement du Président de la République « portait atteinte à la séparation des pouvoirs *telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel* »<sup>804</sup>, c'est-à-dire selon une vision subjective des principes qui *devraient* gouverner les rapports entre les « pouvoirs politiques ». Ainsi, le principe de la séparation des pouvoirs, trouvant son origine historique dans la revendication par le Parlement de l'exercice du pouvoir financier, fait « l'objet d'une "torsion" » manifestement « *contraire* [...] à son essence même »<sup>805</sup>. En prétendant poser de fortes garanties au respect de la séparation des pouvoirs, le Conseil détruit cette dernière plus qu'il ne la redéfinit. Sa conception de l'indépendance organique, au-delà de revêtir – à juste titre – le qualificatif d'absolu (étymologiquement : délié, retenu par rien), ne concorde donc avec aucune théorie ou principe de la séparation des pouvoirs autre que celle que le Conseil expose sous ce nom. Autrement dit, la « séparation des pouvoirs » est, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, synonyme de confusion et de concentration des pouvoirs. Le seul tempérament à ces dernières réside, de nouveau, dans les prétoires.

---

<sup>803</sup> *Ibid.*, p. 34, 35 et 38.

<sup>804</sup> Comm. off. C. const., n° 2012-654 DC, *op. cit.*, p. 44.

<sup>805</sup> GOESEL-LE-BIHAN (V.), « La violation de la séparation des pouvoirs : quels fondements ? Quels griefs ? Retour sur une critique doctrinale », *op. cit.*, p. 13.

## SECTION II – UN TRAITEMENT PARTICULIER RÉSERVÉ AUX JURIDICTIONS

L'indépendance des juridictions représente, pour le Conseil constitutionnel, une des garanties centrales et essentielles du respect de la séparation des pouvoirs. A leur spécialisation principielle considère-t-il que doit correspondre une indépendance absolue, ou presque : l'interdiction de principe faite aux autres organes ou autorités de prendre part à l'exercice de la fonction juridictionnelle, sous peine de méconnaissance du principe de la séparation de pouvoirs, représente une exigence directement et constamment rattachée au principe d'indépendance des juridictions, quelle que soit sa forme. Sur cette base, le Conseil constitutionnel s'attache au mieux possible, c'est-à-dire dans le respect du texte constitutionnel apportant plusieurs nuances au caractère absolu de l'indépendance des juridictions, à protéger ces dernières de toute forme d'ingérence dans la fonction qui leur est confiée, qu'un contrôle extérieur de leur nomination et de leur révocation, exercé arbitrairement ou hors des conditions et procédures prévues par les textes, aboutirait à caractériser (§ 1).

En addition de la protection de l'indépendance – entendue classiquement – des juridictions, le Conseil a étendu ce principe et sa protection – et par extension celle du principe de la séparation des pouvoirs à laquelle il rattache directement de telles exigences – à des considérations davantage matérielles que formelles. Sa jurisprudence fait effectivement clairement apparaître une prohibition de toute influence ou pression, hiérarchique ou non, à l'égard tant des juridictions prises « en majesté » que de leurs membres individuels, encore une fois sous réserve des dispositions constitutionnelles. Entendue aussi largement, l'indépendance juridictionnelle provoque un certain bouleversement tant de la théorie de la séparation des pouvoirs que du sens que lui attribue traditionnellement la jurisprudence constitutionnelle (§ 2).

### § 1 – La forte protection apportée à l'indépendance formelle des juridictions.

Le lien exposé par le Conseil constitutionnel entre indépendance organique et spécialisation fonctionnelle à l'égard des organes « politiques » est encore plus clairement formulé à l'égard des juridictions, de sortes qu'étant inséparables, l'une n'existe pas sans l'autre (A). Il en découle une protection particulière accordée à l'indépendance des juridictions sous l'angle classique de la nomination et de la révocation (B).

#### A) L'attachement au caractère indissociable de la spécialisation et de l'indépendance des juridictions.

L'indépendance des autorités juridictionnelles est une des garanties les plus exigeantes du respect du principe de la séparation des pouvoirs. Si elle prend de nombreuses formes, dans et en dehors de la jurisprudence constitutionnelle, elle y est directement rattachée par le Conseil, qui y voit une règle absolue commandant leur spécialisation fonctionnelle : l'indépendance des juridictions interdit aux autres autorités de prendre part, directement ou indirectement, à l'exercice de la fonction juridictionnelle ; inversement, (presque) toute tentative d'immixtion d'un autre organe ou autorité dans cette exercice porte atteinte à l'indépendance des juridictions, et, par extension, au principe de la séparation des pouvoirs. Cependant, si le lien entre indépendance organique et spécialisation fonctionnelle, qu'imposait la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 en disposant que « l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles », a été le plus clairement tracé par le Conseil vis-à-vis des juridictions, la séparation des pouvoirs n'a été – pendant un court instant toutefois – qu'une toile de fond, sans représenter le fondement explicite de ce lien. En effet, c'est en premier lieu à l'égard de l'autorité judiciaire, et sur le fondement du principe de la souveraineté nationale, que le Conseil a rendu visible une telle indissociabilité.

Il résulte effectivement de ce principe que les autorités judiciaires sont « seules compétentes »<sup>806</sup> pour édicter des actes au titre de l'entraide judiciaire en matière pénale ; une telle formulation, appréhendant la souveraineté nationale comme impliquant l'indépendance fonctionnelle *et* organique des autorités judiciaires françaises à l'égard des autorités (administratives ou autres) étrangères (ici allemandes), n'a cependant plus été reprise par la suite, le Conseil lui préférant, en interne, le fondement de la séparation des pouvoirs.

Il n'en demeure pas moins que la portée purement négative alors attribuée au principe de la souveraineté nationale permet d'en déduire qu'il demeure « l'un des principes fondamentaux [...] de l'organisation des pouvoirs », impliquant que l'autorité judiciaire, dans son ensemble, fasse partie de ces autorités ou « organes de l'être collectif qui trouve en l'Etat sa personnification, c'est-à-dire de la nation elle-même »<sup>807</sup>. L'indépendance de l'autorité judiciaire garantissant ainsi l'indépendance de la nation, il n'est pas surprenant que le « garant de l'indépendance nationale » (article 5 de la Constitution) soit également le « garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire » (article 64). Si d'aucuns considèrent qu'il est « étrange » que cette dernière règle soit encore aujourd'hui maintenue dans le texte constitutionnel<sup>808</sup>, surtout dans le pays d'un Montesquieu enseignant qu'il n'y a point de liberté politique quand la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance exécutive, autrement dit quand une puissance tient la garantie de son existence et de son exercice d'une autre puissance<sup>809</sup>, là n'est pas le propos. Il conviendra « simplement », plus bas, de déterminer comment le Conseil concilie les prérogatives du Président, et, plus largement, des autorités exécutives (notamment du ministre de la justice) avec l'indépendance des juridictions, raisonnement s'inscrivant dans le cadre classique du diptyque nomination – révocation. Au stade actuel, la réflexion portera essentiellement sur l'articulation générale du lien entre indépendance juridictionnelle et exercice de la fonction y correspondant, et entre celles-ci et la séparation des pouvoirs.

Ces deux liens sont très clairement formulés par le Conseil, qui, dans sa première décision consacrant « l'indépendance des juridictions », lui attribuait les mêmes fondements (l'article 64 de la Constitution pour l'autorité judiciaire et un PFRLR pour la juridiction administrative) que « le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement »<sup>810</sup>. Le principe de séparation des pouvoirs implique alors une indépendance absolue des juridictions à l'égard des autres organes de l'Etat, en l'occurrence du législateur, à laquelle porterait atteinte tout contrôle extérieur de l'exercice de leurs compétences (en l'occurrence par une validation législative). Aussi la décision du 28 juillet 1980 donne « force au principe de séparation des pouvoirs dans le domaine de la justice en général », « affirme l'indépendance des autorités juridictionnelles à l'égard du pouvoir législatif et [du] pouvoir exécutif et donc leur statut constitutionnel à égalité avec les deux autres pouvoirs », « affirme un *pouvoir juridictionnel* constitutionnellement protégé », et ainsi, donne au principe de la séparation des pouvoirs « sa pleine signification en affirmant l'indépendance du pouvoir juridictionnel [...] à l'égard du législatif et de l'exécutif »<sup>811</sup>. L'indépendance des autorités juridictionnelles est donc perçue par le Conseil constitutionnel à la fois comme une indépendance fonctionnelle et organique, découlant directement du principe de la séparation des pouvoirs (qui pourtant, en soi, n'implique pas une telle méthode d'articulation des pouvoirs) ; aussi l'attribution, à une autorité administrative, d'un pouvoir se situant hors du champ de compétences constitutionnellement réservé aux deux ordres de juridiction « ne met pas [...] en cause l'indépendance des juridictions *et partant* le principe de la séparation des pouvoirs »<sup>812</sup>. Méconnaître le « noyau dur » de compétences réservées aux autorités juridictionnelles, c'est méconnaître l'indépendance des juridictions,

---

<sup>806</sup> C. const., n° 80-116 DC, 17 juill. 1980, *Loi autorisant la ratification de la convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959*, cons. 4.

<sup>807</sup> CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., T. II, p. 167 et 189.

<sup>808</sup> ROUSSEAU (D.), « Le président peut-il être le "garant de l'indépendance" de l'autorité judiciaire ? », op. cit., p. 17.

<sup>809</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Livre VI, Chap. V : « Dans les États despotiques, le prince peut juger lui-même. Il ne le peut dans les monarchies : la constitution seroit détruite ; [...] la crainte s'emparerait de tous les esprits ; on verroit la pâleur sur tous les visages ; plus de confiance, plus d'honneur, plus d'amour, plus de sûreté, plus de monarchie ». *Ibid.*, Livre XI, Chap. VI : « 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. [...] Si elle étoit jointe à la puissance exécutive, le juge pourroit avoir la force d'un oppresseur.

<sup>810</sup> C. const., n° 80-119 DC, op. cit., cons. 6.

<sup>811</sup> FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., 19e éd., p. 99-100.

<sup>812</sup> C. const., n° 89-268 DC, op. cit., cons. 71.

c'est méconnaître la séparation des pouvoirs (axiome dont il a été montré qu'il vaut également à l'égard du juge constitutionnel). Nulle surprise ne résulte donc du rattachement de ces deux principes à un même fondement constitutionnel, à savoir l'article 16 de la Déclaration des droits<sup>813</sup>, lequel, combiné avec l'article 64 de la Constitution, garantit « *l'indépendance de l'ensemble des juridictions* ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative »<sup>814</sup>. Dans le même esprit, la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs ne pouvant être invoquée à l'appui d'une QPC « que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit »<sup>815</sup>, cette catégorie comprenant l'indépendance des juridictions<sup>816</sup>, un lien fort est posé entre séparation des pouvoirs et indépendance fonctionnelle et organique des juridictions, laquelle ne peut se concevoir en dehors de toute séparation des pouvoirs.

Le Conseil s'est attaché à énoncer encore plus clairement ce lien entre indépendance et exercice des « fonctions juridictionnelles ». Après avoir posé, de manière hésitante et particulière, que l'article 64 de la Constitution a pour objet « d'assurer aux magistrats appelés à siéger dans des juridictions *l'indépendance nécessaire à l'exercice de l'autorité judiciaire* »<sup>817</sup>, sa formule de principe est aujourd'hui la suivante : le « principe d'indépendance [est] *indissociable* de l'exercice de fonctions juridictionnelles »<sup>818</sup>. Cette indépendance, dont le caractère protéiforme sera mis en lumière dans les développements qui suivent, ne peut donc être assurée sans une stricte spécialisation fonctionnelle. Elle se doit dès lors, selon le Conseil, d'être dirigée tant à l'égard du « dehors » que du « dedans ». Vis-à-vis des autorités ou organes non juridictionnels, l'indépendance des juridictions est protégée de manière relativement intransigeante par le Conseil constitutionnel. Ainsi une loi ne peut-elle diriger ou priver d'effet l'exercice de la fonction juridictionnelle, en ce que son application aboutirait à préjudicier aux justiciables en méconnaissant une décision de justice passée en force de chose jugée leur ayant déclaré leurs droits tels qu'ils résultent de l'ordre juridique en vigueur, auquel cas elle méconnaîtrait le « principe constitutionnel de l'indépendance des juridictions »<sup>819</sup>. La logique fut un temps similaire en matière de validations législatives, le Conseil soumettant à des conditions strictes (et évolutives), sur le fondement de l'indépendance des juridictions – puis de la séparation des pouvoirs, la modification, par le législateur, des règles de droit que les juges ont pour mission d'appliquer, qu'ils disent le droit, tranchent un litige ou les deux à la fois<sup>820</sup>. De même, une loi subordonnant le pouvoir du tribunal de l'application des peines d'accorder la libération conditionnelle, donc qui subordonne l'exercice, par une autorité judiciaire spécifique, de la fonction juridictionnelle (ici dire le droit des justiciables), au sens de l'avis donné par une autorité administrative, contrevient à l'indépendance de l'autorité judiciaire et au principe de la séparation des pouvoirs<sup>821</sup>. L'indépendance des juridictions commande donc qu'elles ne soient liées par aucune autre analyse du droit et des faits que la leur. C'est d'ailleurs pourquoi le Conseil estime qu'il découle du principe de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de l'autorité judiciaire, « à laquelle appartiennent les magistrats du parquet, un principe selon lequel le ministère public *exerce librement* [...] l'action publique devant les juridictions pénales »<sup>822</sup>, c'est-à-dire sans qu'une autre autorité ne puisse décider de l'opportunité des poursuites, que la mise en marche de l'action publique soit, ou non, subordonnée à l'existence d'une plainte préalable de l'administration. En revanche, ne porte atteinte ni au principe de la séparation des pouvoirs, ni à l'indépendance de l'autorité judiciaire, la loi permettant à une autorité administrative de saisir le parquet ou de prononcer des sanctions pénales<sup>823</sup>, dès lors qu'elle ne lui confie pas une compétence rattachable à celles

<sup>813</sup> C. const., n° 2003-466 DC, 20 févr. 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, cons. 23.

<sup>814</sup> C. const., n° 2011-626 DC, *op. cit.*, cons. 16.

<sup>815</sup> C. const., n° 2016-555 QPC, *op. cit.*, § 9.

<sup>816</sup> C. const., n° 2015-506 QPC, 4 déc. 2015, *M. Gilbert A.*, cons. 14.

<sup>817</sup> C. const., n° 70-40 DC, 9 juill. 1970, *Loi organique relative au statut des magistrats*, cons. 2.

<sup>818</sup> C. const., n° 2002-461 DC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 15.

<sup>819</sup> C. const., n° 86-223 DC, 29 déc. 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, cons. 5.

<sup>820</sup> C. const., n° 80-119 DC, *op. cit.*, cons. 7. – v. également l'intégralité de la jurisprudence exposée *supra* sur les validations législatives.

<sup>821</sup> C. const., n° 2008-562 DC, *op. cit.*, cons. 32 à 34.

<sup>822</sup> C. const., n° 2016-555 QPC, *op. cit.*, § 10.

<sup>823</sup> C. const., n° 2013-676 DC, *op. cit.*, cons. 46.

constitutionnellement réservées aux deux ordres de juridiction, notamment en matière de peines privatives de liberté<sup>824</sup>. Le caractère absolu du principe d'indépendance des juridictions doit dès lors être relativisé, d'autant plus qu'il doit se concilier avec les compétences gouvernementales, face auxquelles il cède lorsque sont en cause les intérêts fondamentaux de la nation<sup>825</sup>. L'indépendance des juridictions demeure pourtant une exigence forte de la jurisprudence constitutionnelle, qui protège les formes dans lesquelles s'accomplit la fonction juridictionnelle de toute influence tierce, notamment administrative : pour n'en donner qu'une illustration, le « principe du secret du délibéré », qui découle du « principe d'indépendance », dont le Conseil rappelle qu'il est « indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles », interdit toute saisie de documents couverts par ce secret qui ne soit pas assortie de garanties propres à assurer l'indépendance des juridictions, dispositif qui porterait atteinte audit principe et à la séparation des pouvoirs<sup>826</sup>. En protégeant l'indépendance des juridictions de toute pression ou immixtion extérieure, le Conseil protège donc la fonction juridictionnelle elle-même.

Vis-à-vis des autorités juridictionnelles elles-mêmes, le principe d'indépendance a également vocation à protéger une forme de séparation « *intra* pouvoirs » revêtant elle-même deux visages. Le premier d'entre eux concerne la répartition de compétences entre deux autorités juridictionnelles organiquement distinctes. Exposée plus haut, la jurisprudence du Conseil consacrant l'existence d'un cœur constitutionnel de compétences aux juridictions administrative et judiciaire ne saurait admettre, sauf rares hypothèses, que l'unification des « règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé » puisse mettre en échec l'exercice d'une compétence détenue « par nature » ou sur le fondement d'un PFRLR. La seule justification autorisée pour déroger à la répartition usuelle des compétences réside dans « l'intérêt d'une bonne administration de la justice », qui, lui-même, « contient » plusieurs exigences comme l'indépendance des juges<sup>827</sup>. Il semblerait donc que celle-ci prévaut : là où une brèche peut être causée dans les règles et principes gouvernant l'attribution de compétences aux deux ordres de juridiction, l'indépendance ne saurait être atteinte, du moins pas de manière systémique. La jurisprudence sur l'essentiel de la « conception française de la séparation des pouvoirs » l'a démontré ; le Conseil le confirme en jugeant que le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire, n'interdisant pas la création de juridictions dont les membres ne sont pas des magistrats de carrière (les anciennes juridictions de proximité), ne saurait cependant permettre un transfert des compétences détenues par certains tribunaux judiciaires (tribunaux d'instance et de police) qui soit, d'une part, trop conséquent, et, d'autre part, qui accorderait à ces nouvelles (et éphémères) juridictions certaines compétences reconnues « par nature » à l'autorité judiciaire : l'indépendance de l'autorité judiciaire, d'une part, impose que ces nouvelles juridictions ne se voient reconnaître qu'une « *part limitée des compétences* dévolues aux tribunaux [judiciaires] », et, d'autre part, n'exclut pas que soient dévolues à ces juridictions des compétences en matière pénale « dès lors que ne lui est pas confié le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté »<sup>828</sup>. Tout autant que la séparation des pouvoirs, l'indépendance a donc vocation à jouer entre les juridictions elles-mêmes.

Le second visage de cette redéfinition de la séparation des pouvoirs par l'indépendance concerne la répartition des compétences au sein d'une même juridiction. De même que la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement « concourt » au plein exercice des compétences reconnues « par nature » à l'autorité judiciaire<sup>829</sup>, et ainsi au respect de la séparation des pouvoirs telle qu'entendue par le Conseil constitutionnel, l'indépendance commande l'interdiction faite à l'une de ces autorités de prendre part, même indirectement, à l'exercice des compétences conférées à l'autre. Aussi le Conseil veille-t-il à ce que le président d'une chambre d'accusation ne puisse être doté du pouvoir de « guider le choix des décisions qu'il appartient au seul juge chargé de l'instruction de prendre ni celui de réformer ces décisions », l'accomplissement, par lui, d'une simple « mesure d'administration judiciaire » ne

<sup>824</sup> C. const., n° 2002-461 DC, *op. cit.*, cons. 19. – C. const., n° 89-268 DC, *op. cit.*, cons. 71.

<sup>825</sup> C. const., n° 2011-192 QPC, *op. cit.*, cons. 20 à 22.

<sup>826</sup> C. const., n° 2015-506 QPC, *op. cit.*, cons. 13 à 15.

<sup>827</sup> V. not. APCHAIN (H.), « Retour sur la notion de bonne administration de la justice », *AJDA*, 2012, n° 11, p. 587. – v. également C. const., n° 89-261 DC, *op. cit.*, cons. 29. – C. const., n° 2018-704 QPC, 4 mai 2018, *M. Franck B. a.*, § 5.

<sup>828</sup> C. const., n° 2002-461 DC, *op. cit.*, cons. 16 et 19.

<sup>829</sup> C. const., n° 95-360 DC, *op. cit.*, cons. 5.

portant pas atteinte « à l'indépendance du juge d'instruction »<sup>830</sup>. Autrement dit, l'indépendance (personnelle, statutaire...), dont le respect garantit la séparation des pouvoirs et dont la méconnaissance en entraîne la violation, revêt un degré de protection tellement fort de la part du Conseil, qu'elle approfondit et étanchéifie une spécialisation fonctionnelle gouvernant depuis longtemps la jurisprudence constitutionnelle de façon dogmatique. Seule l'indépendance assure aux autorités juridictionnelles le caractère spécifique et exclusif des fonctions qu'elles exercent face aux ingérences des autres autorités, juridictionnelles ou non, et entre leurs diverses ramifications organiques elles-mêmes. Pas d'indépendance sans spécialisation, et inversement : une autorité ou organe portant atteinte à l'indépendance d'une juridiction ou d'un juge ne lui permet pas d'exercer pleinement et souverainement ses fonctions, tout comme l'autorité qui ne lui permet pas d'exercer ses fonctions porte atteinte à son indépendance. Tel est le sens précis du caractère « indissociable » de l'indépendance des juridictions et du caractère spécifique et exclusif de leurs fonctions. Une fois ce lien posé, la jurisprudence constitutionnelle invite à déterminer quelles garanties sont attachées à cette indépendance, avant tout sous l'angle classique de la nomination et de la révocation des juges.

## B) La protection conciliante des juridictions contre les nominations et révocations intempestives.

Le Conseil constitutionnel s'attache à protéger, autant qu'il le peut, l'indépendance juridictionnelle sous la figure classique de l'indépendance organique, à savoir tant en matière de nomination que de révocation. Il doit ici composer avec les règles constitutionnelles et organiques, qui font dépendre la nomination (et l'indépendance) d'une large partie des différents juges du ministre de la justice et du Président de la République. Cela dit, cette circonstance ne prouve rien : au-delà de ce que « l'indépendance fonctionnelle du juge [...] n'est pas contradictoire avec sa dépendance organique »<sup>831</sup>, « l'indépendance dépend du statut de l'organe plus que de son mode de désignation [...] ». Autrement dit, l'indépendance d'un organe n'est pas anéantie s'il est nommé par un autre organe mais seulement s'il est révocable *ad nutum* par cet autre organe »<sup>832</sup>. La protection du statut des différents juges constitue en un effet, pour le Conseil constitutionnel, sinon la condition nécessaire, du moins un aspect essentiel de la garantie de leur indépendance et de la séparation des pouvoirs : « les constituants ont voulu que le statut des magistrats, qui intéresse l'équilibre des pouvoirs [...], fasse l'objet de garanties particulières »<sup>833</sup>. Aussi les sages de la rue Montpensier ont-ils « progressivement [...] dressé les contours *du juge idéal* non seulement dans ses modes de recrutement et le déroulement de sa carrière, mais surtout en ce qui concerne les garanties attachées à l'exercice de l'activité juridictionnelle »<sup>834</sup>. Cet activisme consiste en premier lieu à mettre le statut des magistrats « à l'abri » de toute atteinte à l'indépendance de ceux-ci.

C'est pourquoi le Conseil ne transige pas quant au respect de la règle posée à l'article 64 imposant que le statut des magistrats judiciaires soit déterminé par une loi organique. Toute disposition mettant en cause ce statut, comme des dispositions validant des nominations de magistrats intervenues par décret antérieurement à leur entrée en vigueur – validation subordonnée à la condition que la nomination des intéressés n'ait pas été annulée par le Conseil d'Etat – relève de la loi organique<sup>835</sup>, laquelle, pour respecter l'intention du constituant d'« accroître les garanties d'ordre statutaire accordées aux magistrats de l'ordre judiciaire », se doit de respecter « le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire et la règle de l'immovibilité des magistrats du siège »<sup>836</sup>. La protection du statut apparaît donc comme la garantie première de l'indépendance : que le magistrat en question entende, ou non, consacrer sa vie professionnelle à la carrière judiciaire, il doit être soumis aux droits et obligations applicables à l'ensemble des magistrats (sous réserve des dispositions spécifiques qu'impose l'exercice à titre temporaire de leurs fonctions), cette

<sup>830</sup> C. const., n° 80-127 DC, *op. cit.*, cons. 43 et 46.

<sup>831</sup> SAINT-BONNET (F.), « L'"autre" séparation des pouvoirs de Montesquieu », *op. cit.*, p. 63.

<sup>832</sup> BOUDON (J.), « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », *op. cit.*, p. 257.

<sup>833</sup> Compte-rendu de la séance du 9 juill. 1970, p. 6.

<sup>834</sup> CANIVET (G.), « Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », C.C.C., n° 16, 2004.

<sup>835</sup> C. const., n° 87-228 DC, *op. cit.*, cons. 3 et 4.

<sup>836</sup> C. const., n° 98-396 DC, 19 févr. 1998, *Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire*, cons. 3. – C. const., n° 2001-445 DC, 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*, cons. 3 et 4.

exigence faisant partie des « garanties appropriées permettent de satisfaire au principe d'indépendance qui est indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires »<sup>837</sup>. La même solution a été dégagée pour les magistrats de l'ordre administratif<sup>838</sup>.

L'exigence d'indépendance qu'appelle la réglementation du statut est donc inséparable de l'exercice de fonctions juridictionnelles, principes s'imposant même au législateur ordinaire : si ce dernier est compétent pour « fixe les règles concernant [...] la création de nouveaux ordres de juridiction », et qu'au nombre de ces règles figurent celles relatives au mode de désignation des personnes appelées à y siéger ainsi que celles qui fixent la durée de leurs fonctions, « toutes règles qui sont des garanties de l'indépendance [...] de ces juges », rien ne l'oblige, « lorsqu'il crée un nouvel ordre de juridiction, à adopter dans un même texte législatif, d'une part, les règles d'organisation et de fonctionnement de cet ordre de juridiction et, d'autre part, les règles statutaires applicables aux juges qui le composeront ; qu'il peut adopter les premières de ces règles avant les secondes ; qu'en pareil cas, toutefois, *les premières ne pourront recevoir application que lorsque les secondes auront été promulguées* »<sup>839</sup>. Aussi les juridictions de proximité n'ont-elles pu être mises en place « qu'une fois promulguée une loi [organique<sup>840</sup>] fixant les conditions de désignation et le statut de leurs membres », laquelle devait « comporter des garanties appropriées permettant de satisfaire au principe d'indépendance, indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles »<sup>841</sup>. Autrement dit, l'indépendance des juridictions, au stade de la désignation de leurs membres, est une des conditions de leur existence ; si la nomination par un autre ne détruit pas nécessairement l'indépendance des juges, le statut doit nécessairement veiller à ce que les règles l'entourant n'aboutissent pas à enfreindre ce principe, auquel cas la séparation des pouvoirs serait méconnue : face à des requérants critiquant les dispositions réglant la composition de certaines juridictions financières, entièrement composées de juges nommés par « le pouvoir exécutif », le Conseil répond que, dans la mesure où l'ensemble de ces juges est « soumis aux dispositions statutaires applicables aux membres du Conseil d'État ou aux membres de la Cour des comptes », ils bénéficient ainsi « des garanties d'impartialité et d'indépendance attachées à leur statut respectif », les dispositions en question ne portant dès lors atteinte « ni aux principes d'impartialité et d'indépendance des juridictions ni à la séparation des pouvoirs »<sup>842</sup>. Cette logique est également applicable en « interne », c'est-à-dire au sein d'une même juridiction : par exemple, quelles que soient les prérogatives du vice-président du Conseil d'État sur la nomination ou la carrière des membres de la juridiction administrative, les garanties statutaires reconnues à ces derniers par le Code de justice administrative « assurent leur indépendance à son égard »<sup>843</sup>. Le statut porte donc en lui-même une exigence d'indépendance générale, et particulière quand les règles de nomination sont en cause.

Le Conseil constitutionnel a cependant été conduit à exiger de fortes garanties d'indépendance au stade de la nomination. De manière générale, outre l'exigence d'une loi organique pour fixer les conditions de recrutement des divers juges, celles-ci doivent toujours, d'une part, « concourir » à assurer le respect de « l'indépendance, dans l'exercice de leurs fonctions, des magistrats ainsi recrutés », que le mode de recrutement en question soit de droit commun ou transitoire et exceptionnel, et, d'autre part, déterminer les règles permettant de « garantir l'objectivité qui doit présider aux règles de nomination », inséparable du principe d'indépendance des magistrats<sup>844</sup>. Ainsi, la suppression, par la loi organique, des emplois de procureur général près la Cour de cassation et de procureur général près une cour d'appel, de la liste des emplois pourvus en conseil des ministres en application du quatrième alinéa de l'article 13 de la

---

<sup>837</sup> C. const., n° 92-305 DC, 21 févr. 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 64. – C. const., n° 94-355 DC, 10 janv. 1995, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature*, cons. 8. – C. const., n° 98-396 DC, *op. cit.*, cons. 17.

<sup>838</sup> C. const., n° 2019-778 DC, *op. cit.*, § 113 à 118.

<sup>839</sup> C. const., n° 2002-461 DC, *op. cit.*, cons. 12 et 13.

<sup>840</sup> C. const., n° 2003-466 DC, *op. cit.*, cons. 5 et 6.

<sup>841</sup> C. const., n° 2002-461 DC, *op. cit.*, cons. 15.

<sup>842</sup> C. const., n° 2014-423 QPC, 24 oct. 2014, *Cour de discipline budgétaire et financière*, cons. 5.

<sup>843</sup> C. const., n° 2017-666 QPC, 20 oct. 2017, *M. Jean-Marc L.*, § 7.

<sup>844</sup> C. const., n° 98-396 DC, *op. cit.*, cons. 8 et 21.

Constitution, permet de satisfaire au respect du principe d'indépendance<sup>845</sup>. Plus particulièrement, la protection apportée par le Conseil s'exerce « au dedans » et « en dehors » des autorités juridictionnelles. Au dedans, s'il tient assidument à faire respecter les dispositions constitutionnelles régissant la nomination des magistrats judiciaires, le Conseil a néanmoins œuvré à arracher la garantie de l'indépendance de l'autorité judiciaire au seul chef de l'Etat. Il estime ainsi que l'indépendance des membres du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) concourt à l'indépendance dudit Conseil, laquelle elle-même « concourt à l'indépendance de l'autorité judiciaire », et constitue donc une garantie du respect de la séparation des pouvoirs<sup>846</sup>. Néanmoins, l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante vis-à-vis du CSM : le principe d'indépendance (des juridictions et des membres du CSM) fait obstacle à ce que le premier président ou le procureur général de la Cour de cassation (l'un présidant la formation compétente à l'égard des magistrats du siège et la formation plénière, l'autre la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet et suppléant à la présidence de la formation plénière), ainsi que les autres chefs de cour ou de juridiction membres du CSM, délibèrent ou procèdent à des actes préparatoires d'avis ou de décisions relatifs, soit aux nominations pour exercer des fonctions dans leur juridiction, soit aux magistrats exerçant des fonctions dans leur juridiction<sup>847</sup>. L'indépendance conduit, une nouvelle fois, à une séparation « *intra* pouvoirs ».

En dehors, la protection de l'indépendance des juridictions, au stade du recrutement, semble différer selon qu'est concerné l'ordre judiciaire ou administratif. La protection contre les nominations intempestives semble être, au premier abord, moins bien assurée à l'égard de l'ordre judiciaire, le Conseil devant veiller au respect des termes des articles 64 et 65 de la Constitution. Il considère par exemple que la mention, par l'article 65, de ce que le CSM se réunit en formation plénière pour « répondre » aux demandes d'avis formulées par le Président de la République, ou qu'il se « prononce » sur toute question dont le saisit le ministre de la justice, nominations comprises, s'analyse « en une règle de compétence » qui ne saurait « obliger le garde des sceaux à recueillir l'avis "conforme" du [CSM] sur les propositions de nomination qu'il formule, ce qui aurait pour conséquence de faire dépendre la décision de l'autorité de nomination de l'avis de cet organisme »<sup>848</sup>. S'il semble ainsi imposer une certaine indépendance du ministre de la justice à l'égard des juges eux-mêmes lorsqu'il en nomme une partie, cette curiosité ne fait que miroir au texte constitutionnel, et n'est aucunement systémique : si le juge constitutionnel consent à ce que les magistrats du parquet soient « sous l'autorité du garde des sceaux », laquelle se manifeste notamment par l'exercice d'un pouvoir de nomination (décrets du Président de la République pris sur proposition du garde des sceaux, après avis de la formation compétente du CSM) et de sanction (décision du garde des sceaux après avis de la formation compétente du CSM) du garde des sceaux à leur égard, l'attachement du Conseil au libre exercice de l'action publique par le ministère public – parmi d'autres exigences attachées à leurs fonctions – l'amène à considérer que les dispositions législatives plaçant les magistrats du parquet sous l'autorité du ministre de la justice « assurent une conciliation équilibrée entre le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire et les prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution. Elles ne méconnaissent pas non plus la séparation des pouvoirs »<sup>849</sup>. Peut-être ne méconnaissent-elles pas la séparation des pouvoirs car elles la définissent, ou, comme le dit le Conseil, la « mettent en œuvre », la concrétisent, ou encore la « traduisent » pour reprendre le Conseil d'Etat<sup>850</sup>. Du reste, force est de constater que l'indépendance juridictionnelle, qui ici « résulte [...] uniquement de l'appartenance du Ministère public à l'autorité judiciaire »<sup>851</sup>, de sorte qu'elle procède « d'une vision faussée du principe de la séparation des pouvoirs »<sup>852</sup> comme impliquant à l'égard des magistrats du parquet une « indépendance subordonnée »<sup>853</sup>, n'est pas aussi absolue qu'il n'y paraît ; la jurisprudence du Conseil a plus servi à tempérer ou empêcher la survenance d'un

---

<sup>845</sup> C. const., n° 2016-732 DC, 28 juill. 2016, *Loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature*, § 13 et 14.

<sup>846</sup> C. const., n° 2010-611 DC, *op. cit.*, cons. 2 à 5 et 12.

<sup>847</sup> *Ibid.*, cons. 12.

<sup>848</sup> C. const., n° 92-305 DC, *op. cit.*, cons. 25.

<sup>849</sup> C. const., n° 2017-680 QPC, *op. cit.*, § 10 à 14.

<sup>850</sup> C.E., Sect., 1<sup>er</sup> oct. 2010, *Tacite*, req. n° 311938, cons. 2 et 3.

<sup>851</sup> DE LAMY (B.), « Indépendance des magistrats du parquet : la méthode Coué au Conseil constitutionnel », *RSC*, 2018, n° 1, p. 170.

<sup>852</sup> DONNARUMMA (M.R.), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 114, 2018, p. 482.

<sup>853</sup> CATELAN (N.), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 115, 2018, p. 653 et 656.

risque d'arbitraire que laissent courir les dispositions constitutionnelles, qu'elle n'a renforcé la dépendance des magistrats judiciaires à l'égard des autorités exécutives. Du fait de l'absence de telles dispositions gouvernant l'indépendance ou la composition des juridictions administratives, le Conseil semble alors fournir une meilleure protection, en la matière, à ces dernières. Il a ainsi jugé que les dispositions gouvernant la composition de la commission centrale d'aide sociale, juridiction administrative spécialisée dont l'ensemble des membres (sections, sous-sections, rapporteurs, commissaires du gouvernement) sont désignés par le ministre chargé de l'action sociale, n'instituent pas « les garanties appropriées permettant de satisfaire au principe d'indépendance » de ses membres et au principe de séparation des pouvoirs<sup>854</sup>. Une solution analogue a été dégagée pour les commissions départementales d'aide sociale<sup>855</sup>. Force est donc de constater que si, « avec le droit de nommer les magistrats presque sans conditions, un gouvernement qui a de la suite dans les idées et dans les actes peut, en l'espace de vingt ou trente ans, modifier sensiblement l'esprit général du corps judiciaire »<sup>856</sup> ou plutôt juridictionnel, la jurisprudence du Conseil constitutionnel tend le plus possible à protéger l'indépendance des juridictions par de fortes garanties accordée à celle-ci quant aux nominations des juges appelés à siéger dans ces juridictions, administratives ou judiciaires.

Une telle logique colore également la jurisprudence constitutionnelle relative à la révocation des juges. Le Conseil veille ainsi à ce que le cercle d'autorités compétentes pour se prononcer sur cette question ne soit pas élargi en dehors de ce que les dispositions constitutionnelles prévoient. A cet égard, s'il est loisible au législateur organique d'étendre la responsabilité disciplinaire des magistrats à leur activité juridictionnelle en prévoyant qu'une violation grave et délibérée d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties puisse engager une telle responsabilité, « l'indépendance de l'autorité judiciaire, garantie par l'article 64 de la Constitution, et le principe de la séparation des pouvoirs, proclamé par l'article 16 de la Déclaration de 1789, [...] font obstacle à l'engagement de poursuites disciplinaires lorsque cette violation n'a pas été préalablement constatée par une décision de justice devenue définitive »<sup>857</sup>. La contrariété aux principes précités est encore motivée par des considérations de séparation « *intra* pouvoirs » : la disposition en question « recelait un risque de confusion entre l'office des juges d'appel et de cassation, d'une part, et celui du juge disciplinaire, d'autre part »<sup>858</sup>. Adoptant la même solution que le Conseil d'Etat<sup>859</sup>, le Conseil constitutionnel semble donc faire des juridictions les seuls juges de l'opportunité des poursuites disciplinaires envers un magistrat à l'occasion de son activité juridictionnelle, ou, du moins, rend leur accord fondamentalement nécessaire. Il doit cependant demeurer conciliant, la mise en cause de la responsabilité disciplinaire des magistrats pouvant également résulter d'autres autorités, notamment exécutives. C'est ainsi que la formation plénière du CSM ne saurait se prononcer sur les questions relatives à la déontologie des magistrats sans être saisie à cette fin par le garde des sceaux<sup>860</sup>, ou que les attributions du Défenseur des droits en matière disciplinaire « ne sauraient le conduire à remettre en cause cette indépendance qui, dans ce domaine, est garantie par les procédures particulières qui leur sont propres », les dispositions gouvernant l'exercice de ses prérogatives ne pouvant l'autoriser à donner suite aux réclamations des justiciables portant sur le comportement d'un magistrat dans l'exercice de ses fonctions, ne lui permettant que « d'aviser le ministre de la justice de faits découverts à l'occasion de l'accomplissement de ses missions et susceptibles de conduire à la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat »<sup>861</sup>. De même, les principes d'indépendance et de séparation des pouvoirs, interdisant au Médiateur de « porter une appréciation sur les actes juridictionnels », et imposant de laisser au garde des sceaux toute latitude quant à l'opportunité de saisir le CSM de faits susceptibles de qualifier une faute disciplinaire, s'opposent également à ce que ces deux « éléments » puissent « prévaloir sur une jurisprudence qui, au nom de la séparation des pouvoirs, interdit de faire d'un

---

<sup>854</sup> C. const., n° 2012-250 QPC, 8 juin 2012, *Composition de la commission centrale d'aide sociale*, cons. 3 à 5.

<sup>855</sup> C. const., n° 2010-110 QPC, 25 mars 2010, *M. Jean-Pierre B.*, cons. 3 à 5.

<sup>856</sup> ARTUR (E.), « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP*, 1900, n° 13, p. 481-482.

<sup>857</sup> C. const., n° 2007-551 DC, *op. cit.*, cons. 7. – Jurisprudence prise en compte par une loi organique jugée conforme à la Constitution dans C. const., n° 2010-611 DC, *op. cit.*, cons. 24.

<sup>858</sup> *Ibid.*, comm. off., p. 2.

<sup>859</sup> C.E., 5 mai 1982, *Bidalou*, req. n° 33724, cons. 7.

<sup>860</sup> C. const., n° 2010-611 DC, *op. cit.*, cons. 15.

<sup>861</sup> C. const., n° 2011-626 DC, *op. cit.*, cons. 16.

organisme administratif l'acteur d'une procédure juridictionnelle »<sup>862</sup>. Par conséquent, en reconnaissant au Médiateur un ensemble de prérogatives lui permettant de mettre en marche ou d'influer sur les actions disciplinaires à l'égard des différents magistrats, « le législateur organique a méconnu tant le principe de la séparation des pouvoirs que celui de l'indépendance de l'autorité judiciaire »<sup>863</sup>. L'indépendance des juridictions ne saurait donc être atteinte hors des conditions et procédures prévues par la Constitution ; si le Conseil constitutionnel ne peut supprimer l'emprise (aujourd'hui relativement légère) de l'exécutif sur les différentes juridictions, notamment judiciaires, sa jurisprudence tend progressivement à la réduire, voire à la refuser là où la Constitution ne l'impose pas. Il tire ainsi de l'indépendance juridictionnelle de fortes garanties gouvernant l'ensemble des droits et obligations reconnus aux magistrats à l'occasion de leur recrutement ou de leur révocation. La jurisprudence du Conseil constitutionnel va bien au-delà en les protégeant de – presque – toute autre forme d'influence.

## § 2 – La défense exigeante de l'indépendance matérielle des juridictions.

Si la jurisprudence du Conseil constitutionnel présente un certain degré d'exigence protégeant l'indépendance formelle des juridictions de toute atteinte extérieure qui ne soit pas motivée par d'impérieuses justifications, elle tient également à défendre leur indépendance matérielle de toute pression ou influence extérieure, qu'elle soit hiérarchique (A) ou non (B).

### A) La prohibition relative de toute influence hiérarchique à l'égard des juges.

Les principes d'indépendance et de séparation des pouvoirs semblent représenter, pour le Conseil constitutionnel, les fondements d'une prohibition de toute forme d'influence hiérarchique de la part des autorités exécutives à l'égard des autorités juridictionnelles, afin que soit préservé, comme il en a été traité, l'exercice exclusif de la fonction qui est la leur : l'indépendance des tribunaux « doit s'entendre [...] en ce que, dans le domaine de compétence qui leur est reconnu par la loi, ils ne sont pas soumis au pouvoir d'instruction d'un supérieur hiérarchique qui viendrait leur imposer des directives dans l'exercice de leur compétence »<sup>864</sup>. Ainsi, les dispositions gouvernant la composition d'une juridiction regroupant des fonctionnaires soumis à une quelconque influence ministérielle peuvent être, sur le fondement de ces principes, déclarées contraires à la Constitution, là où elles ne l'auraient pas été en l'absence d'une quelconque éventualité de pression hiérarchique, y compris lorsque la composition de la juridiction concernée est, dans les deux cas, identique. Un tel principe a été clairement affirmé à l'égard des juridictions de l'ordre administratif : les dispositions alors contrôlées par le Conseil constitutionnel prévoyant que le directeur général de la santé ou le pharmacien inspecteur de santé publique qu'il désigne, ainsi que le pharmacien du service de santé, ne siégeant pas « en tant que membres nommés au sein du conseil national de l'ordre des pharmaciens statuant en matière disciplinaire » (les chambres de discipline des conseils de l'ordre des pharmaciens faisant partie des juridictions administratives spécialisées), mais « en qualité de *représentants* respectivement du ministre chargé de la santé et du ministre chargé de l'outre-mer », « même si elles prévoient que ces fonctionnaires siègent [...] avec voix consultative », méconnaissent les principes d'indépendance et de séparation des pouvoirs<sup>865</sup>. Le principe d'impartialité, qui, seul ou combiné avec le principe d'indépendance, est « indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles »<sup>866</sup>, paraît donc second par rapport au principe d'indépendance, dans la mesure où si la loi peut imposer aux membres des différentes juridictions des garanties d'impartialité, une telle circonstance ne suffit pas à conclure au respect de l'indépendance des juridictions, qui, seule, suffit à entraîner l'inconstitutionnalité, malgré le respect

<sup>862</sup> Comm. off. de C. const., n° 2007-551 DC, *op. cit.*, p. 3. – v. également C. const., n° 91-1141/1142/1143/1144 AN, *op. cit.*, cons. 6. – C. const., n° 89-271 DC, *op. cit.*, cons. 7.

<sup>863</sup> C. const., n° 2007-551 DC, *op. cit.*, cons. 10 à 12.

<sup>864</sup> BONNARD (R.), « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mél. R. Carré de Malberg, op. cit.*, p. 8.

<sup>865</sup> C. const., n° 2014-457 QPC, 20 mars 2015, *Mme Valérie C., épouse D.*, cons. 4 à 6.

<sup>866</sup> C. const., n° 2011-147 QPC, 8 juill. 2011, *Composition du tribunal pour enfants*, cons. 8. – C. const., n° 2017-749 DC, 31 juill. 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, cons. 31.

apparent du principe d'impartialité : l'impartialité n'est rien sans l'indépendance. Ce dernier principe revêt ainsi un certain caractère absolu, puisqu'il « vise à garantir la possibilité [pour les juridictions] de *prendre des décisions à l'abri de toute instruction ou pression* », quelle qu'elle soit : « pour assurer l'indépendance d'un fonctionnaire siégeant dans une juridiction, il convient notamment qu'il n'y "représente" pas le ministre, à défaut de quoi ce dernier peut légitimement lui donner des instructions quant à l'exercice de ses fonctions juridictionnelles »<sup>867</sup>. L'indépendance commande donc aux autorités exécutives de n'avoir aucune part à la puissance de juger, et aux autorités juridictionnelles de juger dans un sens déterminé souverainement par elles et elles seules : celles-ci ne peuvent être soumises qu'à la loi (entendue largement), non au législateur ou aux autorités chargées de son exécution.

Il découle ainsi de la jurisprudence constitutionnelle un principe d'incompatibilité de l'exercice de fonctions juridictionnelles avec une quelconque autorité hiérarchique du Gouvernement à l'égard des membres des différentes juridictions. Une telle logique a clairement été exprimée à l'égard d'anciennes juridictions pénales spécialisées, à savoir les tribunaux maritimes commerciaux. Le Conseil constitutionnel, rappelant que « le principe d'indépendance est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles », a relevé sa méconnaissance eu égard à la qualité de leurs membres : parmi les cinq membres composant le tribunal maritime commercial, deux d'entre eux, voire trois si le prévenu n'est pas un marin, ont la qualité soit d'officier de la marine nationale, soit de fonctionnaire ou d'agent contractuel de l'État, « tous placés en position d'activité de service et, donc, *soumis à l'autorité hiérarchique du Gouvernement* »<sup>868</sup>. Le Conseil en déduit ainsi que même si la disposition contestée ne permet pas que l'administrateur des affaires maritimes puisse participer aux poursuites ou à l'instruction de l'affaire en cause, garantie de l'impartialité du tribunal, aucune des dispositions examinées par lui et applicables à cette juridiction « n'institue les garanties appropriées permettant de satisfaire au principe d'indépendance »<sup>869</sup>. Il impose ainsi que les tribunaux maritimes commerciaux siègent, à compter de sa décision, dans la composition des juridictions pénales de droit commun, lesquelles seraient donc affranchies de tout lien hiérarchique avec les autorités exécutives : l'indépendance des juridictions ordonne une stricte spécialisation fonctionnelle, qui serait perturbée si leurs membres étaient susceptibles d'orienter leurs décisions selon la volonté ou le souhait des autorités exécutives.

Si ce lien entre indépendance et spécialisation reçoit de nombreuses applications concrètes, interdisant par exemple au Gouvernement de pourvoir d'office à l'affectation de magistrats du siège<sup>870</sup>, son caractère absolu doit cependant être nuancé : les magistrats du parquet, bien que compris au sein de l'autorité judiciaire, sont bel et bien placés, comme l'affirme le Conseil, « sous l'autorité du ministre de la justice »<sup>871</sup>. Celui-ci dispose en effet, sous l'effet de plusieurs habilitations législatives, de prérogatives étendues à leur égard : il conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement, veille à la cohérence de son application sur le territoire, adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique, peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes. Le Conseil, interprétant l'article 20 de la Constitution comme impliquant que le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation « notamment dans le domaine de l'action publique », a considéré que ces dispositions, « qui défini[ssent] et limite[nt] les conditions dans lesquelles s'exerce cette autorité » du ministre de la justice sur les magistrats du parquet, « ne méconnaît ni la conception française de la séparation des pouvoirs, ni le principe selon lequel l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle »<sup>872</sup>. Admettant ainsi le « caractère hiérarchisé du ministère public »<sup>873</sup>, le Conseil

<sup>867</sup> Comm. off. de C. const., n° 2014-457 QPC, *op. cit.*, p. 4 et 7.

<sup>868</sup> C. const., n° 2010-10 QPC, 2 juill. 2010, *Tribunaux maritimes commerciaux*, cons. 3 et 4.

<sup>869</sup> *Ibid.*, cons. 4.

<sup>870</sup> C. const., n° 67-31 DC, 26 janv. 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 1 à 4. – V. également C. const., n° 94-355 DC, *op. cit.*, cons. 37.

<sup>871</sup> C. const., n° 2004-492 DC, *op. cit.*, cons. 98.

<sup>872</sup> *Ibid.*.

<sup>873</sup> *Ibid.*, comm. off., p. 20.

(ré)affirme que le principe de séparation des pouvoirs ne peut être compris comme imposant une séparation absolue (organique et fonctionnelle) entre les autorités administratives et judiciaires. L'action exercée par le ministère public, et donc par une partie de l'autorité judiciaire, est dépendante des instructions et pressions provenant de ses supérieurs hiérarchiques.

Une telle appréhension des principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire a par ailleurs été maintenue, malgré la position divergente qu'ont exprimée les cours européenne<sup>874</sup> et de cassation<sup>875</sup> en jugeant que le procureur de la République français ne pouvait être considéré comme une « autorité judiciaire » en raison de sa subordination hiérarchique au ministre de la justice. En effet, le Conseil constitutionnel considère que les pouvoirs (légaux) du ministre de la justice, notamment d'adresser aux magistrats du parquet des instructions générales de politique pénale, que le ministère public doit impérativement mettre en œuvre, sont conciliés de manière suffisamment équilibrée avec l'indépendance de l'autorité judiciaire pour en déduire que la séparation des pouvoirs n'en ressort pas méconnue<sup>876</sup>. Cette indépendance n'est en l'occurrence pas appréciée de manière binaire par le Conseil (les magistrats sont indépendants ou ne le sont pas), mais « s'exprime dans une intensité graduelle, variant en fonction du degré de contrainte que le peuple souverain a délégué à son agent public »<sup>877</sup> : l'indépendance du ministère public doit être d'un niveau ou intensité suffisante pour lui permettre d'assurer sans défaut l'intégralité de ses compétences. La conformité à la Constitution a effectivement pour fondement des considérations d'indépendance fonctionnelle, non organique, ou plutôt d'interdépendance fonctionnelle et d'indépendance organique relative : c'est parce que le ministre de la justice ne peut adresser aux magistrats du parquet aucune instruction dans des affaires individuelles, parce que le ministère public exerce *librement* l'action publique, parce qu'il développe *librement* les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice, que l'indépendance ou la séparation des pouvoirs ne sont méconnues. Il n'y a donc pas lieu, comme d'autres, d'adhérer totalement à l'affirmation selon laquelle les compétences que le Conseil fait découler de l'article 20 de la Constitution au profit du Gouvernement, disposition qui serait une « base juridique erronée »<sup>878</sup>, ne présentent « aucun lien avec l'indépendance des juges, dont la fonction, dans un État de droit, est d'appliquer les lois [...]. Déterminer et conduire la politique d'une nation, y compris la politique pénale, n'autorise aucune ingérence dans la fonction juridictionnelle »<sup>879</sup>.

Certes, l'ingérence est en l'espèce caractérisée au regard de la jurisprudence constitutionnelle précitée ; néanmoins, si l'indépendance protège les personnes (conception organique), elle n'exclut aucunement une quelconque dépendance fonctionnelle. Visible à l'égard de la fonction législative, cette conception de la séparation des pouvoirs était d'ailleurs celle de Montesquieu, et de beaucoup d'autres publicistes après lui : « la doctrine de Montesquieu s'entendait déjà d'une telle *collaboration des pouvoirs* ; c'est bien celle-ci qui est ici consacrée par [cette] décision du Conseil constitutionnel »<sup>880</sup>. En effet, si ce dernier avait, en l'espèce, compris la séparation des pouvoirs dans le sens qu'il lui attribue usuellement, c'est-à-dire d'une stricte spécialisation fonctionnelle doublée d'une indépendance absolue, il aurait conclu à la non-conformité des dispositions contestées ; le parquet est bien désigné comme appartenant à l'autorité judiciaire, et dès lors constitutionnellement indépendant, mais également comme « correspondant privilégié » du pouvoir exécutif auprès de la justice. Ainsi, cette décision fait apparaître la nécessité de reconnaître, entre les différents organes de l'Etat, des « interfaces » ou « relais » qui entretiennent des liens entre diverses formes d'expression de la puissance étatique, permettant aux autorités et organes « d'aller de [concert], *de fonctionner simultanément et de s'équilibrer* »<sup>881</sup>. Autrement dit, le principe interdisant toute influence hiérarchique des autorités exécutives à l'égard des autorités juridictionnelles ne reçoit qu'une seule

<sup>874</sup> CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev c/ France*, *op. cit.*, § 41 et 123 s.

<sup>875</sup> Cass. crim., n° 10-83.674, 15 déc. 2010, *M. P... X...*, att. 4.

<sup>876</sup> C. const., n° 2017-680 QPC, *op. cit.*, § 12 à 14.

<sup>877</sup> RENOUX (T.), « Une nouvelle approche de l'indépendance des magistrats et de la séparation des pouvoirs », *Rec. Dalloz*, 2018, n° 18, p. 953.

<sup>878</sup> CASSIA (P.), « L'article 20 de la Constitution, marqueur de la dépendance des magistrats du parquet ? », *Rec. Dalloz*, 2018, n° 1, p. 1.

<sup>879</sup> DONNARUMMA (M.R.), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 477.

<sup>880</sup> RENOUX (T.), « Une nouvelle approche de l'indépendance des magistrats et de la séparation des pouvoirs », *op. cit.*.

<sup>881</sup> *Ibid.*.

exception, celle-là même qui déroge au dogme séparatiste tant décrié par plusieurs auteurs. Le Conseil constitutionnel, veillant toutefois à constamment maintenir une telle règle de principe, est donc bien conscient qu'il ne peut y avoir de séparation des pouvoirs « digne de ce nom » s'il n'y a pas un *minimum* de collaboration ou d'équilibre des pouvoirs, sans lesquels ne peuvent régner qu'au mieux la paralysie des institutions, au pire le despotisme de l'une d'entre elles. Une partie des autorités juridictionnelles se doit donc d'être, vis-à-vis des autorités exécutives, dans une situation d'« indépendante dépendance », ou de « dépendante indépendance »<sup>882</sup>, pour que chacune d'elles puisse exercer la fonction qui lui est attribuée, hors cette exception, de manière exclusive. Cette rare application du principe de séparation des pouvoirs dans un sens qui n'en dénature ni l'esprit ni la lettre, semble donc, bien au contraire, en assurer le respect le plus entier. Le Conseil constitutionnel préfère toutefois maintenir les autorités juridictionnelles dans une situation d'indépendance absolue à l'égard de toute forme de pression extérieure, y compris non hiérarchique.

## B) L'interdiction de toute autre forme de pression matérielle sur les juridictions.

Les développements précédents montrent que l'indépendance, appliquée aux autorités juridictionnelles, est protéiforme, le Conseil y voyant un principe d'indépendance de la juridiction concernée, de ses membres, entre eux ou à l'égard d'une autorité extérieure... Quelle que soit sa forme, l'indépendance semble donc protéger formellement les juges des nominations et révocations intempestives, et matériellement de toute forme de pression hiérarchique. Les exigences qui en découlent couvrent en réalité un champ d'application bien plus vaste, assurant aux juges des garanties spécifiques (du fait du caractère spécifique et exclusif de leurs fonctions) leur vouant une protection particulière à l'égard de toute forme d'influence, même non hiérarchique. L'étude de la jurisprudence sur les rapports entre autorités juridictionnelles et administratives (Défenseur des droits, Médiateur) en a fourni une illustration, mais le tableau ainsi dépeint demeure incomplet.

D'aucuns considéraient, en leur temps, qu'avec le droit de nommer les magistrats presque sans conditions, « un gouvernement qui a de la suite dans les idées et dans les actes peut [...] modifier sensiblement l'esprit général du corps judiciaire » ; ils rajoutaient immédiatement : « avec le droit de disposer de l'avancement, cela ira même beaucoup plus vite. L'avancement est bien plus commode que la révocation : la révocation est une mesure brutale, l'avancement est discret, on s'y laisse prendre d'une façon insensible, on ne s'aperçoit pas qu'on y cède, et le public n'y voit rien. Nous nous demandons si [...] la suppression de l'avancement ne serait pas plus efficace que l'inamovibilité pour assurer l'indépendance des juges »<sup>883</sup>. Si ce souhait n'a pas été réalisé, le droit positif a toutefois retiré à l'avancement une partie de son caractère arbitraire que ces auteurs dénonçaient. Le Conseil constitutionnel n'a eu d'autre choix que de suivre le mouvement, sans toutefois entourer la réglementation de l'avancement des différents magistrats de conditions trop strictes. Certes, il a parfois pu sembler se rallier à la doctrine précitée en jugeant, au-delà de l'absence d'opposition à l'élargissement du rôle du CSM en la matière au détriment du Président de la République<sup>884</sup>, que l'impossibilité des conseillers ou avocats généraux à la Cour de cassation, en service extraordinaire, de recevoir un avancement de grade dans le corps dont ils sont issus, permet « d'assurer aux intéressés une pleine indépendance dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires », dans la mesure où des garanties particulières sont prévues lorsqu'ils sont réintégrés (de droit et à « l'avancement moyen ») dans leur corps d'origine<sup>885</sup>. Il a en revanche pris parti de ne pas s'opposer trop farouchement aux conditions posées pour recevoir l'avancement. Aussi considère-t-il que des dispositions subordonnant l'avancement des magistrats ou leur accès à des fonctions de chef de juridiction à des conditions de mobilité géographique ou fonctionnelle ne portent atteinte « ni au principe de l'inamovibilité des magistrats du siège ni à aucun autre

<sup>882</sup> V. TROPER (M.), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, « Anthologie du droit », 2014, p. 129-130.

<sup>883</sup> ARTUR (E.), « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *op. cit.*, p. 482.

<sup>884</sup> C. const., n° 93-336 DC, 27 janv. 1994, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature*, cons. 24 et 25.

<sup>885</sup> C. const., n° 92-305 DC, *op. cit.*, cons. 73.

principe ou exigence de valeur constitutionnelle »<sup>886</sup>. S'il n'apporte aucune justification à une telle solution, force est de constater qu'il adopte une position similaire à celle du CSM lui-même, pour qui « une mobilité géographique et fonctionnelle limitée oblige le magistrat à une vigilance accrue afin de garantir son indépendance et son impartialité »<sup>887</sup>. Il semble ainsi avoir réussi, malgré plusieurs inquiétudes légitimes<sup>888</sup>, à délier les conditions d'obtention de l'avancement des magistrats de la séparation des pouvoirs, ou, plus précisément, avoir réussi à imposer le respect de celle-ci au stade de l'avancement, dans la mesure où tout mouvement est conditionné à une demande par le magistrat intéressé.

Mais l'indépendance des juridictions peut également être atteinte par celui qui « tient les cordons de la bourse »<sup>889</sup>. Si la jurisprudence du Conseil sur le traitement des magistrats est relativement réduite, le principe demeure toutefois clairement exprimé : « des dispositions de nature pécuniaire ne [sauraient] comporter des règles de nature à porter atteinte à l'indépendance des magistrats »<sup>890</sup>. Il jugeait en l'espèce que les dispositions instaurant une différence de traitement entre, d'une part, les magistrats « qui n'entendent pas [...] embrasser la carrière judiciaire », qui perçoivent une indemnité dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, et, d'autre part, les « magistrats de carrière », qui bénéficient d'un traitement fixé par décret en Conseil des ministres, « ne portent pas atteinte au principe de l'indépendance des magistrats »<sup>891</sup>. Au-delà de ne bénéficier d'aucune autonomie financière<sup>892</sup>, l'indépendance des juges n'est donc pas absolue au stade de leur rémunération, du moins pas autant que celle des organes et autorités « politiques ». La réglementation du traitement accordé aux juges ne saurait cependant complètement se passer de l'exigence d'indépendance attachée à l'existence même de leur statut. Au demeurant, le régime de rémunération des magistrats ne saurait dépendre de leur situation professionnelle : qu'il soit ou non en service extraordinaire, un même magistrat appelé « à exercer les mêmes fonctions » que le personnel « ordinaire » ne saurait voir le montant et les conditions de perception de sa rémunération varier au gré des volontés manifestées par décret en Conseil d'Etat<sup>893</sup>. C'est donc encore une fois dans la loi organique, auquel le Conseil impose le respect des principes d'indépendance et de séparation des pouvoirs<sup>894</sup>, que résident les garanties de l'indépendance des juges.

Dans le même esprit, le principe d'indépendance ne saurait conduire le Conseil à admettre un conflit de statuts. Reconnaisant pour la première fois la valeur constitutionnelle de l'indépendance des « magistrats appelés à siéger dans des juridictions »<sup>895</sup>, il considérait très tôt que celle-ci était susceptible d'être méconnue lorsque plusieurs personnes, même appartenant au corps judiciaire, pouvaient, en participant aux délibérés de certains tribunaux judiciaires, faire pression sur leurs magistrats et ainsi influencer sur le sens de leurs décisions. Il dégagait alors une « indépendance de principe » des juridictions, ayant vocation à protéger l'activité juridictionnelle d'une quelconque influence, même légère : « l'indépendance d'un magistrat n'est guère assurée par le caractère collectif de la sentence. [...] [S]'il a été l'objet d'une pression, [...] où est la garantie de son indépendance ? »<sup>896</sup>. Aussi, face à une « note en défense » qui « plaide la *compétence* alors que notre propos est *l'indépendance* »<sup>897</sup>, le Conseil a déclaré que « la participation des auditeurs de justice, avec voix délibérative, à l'activité juridictionnelle d'un tribunal de grande instance [...] est incompatible, eu égard au statut particulier desdits auditeurs, avec le principe de l'indépendance des juges tel qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution »<sup>898</sup>. L'indépendance prévaut donc sur la compétence, la seconde ne pouvant exister, ou être correctement et pleinement exercée, sans la première.

<sup>886</sup> *Ibid.*, cons. 51 à 53. – C. const., n° 2001-445 DC, *op. cit.*, cons. 23. – C. const., n° 2016-732 DC, *op. cit.*, § 15.

<sup>887</sup> CSM, Rapport d'activité 2018, *Doc. fr.*, 2019, p. 183.

<sup>888</sup> JACQUIN (J.-B.), « L'inquiétant turnover des magistrats », *Le Monde*, 5 mai 2016. – DE SENNEVILLE (V.), « Faut-il revenir sur la mobilité des magistrats spécialisés ? », *Les Echos*, 14 déc. 2015.

<sup>889</sup> ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op. cit.*, p. 514.

<sup>890</sup> C. const., n° 94-355 DC, *op. cit.*, cons. 17.

<sup>891</sup> *Ibid.*, cons. 20.

<sup>892</sup> V. toutefois l'objection que soulève C. const., n° 2011-642 DC, *op. cit.*, cons. 6 à 8.

<sup>893</sup> C. cons., n° 92-305 DC, *op. cit.*, cons. 72.

<sup>894</sup> C. const., n° 98-396 DC, *op. cit.*, cons. 3.

<sup>895</sup> C. const., n° 70-40 DC, *op. cit.*, cons. 2.

<sup>896</sup> Compte-rendu de la séance du 9 juill. 1970, *op. cit.*, p. 8 et 12-13.

<sup>897</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>898</sup> C. const., n° 70-40 DC, *op. cit.*, cons. 4.

Sur ce point, l'indépendance des juridictions impose même une compétence exclusive et insubordonnée de ces dernières, y compris dans des « missions » non directement rattachables à l'exercice de la fonction juridictionnelle, dès lors que ces missions peuvent conduire à la mise en marche de celle-ci. Admettant que la Cour des comptes est une juridiction administrative, et après avoir rappelé que « la Constitution garantit son indépendance par rapport au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif », le Conseil déclare ainsi que si certaines de ses missions, notamment de vérification des comptes et de la gestion, « ne revêtent pas un caractère juridictionnel, elles peuvent révéler des irrégularités appelant la mise en œuvre d'une procédure juridictionnelle », concluant que l'obligation posée par la loi organique alors examinée de communiquer le projet de son programme de contrôles aux présidents et aux rapporteurs généraux des commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat chargées des finances, ainsi que la possibilité offerte à ces derniers de présenter leurs avis sur ce projet, « sont de nature à porter atteinte à son indépendance »<sup>899</sup>. La loi organique est par suite déclarée contraire à la Constitution. En apportant une réponse classique (au regard de sa jurisprudence) à « un autre problème de séparation des pouvoirs »<sup>900</sup>, le Conseil constitutionnel fait de l'activité des juridictions leur seule activité, et l'activité des juridictions seules. En libérant ces dernières de toute influence susceptible de dégénérer en ingérence dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, le Conseil constitutionnel consacre le caractère absolu de l'indépendance des juridictions. Mieux encore, il les place, une fois de plus, à l'interface entre les différents organes et fonctions de l'Etat, ce qu'il a très clairement affirmé à l'égard de la même Cour des comptes : interprétant l'article 47 de la Constitution, qui disposait (avant 2008, aujourd'hui article 47-2) que « la Cour des comptes assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'application des lois de finances », comme habilitant la Cour des comptes à « faire en sorte que l'équilibre voulu par le constituant ne soit pas faussé au détriment de l'un de ces deux pouvoirs »<sup>901</sup>, le Conseil constitutionnel faisait de ce juge administratif un des garants de la séparation des pouvoirs, ou mieux encore, de l'équilibre des pouvoirs, là où il peut en exister un. L'indépendance des juges, longtemps conçue comme étroitement liée, voire indissociable d'une spécialisation fonctionnelle intransigeante, ouvre donc la voie vers une collaboration des pouvoirs et une certaine forme de balance institutionnelle venant ainsi parfaire leur attraction dans l'exercice des fonctions législative et exécutive. De ce fait, nul doute que le juge « participe de la fonction de conservation de la constitution »<sup>902</sup> en veillant à l'équilibre des pouvoirs, tout en demeurant un frein essentiel de la frénésie normative d'une puissance étatique une fois pour toute assimilée à une activité de production du droit.

---

<sup>899</sup> C. const., n° 2001-448 DC, *op. cit.*, cons. 105 et 106.

<sup>900</sup> *Ibid.*, comm. off., p. 7.

<sup>901</sup> C. const., n° 2001-448 DC, *op. cit.*, cons. 107.

<sup>902</sup> SAINT-BONNET (F.), « L'"autre" séparation des pouvoirs de Montesquieu », *op. cit.*, p. 58.

## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Entendue dans son sens moderne, qui n'est pas toujours en accord avec le droit positif, la séparation des pouvoirs représente un des principes directeurs de l'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Si l'attachement de ce dernier à un certain modèle de séparation des pouvoirs, celui d'une spécialisation fonctionnelle étanche et asymétrique, paraît dominer tout le contentieux constitutionnel, une très large partie de ses décisions, rendant celle-ci impossible sans le respect d'une indépendance organique absolue, ne semble pas vouloir, ou même pouvoir, définir l'organe par la fonction, ou inversement : ni le critère organique ni le critère fonctionnel ne paraît dominer, dans l'ensemble, la jurisprudence constitutionnelle – ce qui est certes moins vrai dans certains cas particuliers. De manière générale, ceux-ci sont toujours vus, ou du moins présentés comme un tout par le Conseil constitutionnel, l'un n'existant pas sans l'autre. Dans ce cadre, les différentes appréhensions de la séparation des pouvoirs par les prétendus Sages du Palais Royal semblent essentiellement se ramener à une classification tripartite des conceptions qu'ils adoptent d'un tel principe.

La première, qui couronne et constitue le point de départ nécessaire des deux autres, vient d'être exposée ; elle consiste en une étroite association entre une rigide spécialisation fonctionnelle, c'est-à-dire un mode de répartition des compétences où une autorité (ou un groupe d'autorités) ne peut prendre part, de façon décisionnelle ou non, à l'exercice de celles confiées à une autre autorité sans habilitation constitutionnelle expresse (et encore), et une indépendance absolue interdisant toute influence quelconque sur l'exercice de ces compétences. Si le caractère asymétrique de l'appréhension de la séparation des pouvoirs par le Conseil constitutionnel a été tant décrié, c'est bien car cette règle de principe n'est appliquée qu'à l'égard de certaines autorités, et avec un degré variable d'exigence : là où le Parlement ne peut participer qu'à l'exercice de la fonction législative – la seule possibilité lui étant reconnue de participer à l'exercice de la fonction exécutive étant de renverser le Gouvernement, hypothèse que le Conseil a contribué à raréfier, la participation des autorités exécutives à cette même fonction a été largement encouragée, voire magnifiée. De même, le Conseil affiche une certaine persistance à perpétuer de grands idéaux de la tradition publiciste française : en affirmant le plus clairement possible un tel lien entre séparation fonctionnelle et organique à l'égard des juridictions, il contribue à faire de « la Justice [...] un troisième pouvoir, *irréductible aux autres, singulier par le statut de ceux qui l'exercent et par les formes dans lesquelles il s'accomplit, vainquant toute tentative de résistance à ses qualités intrinsèques*, comme le flot de la marée fait depuis la nuit des temps le même va-et-vient que lui dictent les astres, et emportant chaque fois sur son passage les faibles digues que l'homme croit pouvoir dresser à l'encontre de son action »<sup>903</sup>. Dérogeant aux règles d'action qu'il a posées en leur ouvrant la voie vers l'exercice des fonctions législative et exécutive, à l'égard desquelles elles constituent, avec le Conseil constitutionnel lui-même, un organe partiel des organes complexes auxquels sont confiées ces fonctions, le Conseil a progressivement rendu envisageable la mutation de cette règle de principe, celle consistant en une séparation absolue des pouvoirs, en un principe d'équilibre exceptionnel des pouvoirs, élevant les autorités juridictionnelles au rang de véritable contre-pouvoir.

En dehors de ces rares et relativement récentes hypothèses de balance des pouvoirs, la deuxième conception de la séparation des pouvoirs adoptée par le Conseil constitutionnel, toujours dans le cadre de ces théories « modernes », projette une certaine vision jusque-là ignorée par ces dernières, et par celles qui les ont précédées. Ici résident les éléments d'une véritable redéfinition des pouvoirs. Celle-ci consiste en une déformation de la séparation des pouvoirs pour en faire découler un certain nombre d'exigences propre à la jurisprudence constitutionnelle, à l'instar de cette séparation « *intra* pouvoirs » ordonnant une répartition constitutionnelle des compétences tant entre les différentes juridictions qu'au sein d'une même juridiction, ou de l'autonomie financière des « pouvoirs publics constitutionnels » qui transforme, étend... les multiples sens pouvant être attribués à la séparation des pouvoirs, sans toutefois rendre cette interprétation du principe

---

<sup>903</sup> PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, op. cit., p. 449.

incompatible avec la règle négative commandant le non-cumul des fonctions étatiques par une même autorité ou organe, ou incompatible avec un quelconque sens positif de la séparation des pouvoirs.

Enfin, la troisième conception qu'adopte le Conseil constitutionnel de la séparation des pouvoirs est assimilable à une théorie « anti-séparation des pouvoirs ». Celle-ci est effectivement mobilisée dans un sens contraire à toute définition possible et imaginable de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire dans le sens d'une concentration du pouvoir et d'un refus de tout contrôle parlementaire de l'action des autorités exécutives. Ne permettant pas que puisse s'opposer aux facultés étendues de statuer de ces dernières une quelconque faculté d'empêcher qui permettrait au pouvoir d'arrêter le pouvoir, le Conseil pousse la logique de spécialisation et d'indépendance à son extrême, dans la mesure où elle laisse les autorités exécutives seuls maîtres de leur organisation, de leur fonctionnement et de leur action. N'ayant aucun compte à rendre à la représentation nationale, celles-ci bénéficient d'une protection maximale de la séparation des pouvoirs telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel, les autorités parlementaires, et plus généralement le Parlement, ne bénéficiant que d'une protection minimale. Ainsi la redéfinition de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'accompagne-t-elle d'une destruction de la séparation des pouvoirs par le même Conseil.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

La séparation des pouvoirs ne ressort pas intacte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Sa consécration en tant que principe juridique servant d'authentique norme de référence au contrôle de constitutionnalité a cependant dû attendre vingt ans à partir des premières décisions du Conseil pour avoir lieu. Dans le laps de temps les séparant, le Conseil constitutionnel s'est imprégné d'une certaine conception de la séparation des pouvoirs, que l'ensemble de ses décisions transcrivait, celle définie par l'ensemble des dispositions de la Constitution de la Ve République et à défaut, celle qui résultait de l'étude de l'intention de ses rédacteurs. Son rôle de protecteur d'un exécutif revalorisé et de censeur des assemblées, astreintes – par lui – au respect des règles du parlementarisme rationalisé, le conduisait ainsi à mettre en œuvre une certaine conception de la séparation des pouvoirs qu'il adoptait plus qu'il ne choisissait. Lors de cette période, la proclamation de certains avatars positifs du principe de la séparation des pouvoirs, tel le principe de séparation des compétences législative et réglementaire, a dessiné une grande partie des lignes d'action réglant l'essentiel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel encore aujourd'hui. Une remarquable constance doit être reconnue à cette dernière eu égard au refus que le Conseil constitutionnel a toujours opposé, de ses premières à ses plus récentes décisions, au contrôle de l'action gouvernementale par une autorité parlementaire quelconque, hors des seules conditions et procédures prévues par la Constitution. Le modèle de séparation des pouvoirs construit sur une jurisprudence attachée à une exigence de stricte conformité à la Constitution des dispositions contrôlées a donc permis de conserver une partie du contenu attribuable à la séparation des pouvoirs en 1958. De ce point de vue, si une Constitution n'est qu'une séparation des pouvoirs, alors la jurisprudence du Conseil n'est que l'ensemble des paroles prononcées par la bouche de la Constitution, rendant inconcevable toute redéfinition – complète – de la séparation des pouvoirs par le « Haut » Conseil.

Cependant, dès lors qu'il décidait de se livrer à l'interprétation de la Déclaration des droits, il vouait sa jurisprudence à devoir traiter le concept de séparation des pouvoirs exclusivement comme un concept formel, ou, mieux encore, comme un principe juridique. Il a dès lors subsumé sous ce dernier plusieurs contenus, adaptés ou non aux nécessités de son époque, dont la formulation précise n'a, dans l'ensemble, pas connu d'innovation majeure depuis leurs premières apparitions. Ainsi, sans que le Conseil n'en ait jamais fourni de définition quelconque, la séparation des pouvoirs s'est vue attribuer une consistance opératoire, qu'elle soit fournie implicitement ou (plus rarement) explicitement par le Conseil dans ses décisions prenant un tel principe comme fondement de l'argumentation qu'il y expose, ou qu'elle soit construite par la doctrine prenant en compte la jurisprudence constitutionnelle pour formuler certaines théories de la séparation des pouvoirs. Si les interprétations qu'en donne le Conseil constitutionnel aboutissent à conférer à cette dernière plusieurs significations qui ne lui avaient pas été assignées jusque-là, en raison soit d'un rattachement à certaines exigences que le droit positif ou la science du droit ignoraient ou excluaient de toute étude sur la séparation des pouvoirs, soit d'un libre choix du Conseil de « retourner le principe de séparation des pouvoirs contre lui-même »<sup>904</sup> en fixant des règles dont l'application aboutit à amplifier, voire à imposer une logique de confusion des pouvoirs, un certain égard doit être porté à la mise à l'écart de la rigidité qualifiant la quasi-totalité de ses appréhensions de la séparation des pouvoirs pour laisser place à un plus ou moins épisodique équilibre des pouvoirs que sa jurisprudence reconnaît ou introduit en invitant les juges dans l'exercice partagé des autres fonctions que celle qui leur est reconnue en propre. Au-delà de soumettre la séparation des pouvoirs à deux mouvements contraires marqués à la fois par une certaine forme de retour en arrière et par une modernisation de celle-ci, la jurisprudence du Conseil constitutionnel lui donne donc un contenu et une signification propres comme principe susceptible d'être interprété selon les besoins, à la manière d'un dogme aux fondements indiscutables, pourtant à même de fonder toute argumentation et toute décision. La séparation des pouvoirs n'est plus un simple précepte d'art politique, mais une véritable norme juridique invoquée ou construite par le Conseil constitutionnel pour imposer le respect d'une constitution idéale.

---

<sup>904</sup> BEAUD (O.), « La séparation des pouvoirs une nouvelle fois dénaturée », *op. cit.*, p. 137.

## BIBLIOGRAPHIE

### ❖ OUVRAGES

#### *Ouvrages généraux*

- BARANGER (D.), *Le droit constitutionnel*, PUF, « Que sais-je ? », 6e éd., 2013, 128 p.
- CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, LGDJ, 10e éd., 2001, 493 p.
- CHAGNOLLAUD (D.), *Droit constitutionnel contemporain*, T. I, Dalloz, « Cours », 10e éd., 2019, 546 p.
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, T. I, Paris, Fontemoing & Cie, 1911, 570 p.
- ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Sirey, 6e éd., 1914, 1246 p.
- HAURIOU (M.) :
  - *Principes de droit public*, Sirey, 1910, réed. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2010, 734 p.
  - *Principes de droit public*, Sirey, 2e éd., 1916, 828 p.
  - *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 11e éd., 1927, 1068 p.
  - *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2nde éd., 1929, réed. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2nde éd., 2015, 759 p.
- LOCKE (J.), *Traité du gouvernement civil*, Flammarion, « GF », 1999, 383 p.
- MACAREL (L.-A.), *Cours de droit administratif*, T. I, Paris, Gustave Thorel, 1844, 696 p.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, réed. Gallimard, « Folio essais », T. I et T. II, 1995, 604 et 1056 p.
- PIERRE (E.), *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Librairies-imprimeries réunies, 5e éd., 1924, 1431 p.
- PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, LexisNexis, « Manuels », 2e éd., 2018, 1647 p.

#### *Ouvrages spécialisés, monographies, colloques, ouvrages collectifs*

- CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920 et 1922, réed. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2004, 1475 p.
- CHAGNOLLAUD (D.) et TROPER (M.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, T. I, Dalloz, « Traités Dalloz », 2012, 816 p.
- DRAGO (G.), FRANÇOIS (B.) et MOLFESSIS (N.) (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, « Etudes juridiques », 1999, 415 p.
- FAVOREU (L.), *La Politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Economica, 1988, 153 p.
- FAVOREU (L.) et PHILIP (L.) :
  - *Le Conseil constitutionnel*, PUF, « Que sais-je ? », 7e éd., 2005, 128 p.
  - *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, « Grands arrêts », 14e éd., 2007, 1035 p.
  - *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, « Grands arrêts », 19e éd., 2018, 1026 p.
- FRANÇOIS (B.), *Le régime politique de la Ve République*, La Découverte, « Repères », 2011, 128 p.
- GENEVOIS (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, STH, 1988, 406 p.
- KELSEN (H.), *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, Sirey, 2e éd., 1932, réed. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2004, 120 p.
- OSBORNE (D.) et GAEBLER (T.), *Reinventing Government : how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*, Plume, 1993, 432 p.
- PARIENTE (A.) (dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz,

« Thèmes & commentaires », « Etudes », 2007, 153 p.

- PIKETTY (T.), *Le capital au XXIème siècle*, Seuil, « Les livres du nouveau monde », 2013, 969 p.
- RAIBAUT (J.) et KRYNEN (J.) (dir.), *La légitimité des juges*, Presses Toulouse 1, « Travaux de l'IFR », 2004, 224 p.
- ROBERTO GRAU (E.), *Pourquoi j'ai peur des juges. L'interprétation du droit et les principes juridiques*, Kimé, 2014, 204 p.
- ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique*, Seuil, « Les livres du nouveau monde », 2008, 384 p.
- TARDIEU (A.), *La Profession parlementaire*, Flammarion, 1937.
- TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, « Léviathan », 1994, 360 p.
- WEBER (M.), *Wirtschaft und Gesellschaft.*, Vol. I, Tubingue, J.C.B. Mohr, 1947, 385 p.
- WIEVIORKA (M.), *Rendre (la) justice*, Sciences Humaines, « Les entretiens d'Auxerre », 2013, 282 p.

## ❖ THÈSES

- BOUCOBZA (I.), *La fonction juridictionnelle, contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse Paris X Paris Nanterre, 2003, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2005, 449 p.
- DISANT (M.), *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, thèse Lille II, 2008, LGDJ, « Thèses », « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2010, 888 p.
- GEORGOPOULOS (T.), *La séparation horizontale des pouvoirs en France et en Allemagne à l'épreuve du droit communautaire : la fonction de contre-pouvoir*, thèse Aix-Marseille III, 2003, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2005, 658 p.
- LAINÉ (J.), *Empirisme et conceptualisme en droit constitutionnel*, thèse Lille II, 2011, 660 p. [<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01681198/document>].
- MATHIEU (C.), *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse Montpellier, 2015 [<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01372786/document>].
- MUHINDO MALONGA (T.), *Le contrôle juridictionnel des pouvoirs publics et la séparation des pouvoirs. L'affirmation du juge dans le parlementarisme en France*, thèse Toulouse I, 2005, 429 p.
- RICHIR (I.), *Le Président de la République et le Conseil constitutionnel*, thèse Paris X Paris Nanterre, 1997, PUF, « Les grandes thèses du droit français », 1998, p. 183.
- TROPER (M.), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, thèse Paris, 1967, LGDJ, 1973, rééd. LGDJ, « Anthologie du droit », 2014, 254 p.

## ❖ ENCYCLOPÉDIES ET CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS

- BONNARD (R.), « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Edouard Duchemin, 1977, p. 1-29.
- CONDÉ (L.), « La prohibition des arrêts de règlement. Le mode juridictionnel », *JCl. Civil Code*, art. 5, Fasc. unique, 2014.
- EISENMANN (C.), « L'"Esprit des lois" et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Edouard Duchemin, 1977, p. 163-192.
- GICQUEL (J.), « Le problème de la réforme de l'Etat en France en 1934 », in GICQUEL (J.) et SFEZ (L.), *Problèmes de la réforme de l'Etat en France depuis 1934*, PUF, 1965, 296 p.
- MACHELON (J.-P.), « L'organisation du travail parlementaire », in MAYEUR (J.-M.), CHALINE (J.-P.) et CORBIN (A.) (dir.), *Les Parlementaires de la Troisième République*, Publications de la Sorbonne, 2003, p. 327-343.
- ROBLOT-TROIZIER (A.), « La séparation des pouvoirs », in VERPEAUX (M.), DE MONTALIVET

(P.), ROBLOT-TROIZIER (A.) et VIDAL-NAQUET (A.), *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, « Thémis », 2011, p. 115-131.

- VERPEAUX (M.), « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs : compétence juridictionnelle », *Rép. cont. admin.*, 2011.

## ❖ ARTICLES DE REVUES

- AMÉDRO (J.-F.), « L'évaluation des politiques publiques : structure et portée constitutionnelle d'une nouvelle fonction parlementaire », *RDP*, 2013, n° 5, p. 1137.
- AMELLER (M.), « Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel », Exposé à l'occasion d'une rencontre organisée à Istanbul en mai 1998 par l'OCDE [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/principes-d-interpretation-constitutionnelle-et-autolimitation-du-juge-constitutionnel>].
- APCHAIN (H.), « Retour sur la notion de bonne administration de la justice », *AJDA*, 2012, n° 11, p. 587.
- ARDANT (P.), « L'article 5 et la fonction présidentielle », *Pouvoirs*, n° 41, 1987, p. 37-62.
- AROMATARIO (S.), « La dérive des institutions vers un régime présidentiel », *RDP*, 2007, n° 3, p. 731.
- ARRIGHI DE CASANOVA (J.) :
  - « Pouvoir normatif du Conseil constitutionnel et stabilité de la norme », *C.C.C.*, n° 24, 2008 [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/pouvoir-normatif-du-conseil-constitutionnel-et-stabilite-de-la-norme>].
  - « Le juge des actes préparatoires à l'élection », *N.C.C.C.*, n° 41, 2013, p. 7-16.
- ARTUR (E.), « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP*, 1900, n° 13, p. 214-246 et 470-496, et n° 14, p. 236-280 et 436-505.
- AVRIL (P.) et GICQUEL (J.), « Droit d'amendement : la fin des "limites inhérentes" », *LPA*, 2001, n° 139, p. 5.
- AVRIL (P.) :
  - « Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 89-99.
  - « L'introuvable contrôle parlementaire », *LPA*, 2009, n° 140, p. 7.
  - « Le Conseil constitutionnel est-il toujours le bras armé du gouvernement dans le parlementarisme rationalisé ? », *N.C.C.C.*, n° 50, 2016, p. 39.
  - « De la domination présidentielle sous la Ve République », *Le Débat*, n° 206, 2019, p. 73-83.
- BACHSCHMIDT (P.) :
  - « Refus par le gouvernement de l'audition d'un ministre par une commission parlementaire », *Constitutions*, 2012, n° 3, p. 423.
  - « Le Conseil constitutionnel accentue son contrôle sur les règlements des assemblées parlementaires », *Constitutions*, 2015, n° 1, p. 41.
  - « A chaque pouvoir sa conception de la séparation des pouvoirs... », *Constitutions*, 2017, n° 3, p. 399.
  - « Quelques considérations d'actualité sur la procédure des commissions d'enquête », *Constitutions*, 2018, n° 4, p. 506
  - « Nouvelle expression de la jurisprudence restrictive et constante du Conseil constitutionnel en matière de séparation des pouvoirs », *Constitutions*, 2019, n° 3, p. 345.
- BARANGER (D.) :
  - « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 7, 2012 [<http://juspoliticum.com/article/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-478.html>].
  - « L'affaire Benalla et la Constitution : le Sénat, organe de contrôle politique de l'exécutif », *JP Blog*, 23 sept. 2018 [<http://blog.juspoliticum.com/2018/09/23/laffaire-benalla-et-la-constitution-le-senat-organe-de-controle-politique-de-lexecutif/>].

- BARBERIS (M.), « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 5-15.
- BARQUE (F.), « Le Conseil constitutionnel et la sincérité de la loi de règlement », *JCP A*, 2009, n° 45, p. 2254.
- BAUME (S.), « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 17-27.
- BARRUÉ-BELOU (R.), « Le développement des références juridictionnelles dans les visas du Conseil constitutionnel : vers une fonction de Cour suprême ? », *RFDC*, n° 106, 2016, p. 259-282.
- BÉAL-LONG (J.), « Le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle constante en QPC », *RFDC*, n° 105, 2016, p. e1-e28.
- BEAUD (O.) :
  - « La responsabilité politique face à d'autres formes de responsabilité de gouvernants », *Pouvoirs*, n° 92, 2000, p. 17-30.
  - « Ordre constitutionnel et ordre parlementaire », *Droits*, n° 33, 2001, p. 73-96.
  - « La controverse doctrinale autour de la responsabilité pénale du Président de la République », *RFDA*, 2001, n° 6, p. 1187.
  - « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits*, n° 37, 2003, p. 149-172.
  - « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *Jus Politicum*, n° 3, 2009, [<http://juspoliticum.com/article/L-histoire-du-concept-de-constitution-en-France-De-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l-Etat-140.html>].
  - « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 47-59.
  - « La séparation des pouvoirs une nouvelle fois dénaturée », *AJDA*, 2013, n° 3, p. 137.
  - « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 9, 2013 [<http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-et-le-traitement-du-president-de-la-republique-une-heresie-constitutionnelle-A-propos-de-la-decision-du-9-aout-2012-660.html>].
  - « Les mots pour le dire : autorité, pouvoir, dans le débat actuel », *Après-demain*, n° 41, 2017, p. 3-4.
  - « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *Jus Politicum*, n° 20-21, juill. 2018 [<http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-sur-la-souverainete-et-ses-approximations-1238.html>].
- BENETTI (J.) :
  - « L'impact du fait majoritaire sur la nature du régime (Réflexions sur le régime parlementaire de la Ve République) », *LPA*, n° 138, 2008, p. 20.
  - « Un président ne devrait pas être destitué pour ça », *Constitutions*, 2016, n° 4, p. 586
- BERGOUGNOUS (G.) :
  - « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *N.C.C.C.*, n° 38, 2013, p. 7.
  - « La relecture de la Constitution à la lumière de la révision de 2008 par le Conseil constitutionnel, gardien vigilant de l'équilibre des institutions », *Constitutions*, 2015, n° 1, p. 35.
- BEZZINA (A.-C.), « À propos d'un nouveau moyen d'ordre public : l'autorité absolue des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel », *JCP A*, 2014, n° 16, p. 2124.
- BINCZAK (P.), « Le Conseil constitutionnel et le droit d'amendement : entre "errements" et malentendus », *RFDC*, n° 47, 2001, p. 479-528.
- BLACHÈR (P.) :
  - « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 17-28.
  - « Les pouvoirs discrétionnaires du chef de l'État, sources de la présidentialisation du régime », *LPA*, 2008, n° 138, p. 5.
  - « Le président de la République et le Gouvernement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *N.C.C.C.*, n° 50, 2016, p. 29-38.
- BOUCOBZA (I.), « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 73-87.
- BOUDON (J.) :
  - « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », *RFDC*, n° 78, 2009, p. 247-267.

- « Les systèmes "mixtes" et la catégorie des régimes "semi-présidentiels". La qualification constitutionnelle de la Ve République », *Historia et ius*, 2018, n° 13, paper 12.
- « Les faux-semblants de la séparation des pouvoirs », *Titre VII*, n° 3, 2019, p. 34-41.
- BOULOUIS (J.), « Le défenseur de l'Exécutif », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 33-40.
- BOUQUET (B.), « La complexité de la légitimité », *Vie sociale*, n° 8, 2014, p. 13-23.
- BOURETZ (P.), « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge », *Pouvoirs*, n° 74, 1995, p. 72-83.
- BÜCK (V.), « L'indépendance de la Cour de cassation à l'égard du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2002, n° 2, p. 676.
- CAMBY (J.-P.), « Les archives du Conseil constitutionnel : déclaration d'indépendance », *LPA*, 2008, n° 192, p. 6.
- CANIVET (G.) :
  - « Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *C.C.C.*, n° 16, 2004 [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-juge-judiciaire-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel>].
  - « Les limites de la mission du juge constitutionnel », *Cités*, n° 69, 2017, p. 41-58.
- CARCASSONNE (G.), « A propos du droit d'amendement : les errements du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 41, 1987, p. 163-170.
- CARIUS (M.), « La responsabilité de l'Etat du fait d'un rapport d'enquête parlementaire », *RFDA*, 2005, n° 3, p. 577.
- CASSARD-VALEMBOIS (A.-L.), « Le "verrou de Bercy" n'a pas sauté ! », *AJDA*, 2016, n° 34, p. 1925.
- CASSIA (P.), « L'article 20 de la Constitution, marqueur de la dépendance des magistrats du parquet ? », *Rec. Dalloz*, 2018, n° 1, p. 1.
- CASTAING (C.), « La ratification implicite des ordonnances de codification. Haro sur "La grande illusion" », *RFDC*, n° 58, 2004, p. 275-304.
- CHAGNOLLAUD (D.), « Un coup d'Etat juridique ? », *Rec. Dalloz*, 2011, n° 21, p. 1426.
- CHALTIEL (F.), « La loi organique relative aux articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution devant le Conseil constitutionnel : revalorisation du Parlement ou protection du gouvernement ? », *LPA*, 2009, n° 106, p. 4.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Les clairs-obscur de la décision du 13 janvier 2005 », *AJDA*, 2005, n° 16, p. 905.
- CHAMUSSY (D.), « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », *N.C.C.C.*, n° 38, 2013, p. 37-68.
- CHARITÉ (M.), « Quand le Conseil constitutionnel réécrit la loi », *AJDA*, 2018, n° 5, p. 261.
- CHÉNÉDÉ (F.) et DEUMIER (P.), « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *N.C.C.C.*, n° 39, 2013, p. 5-18.
- CHEVALLIER (J.) :
  - « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, p. 67
  - « Autorités administratives indépendantes et Etat de droit », *Civitas Europa*, n° 37, 2016, p. 143-154.
- COUTU (M.), « Légitimité et Constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », *Droit et société*, n° 56-57, 2004, p. 233-256.
- DE BÉCHILLON (D.), « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », *C.C.C.*, n° 24, 2008 [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/comment-encadrer-le-pouvoir-normatif-du-juge-constitutionnel>].
- DEBRÉ (J.-L.), « Justice et séparation des pouvoirs en droit constitutionnel français », Intervention lors de la deuxième conférence régionale du monde arabe, Doha, Qatar, 27 et 28 avr. 2008 [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/discours\\_interventions/2008/pdt\\_debre\\_doha\\_avril\\_2008.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/discours_interventions/2008/pdt_debre_doha_avril_2008.pdf)].

- DE LAMY (B.), « Indépendance des magistrats du parquet : la méthode Coué au Conseil constitutionnel », *RSC*, 2018, n° 1, p. 163.
- DELCAMP (A.), « Le Conseil constitutionnel et le Parlement », *RFDC*, n° 57, 2004, p. 37-83.
- DENQUIN (J.-M.) :
  - « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1, 2008 [<http://juspoliticum.com/article/Situation-presente-du-constitutionnalisme-Quelques-reflexions-sur-l-idee-de-democratie-par-le-droit-25.html>].
  - « La jurisprudence du conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus Politicum*, n° 7, 2012 [<http://juspoliticum.com/article/La-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-grandeur-ou-decadence-du-droit-constitutionnel-408.html>].
- DEROSIER (J.-P.), « Le Conseil constitutionnel, toujours gardien de l'exécutif... et garant de la démocratie », *JCP A*, 2015, n° 7, p. 2036.
- DE SAINT SERNIN (J.) :
  - « L'autonomie réglementaire sous la Ve République », *RFDC*, n° 113, 2018, p. 125-149.
  - « Le rejet de la déclaration de politique générale devant le Sénat », *JP Blog*, 21 juin 2019 [<http://blog.juspoliticum.com/2019/06/21/le-rejet-de-la-declaration-de-politique-generale-devant-le-senat-par-jean-de-saint-sernin/>].
- DESAULNAY (O.), « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *N.C.C.C.*, n° 30, 2011, p. 31-48.
- DEUMIER (P.) :
  - « Qu'est-ce qu'une loi ? – Ce n'est ni un programme politique, ni un règlement », *RTD Civ.*, 2005, n° 3, p. 564.
  - « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? », *RTD Civ.*, 2011, n° 1, p. 90.
- DISANT (M.), « Les effets dans le temps des décisions QPC », *N.C.C.C.*, n° 40, 2013, p. 63-82.
- DONNARUMMA (M.R.), « Le régime semi-présidentiel. Une anomalie française », *RFDC*, n° 93, 2013, p. 37-66.
- DRAGO (G.) :
  - « La confection de la loi sous la Ve République : pouvoir législatif ou fonction partagée ? », *Droits*, n° 43, 2006, p. 61-72.
  - « Le partage loi/règlement : un nouvel équilibre à construire », *LPA*, 2008, n° 254, p. 65.
  - « QPC et jurisprudence constante : fin de partie ? », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 158, p. 11.
  - « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 6, 2011, [<http://juspoliticum.com/numero/le-parlement-francais-et-le-nouveau-droit-parlementaire-apres-la-reforme-de-2008-37.html>].
  - « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC*, n° 102, 2015, p. 335-352.
- DRAGO (R.), « Le juge judiciaire, juge administratif », *RFDA*, 1990, n° 5, p. 757.
- DROBENKO (B.), « De la pérennité du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires », *LPA*, 2006, n° 179, p. 3.
- DUMORTIER (G.), « La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral : sous les pavés, la plage ? », *N.C.C.C.*, n° 41, 2013, p. 33-45.
- EPRON (Q.), « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA*, 2011, n° 5, p. 1007-1018.
- FAVOREU (L.) :
  - « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, p. 5-120.
  - « Le Conseil constitutionnel et le Président de la République dans le cadre de l'alternance (1981-1986) », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 187-198.
  - « Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas valeur constitutionnelle », *RFDA*, n° 1, 1987, p. 301.
  - « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, n° 2, p. 557-581.

- « L'application de l'article 62, alinéa 2, de la Constitution par la Cour de cassation », *Rec. Dalloz*, 2001, n° 33, p. 2683.
- « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la responsabilité pénale du président de la République », *Rec. Dalloz*, 2001, p. 3365.
- « De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République », *RFDC*, n° 49, 2002, p. 7-29.
- FELDMAN (J.-P.), « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *RFDC*, n° 83, 2010, p. 483-496.
- FOULQUIER (N.), « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum*, n° 2, 2009 [<http://juspoliticum.com/article/Maurice-Hauriou-constitutionnaliste-1856-1929-75.html>].
- FRAISSE (R.) :
  - « Le législateur et les juges en matière de responsabilité : duo ou duel ? », *AJDA*, n° 40, 2005, p. 2215.
  - « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *N.C.C.C.*, n° 44, 2014, p. 9-21.
  - « Loi de validation : pour un dialogue des juges renouvelé ? », *RJEP*, n° 723, 2014, p. 41.
- FRANÇOIS (B.), « La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 133-142.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Autorités administratives incomprises », *JCP A*, 2010, n° 49, p. 896.
- GALLOIS (J.), « Prescription de l'action publique : quand la Cour de cassation se prend pour le Conseil constitutionnel », *AJ Pénal*, 2011, n° 11, p. 516.
- GENEVOIS (B.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, p. 129-142.
- GICQUEL (J.-E.) :
  - « Le Conseil constitutionnel et le mandat parlementaire », *N.C.C.C.*, n° 38, 2013, p. 69-83.
  - « Le Conseil constitutionnel et la transparence de la vie publique », *JCP G*, 2013, n° 44-45, p. 2020-2022.
  - « La transparence et l'autonomie des assemblées parlementaires », *N.C.C.C.*, n° 59, 2018, p. 5-21.
- GLÉNARD (G.), « La conception matérielle de la loi revivifiée », *RFDA*, 2005, n° 5, p. 922.
- GOESEL-LE-BIHAN (V.) :
  - « La responsabilité du chef de l'Etat : et la jurisprudence du Conseil constitutionnel ? », *AJDA*, 2018, n° 33, p. 1865.
  - « La violation de la séparation des pouvoirs : quels fondements ? Quels griefs ? Retour sur une critique doctrinale », *Titre VII*, n° 3, 2019, p. 10-16.
- GOJOSSO (E.), « L'encadrement juridique du pouvoir selon Montesquieu. Contribution à l'étude des origines du contrôle de constitutionnalité », *RFDC*, n° 71, 2007, p. 499-512.
- GOYARD-FABRE (S.), « La légitimité », *Revue de Théologie et de Philosophie*, 1990, n° 2, p. 235-252.
- GRANGER (M.-A.), « La rénovation du droit d'amendement », *RFDC*, n° 75, 2008, p. 585-599.
- GUÉNA (Y.), « Le rôle du Conseil constitutionnel français », Exposé à l'occasion du 150e anniversaire de l'État fédéral suisse, 13 juin 1998, p. 16 [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/role\\_Conseil\\_constitutionnel\\_francais\\_guena\\_juin98.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/role_Conseil_constitutionnel_francais_guena_juin98.pdf)].
- GUÉRIN-BARGUES (C.), « Les nouveaux rapports entre pouvoirs à l'aune des affaires Fillon et Benalla : vers une multiplication des contrôles ? », *Titre VII*, n° 3, 2019, p. 24-33.
- GUETTIER (C.), « Le contrôle juridictionnel des actes du président de la République », *RDP*, 1998, n° 5-6, p. 1719-1747.
- GUILLAUME (M.), « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *N.C.C.C.*, n° 30, 2011, p. 49-75.
- GUILLOT (G.), « Autorité, respect et tolérance », *Les Sciences de l'éducation*, 2009, n° 3, p. 33-53.
- HAURIOU (M.), « Légitime défense de l'Etat et responsabilité sans faute », *Sirey*, 1923, n° 3, p. 57.

- JACQUELOT (F.), « L'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel par la loi organique et les règlements d'"auto-organisation" : de la dualité au dualisme », *LPA*, 2009, n° 151, p. 5.
- JAN (P.) :
  - « Le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 99, 2001, p. 71-86.
  - « Le Conseil constitutionnel et la nouvelle loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances », *AJDA*, 2002, n° 1, p. 59.
  - « La justice et le pouvoir politique : entre indépendance et influences », *Après-demain*, n° 41, 2017, p. 20-22.
- JOBERT (M.), « Le partage du pouvoir exécutif », *Pouvoirs*, n° 4, 1978, p. 7-15.
- JOINET (L.), « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *Communications*, n° 49, 1989, p. 213-224.
- JOUANJAN (O.), « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits*, n° 54, 2011, p. 27-48.
- JOUANJAN (O.) et WACHSMANN (P.), « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et le statut pénal du chef de l'Etat », *RFDA*, 2001, n° 6, p. 1169.
- KNAUB (G.), « Le Conseil constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'Etat », *RDP*, 1983, n° 2, p. 1149-1168.
- LAMARQUE (J.), « L'article 16 de la déclaration de 1789 », *Dr. fisc.*, 2015, n° 13, p. 232.
- LAQUIÈZE (A.), « Le modèle du régime présidentiel sous la Ve République », *Droits*, n° 43, 2006, p. 45-60.
- LE DIVELLEC (A.) :
  - « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? », *Jus Politicum*, n° 6, déc. 2011 [<http://juspoliticum.com/article/Vers-la-fin-du-parlementarisme-negatif-a-la-francaise-439.html>].
  - « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 123-140.
- LEMAIRE (E.), « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 7, 2012 [<http://juspoliticum.com/article/Dans-les-coulisses-du-Conseil-constitutionnel-403.html>].
- LE POURHIET (A.-M.), « Question prioritaire de constitutionnalité, démocratie et séparation des pouvoirs », *Constitutions*, 2011, n° 1, p. 47.
- LEROYER (S.), « La reconnaissance d'une responsabilité de l'Etat du fait des lois déclarées inconstitutionnelles : un cadeau empoisonné ? », *JP Blog*, 21 janv. 2020 [<http://blog.juspoliticum.com/2020/01/21/la-reconnaissance-dune-responsabilite-de-letat-du-fait-des-lois-declarees-inconstitutionnelles-un-cadeau-empoisonne-a-propos-des-arrets-ce-ass-24-decembre-2019-ste/>].
- LEVADE (A.), « La procédure de destitution du président de la République enfin applicable... ou presque », *JCP G*, 2014, n° 51, p. 2305-2309.
- LUCHAIRE (F.), « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *RDP*, 1979, n° 1, p. 27-52.
- MATHIEU (B.) :
  - « La part de la loi, la part du règlement », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 73-87.
  - « Le Conseil constitutionnel "législateur positif" ou la question de l'intervention du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative », *RIDC*, n° 2, 2010, p. 507.
  - « La QPC un an après. De quelques leçons, de quelques questions », *LPA*, 2011, n° 89, p. 61
- MAKOWIAK (J.), « L'amnistie en question », *RDP*, 2008, n° 2, p. 511.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 117-131.
- MESTRE (J.-L.), « A propos du fondement constitutionnel de la compétence de la juridiction administrative », *RFDA*, 2012, n° 02, 2012, p. 339.
- MEUNIER (J.), « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 29-40.
- MOLFESSIS (N.) :
  - « La Cour de cassation réfute l'existence d'un ordre constitutionnel », *RTD Civ.*, 2002, n° 1, p. 169.

- « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 89-101.
- « La jurisprudence supra-constitutionem », *JCP G*, 2010, n° 42, p. 1955-1962.
- MONTAY (B.), « Le pouvoir de nomination de l'Exécutif sous la Ve République », *Jus Politicum*, n° 11, 2013 [<http://juspoliticum.com/article/Le-pouvoir-de-nomination-de-l-Executif-sous-la-Ve-Republique-817.html>].
- MOREL (B.), « L'apport de l'analyse institutionnelle d'Hauriou à l'étude d'une fonction de contre-pouvoir du Conseil constitutionnel », *RDP*, n° 6, 2018, p. 1625.
- MOUTON (S.) :
  - « D'un dualisme à l'autre ? Les évolutions de la "conception française de la séparation des pouvoirs" dans le constitutionnalisme moderne », *Politeia*, n° 18, 2010, p. 153-179.
  - « La séparation des pouvoirs ? Du concept politique aux concrétisations juridiques », *RFDC*, n° 120, 2019, p. 825-842.
- OLIVA (E.), « Contrôle par le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité de la résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale en ce qu'elle concerne l'article 41 de la Constitution », *Rec. Dalloz*, 1997, n° 16, p. 125.
- PEZANT (J.-L.), « Loi/règlement, la construction d'un nouvel équilibre », *RFSP*, 1984, n° 4-5, p. 922-954.
- PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° HS, p. 6.
- PIMENTEL (C.M.), « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, n° 102, 2002, p. 119-131.
- PRIEUR (M.), « Commentaire de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du Code de l'environnement », *AJDA*, 2000, n° 12, p. 1030.
- PROTIÈRE (G.), « La modification du domaine de la loi, condition incertaine de la revalorisation du Parlement (L'article 34 de la Constitution) », *LPA*, 2008, n° 254, p. 47.
- QUILICHINI (P.), « Réguler n'est pas juger », *AJDA*, 2004, n° 20, p. 1060.
- QUIRINY (B.), « La métamorphose de l'article 41 de la Constitution », *RFDC*, n° 82, 2010, p. 313-328.
- RENARD-BIANCOTTO (S.), « Peut-on croire en une re-parlementarisation du régime de la Ve République ? », *LPA*, 1999, n° 202, p. 6.
- RENOUX (T.) :
  - « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », *Rec. Dalloz*, 1991, n° 25, p. 169.
  - « Justice et politique : pouvoir ou contre-pouvoir ? A propos des responsabilités pénales et politiques » : *JCP G*, n° 36, 1999, p. 161.
  - « Une nouvelle approche de l'indépendance des magistrats et de la séparation des pouvoirs », *Rec. Dalloz*, 2018, n° 18, p. 953.
- RIBES (D.), « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *C.C.C.*, n° 22, 2007, [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-realisme-du-conseil-constitutionnel>].
- RIVERO (J.), « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 5-16.
- ROBLOT-TROIZIER (A.) :
  - « Un concept moderne, séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 89-103.
  - « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 20-21, juill. 2018 [<http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-et-les-sources-du-droit-constitutionnel-1261.html>].
  - « La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles », *RFDA*, 2020, n° 1, p. 149.
- ROLAND (S.), « Les figures organiques de la légitimité dans la doctrine constitutionnelle de Montesquieu », *RFHIP*, n° 29, 2009, p. 3-75.
- ROSA (A.), « La référence aux travaux parlementaires dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : un instrument de renforcement de la légitimité du juge et du législateur », *RFDC*, n° 99, 2014, p. 641-664.

- ROUSSEAU (D.) :
  - « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus Politicum*, n° 7, mai 2012 [<http://juspoliticum.com/article/De-quoi-le-Conseil-constitutionnel-est-il-le-nom-446.html>].
  - « Le président peut-il être le "garant de l'indépendance" de l'autorité judiciaire ? », *Après-demain*, n° 41, 2017, p. 17-19.
  - « Faut-il tirer sur l'ambulance des concepts "classiques" du droit constitutionnel ? », *RFDC*, n° 120, 2019, p. 875-883.
- DELLA MORTE (G.), LAMBERT-ABDELGAWAD (É.), MARTIN-CHENUT (K.) et RUIZ FABRI (H.), « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et en droit constitutionnel comparé », *Archives de politique criminelle*, n° 28, 2006, p. 237-255.
- SACRISTE (G.), « La doctrine constitutionnelle et la loi au tournant du XXe siècle », *Parlement[s]*, n° 11, 2009, p. 40-52.
- SAUVÉ (J.-M.), « L'étendue et les limites du pouvoir du juge », Intervention à l'occasion d'un Colloque européen sur le juge et la politique, 31 oct. 2014.
- SAVONITTO (F.), « Un président enfin responsable politiquement. Enfin presque... », *Constitutions*, 2014, n° 4, p. 450.
- SEILLER (B.), « L'actualité de l'arrêt *Couitéas* », *RFDA*, 2013, n° 5, p. 1012.
- SERRAND (P.), « Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », *Jus Politicum*, n° 4, 2010 [<http://juspoliticum.com/article/Administrer-et-gouverner-Histoire-d-une-distinction-219.html>].
- SIMARD (A.), « Légalité et légitimité (d')après Max Weber », *Aspects sociologiques*, 2005, n° 1, p. 159-188.
- SOSOE (L.K.), « La légitimité est-elle possible par la simple légalité ? », *Les Cahiers de Droit*, 2001, n° 3, p. 883-904.
- STONE SWEET (A.), « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », *C.C.C.*, n° 25, 2009 [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-et-la-transformation-de-la-republique1>].
- STRAUSS (L.), « The place of agencies in government : separation of powers and the fourth branch », *Columbia Law Review*, 1984, n° 3, p. 573-669.
- SURIN (S.), « La légitimité interprétative du juge dans le procès constitutionnel », 2017 [<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01663454/document>].
- TALON (M.), « Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement : un mythe du droit constitutionnel », *RDP*, 2020, n° 1, p. 137.
- TILLI (N.), « La modulation dans le temps des effets des décisions d'inconstitutionnalité a posteriori », *RDP*, 2011, n° 6, p. 1591.
- TOULEMONDE (B.), note sous C. const., n° 72-73 L, 29 févr. 1972, *AJDA*, 1972, p. 642.
- TROPER (M.) :
  - « L'interprétation de la Déclaration des droits. L'exemple de l'article 16 », *Droits*, n° 8, 1988, p. 111-122.
  - « La Ve République et la séparation des pouvoirs », *Droits*, n° 43, 2006, p. 33-44.
  - « Le réalisme et le juge constitutionnel », *C.C.C.*, n° 22, 2007 [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-realisme-et-le-juge-constitutionnel>].
  - « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *C.C.C.*, n° 28, 2010.
  - « Séparation des pouvoirs », *Dictionnaire Montesquieu*, ENS Lyon, sept. 2016 [<http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376427308/fr/>].
  - « À quoi sert la séparation des pouvoirs ? Le point de vue de la théorie du droit », *Titre VII*, n° 3, 2019, p. 3-9.
- TUKOV (C.), « La 5e mue du Conseil constitutionnel ? Point sur l'État de droit et le gouvernement des juges », *JCP G*, 2013, n° 8, p. 220.

- TUSSEAU (G.), « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », *Droits*, n° 55, 2012, p. 41-84.
- VALLET (E.), « Les commissions d'enquête parlementaires sous la Cinquième République », *RFDC*, n° 54, 2003, p. 249-278.
- VEDEL (G.) :
  - « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, n° 8, 1954, p. 21-53.
  - « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990, p. 698.
  - « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, n° 2, p. 173.
  - « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », *C.C.C.*, n° 1, 1996 [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-legislatif-et-exces-de-pouvoir-administratif-i>].
  - « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (II) », *C.C.C.*, n° 2, 1997 [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-administratif-et-exces-de-pouvoir-legislatif-ii>].
- VERPEAUX (M.), « Le juge administratif, gardien du droit de propriété », *RFDA*, 2003, n° 6, p. 1096.
- WACHSMANN (P.) :
  - « Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », *Jus Politicum*, n° 21, 2018, [<http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-et-le-principe-de-separation-des-autorites-administrative-et-judiciaire-1252.html>].
  - « La séparation des pouvoirs contre les libertés ? », *AJDA*, n° 12, 2009, p. 617.

## ❖ CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

- Jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RFDC*, n° 57, 2004, p. 85-129.
- Jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RFDC*, n° 92, 2012, p. 851-904.
- Jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RFDC*, n° 96, 2013, p. 975-1012.
- Jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RFDC*, n° 114, 2018, p. 473-482.
- Jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RFDC*, n° 115, 2018, p. 603-666.

## ❖ ARTICLES DE PRESSE

- COLLET (M.), « Le Conseil constitutionnel teste sa légitimité », *Libération*, 21 mars 2013 [[https://www.liberation.fr/france/2013/03/21/le-conseil-constitutionnel-teste-sa-legitimite\\_890403](https://www.liberation.fr/france/2013/03/21/le-conseil-constitutionnel-teste-sa-legitimite_890403)].
- DE SENNEVILLE (V.), « Faut-il revenir sur la mobilité des magistrats spécialisés ? », *Les Echos*, 14 déc. 2015 [<https://www.lesechos.fr/2015/12/faut-il-revenir-sur-la-mobilite-des-magistrats-specialises-1109362>].
- JACQUIN (J.-B.), « L'inquiétant turnover des magistrats », *Le Monde*, 5 mai 2016 [[https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/05/06/l-inquietante-bougeotte-des-magistrats\\_4914624\\_1653578.html](https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/05/06/l-inquietante-bougeotte-des-magistrats_4914624_1653578.html)].

## ❖ JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

### *Sur les rapports entre le Parlement et les autorités exécutives*

- C. const., n° 59-2 DC, 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale*, *JO*, 3 juill. 1959, p. 6642.
- C. const., n° 59-5 DC, 15 janv. 1960, *Résolution modifiant les articles 95 et 96 du règlement de l'Assemblée nationale*, *JO*, 27 janv. 1960, p. 940.
- C. const., n° 61-3 FNR, 8 sept. 1961, *Proposition de loi déposée par M. Blondelle*, *JO*, 9 sept. 1961, p.

8427.

- C. const., n° 62-19 DC, 31 juill. 1962, *Résolution modifiant les articles 7 et 63 du règlement du Sénat*, JO, 5 août 1962, p. 7792.
- C. const., n° 63-25 DC, 21 janv. 1964, *Résolution modifiant les articles 36, 39, 41, 50, 134, 135, 136 et 137 du règlement de l'Assemblée nationale*, JO, 29 janv. 1964, p. 1066.
- C. const., n° 66-28 DC, 8 juill. 1966, *Résolution tendant à modifier les articles 18, 42, 54 et 60 du règlement du Sénat et à compléter celui-ci par l'adjonction d'un article 21 bis*, JO, 24 juill. 1966, p. 6376.
- C. const., n° 66-7 FNR, 21 déc. 1966, *Proposition de loi de M Baudis, député, telle qu'elle résulte du rapport de la commission spéciale, concernant l'indemnisation des dommages subis par les Français rapatriés d'outre-mer*, JO, 31 déc. 1966
- C. const., n° 69-37 DC, 20 nov. 1969, *Résolution modifiant et complétant le règlement de l'Assemblée nationale*, JO, 30 nov. 1969, p. 11682.
- C. const., n° 70-60 L, 23 févr. 1970, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 2, alinéa 2, de l'ordonnance du 23 octobre 1958, portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique*, JO, 1<sup>er</sup> mars 1970, p. 2117.
- C. const., n° 70-41 DC, 30 déc. 1970, *Loi de finances rectificative pour 1970 et notamment son article 6-1 relatif à l'agence nationale pour l'amélioration de l'habitat*, JO, 31 déc. 1970, p. 12322.
- C. const., n° 71-42 DC, 18 mai 1971, *Résolution tendant à modifier les articles 2, 3, 5, 6, 7, 8, 11, 13, 14, 17, 21, 22, 29, 32, 36, 42, 45, 59, 72 et 108 du règlement du Sénat, à le compléter par un article 29 bis et un article 109 et à abroger l'article 84 dudit règlement*, JO, 30 mai 1971, p. 5278.
- C. const., n° 72-73 L, 29 févr. 1972, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967*, JO, 18 mars 1972, p. 2849.
- C. const., n° 73-49 DC, 17 mai 1973, *Résolution tendant à modifier certains articles du règlement du Sénat*, JO, 27 mai 1973, p. 5759.
- C. const., n° 76-64 DC, 2 juin 1976, *Résolution tendant à modifier et à compléter certains articles du règlement du Sénat*, JO, 6 juin 1976, p. 3474.
- C. const., n° 76-73 DC, 28 déc. 1976, *Loi de finances pour 1977 et, notamment ses articles 16, 27, 28, 29, 37, 87, 61 par. VI*, JO, 29 déc. 1976, p. 7580.
- C. const., n° 76-72 DC, 12 janv. 1977, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issas*, JO, 13 janv. 1977, p. 343.
- C. const., n° 78-94 DC, 14 juin 1978, *Résolution tendant à modifier les articles 24, 39, 42, 44, 45 et 60 bis du règlement du Sénat*, JO, 15 juin 1978, p. 2396.
- C. const., n° 78-102 DC, 17 janv. 1979, *Loi portant approbation d'un rapport sur l'adaptation du VIIIe Plan*, JO, 19 janv. 1979, p. 174.
- C. const., n° 79-10 FNR, 26 avr. 1979, *Amendements au projet de loi relatif aux économies d'énergie*, JO, 27 avr. 1979.
- C. const., n° 79-104 DC, 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'État*, JO, 25 mai 1979.
- C. const., n° 81-136 DC, 31 déc. 1981, *Troisième loi de finances rectificative pour 1981*, JO, 1<sup>er</sup> janv. 1982, p. 150.
- C. const., n° 81-132 DC, 16 janv. 1982, *Loi de nationalisation*, JO, 17 janv. 1982, p. 299.
- C. const., n° 82-143 DC, 30 juill. 1982, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4*, JO, 31 juill. 1982, p. 2470.
- C. const., n° 84-170 DC, 4 juin 1984, *Loi portant ratification des ordonnances prises en application de la loi n° 83-332 du 22 avril 1983 autorisant le Gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, diverses mesures financières*, JO, 5 juin 1984, p. 1744.
- C. const., n° 85-191 DC, 10 juill. 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, JO, 12 juill. 1985, p. 7888.
- C. const., n° 85-196 DC, 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, JO, 8 août 1985, p.

9125.

- C. const., n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, JO, 27 juin 1986, p. 7978.
- C. const., n° 86-225 DC, 23 janv. 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, JO, 25 janv. 1987, p. 925.
- C. const., n° 88-251 DC, 12 janv. 1989, *Loi portant diverses dispositions relatives aux collectivités territoriales*, JO, 13 janv. 1989, p. 524.
- C. const., n° 89-264 DC, 9 janv. 1990, *Loi de programmation relative à l'équipement militaire pour les années 1990-1993*, JO, 11 janv. 1990, p. 463.
- C. const., n° 89-269 DC, 22 janv. 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, JO, 24 janv. 1990, p. 972.
- C. const., n° 90-275 DC, 6 juin 1990, *Résolution modifiant l'article 145 du règlement de l'Assemblée nationale*, JO, 8 juin 1990, p. 6739.
- C. const., n° 90-278 DC, 7 nov. 1990, *Résolution modifiant les articles 16, 24, 29 et 48 du règlement du Sénat et introduisant dans celui-ci des articles 47 ter, 47 quater, 47 quinquies, 47 sexies, 47 septies, 47 octies, 47 nonies et 56 bis A*, JO, 9 nov. 1990, p. 13714.
- C. const., n° 91-292 DC, 23 mai 1991, *Résolution modifiant les articles 43, 44, 81, 83, 87, 91, 103 à 108, 126, 127 et 146 du règlement de l'Assemblée nationale*, JO, 26 mai 1991, p. 7160.
- C. const., n° 91-301 DC, 15 janv. 1992, *Résolution rendant le règlement du Sénat conforme aux nouvelles dispositions de l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958*, JO, 18 janv. 1992, p. 884.
- C. const., n° 92-309 DC, 9 juin 1992, *Résolution modifiant l'article 47 bis du Règlement du Sénat*, JO, 11 juin 1992, p. 7677.
- C. const., n° 92-314 DC, 17 déc. 1992, *Résolution complétant le règlement de l'Assemblée nationale pour l'application de l'article 88-4 de la Constitution*, JO, 20 déc. 1992, p. 17477.
- C. const., n° 93-329 DC, 13 janv. 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, JO, 15 janv. 1994, p. 829.
- C. const., n° 94-338 DC, 10 mars 1994, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, JO, 12 mars 1994, p. 3963.
- C. const., n° 95-366 DC, 8 nov. 1995, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, JO, 11 nov. 1995, p. 16658.
- C. const., n° 95-370 DC, 30 déc. 1995, *Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale*, JO, 31 déc. 1995, p. 19111.
- C. const., n° 96-381 DC, 14 oct. 1996, *Résolution modifiant le règlement du Sénat*, JO, 18 oct. 1996, p. 15302.
- C. const., n° 96-382 DC, 14 oct. 1996, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, JO, 18 oct. 1996, p. 15301.
- C. const., n° 97-395 DC, 30 déc. 1997, *Loi de finances pour 1998*, JO, 31 déc. 1997, p. 19313.
- C. const., n° 98-402 DC, 25 juin 1998, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, JO, 3 juill. 1998, p. 10147.
- C. const., n° 99-414 DC, 8 juill. 1999, *Loi d'orientation agricole*, JO, 10 juill. 1999, p. 10266.
- C. const., n° 99-417 DC, 8 juill. 1999, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, JO, 11 juill. 1999, p. 10336.
- C. const., n° 99-419 DC, 9 nov. 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, JO, 16 nov. 1999, p. 16962.
- C. const., n° 2001-444 DC, 9 mai 2001, *Loi organique modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale*, JO, 16 mai 2001, p. 7806.
- C. const., n° 2001-450 DC, 11 juill. 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, JO, 18 juill. 2001, p. 11506.
- C. const., n° 2001-453 DC, 18 déc. 2001, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002*, JO, 26 déc. 2001, p. 20582.
- C. const., n° 2001-457 DC, 27 déc. 2001, *Loi de finances rectificative pour 2001*, JO, 29 déc. 2001, p.

21172.

- C. const., n° 2003-470 DC, 9 avr. 2003, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale (articles 14, 36, 50, 65, 66, 91, 104, 128, 140-1 et 145)*, JO, 15 avr. 2003, p. 6692.
- C. const., n° 2004-503 DC, 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, JO, 17 août 2004, p. 14648.
- C. const., n° 2005-512 DC, 21 avr. 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, JO, 24 avr. 2005, p. 7173.
- C. const., n° 2006-544 DC, 14 déc. 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, JO, 22 déc. 2006, p. 19356.
- C. const., n° 2007-561 DC, 17 janv. 2008, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative)*, JO, 22 janv. 2008, p. 1131.
- C. const., n° 2009-576 DC, 3 mars 2009, *Loi organique relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France*, JO, 7 mars 2009, p. 4336.
- C. const., n° 2009-577 DC, 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, JO, 7 mars 2009, p. 4336.
- C. const., n° 2009-579 DC, 9 avr. 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, JO, 16 avr. 2009, p. 6530.
- C. const., n° 2009-581 DC, 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, JO, 28 juin 2009, p. 10867.
- C. const., n° 2012-649 DC, 15 mars 2012, *Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*, JO, 23 mars 2012, p. 5253.
- C. const., n° 2012-270 QPC, 27 juill. 2012, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles du Finistère [Délimitation des zones de protection d'aires d'alimentation des captages d'eau potable et principe de participation du public]*, JO, 28 juill. 2012, p. 12357.
- C. const., n° 2012-654 DC, 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012 (II)*, JO, 17 août 2012, p. 13496.
- C. const., n° 2012-658 DC, 13 déc. 2012, *Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques*, JO, 18 déc. 2012, p. 19856.
- C. const., n° 2013-675 DC, 9 oct. 2013, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, JO, 12 oct. 2013, p. 16838.
- C. const., n° 2013-676 DC, 9 oct. 2013, *Loi relative à la transparence de la vie publique*, JO, 12 oct. 2013, p. 16847.
- C. const., n° 2013-679 DC, 4 déc. 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, JO, 7 déc. 2013, p. 19958.
- C. const., n° 2014-703 DC, 19 nov. 2014, *Loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution*, JO, 25 nov. 2014, p. 19698.
- C. const., n° 2014-705 DC, 11 déc. 2014, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, JO, 13 déc. 2014, p. 20882.
- C. const., n° 2014-4909 SEN, 23 janv. 2015, *Yonne*, JO, 25 janv. 2015, p. 1154.
- C. const., n° 2015-715 DC, 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, JO, 7 août 2015, p. 13616.
- C. const., n° 2015-718 DC, 13 août 2015, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, JO, 18 août 2015, p. 14376.
- C. const., n° 2015-721 DC, 12 nov. 2015, *Loi organique portant diverses dispositions relatives à la collectivité de Saint-Barthélemy*, JO, 18 nov. 2015, p. 21459.
- C. const., n° 2016-741 DC, 8 déc. 2016, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, JO, 10 déc. 2016, texte n° 4.
- C. const., n° 2017-752 DC, 8 sept. 2017, *Loi pour la confiance dans la vie politique*, JO, 16 sept. 2017, texte n° 5.
- C. const., n° 2018-767 DC, 5 juill. 2018, *Résolution relative aux obligations déontologiques et à la prévention des conflits d'intérêts des sénateurs*, JO, 7 juill. 2018, texte n° 105.

- C. const., n° 2018-772 DC, 15 nov. 2018, *Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*, JO, 24 nov. 2018, texte n° 2.
- C. const., n° 2019-780 DC, 4 avr. 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, JO, 11 avr. 2019, texte n° 2.
- C. const., n° 2019-785 DC, 4 juill. 2019, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, JO, 6 juill. 2019, texte n° 123.
- C. const., n° 2019-786 DC, 11 juill. 2019, *Résolution clarifiant et actualisant le règlement du Sénat*, JO, 13 juill. 2019, texte n° 101.
- C. const., n° 2019-794 DC, 20 déc. 2019, *Loi d'orientation des mobilités*, JO, 26 déc. 2019, texte n° 2.
- C. const., n° 2019-795 DC, 20 déc. 2019, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2020*, JO, 27 déc. 2019, texte n° 3.
- C. const., n° 2020-800 DC, 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, JO, 12 mai 2020, texte n° 2.

### Sur l'article 34 de la Constitution

- C. const., n° 64-27 L, 17 mars 1964, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 1er, 5, 6, 7 bis et 11 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la Radiodiffusion-Télévision française, ainsi que de celles de l'article 70 de la loi n° 61-1396 du 21 décembre 1961 portant loi de finances pour 1962*, JO, 4 avr. 1964.
- C. const., n° 68-50 L, 30 janv. 1968, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion-télévision française et article 52 de la loi n° 60-1384 du 23 décembre 1960, portant loi de finances pour 1961*, JO, 1<sup>er</sup> févr. 1968
- C. const., n° 69-55 L, 26 juin 1969, *Nature juridique de certaines dispositions modifiées, des articles 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, des articles 2 et 13 bis de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques et de l'article 98-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation*, JO, 13 juill. 1969, p. 7161.
- C. const., n° 77-79 DC, 5 juill. 1977, *Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale*, JO, 6 juill. 1977, p. 3560.
- C. const., n° 80-113 L, 14 mai 1980, *Nature juridique des diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*, JO, 17 mai 1980, p. 1231.
- C. const., n° 82-142 DC, 27 juill. 1982, *Loi portant réforme de la planification*, JO, 29 juill. 1982, p. 2424.
- C. const., n° 83-156 DC, 28 mai 1983, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*, 1<sup>er</sup> juin 1983, p. 1646.
- C. const., n° 87-237 DC, 30 déc. 1987, *Loi de finances pour 1988*, JO, 31 déc. 1987, p. 15761.
- C. const., n° 94-352 DC, 18 janv. 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, JO, 21 janv. 1995, p. 1154.
- C. const., n° 96-383 DC, 6 nov. 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, JO, 13 nov. 1996, p. 16531.
- C. const., n° 97-393 DC, 18 déc. 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, JO, 23 déc. 1997, p. 18649.
- C. const., n° 2000-434 DC, 20 juill. 2000, *Loi relative à la chasse*, JO, 27 juill. 2000, p. 11550.
- C. const., n° 2000-439 DC, 16 janv. 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, JO, 18 janv. 2001, p. 931.
- C. const., n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002, *Loi de modernisation sociale*, JO, 18 janv. 2002, p. 1053.
- C. const., n° 2004-509 DC, 13 janv. 2005, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, JO, 19 janv. 2005, p. 896.

- C. const., n° 2007-557 DC, 15 nov. 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, JO, 21 nov. 2007, p. 19001.
- C. const., n° 2015-257 L, 13 août 2015, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 19-1 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, JO, 18 août 2015, p. 14428.
- C. const., n° 2019-782 DC, 6 juin 2019, *Résolution renforçant les capacités de contrôle de l'application des lois*, JO, 7 juin 2019, texte n° 57.
- C. const., n° 2019-282 L, 7 nov. 2019, *Nature juridique de diverses dispositions désignant l'autorité administrative compétente pour prendre certaines décisions individuelles au nom de l'État*, JO, 8 nov. 2019, texte n° 91.
- C. const., n° 2019-283 L, 28 nov. 2019, *Nature juridique de dispositions relatives à divers organismes*, JO, 29 nov. 2019, texte n° 118.

### Sur l'article 37 de la Constitution

- C. const., n° 59-1 FNR, 27 nov. 1959, *Proposition de loi déposée par MM. BAJEUX et BOULANGER, sénateurs, tendant à la stabilisation des fermages (et à abroger le décret n° 59-175 du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme)*, JO, 14 janv. 1960, p. 441.
- C. const., n° 60-7 L, 8 juill. 1960, *Nature juridique de l'article 6 (paragraphe II) de l'ordonnance n° 58-1453 du 31 décembre 1958 modifiant et complétant la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre*, JO, 1<sup>er</sup>-2 août 1960, p. 7149.
- C. const., n° 61-13 L, 3 mai 1961, *Nature juridique des dispositions des articles 87-7°, 88-VI, 89 al 4 et 92-V du Code électoral, contenues dans l'ordonnance n° 58-977 du 20 octobre 1958 relative à l'utilisation du vote par procuration ou par correspondance pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale*, JO, 8 oct. 1961, p. 9215.
- C. const., n° 61-4 FNR, 18 oct. 1961, *Amendement présenté par Boscary-Monsservin, député, à un projet de loi relatif à la fixation des prix agricoles*, JO, 19 oct. 1961, p. 9538.
- C. const., n° 62-19 L, 3 avr. 1962, *Nature juridique d'une disposition de l'article 73 (alinéa 1) de la loi n° 61-1396 du 21 décembre 1961 portant loi de finances pour 1962 (Mode de calcul des barèmes qui doivent servir à la fixation des allocations d'aide à l'armement naval)*, JO, 23 mai 1962, p. 5040.
- C. const., n° 62-20 L, 4 déc. 1962, *Nature juridique de dispositions relatives aux élections (art 11 de l'ordonnance n° 58-977 du 20 octobre 1958, art 13, 14, 15, 23, 27, 28, 29 de l'ordonnance n° 58-1098 du 15 novembre 1958, art 1 de l'ordonnance n° 58-1327 du 23 décembre 1958, art 3 et 5 de l'ordonnance n° 59-230 du 4 février 1959, art 7 et 8 de l'ordonnance n° 59-231 du 4 février 1959, art 3 de l'ordonnance n° 59-232 du 4 février 1959)*, JO, 7 déc. 1962, p. 12025.
- C. const., n° 63-22 L, 19 févr. 1963, *Nature juridique des dispositions de l'article 29 de l'ordonnance n° 58-1297 du 23 décembre 1958 modifiant certaines peines en vue d'élever la compétence des tribunaux de police, en tant qu'elles modifient l'article 25-II-B-a de la loi du 14 avril 1952 portant loi de finances pour l'année 1952*, JO, 16 mai 1963, p. 4466.
- C. const., n° 64-28 L, 17 mars 1964, *Nature juridique des dispositions de l'article 5 (1, 4ème alinéa) de l'ordonnance n° 58-966 du 16 octobre 1958 relative à diverses dispositions concernant le Trésor (Caisses de Crédit mutuel)*, JO, 13 avr. 1964.
- C. const., n° 64-29 L, 12 mai 1964, *Nature juridique de certaines dispositions relatives à l'administration départementale et à l'administration communale et figurant dans les ordonnances n° 58-937 du 11 octobre 1958, n° 59-29 du 5 janvier 1959, n° 59-30 du 5 janvier 1959, n° 59-33 du 5 janvier 1959 et n° 59-150 du 7 janvier 1959 et dans la loi n° 62-873 du 31 juillet 1962*, JO, 31 mai 1964.
- C. const., n° 67-45 L, 9 mai 1967, *Nature juridique des dispositions des articles 4, 22 et 23 de l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense*, JO, 19 juin 1967, 19 juin 1967.
- C. const., n° 68-51 L, 4 avr. 1968, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 25, alinéa 3, de la loi n° 62-254 du 15 mars 1963 portant réforme de l'enregistrement du timbre et de la fiscalité*

*immobilière, articles 3-1, 11-1 (3), 24 (2, 3 et 5) et 27, alinéa 1 de la loi n° 63-1316 du 27 décembre 1963, portant unification ou harmonisation des procédures, délais et pénalités en matière fiscale et article 37-1, alinéa 1 de la loi n° 64-1278 du 23 décembre 1964 portant loi de finances rectificative pour 1964, JO, 4 avr. 1968.*

- C. const., n° 72-75 L, 21 déc. 1972, *Nature juridique des dispositions de l'article 48, alinéa 2, modifié, de la loi du 22 juillet 1889 sur la procédure à suivre devant les tribunaux administratifs et article 13, paragraphes 1 et 2, de la loi du 27 décembre 1963 portant unification ou harmonisation des procédures, délais et pénalités en matière fiscale, JO, 31 déc. 1972, p. 13900.*
- C. const., n° 73-80 L, 28 nov. 1973, *Nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 décembre 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion, JO, 6 déc. 1973, p. 12949.*
- C. const., n° 76-94 L, 2 déc. 1976, *Nature juridique des dispositions de l'article 5 de la loi n° 75-1329 du 31 décembre 1975 codifié sous l'article L 72-1 du code électoral, JO, 5 déc. 1976, p. 7015.*
- C. const., n° 93-324 DC, 3 août 1993, *Loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, JO, 5 août 1993, p. 11014.*
- C. const., n° 96-387 DC, 21 janv. 1997, *Loi tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance, JO, 25 janv. 1997, p. 1285.*
- C. const., n° 2006-208 L, 30 nov. 2006, *Nature juridique de dispositions du code de justice administrative, JO, 3 déc. 2006, p. 18251.*

### ***Sur l'indépendance et l'impartialité des juridictions***

- C. const., n° 58-90bis AN, 5 mai 1959, *A.N., Lozère (2ème circ.), JO, 16 mai 1959, p. 5063.*
- C. const., n° 67-31 DC, 26 janv. 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JO, 19 févr. 1967, p. 1793.*
- C. const., n° 70-40 DC, 9 juill. 1970, *Loi organique relative au statut des magistrats, JO, 19 juill. 1970, p. 6773.*
- C. const., n° 77-99 L, 20 juill. 1977, *Nature juridique de dispositions contenues dans divers textes relatifs à la Cour de cassation, à l'organisation judiciaire et aux juridictions pour enfants, JO, 23 juill. 1977.*
- C. const., n° 80-116 DC, 17 juill. 1980, *Loi autorisant la ratification de la convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, JO, 19 juill. 1980, p. 1835.*
- C. const., n° 80-119 DC, 22 juill. 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs, JO, 24 juill. 1980, p. 1868.*
- C. const., n° 86-223 DC, 29 déc. 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986, JO, 30 déc. 1986, p. 15802.*
- C. const., n° 89-271 DC, 11 janv. 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, JO, 13 janv. 1990, p. 573.*
- C. const., n° 91-298 DC, 24 juill. 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, JO, 26 juill. 1991, p. 9920.*
- C. const., n° 92-305 DC, 21 févr. 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JO, 29 févr. 1992, p. 3122.*
- C. const., n° 93-326 DC, 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, JO, 15 août 1993, p. 11599.*
- C. const., n° 93-336 DC, 27 janv. 1994, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, JO, 1<sup>er</sup> févr. 1994, p. 1773.*

- C. const., n° 94-355 DC, 10 janv. 1995, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature*, JO, 14 janv. 1995, p. 727.
- C. const., n° 95-360 DC, 2 févr. 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, JO, 7 févr. 1995, p. 2097.
- C. const., n° 96-375 DC, 9 avr. 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, JO, 13 avr. 1996, p. 5730.
- C. const., n° 98-396 DC, 19 févr. 1998, *Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire*, JO, 26 févr. 1998, p. 2976.
- C. const., n° 2001-445 DC, 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*, JO, 26 juin 2001, p. 10125.
- C. const., n° 2002-461 DC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, JO, 10 sept. 2002, p. 14953.
- C. const., n° 2003-466 DC, 20 févr. 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, JO, 27 févr. 2003, p. 3480.
- C. const., n° 2007-551 DC, 1<sup>er</sup> mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, JO, 6 mars 2007, p. 4230.
- C. const., n° 2008-562 DC, 21 févr. 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, JO, 26 févr. 2008, p. 3272.
- C. const., n° 2008-566 DC, 9 juill. 2008, *Loi organique relative aux archives du Conseil constitutionnel*, JO, 16 juill. 2008, p. 11328.
- C. const., n° 2010-110 QPC, 25 mars 2010, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*, JO, 26 mars 2011, p. 5406.
- C. const., n° 2010-10 QPC, 2 juill. 2010, *Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux]*, JO, 3 juill. 2010, p. 12120.
- C. const., n° 2010-611 DC, 19 juill. 2010, *Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution*, JO, 23 juill. 2010, p. 13583.
- C. const., n° 2011-147 QPC, 8 juill. 2011, *M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants]*, JO, 9 juill. 2011, p. 11979.
- C. const., n° 2011-192 QPC, 10 nov. 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres [Secret défense]*, JO, 11 nov. 2011, p. 19005.
- C. const., n° 2012-250 QPC, 8 juin 2012, *M. Christian G. [Composition de la commission centrale d'aide sociale]*, JO, 9 juin 2012, p. 9794.
- C. const., n° 2014-457 QPC, 20 mars 2015, *Mme Valérie C., épouse D. [Composition du conseil national de l'ordre des pharmaciens statuant en matière disciplinaire]*, JO, 22 mars 2015, p. 5345.
- C. const., n° 2014-423 QPC, 24 oct. 2014, *M. Stéphane R. et autres [Cour de discipline budgétaire et financière]*, JO, 26 oct. 2014, p. 17776.
- C. const., n° 2015-506 QPC, 4 déc. 2015, *M. Gilbert A. [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition]*, JO, 6 déc. 2015, p. 22502.
- C. const., n° 2015-524 QPC, 2 mars 2016, *M. Abdel Manane M. K. [Gel administratif des avoirs]*, JO, 4 mars 2016, texte n° 121.
- C. const., n° 2016-732 DC, 28 juill. 2016, *Loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature*, JO, 11 août 2016, texte n° 2.
- C. const., n° 2017-749 DC, 31 juill. 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, JO, 11 août 2017, texte n° 1.
- C. const., n° 2017-751 DC, 7 sept. 2017, *Loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, JO, 16 sept. 2017, texte n° 6.
- C. const., n° 2017-666 QPC, 20 oct. 2017, *M. Jean-Marc L. [Compétence du vice-président du Conseil d'État pour établir la charte de déontologie de la juridiction administrative]*, JO, 22 oct. 2017, texte n° 35.
- C. const., n° 2018-704 QPC, 4 mai 2018, *M. Franck B. et autre [Obligation pour l'avocat commis*

*d'office de faire approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement par le président de la cour d'assises*], JO, 30 mai 2018, texte n° 108.

### Sur les rapports entre le Parlement et les juges

- C. const., n° 63-24 DC, 20 déc. 1963, *Règlement du Congrès*, JO, 21 déc. 1963, p. 11415.
- C. const., n° 74-54 DC, 15 janv. 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, JO, 16 janv. 1975, p. 671.
- C. const., n° 75-57 DC, 23 juill. 1975, *Loi supprimant la patente et instituant une taxe professionnelle*, JO, 24 juill. 1975, p. 7534.
- C. const., n° 77-82 DC, 20 juill. 1977, *Loi tendant à compléter les dispositions du code des communes relatives à la coopération intercommunale*, JO, 22 juill. 1977, p. 3885.
- C. const., n° 84-181 DC, 11 oct. 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, JO, 13 oct. 1984, p. 3200.
- C. const., n° 85-192 DC, 24 juill. 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, JO, 26 juill. 1985, p. 8510.
- C. const., n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, JO, 24 août 1985, p. 9814.
- C. const., n° 85-202 DC, 16 janv. 1986, *Loi portant règlement définitif du budget de 1983*, JO, 18 janv. 1986, p. 922.
- C. const., n° 86-216 DC, 3 sept. 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, JO, 5 sept. 1986, p. 10790.
- C. const., n° 86-218 DC, 18 nov. 1986, *Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, JO, 19 nov. 1986, p. 13769.
- C. const., n° 87-228 DC, 26 juin 1987, *Loi organique relative à la situation des magistrats nommés à des fonctions du premier grade*, JO, 26 juin 1987, p. 6998.
- C. const., n° 89-258 DC, 8 juill. 1989, *Loi portant amnistie*, JO, 11 juill. 1989, p. 8734.
- C. const., n° 89-261 DC, 28 juill. 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, JO, 1<sup>er</sup> août 1989, p. 9679.
- C. const., n° 93-332 DC, 13 janv. 1994, *Loi relative à la santé publique et à la protection sociale*, JO, 18 janv. 1994, p. 925.
- C. const., n° 95-369 DC, 28 déc. 1995, *Loi de finances pour 1996*, JO, 31 déc. 1995, p. 19099.
- C. const., n° 96-375 DC, 9 avr. 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, JO, 13 avr. 1996, p. 5730.
- C. const., n° 96-376 DC, 12 juill. 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, JO, 16 juill. 1996, p. 10696.
- C. const., n° 97-390 DC, 19 nov. 1997, *Loi organique relative à la fiscalité applicable en Polynésie française*, JO, 25 nov. 1997, p. 17020.
- C. const., n° 97-2113/2119/2146/2154/2234/2235/2242/2243 AN, 20 févr. 1998, A.N., *Paris (2ème circ.)*, JO, 21 févr. 1998, p. 2755.
- C. const., n° 98-404 DC, 18 déc. 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, JO, 27 déc. 1998, p. 19663.
- C. const., n° 98-2562/2568 AN, 3 févr. 1999, A.N., *Bouches-du-Rhône (9ème circ.)*, JO, 5 févr. 1999, p. 1886.
- C. const., n° 99-422 DC, 21 déc. 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, JO, 30 déc. 1999, p. 19730.
- C. const., n° 99-425 DC, 29 déc. 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, JO, 31 déc. 1999, p. 20012.
- C. const., n° 2001-454 DC, 17 janv. 2002, *Loi relative à la Corse*, JO, 23 janv. 2002, p. 1526.
- C. const., n° 2002-458 DC, 7 févr. 2002, *Loi organique portant validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française*, JO, 12 févr. 2002, p. 2783.

- C. const., n° 2003-474 DC, 17 juill. 2003, *Loi de programme pour l'outre-mer*, JO, 22 juill. 2003, p. 12336.
- C. const., n° 2003-483 DC, 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, JO, 22 août 2003, p. 14343.
- C. const., n° 2003-486 DC, 11 déc. 2003, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2004*, JO, 19 déc. 2003, p. 21679.
- C. const., n° 2004-500 DC, 29 juill. 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, JO, 30 juill. 2004, p. 13562.
- C. const., n° 2005-531 DC, 29 déc. 2005, *Loi de finances rectificative pour 2005*, JO, 31 déc. 2005, p. 20730.
- C. const., n° 2009-582 DC, 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement du Sénat pour mettre en œuvre la révision constitutionnelle, conforter le pluralisme sénatorial et rénover les méthodes de travail du Sénat*, JO, 28 juin 2009, p. 10871.
- C. const., n° 2009-585 DC, 6 août 2009, *Loi de règlement des comptes et rapport de gestion pour l'année 2008*, JO, 11 août 2009, p. 13315.
- C. const., n° 2010-602 DC, 18 févr. 2010, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, JO, 24 févr. 2010, p. 3385.
- C. const., n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"]*, JO, 12 juin 2010, p. 10847.
- C. const., n° 2010-45 QPC, 6 oct. 2010, *M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet]*, JO, 7 oct. 2010, p. 18156.
- C. const., n° 2010-53 QPC, 14 oct. 2010, *Société PLOMBINOISE DE CASINO [Prélèvements sur le produit des jeux]*, JO, 15 oct. 2010, p. 18541.
- C. const., n° 2010-617 DC, 9 nov. 2010, *Loi portant réforme des retraites*, JO, 10 nov. 2010, p. 20056.
- C. const., n° 2010-100 QPC, 11 févr. 2011, *M. Alban Salim B. [Concession du stade de France]*, JO, 12 févr. 2011, p. 2758.
- C. const., n° 2011-129 QPC, 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat [Actes internes des Assemblées parlementaires]*, JO, 14 mai 2011, p. 8401.
- C. const., n° 2011-166 QPC, 23 sept. 2011, *M. Yannick N. [Validation législative de procédures fiscales]*, JO, 24 sept. 2011, p. 16016.
- C. const., n° 2011-642 DC, 15 déc. 2011, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2012*, JO, 22 déc. 2011, p. 21719.
- C. const., n° 2011-224 QPC, 24 févr. 2012, *Coordination pour la sauvegarde du bois de Boulogne [Validation législative de permis de construire]*, JO, 25 févr. 2012, p. 3287.
- C. const., n° 2012-249 QPC, 16 mai 2012, *Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta]*, JO, 17 mai 2012, p. 9155.
- C. const., n° 2012-282 QPC, 23 nov. 2012, *Association France Nature Environnement et autre [Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité]*, JO, 24 nov. 2012, p. 18543.
- C. const., n° 2012-287 DC, 15 janv. 2013, *Société française du radiotéléphone - SFR [Validation législative et rémunération pour copie privée II]*, JO, 17 janv. 2013, p. 1109.
- C. const., n° 2012-660 DC, 17 janv. 2013, *Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social*, JO, 19 janv. 2013, p. 1327.
- C. const., n° 2013-319 QPC, 7 juin 2013, *M. Philippe B. [Exception de vérité des faits diffamatoires constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision]*, JO, 9 juin 2013, p. 9632.
- C. const., n° 2013-322 QPC, 14 juin 2013, *M. Philippe W. [Statut des maîtres des établissements d'enseignement privés]*, JO, 16 juin 2013, p. 10026.
- C. const., n° 2013-685 DC, 29 déc. 2013, *Loi de finances pour 2014*, JO, 30 déc. 2013, p. 22188.
- C. const., n° 2013-366 QPC, 14 févr. 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement*

*transport* »], JO, 16 févr. 2014, p. 2724.

- C. const., n° 2014-404 QPC, 20 juin 2014, *Époux M. [Régime fiscal applicable aux sommes ou valeurs reçues par l'actionnaire ou l'associé personne physique dont les titres sont rachetés par la société émettrice]*, JO, 22 juin 2014, p. 10315.
- C. const., n° 2014-695 DC, 24 juill. 2014, *Loi relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public*, JO, 30 juill. 2014, p. 12514.
- C. const., n° 2015-712 DC, 11 juin 2015, *Résolution réformant les méthodes de travail du Sénat dans le respect du pluralisme, du droit d'amendement et de la spécificité sénatoriale, pour un Sénat plus présent, plus moderne et plus efficace*, JO, 14 juin 2015, p. 9865.
- C. const., n° 2015-492 QPC, 16 oct. 2015, *Association Communauté rwandaise de France [Associations pouvant exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité]*, JO, 18 oct. 2015, p. 19445.
- C. const., n° 2015-522 QPC, 19 févr. 2016, *Mme Josette B.-M. [Allocation de reconnaissance III]*, JO, 21 févr. 2016, texte n° 25.
- C. const., n° 2015-525 QPC, 2 mars 2016, *Société civile immobilière PB 12 [Validation des évaluations de valeur locative par comparaison avec un local détruit ou restructuré]*, JO, 4 mars 2016, texte n° 122.
- C. const., n° 2016-539 QPC, 10 mai 2016, *Mme Ève G. [Condition de résidence fiscale pour l'imposition commune des époux en Nouvelle-Calédonie]*, JO, 12 mai 2016, texte n° 38.
- C. const., n° 2016-733 DC, 28 juill. 2016, *Loi rénovant les modalités d'inscription sur les listes électorales des ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne autre que la France pour les élections municipales*, JO, 2 août 2016, texte n° 4.
- C. const., n° 2016-736 DC, 4 août 2016, *Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*, JO, 9 août 2016, texte n° 8.
- C. const., n° 2017-633 QPC, 2 juin 2017, *Collectivité territoriale de la Guyane [Rémunération des ministres du culte en Guyane]*, JO, 4 juin 2017, texte n° 79.
- C. const., n° 2017-644 QPC, 21 juill. 2017, *Communauté de communes du pays roussillonnais [Validation de la compensation du transfert de la TASCOM aux communes et aux EPCI à fiscalité propre]*, JO, 23 juill. 2017, texte n° 13.
- C. const., n° 2017-646/647 QPC, 21 juill. 2017, *M. Alexis K. et autre [Droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion]*, JO, 23 juill. 2017, texte n° 15.
- C. const., n° 2017-5147 AN, 8 déc. 2017, A.N., *Paris (5ème circ.)*, M. Julien BAYOU, JO, 10 déc. 2017, texte n° 46.
- C. const., n° 2017-5263/5264 SEN, 6 avr. 2018, *Hauts-de-Seine, Mme Monique MENDY a.*, JO, 7 avr. 2018, texte n° 92.
- C. const., n° 2018-761 QPC, 1<sup>er</sup> févr. 2019, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]*, JO, 2 févr. 2019, texte n° 104.
- C. const., n° 2019-778 DC, 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, JO, 24 mars 2019, texte n° 4.
- C. const., n° 2019-776 QPC, 19 avr. 2019, *Société Engie [Validation des conventions relatives à l'accès aux réseaux conclus entre les gestionnaires de réseaux de distribution et les fournisseurs d'électricité]*, JO, 20 avr. 2019, texte n° 72.
- C. const., n° 2019-5681 AN, 26 sept. 2019, A.N., *Essonne, 1ère circ.*, JO, 27 sept. 2019, texte n° 82.
- C. const., n° 2019-823 QPC, 31 janv. 2020, *Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques]*, JO, 1<sup>er</sup> févr. 2020, texte n° 100.

### Sur les rapports entre l'exécutif et les juridictions

- C. const., n° 89-268 DC, 29 déc. 1989, *Loi de finances pour 1990*, JO, 30 déc. 1989, p. 16498.
- C. const., n° 98-403 DC, 29 juill. 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, JO, 31 juill. 1998, p. 11710.

- C. const., n° 98-408 DC, 22 janv. 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, JO, 24 janv. 1999, p. 1317.
- C. const., n° 2003-468 DC, 3 avr. 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, JO, 12 avr. 2003, p. 6493.
- C. const., n° 2005-532 DC, 19 janv. 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, JO, 24 janv. 2006, p. 1138.
- C. const., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, JO, 2 avr. 2006, p. 4964.
- C. const., n° 2014-455 QPC, 6 mars 2015, *M. Jean de M. [Possibilité de verser une partie de l'astreinte prononcée par le juge administratif au budget de l'État]*, JO, 8 mars 2015, p. 4313.
- C. const., n° 2017-680 QPC, 8 déc. 2017, *Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet]*, JO, 9 déc. 2017, texte n° 186.
- C. const., n° 2018-765 DC, 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, JO, 21 juin 2018, texte n° 2.

### ***Sur la compétence du Conseil constitutionnel***

- C. const., n° 61-1 AUTR, 14 sept. 1961, *Demande d'avis présentée par le Président de l'Assemblée nationale (Recevabilité de la motion de censure)* (non publiée au JO).
- C. const., n° 62-20 DC, 6 nov. 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*, JO, 7 nov. 1962, p. 10778.
- C. const., n° 76-69 DC, 8 nov. 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, JO, 9 nov. 1976, p. 6512.
- C. const., n° 81-1 ELEC, 11 juin 1981, *Requête de Monsieur François DELMAS*, JO, 12 juin 1981, p. 1725.
- C. const., n° 82-2 ELEC, 16 avr. 1982, *Requêtes de Messieurs Jacques BERNARD, Claude COLLIN du BOCAGE, Paul MERMILLOD et Olivier ROUX*, JO, 21 avr. 1982, p. 1177.
- C. const., n° 88-4 ELEC, 4 juin 1988, *Requête de Monsieur Rosny MINVIELLE de GUILHEM de LATAILLADE*, JO, 5 juin 1988, p. 7696.
- C. const., n° 89-257 DC, 25 juill. 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique*, JO, 28 juill. 1989, p. 9503.
- C. const., n° 92-312 DC, 2 sept. 1992, *Traité sur l'Union européenne*, JO, 3 sept. 1992, p. 12095.
- C. const., n° 92-313 DC, 23 sept. 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, JO, 25 sept. 1992, p. 13337.
- C. const., n° 97-14 ELEC, 10 juill. 1997, *Décision du 10 juillet 1997 sur une requête présentée par Monsieur Jean-Michel ABRAHAM*, JO, 16 juill. 1997, p. 10710.
- C. const., n° 2000-21 REF, 25 juill. 2000, *Décision du 25 juillet 2000 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE*, JO, 29 juill. 2000, p. 11768.
- C. const., n° 2003-469 DC, 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, JO, 29 mars 2003, p. 5570.
- C. const., n° 2003-489 DC, 29 déc. 2003, *Loi de finances pour 2004*, JO, 31 déc. 2003, p. 22636.
- C. const., n° 2004-490 DC, 12 févr. 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, JO, 2 mars 2004, p. 4220.
- C. const., n° 2005-528 DC, 15 déc. 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, JO, 20 déc. 2005, p. 19561.
- C. const., n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JO, 3 août 2006, p. 11541.
- C. const., n° 2007-557 DC, 15 nov. 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, JO, 21 nov. 2007, p. 19001.
- C. const., n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, JO, 13 mai 2010, p. 8897.

- C. const., n° 2014-392 QPC, 25 avr. 2014, *Province Sud de Nouvelle-Calédonie [Loi adoptée par référendum- Droit du travail en Nouvelle-Calédonie]*, JO, 27 avr. 2014, p. 7360.
- C. const., n° 2019-2 AUTR, 24 oct. 2019, *Demande de M. Jean LASSALLE et autres*, JO, 26 oct. 2019, texte n° 82.

### ***Sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel***

- C. const., n° 62-18 L, 16 janv. 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, JO, 25 févr. 1962, p. 1915.
- C. const., n° 82-124 L, 23 juin 1982, *Nature juridique des dispositions du premier alinéa de l'article 13 et du deuxième alinéa de l'article 14 de la loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution*, JO, 24 juin 1982, p. 1994.
- C. const., n° 88-244 DC, 20 juill. 1988, *Loi portant amnistie*, JO, 21 juill. 1988, p. 9448.
- C. const., n° 90-285 DC, 28 déc. 1990, *Loi de finances pour 1991*, JO, 30 déc. 1990, p. 16609.
- C. const., n° 91-302 DC, 30 déc. 1991, *Loi de finances pour 1992*, JO, 31 déc. 1991, p. 17434.
- C. const., n° 96-378 DC, 23 juill. 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, JO, 27 juill. 1996, p. 11400.
- C. const., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, JO, 22 juin 2004, p. 11182.
- C. const., n° 2007-556 DC, 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, JO, 22 août 2007, p. 13971.
- C. const., n° 2012-281 QPC, 12 oct. 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires [Maintien de corps de fonctionnaires dans l'entreprise France Télécom]*, JO, 13 oct. 2012, p. 16034.
- C. const., n° 2015-527 QPC, 22 déc. 2015, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*, JO, 26 déc. 2015, p. 24084.
- C. const., n° 2016-612 QPC, 24 févr. 2017, *SCI Hyéroise [Dégrèvement de la taxe foncière sur les propriétés bâties en cas de vacance d'une maison normalement destinée à la location ou d'inexploitation d'un immeuble utilisé par le contribuable lui-même]*, JO, 25 févr. 2017, texte n° 121.
- C. const., n° 2017-682 QPC, 15 déc. 2017, *Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II*, JO, 16 déc. 2017, texte n° 90.
- C. const., n° 2019-828/829 QPC, 28 févr. 2020, *M. Raphaël S. et autre [Déposition sans prestation de serment pour le conjoint de l'accusé]*, JO, 29 févr. 2020, texte n° 141.

### ***Sur la dualité des ordres de juridiction et la « conception française de la séparation des pouvoirs »***

- C. const., n° 80-119 DC, 22 juill. 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, JO, 24 juill. 1980, p. 1868.
- C. const., n° 83-164 DC, 29 déc. 1983, *Loi de finances pour 1984*, JO, 30 déc. 1983, p. 3871.
- C. const., n° 86-224 DC, 23 janv. 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, JO, 25 janv. 1987, p. 924.
- C. const., n° 89-256 DC, 25 juill. 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, JO, 28 juill. 1989, p. 9501.
- C. const., n° 89-261 DC, 28 juill. 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France [Loi Joxe]*, JO, 1<sup>er</sup> août 1989, p. 9679.
- C. const., n° 2001-448 DC, 25 juill. 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, JO, 2 août 2001, p. 12490.
- C. const., n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, JO, 10 mars 2004, p. 4637.

- C. const., n° 2005-519 DC, 29 juill. 2005, *Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale*, JO, 3 août 2005, p. 12661.
- C. const., n° 2009-595 DC, 3 déc. 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, JO, 11 déc. 2009, p. 21381.
- C. const., n° 2010-71 QPC, 26 nov. 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*, JO, 27 nov. 2010, p. 21119.
- C. const., n° 2011-210 QPC, 13 janv. 2012, *M. Ahmed S. [Révocation des fonctions de maire]*, JO, 14 janv. 2012, p. 753.
- C. const., n° 2019-794 QPC, 28 juin 2019, *Union syndicale des magistrats administratifs et autre [Demande en appréciation de la légalité externe d'une décision administrative non réglementaire]*, JO, 29 juin 2019, texte n° 107.
- C. const., n° 2019-807 QPC, 4 oct. 2019, *M. Lamin J. [Compétence du juge administratif en cas de contestation de l'arrêté de maintien en rétention faisant suite à une demande d'asile formulée en rétention]*, JO, 5 oct. 2019, texte n° 59.

### ***Sur « l'interprétation jurisprudentielle constante »***

- C. const., n° 2010-39 QPC, 6 oct. 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, JO, 7 oct. 2010, p. 18154.
  - C. const., n° 2013-311 QPC, 17 mai 2013, *Société Écocert France [Formalités de l'acte introductif d'instance en matière de presse]*, JO, 19 mai 2013, p. 8379.
  - C. const., n° 2015-488 QPC, 7 oct. 2015, *M. Jean-Pierre E. [Indemnité exceptionnelle accordée à l'époux aux torts duquel le divorce a été prononcé]*, JO, 9 oct. 2015, p. 18832.
  - C. const., n° 2015-520 QPC, 3 févr. 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash [Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote]*, JO, 5 févr. 2016, texte n° 76.
  - C. const., n° 2016-615 QPC, 9 mars 2017, *Époux V. [Rattachement à un autre régime de sécurité sociale et assujettissement du patrimoine à la CSG]*, JO, 11 mars 2017, texte n° 84.
- C. const., n° 2018-749 QPC, 30 nov. 2018, *Société Interdis et autres [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales II]*, JO, 1<sup>er</sup> déc. 2018, texte n° 83.

### ***Sur les autorités indépendantes***

- C. const., n° 86-217 DC, 18 sept. 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, JO, 19 sept. 1986, p. 11294.
- C. const., n° 88-248 DC, 17 janv. 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, JO, 18 janv. 1989, p. 754.
- C. const., n° 89-259 DC, 26 juill. 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, JO, 28 juill. 1989, p. 9505.
- C. const., n° 89-260 DC, 28 juill. 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, JO, 1<sup>er</sup> août 1989, p. 9676.
- C. const., n° 91-1141/1142/1143/1144 AN, 31 juill. 1991, *A.N., Paris (13<sup>ème</sup> circ.)*, JO, 3 août 1991, p. 10391.
- C. const., n° 2001-452 DC, 6 déc. 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, JO, 12 déc. 2001, p. 19712.
- C. const., n° 2004-504 DC, 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, JO, 17 août 2004, p. 14657.
- C. const., n° 2011-626 DC, 29 mars 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, JO, 30 mars 2011, p. 5507.

- C. const., n° 2011-200 QPC, 2 déc. 2011, *Banque populaire Côte d'Azur [Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire]*, JO, 3 déc. 2011, p. 20496.
- C. const., n° 2012-280 QPC, 12 oct. 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction]*, JO, 13 oct. 2012, p. 16031.
- C. const., n° 2015-713 DC, 23 juill. 2015, *Loi relative au renseignement*, JO, 26 juill. 2015, p. 12751.
- C. const., n° 2016-616/617 QPC, 9 mars 2017, *Société Barnes et autre [Procédure de sanction devant la Commission nationale des sanctions]*, p. 8, JO, 11 mars 2017, texte n° 85.
- C. const., n° 2018-765 DC, 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, JO, 21 juin 2018, texte n° 2.

### ***Sur la garantie des droits***

- C. const., n° 80-127 DC, 20 janv. 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, JO, 22 janv. 1981, p. 308.
- C. const., n° 92-316 DC, 20 janv. 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, JO, 22 janv. 1993, p. 1118.
- C. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, JO, 18 août 1993, p. 11722.
- C. const., n° 2016-555 QPC, 22 juill. 2016, *M. Karim B. [Subordination de la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions fiscales à une plainte de l'administration]*, JO, 24 juill. 2016, texte n° 29.

### ***Sur l'autonomie financière des pouvoirs publics***

- C. const., n° 2001-448 DC, 25 juill. 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, JO, 2 août 2001, p. 12490.
- C. const., n° 2001-456 DC, 27 déc. 2001, *Loi de finances pour 2002*, JO, 29 déc. 2001, p. 21159.

## **❖ JURISPRUDENCE ET AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT**

- C.E., Sect., 12 févr. 1960, *Société Eky*, req. n° 46922.
- C.E., Ass., 13 juill. 1962, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, req. n° 51265.
- C.E., 27 nov. 1974, *Chambre syndicale des agents immobiliers, administrateurs de biens et syndicats de copropriété de Paris et d'Île-de-France*, req. n° 88813.
- C.E., Sect., 3 févr. 1978, *CFDT et CGT*, req. n° 01155 et 01180.
- C.E., 5 mai 1982, *Bidalou*, req. n° 33724.
- C.E., Ass., 20 déc. 1985, *SA Etablissements Outters*, req. n° 31927.
- C.E., 20 févr. 1989, *Allain*, req. n° 98538.
- C.E., Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq*, req. n° 115052.
- C.E., Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, req. n° 207434.
- C.E., 15 mai 2000, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, req. n° 193725.
- C.E., Ass., 25 oct. 2002, *Brouant*, req. n° 235600.
- C.E., 7 janv. 2004, *Colombani*, req. n° 232465.
- C.E., Sect., 27 févr. 2004, *Popin*, req. n° 217257.
- C.E., 23 juin 2004, *Société Laboratoire Genevrier*, req. n° 257797.
- C.E., 5 janv. 2005, *Deprez et Baillard*, req. n° 257341.
- C.E., 4 févr. 2005, *Société GSD Gestion*, req. n° 269001.
- C.E., Ass., avis, 27 mai 2005, *Provin*, n° 277975.

- C.E., 16 sept. 2005, *Hoffer*, req. n° 282171.
- C.E., Ass., 8 févr. 2007, *Arcelor*, req. n° 287110.
- C.E., Sect., 22 juin 2007, *Lesourd*, req. n° 288206.
- C.E., 19 mai 2008, *Syndicat Sud-RATP*, req. n° 312329.
- C.E., Sect., 1<sup>er</sup> oct. 2010, *Tacite*, req. n° 311938.
- C.E., 13 mars 2013, *Menetrier*, req. n° 360815.
- C.E., 15 mai 2013, *Commune de Gurmençon*, req. n° 340554.
- C.E., 19 juin 2013, *M. Jean J.*, req. n° 356084.
- C.E., 28 mai 2014, *Brunet*, req. n° 358154.
- C.E., 27 nov. 2015, *SA Usine du Marin*, req. n° 376208.
- C.E., Ass., 21 mars 2016, *Fairvesta*, req. n° 368082.
- C.E., Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, req. n° 390023.
- C.E., 10 nov. 2016, *Bougon*, req. n° 384691.
- C.E., ord. réf., 25 avr. 2017, *M. A. B.*, req. n° 409677.
- C.E., 19 juill. 2017, *Société Menarini France*, req. n° 399766.
- C.E., 13 déc. 2017, *Société Bouygues Telecom*, req. n° 401799.
- C.E., 20 déc. 2018, *Commune de Chessy*, req. n° 418637.
- C.E., Ass., 19 juill. 2019, *Le Pen*, req. n° 426389.
- C.E., Ass., 24 déc. 2019, *Société Paris Clichy*, req. n° 425981.

## ❖ JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

- Cass. crim., 26 févr. 1974, n° 72-93438.
- Cass. crim., 25 avr. 1985, *Bogdan et Vuckovic*, n° 85-91.324.
- Cass. soc., 25 mars 1998, *Tallagnon*, n° 95-45198.
- Cass. crim., 29 mars 2000, n° 97-80.916.
- Cass., Ass. plén., 10 oct. 2001, *Breisacher*, n° 01-84922.
- Cass., Ass. plén., 23 janv. 2004, *SCI Le Bas Noyer*, n° 03-13.617.
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 18 janv. 2005, *SNC Solano*, n° 03-30.406.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mars 2005, *Plata Restrepo*, n° 04-50024.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juill. 2005, *Belhaoua*, n° 04-50055.
- Cass. crim., 16 déc. 2009, *Bouchaïb*, n° 09-85.153.
- Cass. crim., 15 déc. 2010, *M. P... X...*, n° 10-83.674.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2012, *Catsiapis*, n° 11-24.638.
- Cass. soc., 10 juill. 2014, *Société Camaieu international*, n° 14-40.030.
- Cass. soc., 17 févr. 2016, *Société EMJ*, n° 15-40042.
- Cass. com., 27 sept. 2018, *Société Interdis a.*, n° 18-40028.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 oct. 2019, *Société Commissions import export*, n° 19-10.669.
- Cass. crim., 7 janv. 2020, *M. S.*, n° 19-80.136.
- Cass. soc., 20 janv. 2020, *Union des syndicats anti-précarité*, n° 19-40.034.
- Cass. crim., 24 mars 2020, *M. A... X...*, n° 19-86.706.

## ❖ JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

- CEDH, GC, n° 24846/94, 28 oct. 1999, *Zielinski, Pradal et Gonzalez c. France*.
- CEDH, n° 58188/00, 27 août 2002, *Didier c/ France*.
- CEDH, n° 5242/04, 11 sept. 2009, *Dubus SA c/ France*.

- CEDH, GC, n° 3394/03, 29 mars 2010, *Medvedyev c/ France*.

## ❖ JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

- CJUE, GC, aff. C-518/07, 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*.

## ❖ RAPPORTS

- Comité consultatif pour une révision de la Constitution, *Propositions pour une révision de la Constitution*, Rapport remis au Président de la République, 15 févr. 1993, *JO*, n° 39, 16 févr. 1993, p. 2537 [<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/084000091.pdf>].
- Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une Ve République plus démocratique*, Rapport, *JO*, 30 oct. 2007, p. 17699.
- DANET (J.), GRUNVALD (S.), HERZOG-EVANS (M.) et LE GALL (Y.), *Prescription, amnistie et grâce en France*, Recherche subventionnée par le GIP « Mission Recherche Droit et Justice », Rapport final, Nantes, 2006, 450 p. [[http://www.antonioacasella.eu/archica/Danet\\_prescription\\_amnistie\\_grace\\_2006.pdf](http://www.antonioacasella.eu/archica/Danet_prescription_amnistie_grace_2006.pdf)].
- CSM, Rapport d'activité 2018, *Doc. fr.*, 2019, 189 p. [<http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/publications/rapports-annuels-dactivite>].

## ❖ COMPTES-RENDUS DES SÉANCES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Compte-rendu de la séance du 19 févr. 1963 (décision n° 63-22 L du 19 février 1963) [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2018-12/pv1963-02-19.pdf>].
- Compte-rendu de la séance du 21 décembre 1966 (décision n° 66-7 FNR du 21 décembre 1966) [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/PV/pv1966-12-21.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1966-12-21.pdf)].
- Compte-rendu de la séance du 26 juin 1969 (décision n° 69-55 L du 26 juin 1969) [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/PV/pv1969-06-26.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1969-06-26.pdf)].
- Compte-rendu de la séance du 9 juillet 1970 (décision n° 70-40 DC du 9 juillet 1970) [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/PV/pv1970-07-09.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1970-07-09.pdf)].
- Compte-rendu de la séance du 30 décembre 1970 (décision n° 70-41 DC du 30 décembre 1970) [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/PV/pv1970-12-30.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1970-12-30.pdf)].
- Compte-rendu de la séance du 22 juillet 1980 (décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980) [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2018-10/pv1980-07-22.pdf>].
- Compte-rendu des séances des 19 et 20 janvier 1981 (décision n° 80-127 DC du 20 janvier) [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/PV/pv1981-01-19-20.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1981-01-19-20.pdf)].
- Compte-rendu de la séance du 11 juin 1981 (décision n° 81-1 ELEC du 11 juin 1981) [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/PV/pv1981-06-11.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1981-06-11.pdf)].
- Compte-rendu des séances des 16 et 20 avril 1982 (décision n° 82-2 ELEC du 16 avril 1982) [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/PV/pv1982-04-16-20.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1982-04-16-20.pdf)].
- Compte-rendu de la séance du 30 juillet 1982 (décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982) [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/PV/pv1982-07-30.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1982-07-30.pdf)].

[30.pdf](#)].

- Compte-rendu des séances des 22 et 23 janvier 1987 (décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987) [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/PV/pv1987-01-22-23.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1987-01-22-23.pdf)].
- Compte-rendu de la séance du 8 juillet 1989 (décision n° 89-258 DC du 8 juillet 1989) [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/PV/pv1989-07-08.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1989-07-08.pdf)].
- Compte-rendu de la séance du 28 décembre 1989 (décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989) [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/PV/pv1989-12-28-29.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1989-12-28-29.pdf)].
- Compte-rendu de la séance du 11 août 1993 (décision n° 93-326 DC du 11 août 1993) [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-01/pv\\_1993-08-11.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-01/pv_1993-08-11.pdf)].

## TABLE DES MATIÈRES

<b>REMERCIEMENTS.....</b>	<b>4</b>
<b>TABLE DES ABRÉVIATIONS.....</b>	<b>5</b>
<b>SOMMAIRE.....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE.....</b>	<b>9</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE – LA DUALITÉ DES MÉTHODES DE REDÉFINITION DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL.....</b>	<b>22</b>
<b>CHAPITRE I – LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET L’ARGUMENT DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS : UN JUGE FORMALISTE.....</b>	<b>23</b>
<b>SECTION I – UNE MÉCANIQUE ADOPTÉE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL.....</b>	<b>24</b>
§ 1 – Une rigidité de principe.....	24
A) La conformité à la Constitution, point d’appui du parlementarisme rationalisé.....	24
B) L’exclusivité de la détermination des entorses à la séparation des pouvoirs réservée à la matière constitutionnelle.....	27
§ 2 – Une souplesse exceptionnelle.....	31
A) La déférence perpétuelle face aux dérogations à la séparation des pouvoirs.....	31
B) L’indulgence extraordinaire face aux atteintes à la séparation des pouvoirs.....	33
<b>SECTION II – UNE MÉCANIQUE CHOISIE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL.....</b>	<b>36</b>
§ 1 – Une marge de manœuvre limitée.....	36
A) Le poids non négligeable des contraintes externes sur l’argumentation du Conseil constitutionnel....	36
B) Le poids variable et incertain des contraintes internes sur l’argumentation du Conseil constitutionnel.....	38
§ 2 – Une marge de manœuvre étendue.....	40
A) Le libre choix de la norme de référence par le Conseil constitutionnel.....	40
B) Le libre choix de l’interprétation de la norme de référence.....	43
<b>CHAPITRE II – LA CONSTRUCTION D’UN CONCEPT À VOCATION LÉGITIMANTE : UN JUGE RÉALISTE.....</b>	<b>46</b>
<b>SECTION I – LA PARADOXALE CONSOLIDATION DE LA LÉGITIMITÉ DU PARLEMENT...</b>	<b>48</b>

§ 1 – L’affermisssement d’une « légitimité normative » par l’extension du domaine de la loi.....	48
A) La revalorisation de la composante parlementaire de l’organe législatif par l’adoption d’une conception formelle de la loi.....	48
B) L’asymétrie entre Parlement et Gouvernement contrebalancée.....	52
§ 2 – La constante autolimitation face à une inaltérable « légitimité institutionnelle ».....	54
A) Une légitimité renforcée par l’abstention du Conseil constitutionnel.....	54
B) Une légitimité confortée par l’examen actif de constitutionnalité mené par le Conseil.....	57

## SECTION II – LA CONSTRUCTION ET L’AFFIRMATION DE LÉGITIMITÉS

ALTERNATIVES.....	60
§ 1 – Le constat empirique de légitimités constitutionnelles « médiatees ».....	60
A) La légitimation des autorités juridictionnelles sur des bases constitutionnelles formelles.....	60
B) La légitimation du juge constitutionnel par la délimitation de son autorité normative.....	63
§ 2 – L’édification corrélatrice de « légitimités dérivées ».....	68
A) La modélisation d’une séparation des pouvoirs répondant aux exigences et nécessités de notre temps.....	68
B) La justification finaliste des entorses à la séparation des pouvoirs.....	72

## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....75

## SECONDE PARTIE – LA PROTECTION ASYMÉTRIQUE D’UNE CONCEPTION PARTICULIÈRE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL.....77

### CHAPITRE I – LA SPÉCIALISATION FONCTIONNELLE.....78

#### SECTION I – LA PRÉPONDÉRANCE AMPLIFIÉE DES AUTORITÉS EXÉCUTIVES DANS LE PARTAGE DES FONCTIONS LÉGISLATIVE ET EXÉCUTIVE.....79

§ 1 – La délimitation protectrice des compétences gouvernementales.....	79
A) La valorisation de la participation des autorités exécutives à la fonction législative.....	79
B) Un contrôle variable et distant de l’exercice de la fonction exécutive.....	82
§ 2 – L’endiguement constant des compétences parlementaires.....	86
A) Une participation à la fonction législative rationalisée.....	86
B) Une participation à la fonction exécutive entièrement rejetée.....	88

#### SECTION II – LA SPÉCIALISATION RELATIVE DES AUTORITÉS JURIDICTIONNELLES.....92

§ 1 – Une spécialisation de principe.....	92
A) Des fonctions spécifiques.....	92
B) Des fonctions exclusives.....	96
§ 2 – Un équilibre empirique.....	99
A) L’attraction des juges ordinaires dans l’exercice de la fonction législative.....	99
B) Le cumul de l’exercice des trois fonctions étatiques par le Conseil constitutionnel.....	102

<b>CHAPITRE II – L’INDÉPENDANCE ORGANIQUE.....</b>	<b>106</b>
<b>SECTION I – UN TRAITEMENT DIFFÉRENCIÉ APPLIQUÉ AUX AUTORITÉS</b>	
« POLITIQUES ».....	107
§ 1 – Le modelage préférentiel d’une exigence traditionnelle.....	107
A) L’affirmation d’un lien nécessaire entre indépendance et exercice des fonctions.....	107
B) La protection variable des autorités « politiques » contre les nominations ou révocations par une autre autorité.....	111
§ 2 – L’altération d’une exigence renouvelée : l’autonomie fonctionnelle des pouvoirs publics.....	114
A) Une garantie apparente de la séparation des pouvoirs.....	114
B) Une dénaturation latente de la séparation des pouvoirs.....	118
<b>SECTION II – UN TRAITEMENT PARTICULIER RÉSERVÉ AUX JURIDICTIONS.....</b>	<b>121</b>
§ 1 – La forte protection apportée à l’indépendance formelle des juridictions.....	121
A) L’attachement au caractère indissociable de la spécialisation et de l’indépendance des juridictions.....	121
B) La protection conciliante des juridictions contre les nominations et révocations intempestives.....	125
§ 2 – La défense exigeante de l’indépendance matérielle des juridictions.....	129
A) La prohibition relative de toute influence hiérarchique à l’égard des juges.....	129
B) L’interdiction de toute autre forme de pression matérielle sur les juridictions.....	132
 <b>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....</b>	 <b>135</b>
 <b>CONCLUSION GÉNÉRALE.....</b>	 <b>137</b>
 <b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	 <b>138</b>
 <b>TABLE DES MATIÈRES.....</b>	 <b>166</b>