



Centre Perelman
de philosophie du droit

Université Libre de Bruxelles

<http://www.philodroit.be>

**La valse de Montesquieu ou
le droit institutionnel européen respecte-t-il le principe
de la séparation des pouvoirs**

Arnaud VAN WAEYENBERGE

Série des Working Papers du
Centre Perelman de philosophie du droit
n° 2007/3

Comment citer cette étude ?

VAN WAEYENBERGE A., *La valse de Montesquieu ou le droit institutionnel européen respecte-t-il le principe de la séparation des pouvoirs ?*, Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit, n° 2007/3, <http://www.philodroit.be>

Table des Matières

INTRODUCTION.....	5
TITRE PREMIER : LES THEORIES DE LA RELATION ENTRE LES POUVOIRS DE MONTESQUIEU A NOS JOURS : QUEL PASSE ?.....	7
L'ESPRIT DES LOIS ET SES ANTECEDENTS.....	8
<i>Genèse de la séparation des pouvoirs, l'avant-Montesquieu.....</i>	8
<i>L'Esprit des lois.....</i>	11
LES DOCTRINES CONCERNANT LA SEPARATION DES POUVOIRS.....	24
<i>La séparation des pouvoirs comprise comme indépendance, confusion ou collaboration des pouvoirs ?.....</i>	24
<i>La séparation verticale et horizontale des pouvoirs.....</i>	29
VALEUR JURIDIQUE ET ENJEUX DE LA SEPARATION DES POUVOIRS.....	30
<i>La nature de la séparation des pouvoirs.....</i>	30
<i>Les principaux enjeux du principe.....</i>	37
TITRE II : LA SEPARATION DES POUVOIRS VUE SOUS L'ANGLE DE L'UNION EUROPEENNE : QUEL PRESENT ?	40
BREVE DESCRIPTION DE L'APPAREIL INSTITUTIONNEL.....	41
ANALYSE DE LA COMPLEXITE DE L'APPAREIL INSTITUTIONNEL.....	45
<i>La structure institutionnelle des C.E. comporte une innovation remarquable par rapport aux organisations internationales classiques car elle s'écarte du principe de représentativité.....</i>	45
<i>Chaque institution est représentative d'un intérêt déterminé et jouit d'une légitimité propre.....</i>	46
<i>Un pouvoir exécutif bicéphale ?.....</i>	47
<i>Le contrôle parlementaire.....</i>	49
<i>La Cour de Justice des Communautés Européennes : gardienne indépendante de l'équilibre institutionnel ?.....</i>	50
<i>Le processus de décision.....</i>	56
<i>Le conseil européen.....</i>	57
ESSAI DE SYNTHESE.....	59
<i>A-t-on besoin de séparation des pouvoirs au niveau européen ?.....</i>	59

<i>Analyse de « l'équilibre » des pouvoirs au niveau européen</i>	<i>60</i>
TITRE III : LA SEPARATION DES POUVOIRS VUE SOUS L'ANGLE DE LA CONVENTION SUR L'AVENIR DE L'UNION EUROPEENNE : QUEL AVENIR ?	73
PRESENTATION GENERALE DE LA CONVENTION SUR L'AVENIR DE L'UNION EUROPEENNE.....	74
<i>A-t-on déjà une constitution ?</i>	<i>78</i>
<i>La Convention sur l'avenir de l'Union européenne prépare-t-elle une Constitution en tant que telle ?</i>	<i>79</i>
<i>Quelle est la nature du texte de la Convention ?</i>	<i>81</i>
<i>De la Convention sur l'avenir de l'Union européenne à la conférence intergouvernementale</i>	<i>82</i>
<i>Les objectifs de la Convention sur l'avenir de l'Europe</i>	<i>83</i>
<i>L'organisation de la Convention sur l'avenir de l'Union européenne</i>	<i>85</i>
QUAND LA CHENILLE DEVIENT LIBELLULE - PRESENTATION ET EXPLICATIONS DES PARTIES INSTITUTIONNELLES DU TEXTE FINAL DE LA CONVENTION SUR L'AVENIR DE L'UNION EUROPEENNE	86
QUELQUES REFLEXIONS SUR LA CONVENTION SUR L'AVENIR DE L'EUROPE ET SUR LA SEPARATION DES POUVOIRS	95
<i>A-t-on besoin de nous engager dans une voie de constitutionnalisation ? et à terme de nous doter d'une Constitution ?.....</i>	<i>95</i>
<i>Et la séparation des pouvoirs ?.....</i>	<i>96</i>
CONCLUSION	100
ELEMENTS DE BIBLIOGRAPHIE.....	103

« *Etre plus, c'est déjà savoir plus* »
Pierre Teilhard de Chardin

Introduction

« Le droit institutionnel européen respecte-t-il le principe de la séparation des pouvoirs ? » Cette question se trouve à la charnière de deux de nos passions : la théorie du droit et le droit européen. Européen convaincu et aspirant théoricien du droit, nous caressons le doux rêve d'œuvrer en faveur d'une Europe non seulement plus unie mais également plus équilibrée et plus démocratique, et nous croyons que la théorie du droit peut énormément aider l'Union à atteindre cet idéal.

Aborder ce sujet est difficile, car cela implique l'examen de matières fort vastes telles la séparation des pouvoirs et le fonctionnement des institutions européennes, mais aussi parce que ce travail risque de ne rien apporter de nouveau. En effet, le thème de la séparation des pouvoirs fut discuté et rediscuté, et les livres concernant l'Union européenne sont légions. Néanmoins nous relevons le défi. Comment procéder ?

La **première partie** sera consacrée au principe de la séparation des pouvoirs en tant que telle et fera œuvre de synthèse, jouera la carte de la compilation. En effet, parmi les innombrables contributions doctrinales traitant de ce principe, il en est qui ne peuvent être écartées, tant leur apport est considérable. Il faut les lire, les comprendre et les confronter, mais aussi les classer et les expliquer. Ce sera un voyage débutant aux origines du principe et s'achevant par l'appréhension actuelle du sujet ; ce voyage est indispensable car, posant les premiers jalons théoriques de notre étude, il en précisera la nature et les enjeux et nous évitera de tomber dans l'approximatif et le superficiel. Ce sera donc le premier temps, le temps du *passé*.

La **deuxième partie** de ce triptyque se conjuguera au *présent* et portera sur l'Union européenne telle qu'elle se présente aujourd'hui. Nous décrirons dans un premier temps le système actuel. Ensuite nous nous pencherons sur un certain nombre de thèmes afin de mieux comprendre la complexité et les particularités de l'Union européenne. Enfin, nous reprendrons les conclusions auxquelles nous

sommes arrivés dans la première partie et nous les confronterons à l'Union afin de nous essayer à une synthèse de la séparation des pouvoirs au niveau européen.

La **troisième et dernière partie** sera tournée vers le *futur*, car elle portera sur la Convention. Après une brève explication de celle-ci, les principaux changements institutionnels (et par conséquent les nouveaux équilibres des pouvoirs) seront analysés pour ensuite dégager des conclusions quant à la théorie de la séparation des pouvoirs et, plus généralement, quant aux enjeux sous-jacents.

Cette valse s'achèvera par une conclusion plus personnelle et imprégnée de souhaits et d'espoir.

« Le thème de la séparation des pouvoirs est l'un de ces sujets mastodontes que le constitutionnaliste n'examine jamais qu'avec une certaine appréhension. Tout n'a-t-il pas été dit, et bien dit, il y a deux cent cinquante ans ? »¹
Professeur Delpérée

Titre Premier

Les théories de la relation entre les pouvoirs de Montesquieu à nos jours : Quel passé ?

Il a déjà été émis tant de considérations sur la séparation des pouvoirs que l'on peut se demander s'il est utile d'y revenir encore². Certainement. En effet, au travers des différentes lectures entreprises dans le cadre de ce travail, nous fûmes interpellés par le nombre d'interprétations existantes concernant les écrits de Montesquieu, et tout particulièrement concernant son principe de séparation des pouvoirs. C'est pourquoi nous proposons de revenir aux sources de ce principe - le texte originel de *l'esprit des lois* - non sans avoir fait un détour par ses antécédents (chapitre premier). L'explication des différentes interprétations de la séparation des pouvoirs par les auteurs qui ont suivi Montesquieu semble également nécessaire pour percevoir et mieux comprendre, l'intérêt de ce principe (chapitre II). Enfin, une estimation de la nature, de la valeur juridique et des enjeux de la doctrine de la séparation des pouvoirs terminera ce premier titre (chapitre III).

Cette partie n'a pas la prétention d'être exhaustive, de brillants auteurs³ l'ayant fait bien avant nous. De toute évidence, pour appréhender correctement le principe de la séparation des pouvoirs, il convient de suivre son évolution à travers les siècles.

¹ DELPEREE, F., "La séparation des pouvoirs aujourd'hui", *A.P.T.*, 1990, p. 126

² LIEKENDAEL, E., "La séparation des pouvoirs à l'aube du troisième millénaire", *J.T.*, 1997, p. 553.

³ Voir bibliographie aux noms de - entre autres - ALEN A ; ALTHUSSER L. ; BACOT G. ; CARRE DE MALBERG R. ; CHEVALLIER J.-J. ; COLLIARD J.-C. ; DELVOLVE P. ; DESGRAVES L. ; DUGUIT L. ; EHRARD J. ; EISENMANN CH. ; GOYARD-FABRE S. ; HAURIUO A. et GICQUEL, J. ; TIMSIT G. ; TROPER M.

Chapitre premier

L'esprit des lois et ses antécédents

Si, traditionnellement, on attribue la paternité du principe de la séparation des pouvoirs à Montesquieu (Section 2), il convient, pour être complet, d'en examiner les antécédents (Section Première).

Section première

Genèse de la séparation des pouvoirs, l'avant-Montesquieu

Le principe de la séparation des pouvoirs, dont il fut dit que Montesquieu l'avait emprunté à Locke⁴, est presque aussi ancien que notre civilisation occidentale ou, suivant l'expression du procureur général Faider, « vieux comme l'histoire »⁵. Il plonge ses racines dans l'Antiquité gréco-romaine ; on le trouve notamment chez Aristote et Polybe.⁶ Telle généalogie semble toutefois abusive⁷.

Dès l'Antiquité la science politique s'est appliquée à dénombrer et à classer les diverses manifestations de la puissance étatique. C'est ainsi qu'**Aristote** distinguait en elle trois opérations principales : la délibération, le commandement, la justice ; et cette distinction tripartite correspondait directement à l'organisation alors en vigueur. Mais ce serait une erreur de vouloir faire remonter jusqu'à Aristote les origines de la théorie de la séparation des pouvoirs. Aristote, comme tous les anciens, s'attache uniquement à discerner les diverses formes d'activité des organes : il ne songe pas à établir une répartition des fonctions fondée sur la distinction des objets propres à chacune d'elles ; et d'ailleurs, il ne voit pas d'obstacle à ce que, dans le même temps, la même personne fasse partie de l'assemblée délibérante, exerce une magistrature et siège au tribunal.⁸ ⁹... On est bien loin des motivations de l'*Esprit des Lois* ! En ce qui concerne **Polybe**, le propos est quelque peu différent. Chateaubriand soulignait : "Écoutons Polybe : 'le plus parfait de tous les gouvernements ne serait-il pas celui dont les pouvoirs se serviraient de contrepoids, où l'autorité du peuple réprimerait la trop grande puissance des rois, et où un sénat choisi mettrait un frein à la licence du

⁴ WODON L., cité par REMY E., dans « Une offensive contre la séparation des pouvoirs », *Belg. Judic.*, 1928, p.2 et VLACHOS G.C., *La politique de Montesquieu*, Paris, Montchrestien, 1974, p. 103 ; LADASSE C., *Les institutions politiques de la Belgique*, Louvain-la-Neuve, Ciaco, 1988, p. 27.

⁵ FAIDER C., « La séparation des pouvoirs », *Bull.*, 1875, n°VIII.

⁶ LIEKENDAEL E., *Op. cit.*, p. 554.

⁷ Voy. not. en ce sens J.-L. SEURIN J.-L., « Les origines historiques de la séparation des pouvoirs », *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 651.

⁸ CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. II, Paris, Sirey, 1922, p. 2.

⁹ DEFOURNY M., *Aristote – Études sur la "Politique"*, Bibliothèque des archives de philosophie, Paris, Beauchesne, 1932.

peuple ?"¹⁰. Encore une fois, pourtant, la généalogie est abusive, ne s'agissant pas "de la transmission continue d'un modèle doctrinal, faute d'une continuité historique suffisamment probante en matière constitutionnelle"¹¹.

Dans les deux *Traité sur le gouvernement civil* de **John Locke** (1690) se retrouvent bien des idées de *l'Esprit des Lois*, et notamment celle de la séparation des pouvoirs. Il ne faut cependant pas s'y tromper : Montesquieu ne s'est pas contenté de suivre purement et simplement l'enseignement de son prédécesseur. A certains égards, il va plus loin, grâce à l'apport du régime anglais. On y reviendra. A d'autres égards néanmoins, Montesquieu s'écarte de John Locke et, à vrai dire, fait marche arrière par rapport à ce dernier¹².

Tout d'abord rendons-nous compte que Locke (et même ses devanciers) n'ont fait que constater ce qui était établi dans la Constitution anglaise de leur temps, c'est-à-dire l'existence d'une certaine séparation des pouvoirs législatifs et exécutif dans le système d'organisation étatique de leurs pays. Tandis que Montesquieu, lui, a en vue l'Etat idéal et le système de séparation des pouvoirs qu'il présente est destiné à s'appliquer « dans chaque Etat » - quoique l'on verra plus tard que c'était principalement destiné à la France...-, ainsi qu'il le dit lui-même au début de l'exposition de sa doctrine.¹³

Notons aussi que Locke part du pouvoir législatif, pour en affirmer la suprématie¹⁴ tandis que Montesquieu part du pouvoir judiciaire, pour immédiatement l'écarter de l'échiquier. "The first and fundamental positive law of all commonwealth is the establishing of the legislative power [which will be] not only the supreme of the commonwealth but sacred and unalterable in the hands where the community have once placed it"¹⁵. Le pouvoir législatif est donc placé, chez Locke, non pas sur le même pied que le pouvoir exécutif - ce qu'eût commandé une séparation dite rigide des pouvoirs -, mais bien en amont : le pouvoir législatif est le dépositaire unique de la souveraineté dans laquelle il trouve sa légitimité. A vrai dire, la légitimité des autres pouvoirs émane du pouvoir législatif qui est le seul élu directement - et à ce titre *considéré* comme le plus¹⁶ légitime - ; il doit donc être mis en avant par rapport à l'exécutif et au judiciaire.

En outre, si John Locke consacre une large part de son exposé au pouvoir législatif, il n'en est pas de même pour les autres composantes du Pouvoir. Il se préoccupe moins de la séparation entre l'exécutif et le judiciaire : "(...) Locke's system contains only two really separated powers, the legislative and the combined

¹⁰ *Réflexions politiques*.

¹¹ SEURIN J.-L., *op. cit.*, p. 651.

¹² GOUGH J. W., *John Locke's political philosophy*, Oxford, Clarendon, 1973, p. 104 et 105.

¹³ CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. II, Paris, Sirey, 1922, p.

¹⁴ cette suprématie que Montesquieu ne retiendra pas dans une même mesure, préférant à cette idée celle de *séparation-égalité*

¹⁵ LOCKE J., *Second traité sur le gouvernement civil*, § 134.

¹⁶ Sinon le seul, diront certains, ce qui reviendrait à dire que l'élection est un blanc-seing, et partant de revenir au postulat illusoire d'infailibilité des chambres.

executive-federative-judicial"¹⁷. D'autre part, la séparation entre le pouvoir législatif et ce pouvoir hybride semble, à la première lecture, ne guère retenir l'attention de l'auteur : s'ils "come often to be separated", c'est parce que le pouvoir exécutif est permanent, là où le pouvoir législatif ne l'est pas¹⁸. Il faut toutefois aller plus loin. Aux paragraphes 103 et 104 du *Second traité sur le gouvernement civil*, Locke a des mots¹⁹ qui préfigurent ceux de *l'Esprit des Lois*²⁰ quand il évoque la faiblesse humaine comme imposant la séparation entre pouvoirs législatif et exécutif.

Il semble que Locke soit le premier à avoir aperçu l'utilité d'une séparation des pouvoirs mais sans en faire une vraie théorie. Evidemment il distingue, approuve et recommande *presque* la séparation des puissances législatives et exécutive mais sans les traiter comme égales et indépendantes entre elles et sans affirmer la nécessité absolue de leur séparation organique. « Ce qui le prouve, c'est qu'il ne se montre nullement choqué de ce que le monarque de son temps cumule toutes les fonctions : non seulement, en effet, le roi d'Angleterre possède en propre les pouvoirs exécutif et fédératif, qui, d'après Locke, ne sauraient, bien que distincts, être attribués à des personnes différentes, mais encore il prend part à la puissance législative, en tant notamment qu'aucune loi ne peut se faire sans son consentement. Locke constate ce cumul sans le réprouver : bien au contraire, il en tire argument et, en particulier, il s'appuie sur la puissance législative du roi pour soutenir que celui-ci doit être considéré comme demeurant le « souverain », c'est-à-dire l'organe suprême de l'Etat. Au fond, la doctrine de Locke se ramène donc à une simple théorie de distinction des fonctions : sous la réserve que le roi ne peut à lui seul faire la loi et est soumis à cette dernière, ce n'est pas encore une doctrine de franche séparation des pouvoirs. »²¹ A la distinction entre plusieurs « pouvoirs » s'ajoute une autre idée d'organisation, celle d'introduire des divisions supplémentaires à l'intérieur des domaines d'activité étatique que l'on a ainsi délimités, afin d'atteindre un maximum de contrôles et de freins. La distinction ne sert pas seulement à séparer – on aboutirait sinon à une juxtaposition sans cohésion d'activités isolées de l'Etat – mais a pour but de créer un système de contrepoids²², un « équilibre ».²³

¹⁷ GOUGH J. W., *John Locke's political philosophy*, Oxford, Clarendon, 1973, p. 109.

¹⁸ Ce qui peut laisser croire que "the separation of these powers would seem, therefore, to be only a matter of convenience, and not a dogma emphasized by Locke as vitally important" (GOUGH J. W., *John Locke's political philosophy*, Oxford, Clarendon, 1973, p. 108).

¹⁹ "It may be too great temptation to human frailty, apt to grasp at power, for the same persons, who have the power of making laws, to have also in their hands the power to execute them".

²⁰ "On peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement" (*De l'Esprit des Lois*, XI, 6). Voy. à cet égard EHRARD J., *Politique de Montesquieu*, Paris, Librairie Armand Colin, 1965, pp. 127 sq.

²¹ CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. II, Paris, Sirey, 1922, p.2 et 3.

²² SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 232 et s.

²³ En fait, le véritable fondateur de la doctrine de l'équilibre des pouvoirs en théorie constitutionnelle fut **Bolingbroke** ; néanmoins, il n'a répandu l'idée d'un contrôle réciproque et d'un balancement que dans des pamphlets politiques et des articles, et pas dans un exposé systématique. Les termes qu'il emploie sont : freins mutuels, contrôle mutuel, maintenir et retenir mutuellement etc. Son idée d'un équilibre à trois termes et d'un « equilibrium of powers » est d'une grande importance pour les constructions idéales de la constitution anglaise ; c'est de cet équilibre que découle le gouvernement de liberté : roi, Chambre haute et Chambre basse ; il faut « équilibrer » les rapports entre le roi et le Parlement (ici les

Section 2

L'Esprit des lois²⁴

Sous section première : la démarche de Montesquieu

Charles de Montesquieu, président du Parlement de Bordeaux, étudie l'*Esprit des lois*, faisant en cela œuvre juridique, peut-être, mais aussi politologique ou même anthropologique, notamment lorsqu'il évoque l'influence du climat sur les lois d'un peuple. En effet, Montesquieu, ce juriste-philosophe, précurseur des comparatistes, devancier des sociologues, et évolutionniste avant la lettre,²⁵ **veut comprendre les raisons d'être des différences qui existent entre les règles de droit des divers peuples** ; il veut savoir pourquoi elles varient dans le temps et dans l'espace ; et, comme il ne croit pas que le hasard mène le monde ou que les législateurs ne sont conduits que par des fantaisies, il se demande si une unité secrète, une sorte de raison cachée ne sommeille pas dans cette abondance et cette variété de règles. « Mais, comme son intuition n'emporte point, dès l'origine, de preuve avec elle, Montesquieu examine de plus en plus minutieusement, en les soumettant à l'épreuve d'un scalpel de plus en plus insidieux, tous les problèmes que sa profession, mais aussi sa curiosité, lui imposent et lui proposent d'aborder : propriété, possession, adultère, duel, infamie, corruption, nature des peines, assignation et appel en jugement, formalités de justice, célibat... lui semblent autant de faits à disséquer. »²⁶

Le droit public l'intéresse tout autant que le droit privé et comme il pense, très tôt, que les auteurs qui s'en sont préoccupés ont commis de lourdes erreurs, il étudie lui-même les Codes et les Constitutions : ceux des Cités grecques et du monde romain, mais aussi bien la législation des républiques de Pologne et de Venise que la Constitution d'Angleterre. ²⁷

Venons-en à sa démarche. Celle-ci, digne de la révolution copernicienne, consiste à partir des faits « pour les hausser au niveau de l'intelligible au lieu de partir de principes généraux pour déduire d'eux des cas particuliers. Cette « révolution dans la méthode » est donc doublement révolutionnaire, d'une part, en ce qu'elle bouleverse les schèmes opératoires et, corrélativement, les catégories de la connaissance, d'autre part, en ce que, faisant éclater les cadres de la pensée scientifique, elle modifie la structure du champ épistémologique. Désormais, la science veut autant d'objectivité que d'intelligibilité et ce qui est humain est devenu, au même titre que ce qui est naturel, objet de science. »²⁸

Chambres haute et basse considérées ensemble), entre le législatif et l'exécutif, entre les prérogatives du roi et la liberté du peuple.

²⁴ MALAURIE P., *Anthropologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 1996, p.96 et CHEVALLIER J.-J., *Histoire de la pensée politique- tome 2 - l'Etat-nation monarchique : vers le déclin*, Paris, Payot, p. 71 à 85.

²⁵ CARBONNIER J., *Préface de la philosophie de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1973, p. 9

²⁶ GOYARD-FABRE S., *La philosophie du droit de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1973, p. 61.

²⁷ GOYARD-FABRE S., *Op. Cit.*, p. 61.

²⁸ GOYARD-FABRE S., *Op. Cit.*, p. 65.

Il inaugure véritablement les « sciences humaines » en ce que, abandonnant l'horizon métaphysique, « il affronte des perspectives épistémologiques et philosophiques qui effraient les tenants de la tradition. Telle est sa contribution à la marche de l'humanité vers sa conscience de soi. »²⁹ Brisant avec la tradition pour considérer que la légalité à laquelle obéissent toutes les lois signifie l'universalité de la relation causale, Montesquieu a compris, avant Kant, que la vraie pensée ne peut se passer de la causalité; pour lui, la loi des lois est ce qu'il y a d'abstrait dans leur existence concrète ; elle en est l' « esprit »...³⁰³¹

Ainsi, dans la démarche de l'Esprit des Lois, les lois sont, comme l'a très bien vu L. Althusser, « l'objet de l'investigation scientifique »³² : ce sont des lois positives, établies par les hommes pour organiser les sociétés, donc, des règles à vocation normative, mais que l'on peut étudier en leur réalité phénoménale comme des donnés sociaux. Et l'esprit des lois, qui est leur loi rationnelle de constitution, est « le résultat de l'investigation elle-même ». Les lois sont un matériau- celui précisément que Montesquieu a observé et soumis au scalpel de l'expérimentation ; l'esprit des lois est une forme – universelle et nécessaire, que Montesquieu retrouve comme principe constitutif et régulateur, non seulement de toutes les institutions humaines, mais de tout ce qui est.³³

Mais pour Montesquieu, si la raison cherche à connaître, c'est pour **agir** ; la théorie est tout entière orientée vers la pratique parce que l'exigence pratique est plus impérieuse que l'exigence théorique. Cette intuition si profonde et si neuve (nous sommes en 1748 !) signifie que la liberté est, rationnellement, une possibilité et que toute la tâche de la raison en l'homme consiste à transposer cette possibilité théorique en pratique. L'esprit de liberté qui anime Montesquieu exprime, comme le dit magnifiquement le non moins magnifique philosophe Paul Ricoeur en parlant de Kant, « la dimension d'espérance » de la raison humaine. « Le mécanisme de la nature, la détermination des lois, loin de faire obstacle à la réalisation de cette espérance, la rendent au contraire possible. La liberté des hommes, qui n'a rien à voir avec une liberté intelligible ou transcendantale, est une liberté concrète qui, dès qu'on l'a comprise, peut être conquise. Elle doit l'être pour que l'homme soit véritablement homme. »³⁴

Le livre des lois de Montesquieu nous convie donc, en même temps qu'à une vision de l'homme, à une problématique de la liberté : la liberté est l'espérance

²⁹ *Ibidem*

³⁰ D'ailleurs il écrit : « La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre »

³¹ GOYARD- FABRE S., *Op. Cit.*, p. 75 et 76.

³² ALTHUSSER, L., *Montesquieu – la politique et l'histoire*, Paris, P.U.F., 1974, p. 33.

³³ GOYARD- FABRE S., *Op. Cit.*, p. 84.

³⁴ GOYARD- FABRE, *Op. Cit.*, p. 125.

et l'œuvre, toujours possible, d'une raison pratique dont l'effort s'appuie sur une raison théorique. Elle est l'âme des lois si la raison en est l'esprit.³⁵

En outre, Montesquieu déchiffre dans l'histoire du monde la longue marche au cours de laquelle l'homme conquiert sa propre vérité. Comme Tocqueville³⁶, qui prolongera magistralement les intuitions de Montesquieu, en s'interrogeant sur le sens des régimes politiques en découvre le caractère institutionnel de la liberté.

Sous-section II : La Constitution de l'Angleterre

L'histoire enseigne aux hommes que, si Rome a toujours rêvé de conquête et d'hégémonie, si Sparte a toujours songé à faire la guerre pour s'auroler de prestige, « il y a aussi une nation dans le monde qui a pour objet direct de sa constitution la liberté politique ». Et cette nation – l'Angleterre³⁷, où Montesquieu, lorsqu'il rédige le Livre XI de l'Esprit des Lois, vient de séjourner pendant deux années – prend valeur exemplaire : elle porte témoignage pour l'histoire de la dimension juridique et constitutionnelle de la liberté politique. Il est tout à fait possible que Montesquieu accorde au mot « constitution » une acception plus large que celle qu'admettent ordinairement les juristes. Comme le terme de « loi », le terme « constitution » possède une signification sociale, politique et juridique ; mais celle-ci conditionne celles-là, car, pour Montesquieu, le droit s'empare toujours des faits, et les oriente en leur insufflant leur sens.³⁸

Aussi bien, déclare-t-il, si les principes de la Constitution anglaise sont bons, « la liberté y paraîtra comme dans un miroir » ; dans ces conditions, il sera vain de la chercher, puisqu'on l'aura trouvée. Il suffira de suivre l'exemple de la loi d'Angleterre.

Voilà ce qu'entend faire Montesquieu. Voilà du moins ce qu'il dit vouloir faire.

Si bien qu' « il est depuis toujours admis unanimement – comme le rappelle Ch. Eisenmann – que Montesquieu s'est proposé là autre chose et plus qu'une description d'un ensemble de règles et de pratiques constitutionnelles observables dans un certain Etat. En s'inspirant sans doute largement de la Constitution anglaise telle qu'il la voyait – et telle qu'elle était bien – autour du premier tiers du XVIIIe

³⁵ CHEVALLIER J.-J., *Histoire de la pensée politique- tome 2 - l'Etat-nation monarchique : vers le déclin*, Paris, Payot, p. 71 à 85.

³⁶ De TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique*, Paris, GF Flammarion, tomes I et II, 1981.

³⁷ Les expériences du peuple anglais pendant la première Révolution anglaise avec la suprématie de ses Parlements conduisirent à des tentatives théoriques et pratiques de distinguer et de séparer différents domaines de l'activité de l'Etat. La distinction la plus importante et la plus fondamentale qui en résulta fut celle entre la loi – conçue comme norme permanente, liant tout le monde jusqu'au législateur lui-même, donc générale et ne pouvant connaître de dérogation dans un cas particulier – et les autres branches d'activité de la volonté de l'Etat. L'Instrument of government de Cromwell de 1653 passe pour le premier exemple de tentative pratique d'opérer cette séparation. En général, face à un Parlement qu'il avait dissous trois fois, Cromwell était soucieux de créer un gouvernement fort et capable d'agir. A la suite de ces expériences on vit naître une théorie de la nécessité de la distinction et du contrôle mutuel des différentes branches de l'activité de l'Etat.

³⁸ GOYARD- FABRE S., *Op. Cit*, p. 292 et 293.

siècle, mais sans du tout la copier littéralement, et l'utilisant un peu comme un écran protecteur... contre les foudres éventuelles de l'absolutisme (qui fut en effet bien près de se décider à l'en frapper), ce sont, en réalité et en fin de compte – le tour même de tant de phrases en fait suffisamment foi – ses idées personnelles de politique et de législation constitutionnelles que Montesquieu a exposé là ».³⁹

Mais de quelle pratique anglaise parle-t-il ? C'est la pratique dite du *gouvernement modéré*, apparue suite à la *Glorieuse révolution* de 1688 qui constitue la base de ce que l'on appelle aujourd'hui la séparation des pouvoirs de Montesquieu⁴⁰. Il s'agit au départ, sous Cromwell, d'une solution de fait, ensuite d'un véritable rapport de forces, compromis entre le roi, les lords et les communes⁴¹. Il n'est dès lors nullement question d'un principe général de droit ou même d'une théorie institutionnelle : il n'y a là qu'une pratique de réalisme politique, dont le but est d'établir un équilibre entre les forces – groupes sociaux – en présence, car selon Lord Acton "le pouvoir corrompt ; le pouvoir absolu corrompt absolument"⁴². Il convient donc, en pareille occurrence, de dégager un agencement des organes pour traduire dans les institutions la réalité pluraliste des forces sociales⁴³ et, plus encore, de prévoir des mécanismes (empiriques) pour maintenir les équilibres : ce sont les fameux *checks and balances* – on y reviendra.

Ce que l'on peut appeler la séparation *institutionnelle* des pouvoirs, ou la consécration de cette pratique de réalisme politique, ne verra le jour qu'avec Montesquieu. En effet, lorsque Montesquieu vint étudier sur place les institutions anglaises, il existe un partage et un équilibre des pouvoirs en Angleterre. De ses observations, il fut amené à extraire une théorie générale qu'il rapporta en France et qu'il expose dans le plus fameux des chapitres de l'Esprit des Lois, le chapitre 6 du livre XI, intitulé « De la Constitution d'Angleterre ». Sous ce titre, Montesquieu traite, en réalité, d'une Constitution idéale, il généralise. D'ailleurs, la séparation des pouvoirs, telle qu'il la professe, dépasse sensiblement ce qu'il a pu observer chez les Anglais.⁴⁴

³⁹ EISENMANN C., *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, Paris, Sirey, 1952, p. 133.

⁴⁰ On pourrait même, à la rigueur, en apercevoir les premiers traits dans la *Magna Carta* de 1215.

⁴¹ BURDEAU G., *Traité de science politique*, t. VI, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 753.

⁴² SEURIN J.L., *Op. cit.*, p. 652.

⁴³ SEURIN J.L., *ibidem*.

⁴⁴ A ce dernier égard, en particulier, la doctrine de Montesquieu est bien différente de celle professée en cette même matière par **Rousseau**. En un certain sens, on a pu dire, il est vrai, que Rousseau admet une séparation des pouvoirs, notamment des pouvoirs législatif et exécutif. Si, en effet, d'après le Contrat social, tous les pouvoirs sont, en principe, contenus et réunis dans le peuple, d'autre part cependant le peuple, qui, en sa qualité de souverain, fait la loi, c'est-à-dire qui édicte les règles générales, ne doit point pourvoir par lui-même à leur exécution, c'est-à-dire à leur mise en œuvre dans chaque cas particulier. La raison qu'en donne Rousseau, c'est d'abord que cette sorte de démocratie serait impraticable, et ensuite, qu'« il n'est pas bon que le corps du peuple détourne son attention des vues générales pour les donner aux objets particuliers ». D'où cette conclusion : « La puissance exécutive ne peut appartenir à la généralité, parce que cette puissance ne consiste qu'en des actes particuliers ». C'est pourquoi Rousseau place à côté du peuple, législateur ou souverain, le « gouvernement » ou « corps chargé de l'exécution des lois » ; et par là, il semble que la puissance législative et la puissance exécutive se trouvent disjointes et séparées.

Enfin, notons que notre fameux magistrat bordelais a beau dire qu'il s'inspire de la Constitution anglaise et que les Anglais ont tiré l'idée de leur gouvernement politique de « l'admirable ouvrage de Tacite sur les mœurs des Germains », trouvant ainsi « ce beau système » « dans les bois », il est clair qu'il parle pour la France de son temps en laquelle il a perçu les menaces de l'autocratie royale. La forme juridique de la non-confusion des pouvoirs, entraînant le partage et la pondération des puissances politiques, a donc une finalité pratique et historique. La portée générale du système ne se dessine que sur un fond d'actualité.

Sous-section III : Le texte de l'Esprit des lois⁴⁵

Le modèle anglais sera théorisé par Montesquieu qui, dès lors, n'hésite pas à s'en écarter. Son objectif n'est pas purement historique : il cherche avant tout, comme nous l'avons écrit, une solution pour la France⁴⁶, en se faisant fort de transformer une pratique complexe et empirique en une théorie précise.

Il est, rappelle le professeur Delpérée, "de bon ton de critiquer aujourd'hui Montesquieu", mais il reste, poursuit-il, "que sa leçon première demeure"⁴⁷. Pour comprendre les critiques qui en ont été faites, il faut, précisément, déterminer quelle est cette leçon première. Il faut, serait-on tenté d'écrire, faire le départ entre ce qui constitue l'analyse de l'*Esprit des lois* et ce qu'on lui a fait dire parfois abusivement⁴⁸, au point de constituer ce que certains appellent "le mythe de la séparation des pouvoirs"⁴⁹. Il faut distinguer le discours *de* Montesquieu et le discours *sur* Montesquieu⁵⁰... ce qui n'est pas simple, car à s'en tenir aux mots de l'*Esprit des lois*, l'on risque de ne pas en saisir toute la portée.

Les écrits de Madame Simone Goyard-Fabre⁵¹ sur le sujet sont, à notre avis, parmi les plus aboutis car ils sont à la fois proches du texte et empreints de la philosophie de Montesquieu. Permettez-nous de brièvement en rapporter les développements cruciaux, éclairés bien entendu, par un certain nombre d'autres auteurs.

Qu'est-ce donc que la séparation des pouvoirs pour Charles de Montesquieu dans son livre de *L'Esprit des Lois* ?

⁴⁵ KRIEGER B., *Textes de philosophie politique classique*, Paris, PUF (coll. Que sais-je ?), 1993, p. 90 à 101 et STRAUSS L. et CROPEY J., *Histoire de la philosophie politique*, Paris, PUF, 1987, p. 551 à 831.

⁴⁶ SEURIN J.L., *Op. cit.*, p. 654. Montesquieu dégage "la logique du système, quand bien même il négligerait, par ailleurs, le fonctionnement du régime".

⁴⁷ DELPERÉE F., *Op. cit.*, p.131.

⁴⁸ A cet égard, voy. spéc. EISENMANN C., "L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs", *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933.

⁴⁹ ALTHUSSER L., *Montesquieu – la politique et l'histoire*, Paris, P.U.F., 1974, pp. 98 sq.

⁵⁰ TIMSIT G., "M. le maudit – Relire Montesquieu", *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 617.

⁵¹ Pour une critique partielle des thèses de S. Goyard-Fabre et Ch. Eisenmann voyez BACOT G., « L'esprit des lois- la séparation des pouvoirs et Charles Eisenmann », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1992, p. 616 à 656.

La volonté de Montesquieu est d'écrire une charte constitutionnelle de la liberté. Ce qui est en jeu dans ce livre « c'est l'établissement d'un droit constitutionnel qui permet à l'homme de faire ce qu'il doit vouloir sans jamais être contraint de faire ce qu'il ne doit pas vouloir ».⁵²

Si la liberté du citoyen ne se reconnaît qu'à sa réalité, si donc elle est un fait, ce fait de la liberté est fondé en droit – ou alors la liberté n'est qu'un vain mot. Davantage : **la liberté est un droit**, et un droit que définit la loi. Ce rapport du fait et du droit, selon lequel le fait s'enracine dans le droit, et non l'inverse, est l'œuvre même du législateur. La liberté politique est une œuvre juridique (*Supra*). « Dire que la liberté politique est un droit, ne signifie pas pour Montesquieu qu'elle se présente comme un droit subjectif inhérent à la nature ou à la dignité de l'homme et que, par conséquent, il lui est permis de revendiquer. C'est dire qu'elle est affaire de droit, plus précisément, affaire de droit positif, c'est dire que les lois ont mission de la constituer et de la protéger. »⁵³

Le **vrai problème de la liberté des citoyens** est celui de la **limitation du pouvoir**. Puisqu' aucun Etat n'est libre par nature, puisqu'aucun régime politique n'est libérateur par essence, il faut empêcher le pouvoir de se muer en instrument d'oppression. En soi, le pouvoir définit la souveraineté ; il n'est, comme tel, ni bon, ni mauvais. Ce qui est mauvais c'est l'abus du pouvoir. Donc, aussitôt posé, le problème concret de la liberté des citoyens entraîne le principe de la solution non moins concrète et positive qu'il doit recevoir. Ce principe, c'est la nécessité de limiter le pouvoir. Mais Montesquieu ne s'arrête pas à cette vision logique des choses. C'est là son originalité. « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, déclare-t-il, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ». Limiter le pouvoir par le pouvoir lui-même est une stricte affaire de droit, et même de droit constitutionnel.⁵⁴

Et, pour Montesquieu comme pour Locke ou pour Voltaire, il n'y a de « bon gouvernement » que celui qui protège la liberté politique des citoyens. Seulement, celle-ci n'est pas synonyme de liberté économique ou de liberté des mœurs. C'est même parce que des lois s'imposent aux hommes en matière de pédagogie, de justice, d'économie et de finance, que l'homme peut être libre politiquement. Déjà se lit, dessinée en filigrane à travers la manière dont Montesquieu traite de toutes sortes de sujets concernant l'homme et le citoyen, la célèbre formule du Livre XI : « La liberté, c'est le droit de faire tout ce que les lois permettent ». Montesquieu n'ignore pas que, sous certains régimes, les lois peuvent être oppressives au lieu d'être libératrices. C'est ce qui fait mieux comprendre le dessein de l'Esprit des Lois : démonter les mécanismes juridiques appelés à fonctionner dans les multiples secteurs de la vie humaine, afin de saisir, parmi eux, ceux qui, précisément, déterminent des lois justes et garantissent la justice. Le chemin suivi par Montesquieu peut paraître sinueux et l'on craint parfois que l'auteur ne se soit égaré dans des digressions historiques ou

⁵² GOYARD-FABRE S., *Philosophie politique- XVIème-XXème*, Paris, PUF, p. 320.

⁵³ GOYARD- FABRE S., *Op. Cit*, 1973, p. 289.

⁵⁴ GOYARD- FABRE S., *Op. Cit*, 1973, p. 313.

dans l'aimable pittoresque d'une anecdote. Cependant, toujours il revient à son idée-force : **trouver les conditions d'un bon gouvernement**, c'est-à-dire d'un gouvernement dans lequel la discipline des lois soit génératrice de liberté.⁵⁵

Or, pour trouver les conditions d'un bon gouvernement, il faut absolument **éviter la concentration du Pouvoir entre les mains d'un seul homme** ou d'un seul corps, car cela donnerait lieu à un régime despotique. Pratiquement donc, il est indispensable que les pouvoirs ne soient pas, dans l'Etat, dévolus à une autorité unique : « Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait les trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers. »⁵⁶ L'impératif catégorique de la liberté s'exprime donc, chez Montesquieu, en une maxime fondamentale : **la non-confusion**⁵⁷

Le bicamérisme de la puissance législative et la collaboration nécessaire du législatif et de l'exécutif (pour le pouvoir judiciaire *infra*) ont pour fin d'empêcher le cumul des pouvoirs ou la confusion des puissances qui sont toujours une menace pour la liberté. Montesquieu, comme Locke, est convaincu de la **valeur libérale du morcellement de l'autorité**. Mais il ne suffit pas que s'établisse entre les trois puissances en l'Etat une « balance des pouvoirs » d'où sortirait automatiquement un état d'équilibre, donc une inertie ou une inaction. L'enjeu politique du régime constitutionnel est plus subtil : « la distinction tripartite des pouvoirs, assortie de leur association polémique, est la condition d'un gouvernement modéré, également éloigné de la raideur du monisme despotique et de la lourdeur du pluralisme démocratique. »⁵⁸ Ainsi, le gouvernement modéré, vers lequel Montesquieu est porté par son souci de liberté comme par ses préférences idéologiques, sera le résultat de la limitation constitutionnelle des diverses puissances ; il sera un « chef d'œuvre de législation » ; c'est dire que la limitation des pouvoirs est beaucoup plus importante que leur distinction ; si chaque « pouvoir » se suffisait à lui-même dans son indépendance, il serait un empire dans un empire et, dans cette juxtaposition de monarchies, l'Etat serait exposé à toutes sortes de maux.

Ce système s'obtient, bien sûr, par le partage et la répartition des tâches mais surtout par une coopération et une pondération des fonctions de l'une ou de l'autre des Chambres ou du Gouvernement. Chaque décision demande l'intervention de plusieurs organes, mais sans qu'aucun ne s'attribue les prérogatives d'un autre.

Analysons de plus près cette séparation ou plutôt cette collaboration-séparation des pouvoirs :

Commençons par le **pouvoir judiciaire**.⁵⁹

⁵⁵ GOYARD-FABRE S., *Op. Cit*, 1973, p. 286.

⁵⁶ *L'esprit des lois*, livre XI, chapitre VI.

⁵⁷ Et non la séparation stricte... telle est la nuance essentielle.

⁵⁸ GOYARD-FABRE S., *Op. cit*, 1973, p. 319.

⁵⁹ EISENMANN C., *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, Paris, Sirey, 1952, p. 133 et s.

Montesquieu laisse entendre⁶⁰ combien il est dangereux et néfaste pour la liberté que la puissance de juger soit donnée au peuple en corps ou au monarque ou à ses ministres. Il faut, pour la tranquillité et la sûreté des citoyens, que la **puissance de juger soit invisible et nulle**. En effet, comme le note judicieusement Madame Goyard-Fabre, « craindre la magistrature permet sans doute aux hommes de rester dans le droit chemin ; craindre les magistrats relève de la peur ».⁶¹ Donc, « la puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité ne le requiert. »⁶²

En outre, les juges, quels qu'ils soient, n'ont d'autres règles de justice que de juger selon la loi ; ils sont les « bouches de la loi ». Montesquieu retrouve ici une idée force de son livre, qui consiste en l'idée que la liberté des hommes est engendrée et protégée par la loi.⁶³ Il montre également, par là, que la puissance de juger est indissociable de la puissance législative ; la légalité est inhérente à l'idée même de justice et une justice sans loi ne pourrait être équitable.⁶⁴

Ajoutons que, pour Montesquieu, la justice est indépendante dans la mesure où elle représente une fonction *sui generis* et parce qu'elle permet d'éviter l'arbitraire de la vengeance ou de l'indulgence car le pouvoir de juger ne peut être dévolu au monarque ou à ses lieutenants. Le pouvoir judiciaire n'est, en revanche, pas autonome car il n'en fait pas un pouvoir « séparé ». En effet, le juge ne peut juger que selon la loi et doit prohiber toute opinion particulière vu que la justice doit être la même pour tous. Justice et légalité vont de pair...⁶⁵

En fait, le thème de la sauvegarde des libertés revêt aux yeux de Montesquieu une importance bien plus grande que celui de l'indépendance de la puissance de juger. C'est pourquoi, il n'hésite pas à faire des entorses au principe de l'indépendance en présence de circonstances bien précises. En effet, dans au moins trois cas, le Parlement s'érige en tribunal : procès des « Grands », l'amnistie et procès politiques. Ces trois exceptions montrent bien que c'est dans une intention de rendre la justice la plus effective possible que Montesquieu déplace le pouvoir de juger des juges au Parlement ; cela exemplifie aussi la collaboration des puissances judiciaire et législative mais c'est une collaboration à sens unique car le législatif empiète sur le judiciaire et jamais l'inverse (*supra*). « Motivées par l'exigence de la plus grande sécurité des citoyens quels qu'ils soient, elles {les exceptions} ne constituent pas de dérogations au principe général de la séparation des pouvoirs, car il est évident qu'il

⁶⁰ *L'esprit des lois*, livre VI, chapitre VI.

⁶¹ GOYARD-FABRE S., *La philosophie du droit de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1973, p.323.

⁶² *L'esprit des lois*, livre XI, chapitre VI.

⁶³ GOYARD-FABRE S., *Op. Cit.*, p.324.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*

n'y a pas dans ce célèbre Livre XI, de séparation des pouvoirs. »⁶⁶ Nous compléterions cette phrase par ..., de séparation des pouvoirs *au sens strict*.

Venons-en au **pouvoir législatif** ⁶⁷:

Le pouvoir législatif a pour mission principale d'instituer des lois génératrices de la liberté des citoyens. A cette fin, Montesquieu accepte l'idée de la représentation⁶⁸ car il se rend compte que la démocratie directe est une utopie. Une fois désignés par la Nation, les représentants doivent exercer les pouvoirs qui leur ont été confiés. Quels sont-ils ? Ils doivent **édicter des lois et vérifier leur bonne exécution**.

Afin de remplir cette double mission, « la puissance législative sera confiée, et au corps des nobles, et au corps qui sera choisi pour représenter le peuple, qui auront chacun leur assemblée et leurs délibérations à part, et des vues et des intérêts séparés. »⁶⁹ Ce **bicamérisme** ne répond à rien d'autre qu'à un souci d'équilibre, condition de la plus grande liberté de tous.⁷⁰

La puissance législative surveille donc le pouvoir exécutif par le biais d'un contrôle de bonne exécution des lois mais au sein même du pouvoir législatif il y a un contrôle mutuel exercé par les deux chambres (haute et basse). **Cet équilibre général entre les deux pouvoirs** a comme raison d'être - répétons-le - l'instauration d'un système constitutionnel le plus axé possible sur la liberté des citoyens mais il est aussi un gage de sécurité pour tous et de viabilité de l'Etat.

Terminons par **le pouvoir exécutif** :

La puissance exécutive - destinée à exécuter les lois - doit être confiée, selon Montesquieu, à un monarque. Celui-ci ne doit pas être issu du pouvoir législatif car l'union de ces deux puissances entre les mains d'un seul homme rompt l'équilibre nécessaire à l'institution de la liberté.

Il serait incorrect d'en conclure que Montesquieu prône la séparation radicale des pouvoirs législatif et exécutif. D'une part, une telle séparation n'existe pas dans le système qui lui sert de base de travail : le régime anglais ; d'autre part, lorsqu'on approfondit le sujet, on se rend compte qu'il **postule une collaboration des pouvoirs**. En effet, dans son livre de l'Esprit des lois, « la liaison entre les puissances exécutive et législative s'établit de façon profonde et intime. » Montesquieu, loin de considérer qu'elle correspond aux « empiètements possibles d'un pouvoir sur l'autre », voit, au contraire, en elle la condition du fonctionnement effectif des rouages gouvernementaux. Il faut le redire ici : Montesquieu n'a d'autre souci que celui de la

⁶⁶ *Ibidem*, p.326.

⁶⁷ GOYARD-FABRE S., *Op. Cit*, p.327 à 330.

⁶⁸ Contrairement à Rousseau.

⁶⁹ *L'esprit des lois*, livre VI, chapitre VI.

⁷⁰ EISENMANN, CH., "L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs", *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p.165 et s.

liberté des citoyens dont l'institution et la protection sont affaire de droit constitutionnel. En conséquence, la sauvegarde de la liberté implique que la puissance exécutive ait le droit d'arrêter les entreprises du corps législatif : l'exécutif a donc, eu égard au législatif, un droit de veto. Il joue le rôle « d'un frein » à la puissance législative. Le monarque ne doit donc pas prendre part à la législation par la faculté de statuer, mais, tout simplement, « pour se défendre », par la faculté d'empêcher.⁷¹

Il serait tentant de penser que Montesquieu, par un souci d'équilibre ou de symétrie des fonctions gouvernementales, admet réciproquement que la puissance législative ait droit de regard et de veto à l'égard de la puissance exécutive. Or, il n'en est rien : « il ne faut pas, dit-il, que la puissance législative ait réciproquement la faculté d'arrêter la puissance exécutive »⁷². Il est inutile, en effet, de circonscrire l'exécution, parce qu'elle porte en elle ses propres limites – limites d'ailleurs d'autant plus nettes que la puissance exécutive « s'exerce toujours sur des choses momentanées »⁷³. Le contrôle de l'exécutif par le législatif n'est pas un pouvoir d'arrêt. Il est seulement « la faculté d'examiner de quelle manière les lois qu'elle a faites ont été exécutées ». Il faut donc reconnaître que l'exécutif, là encore, conserve, dans sa liaison avec le législatif, une indéniable prépondérance.⁷⁴

Terminons cette section par une **réflexion plus globale**. « On aperçoit bien maintenant que le thème de la séparation des pouvoirs procède d'une erreur de lecture du texte de l'Esprit des Lois. Même si la collaboration des puissances législatrice et exécutive ne s'opère pas à travers un équilibre rigoureux qui leur conférerait des empiètements réciproques de prérogatives, tels que celui-ci compenserait exactement celui-là, elle n'en existe pas moins, réelle et précise »⁷⁵. Jamais, donc, Montesquieu n'a posé ni même exposé le principe de l'indépendance radicale des différents organes de l'Etat. Ces organes sont, certes, différents et cela signifie que, dans un Etat sain, où la liberté des citoyens est le premier impératif, ils ne peuvent être confondus ni réunis entre les mains d'un seul homme, d'un seul collègue, ou d'une seule assemblée. Le cumul des pouvoirs, ou la confusion des puissances, sont toujours un attentat à la liberté.

En outre, soulignons que l'organe judiciaire n'est pas un pouvoir véritable, donc, une force politique, il est différent, non seulement par sa fonction, mais par sa nature propre, des autres organes. Seuls, le Parlement et le monarque constituent des **forces politiques**. Et l'important, c'est que ces deux forces politiques se répartissent en trois instances – deux Chambres législatives, l'une démocratique, l'autre aristocratique, et le Monarque lui-même -, trois instances distinctes, mais « liées » entre elles, « forcées d'aller de concert », coopérant à la marche de l'Etat. Les dispositions constitutionnelles préconisées par Montesquieu, à l'instar de ce qu'il voit

⁷¹ *L'esprit des lois*, livre XI, chapitre VI.

⁷² *L'esprit des lois*, livre XI, chapitre VI.

⁷³ *Ibidem*

⁷⁴ GOYARD-FABRE S., *Op. Cit.*, p.332 et 333.

⁷⁵ GOYARD-FABRE S., *Op. Cit.*, p.333.

ou croit voir en Angleterre, ne définissent pas une simple structure gouvernementale, ou, si l'on préfère, la statique juridique d'un régime politique. Il y a d'ailleurs **deux aspects très différents** de la pensée de Montesquieu que beaucoup d'interprètes ont confondus : il y a **l'idée de la division de l'autorité qui exprime l'anti-despotisme**, ou, si l'on préfère, le libéralisme de Montesquieu. C'est là son idée fondamentale, vivante, qui résume toute la finalité de l'Esprit des Lois. Et il y a, discutable parce qu'insuffisamment élaboré, **l'exposé d'une technique de la division de l'autorité**, dans laquelle on peut toujours, si l'on veut, distinguer des pouvoirs, leurs prérogatives propres et leurs corrélations réciproques.

La perception du problème par le Professeur Timsit⁷⁶ mérite d'être brièvement exposée. Il décèle trois thèmes : la balance des pouvoirs institutionnels, l'équilibre des puissances sociales et la spécification des actes juridiques et de la structure des relations entre la loi et le jugement ; le discours de Montesquieu se situant simultanément sur ces trois plans.

Le premier de ces thèmes, la *balance des pouvoirs institutionnels*, met en lumière un premier enseignement : Montesquieu ne prévoyait donc, pas plus que John Locke⁷⁷, l'indépendance des pouvoirs – du moins pas comme principe de départ⁷⁸. Bien au contraire, il cherchait comment les combiner, comment arriver à ce que – pour reprendre la formule célèbre – le pouvoir arrête le pouvoir.

En fait, les deux maîtres-mots sont : Séparation et balancement des pouvoirs. La distinction des pouvoirs est dominée par deux points de vue : d'abord accomplir une séparation des organes suprêmes de l'Etat et de leurs compétences, puis produire un lien, une influence mutuelle et un balancement des droits de ces « pouvoirs » distingués. Un certain degré de séparation est nécessaire pour qu'une distinction soit possible.

Le schéma d'un balancement des pouvoirs distingués ou même séparés conduit à des influences réciproques où il s'agit de jouer les différents pouvoirs les uns contre les autres pour aboutir à un équilibre. Tout renforcement d'un côté doit être compensé de l'autre côté pour qu'aucun des plateaux de la balance ne l'emporte. Dans l'Etat de droit d'aujourd'hui, il s'agit, dans ce système, le plus souvent de contrebalancer la prépondérance de l'exécutif. Ce sont les Etats-Unis d'Amérique qui ont développé la doctrine et la jurisprudence la plus complète concernant ce sujet. En effet, c'est à travers – entre autres – des conflits entre le Congrès et le Président qui affectent les justiciables à titre de tiers désintéressés que la Cour Suprême a précisé la théorie des checks and balances. Celle-ci est, outre ce qui vient d'être écrit ci-avant, un mécanisme de protection juridictionnelle indirect des droits de l'individu. La Cour a considéré que la délimitation des prérogatives des trois pouvoirs constitue une des

⁷⁶ TIMSIT G., *op. cit.*, p. 618. Voy. aussi en ce sens M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 223 sq.

⁷⁷ Cfr. *supra*, Section Première et notes.

⁷⁸ Voy. CH. EISENMANN, "L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs", *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933.

principales formes de protection juridictionnelle de l'individu contre un exercice incontrôlé de l'autorité publique, c'est-à-dire une violation de sa liberté.⁷⁹

Comme John Locke, dont il s'inspire à cet égard, Montesquieu met l'accent, empreint de pragmatisme, sur l'*équilibre nécessaire des puissances sociales*, soit en Angleterre le roi, les lords et le peuple – **c'est le deuxième thème**. C'est pour instaurer et maintenir cet équilibre, on l'a dit, qu'est née l'idée de séparation des pouvoirs.

Le troisième plan, que Gérard Timsit appelle *la spécification des actes juridiques et de la structure des relations entre la loi et le jugement*, met en exergue un nouvel enseignement de Montesquieu : la puissance judiciaire est – ou doit être – *nulle*⁸⁰. Etrange discours pour un magistrat⁸¹ ! Mais cette *nullité* est nécessaire pour maintenir le premier objectif, la balance des pouvoirs institutionnels, et le deuxième, l'équilibre des forces sociales. Car, en effet, la puissance judiciaire, issue du peuple, porte en soi le germe du déséquilibre de l'Etat, puisque le peuple est aussi impliqué (avec les lords) dans la puissance législative. De ce fait, le juge ne peut et ne doit être que la bouche de la loi⁸². Cette dernière affirmation est sans doute aujourd'hui celle qui suscite(ra) le plus de réactions, bien que certains la défendent encore.

Enfin terminons par la pierre angulaire de la pensée de Montesquieu : **Il faut que l'homme travaille à sa propre gouverne et à sa maîtrise, et que, dans l'effort, il gagne la liberté que sa nature lui promet**. Selon Montesquieu, c'est par son œuvre législative que l'homme assume son projet de liberté. Ainsi, la liberté du citoyen s'enracine dans la Constitution des Etats qui est la norme fondamentale de l'édifice juridique . Et, puisqu'il appartient au pouvoir législateur, d'être ou non générateur de liberté, le bonheur des hommes dépend d'eux. Pour Montesquieu, la construction de l'Etat et la détermination des rapports entre Etats ne font qu'un avec l'histoire et la civilisation : la loi peut être l'instrument de l'élévation ou de l'abaissement des hommes ; elle les grandit ou les anéantit. Si, donc, les lois fondamentales d'un peuple obéissent à la loi pratique de la raison, elles ne peuvent avoir d'autre raison que la liberté.⁸³

Dans cette perspective, le **problème constitutionnel**, dont, bien souvent, l'on a prétendu qu'il était une, sinon la pièce maîtresse du grand œuvre de Montesquieu, passe à l'arrière-plan et retrouve **sa véritable dimension**, qui est celle d'un moyen, non d'une fin ; de même, le dogme de la séparation des pouvoirs que l'on a prêté à Montesquieu s'efface et Montesquieu, philosophe du droit, apparaît surtout comme un **philosophe de l'homme**, s'inscrivant bien en cela, dans le mouvement général des idées du XVIIIème siècle.

⁷⁹ LENAERTS K., *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 48 et 49.

⁸⁰ "Potere nullo" (TARELLEO G., "Organizzazione giuridica e società moderna", *Manuale de diritto pubblico* (dir. G. AMATO et A. BARBERA), Bologne, Il Molino, 1984, p.30).

⁸¹ DELPEREE F., *Op. cit.*, p. 126.

⁸² *Supra*

⁸³ GOYARD- FABRE, *Op. Cit.*, p.370.

Aussi, les hommes doivent-ils prendre sur eux pour se hausser à la mesure de ce qu'ils doivent être ; ils le peuvent, à condition de ne point se détourner de l'esprit de modération qui, seul, conduit à la sagesse politique. Sous un bon gouvernement, la raison est l'âme du droit si bien que l'amour de la liberté et la passion de la loi libératrice ne sont pas plus révolutionnaires et bourgeois que conservateurs et aristocratiques. Ils signifient concrètement que, par la nature même des choses, l'homme a horreur de la centralisation et de l'uniformité politiques qui sont le creuset de sa servitude.

Au fond, rien n'aurait pu réjouir davantage Montesquieu que la thèse de Tocqueville selon laquelle la législation centralisatrice de la Révolution, loin de marquer dans l'histoire une rupture, recueille tout au contraire l'héritage des rois et n'est que « la terminaison soudaine et violente d'une œuvre à laquelle dix générations d'hommes avaient travaillé ». Ce qu'a voulu Montesquieu - et, en ce sens, il est « un homme de la liberté » - c'est prouver par la tradition et par l'histoire le libéralisme de la nation française.

Chapitre II

Les doctrines concernant la séparation des pouvoirs⁸⁴

Ce chapitre présente la séparation des pouvoirs sous deux angles différents.

En fait, Montesquieu a affirmé la nécessité de la création de plusieurs organes qui doivent collaborer, mais n'a pas apporté de précisions quant aux relations entre ces trois pouvoirs. Cela a donné lieu à de multiples interprétations dont les plus connues sont présentées dans la première section. La séparation des pouvoirs peut également se voir de manière verticale et de manière horizontale. Cette manière d'aborder ce principe est tout particulièrement adéquate dans le cadre de ce travail, car elle s'applique spécialement bien à la situation existante au sein de l'Union européenne (*infra*).

Section première

La séparation des pouvoirs comprise comme indépendance, confusion ou collaboration des pouvoirs ?

Les commentateurs de la théorie de la séparation des pouvoirs chez Montesquieu sont nombreux : il y a ceux qui la défendent, ceux qui la combattent et ceux qui l'aménagent ou la tempèrent à leur gré. Parmi ces différentes lectures⁸⁵, on retiendra ce que l'on a appelé l'indépendance des pouvoirs (Sous-section Première), la confusion des pouvoirs (Sous-section 2) et enfin la collaboration des pouvoirs (Sous-section 3), idée la plus répandue aujourd'hui.

Sous-section Première : L'indépendance des pouvoirs-Séparation rigide des pouvoirs

On groupe sous ce vocable les lectures *exégétiques* de l'*Esprit des lois*. Bien que sujettes à de nombreuses variantes, elles ont pour trait caractéristique la fidélité au

⁸⁴ Ce mémoire n'analysera pas les différents régimes politiques existants ni leur classification au regard de la séparation des pouvoirs car une telle démarche relève trop fortement de la science politique et est loin d'être indispensable pour traiter de la problématique européenne mais désire étudier de manière théorique la séparation des pouvoirs à la lumière d'exemples.

⁸⁵ Voy. not. sur ces différentes lectures AUBY J.-M. et DUCOS-ADER R., *Droit public*, Paris, Sirey, 1984, pp. 21 sq. A l'inverse de ces auteurs cependant, l'on ne pense pas que les différentes déclinaisons de la séparation des pouvoirs soient opposées et incompatibles ; on le verra, il s'agit parfois plus de vues de l'esprit ou de doctrines politiques que de formes antagoniques d'organisation de l'État.

texte de Montesquieu, sans pour autant nécessairement en respecter le sens véritable.
(*Supra*)

Cette manière de voir la séparation des pouvoirs a pour principales caractéristiques :

- 1) Une séparation organique : aucun pouvoir ne procède de l'autre et tout mandat ne prend fin qu'à l'échéance de son terme normal.
- 2) Une séparation fonctionnelle : chacun a sa fonction ; les assemblées législatives ont donc l'exclusivité de la fonction législative et l'exécutif l'exclusivité de la fonction exécutive (idem pour le pouvoir judiciaire).
- 3) Egalité entre les organes : absence de hiérarchie des pouvoirs.

La doctrine de l'indépendance des pouvoirs, thèse *classique* des Grands – Eismein, Duguit et Carré de Malberg – est aujourd'hui délaissée⁸⁶. Elle appartient à une autre époque. Charles Eisenmann, considéré par beaucoup comme son fossoyeur suite à sa contribution aux *Mélanges Carré de Malberg*⁸⁷, n'a pas hésité à dire que ceux-ci s'étaient tout simplement trompés⁸⁸ quant à la portée de l'enseignement de Montesquieu – l'on renvoie à cet égard à ce qui a été dit au chapitre précédent. En effet, faire de l'indépendance des pouvoirs un dogme juridique nouveau ou un objectif politique - ne paraît ni réaliste, ni souhaitable.

Sur le plan juridique, l'indépendance des pouvoirs serait la négation de l'unité du Pouvoir⁸⁹, réceptacle de la légitimité. Ce serait oublier que les pouvoirs ne vont pas l'un sans l'autre, qu'ils ne sont légitimes que parce que, ou que si, les autres le sont également. A cet égard, l'indépendance des pouvoirs n'est pas souhaitable. Elle n'est du reste pas réaliste, tant les interconnexions sont nombreuses entre les organes des pouvoirs, et les interdépendances entre les fonctions du Pouvoir.

Le raisonnement peut être transposé sur le plan politique. Le bon fonctionnement des institutions émergeant aux trois pouvoirs nécessite la communication, l'échange et l'entraide pour atteindre l'objectif du Pouvoir. (*Infra* sous-section 3).

Sous-section II : La confusion des pouvoirs

A l'inverse de l'idée d'indépendance, les tenants de ce que l'on appelle la confusion des pouvoirs s'écartent de l'*Esprit des lois*, jugeant ses développements dépassés, sinon erronés. Tout comme à la section précédente, il faut s'entendre : c'est à dessein que les traits sont grossis, pour mettre en exergue les similitudes et les

⁸⁶ Voy. HAURIUO A .et GICQUEL J., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1980, pp. 228 sq.

⁸⁷ EISENMANN CH., "L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs", *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 165 sq. Voy. aussi COLLIARD J.-C., "Séparation des pouvoirs", *Dictionnaire constitutionnel*, (dir. O. DUHAMEL et Y. MENY), Paris, P.U.F., 1992, pp.972 sq.

⁸⁸ Ne prête-t-on pas à Montesquieu cette phrase : "Je serai plus lu que compris" ?

⁸⁹ La majuscule invite à considérer l'Etat *in globo*, la chose publique dans son ensemble.

différences entre les différentes doctrines et leurs éventuels errements respectifs. Il est en effet peu concevable de défendre aujourd'hui l'idée d'un principe général de *non-séparation* des pouvoirs : il y a là en effet une des, sinon la condition(s) de l'existence de l'Etat de droit⁹⁰. L'idée d'une confusion des pouvoirs relèverait dès lors plutôt du *constat*, de la grille de lecture d'un système constitutionnel.

Un argument plaidant en faveur de l'absence de séparation des pouvoirs en Belgique et dans d'autres pays européens est le silence de la Constitution: comment dès lors peut-on sérieusement penser que la séparation des pouvoirs constitue le fondement de l'Etat de droit ? D'autres constitutions européennes⁹¹, notamment celles du Danemark (art. 3), de l'Irlande (art. 6) ou de la Grèce (art. 26.1 sq.), évoquent presque nommément le principe de la séparation des pouvoirs, lui donnant, ce faisant, véritablement valeur constitutionnelle. Ne peut-on pas dire, *a contrario*, que la Belgique et d'autres pays européens l'ignorent, à tout le moins en tant que principe *constitutionnel* ? Il faut se garder, rappelait le professeur Delpérée en conclusion des récentes Journées juridiques Jean Dabin de verser dans le *nominalisme constitutionnel* : ce que la Constitution ne dit pas mot pour mot n'est pas pour autant exclu de la sphère constitutionnelle. Et cela vaut pour de nombreux principes généraux en droit public⁹².

Un autre argument. La séparation des pouvoirs n'est-elle pas un leurre dès l'instant où le Pouvoir, dans toutes ses déclinaisons, est exercé par des personnes d'un même milieu, appartenant à ce que Montesquieu qualifiait d'une même *force sociale* ? Le fait de concentrer le Pouvoir dans les mains d'un corpus d'universitaires, dont de nombreux juristes, n'est-il pas une façon de contourner en fait la séparation des pouvoirs ? Telle argumentation est – au moins – dépassée. S'il est vrai que de telles craintes eussent pu être justifiées à l'époque du suffrage censitaire et des majorités absolues, elles n'ont plus aujourd'hui de fondement. La *res publica* n'est plus l'apanage d'une certaine élite.

Un dernier argument⁹³, sous la forme d'une critique, qui sera d'une étonnante actualité, appliqué à l'Union européenne, revient souvent afin de soutenir la thèse de la confusion des pouvoirs. Certains auteurs font observer qu'en sectionnant et en émiettant le pouvoir entre des autorités qui ne peuvent rien l'une sans l'autre, le système de la séparation émiette du même coup les responsabilités ; si bien qu'en cas de faute commise, le pays ne saura plus reconnaître qui est responsable. Ces diverses critiques ont été formulées notamment par M. Woodrow Wilson, qui, dans son

⁹⁰ KRINGS E., "Considérations sur l'Etat de droit, la séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire", *J.T.*, 1989, p. 521.

⁹¹ Voy. DELPERÉE F., VERDUSSEN M. et BIVER K. (dir.), *Recueil des constitutions européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1994.

⁹² Nonobstant l'épineuse question de la nature juridique et de la *coercitivité* de ces principes : voy. *infra*, Titre III. Voy. not. à ce sujet MODERNE F., "Légitimité des principes généraux et théorie du droit", *R.F.D.A.*, 1999, pp. 722 sq ; GANSHOF VAN DER MEERSCH W.-J., "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", *J.T.*, 1970, pp.557 sq ; COLLECTIF, "La place des principes non écrits dans les avis et les décisions des Conseils d'Etat", *R. Adm.*, numéro spécial, 4, 1999.

⁹³ CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. II, Paris, Sirey, 1922, p. 13 et s.

Gouvernement congressionnel, dresse un véritable réquisitoire contre le régime séparatiste établi aux Etats-Unis. « La Constitution anglaise – dit cet auteur, qui rappelle, à cet égard, un mot de Bagehot – a pour principe de choisir une seule autorité souveraine et de la rendre bonne : le principe de la Constitution américaine, c'est d'avoir plusieurs autorités souveraines, dans l'espoir que leur nombre compensera leur intériorité »⁹⁴. Voici quel est, selon M. W. Wilson, « le résultat pratique du morcellement que l'on a imaginé dans notre système politique. Chaque branche du gouvernement a reçu une petite parcelle de responsabilité, à laquelle la conscience de chaque fonctionnaire peut se soustraire facilement. Tout coupable peut faire retomber sa responsabilité sur ses camarades. Comment le maître d'école, je veux dire la nation, peut-il savoir quel est l'élève qu'il faut fouetter ? On ne peut nier que l'autorité ainsi morcelée, la responsabilité ainsi dissimulée, ne soient de nature à paralyser grandement le gouvernement en cas de danger ». D'où cette conclusion : « Tel qu'il est constitué, le gouvernement fédéral manque de force, parce que ses pouvoirs sont divisés ; il manque de promptitude, parce que les pouvoirs chargés d'agir sont trop nombreux ; il est difficile à manier, parce qu'il ne procède pas directement ; il manque d'efficacité, parce que sa responsabilité est vague... Voilà le défaut auquel je reviens sans cesse ».⁹⁵ Or force est de constater, à la lumière de l'histoire des Etats-Unis, que cette critique se révèle inexacte.

Sous-section III : La collaboration des pouvoirs-Séparation souple des pouvoirs⁹⁶

Si les deux doctrines évoquées dans les sections précédentes semblent en voie d'extinction, il n'en va pas de même pour l'idée très en vogue de collaboration des pouvoirs⁹⁷. Le terme de *collaboration* est sans doute révélateur d'une espèce de "nouvelle culture politique". En pareil contexte, *séparer* les pouvoirs indiquerait une idée de conflit, là où chacun doit plutôt s'entendre à la réalisation d'un même but, d'un même *commonwealth*⁹⁸. On ne peut s'empêcher de montrer un certain scepticisme à l'endroit de cette collaboration des pouvoirs, si l'on n'en a pas au préalable défini les contours.

L'idée de la collaboration des pouvoirs est que le **dialogue doit permettre le fonctionnement régulier des pouvoirs publics**. La collaboration se traduit par l'existence de moyens d'actions réciproques (checks and balances). Ainsi, l'exécutif dispose du droit de dissolution sur l'assemblée législative ; le législatif peut mettre en jeu la responsabilité gouvernementale par l'interpellation ou la censure. Les relations

⁹⁴ WILSON W., *Gouvernement congressionnel*, p. 301 et 302.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ SPECTOR, C., *Le pouvoir*, Paris, GF Flammarion, 1997, p. 175 à 189 et T. M., v° *La séparation des pouvoirs*, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit (sous la dir. De A.-J. ARNAUD), Paris, LGDG, p. 552 et s.

⁹⁷ On se référera notamment à l'article ALEN A., "Séparation ou collaboration des pouvoirs ?", *A.P.T.*, 1990, pp. 233 sq.

⁹⁸ C'est l'idée d'un Pouvoir, décliné en trois pouvoirs (législatif – exécutif – judiciaire) concourant à son exercice, et donc collaborant forcément. Voy. WIGNY P., *Droit constitutionnel, Principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952, p.149 et VANWELKENHUYZEN A., "La séparation des pouvoirs 1831-1981", *De Grondwet honderdvijftig jaar*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 69.

fonctionnelles se caractérisent par l'intervention de l'exécutif dans l'élaboration des lois et l'intervention du législatif dans les fonctions gouvernementales.

A l'évidence, la collaboration *suppose* la séparation⁹⁹. La doctrine de la collaboration s'inscrit donc dans le contexte de la séparation, dont elle ne constitue en réalité qu'un mode de fonctionnement. Il ne faut pas de cette manière confondre *collaboration* et *confusion* (*supra*, sous-section II), sans pour autant – on l'aura compris – revenir à une idée d'*indépendance* stricte des pouvoirs. La collaboration doit être – pour reprendre un *modus operandi* cher aux Professeurs Ost et van de Kerchove – le résultat d'une démarche dialectique dont les deux termes seraient la confusion des pouvoirs et l'indépendance des pouvoirs.

A dire vrai, la théorie de **la séparation des pouvoirs et la doctrine de la collaboration ne sont pas incompatibles. Mais elles ne sont pas interchangeables.** Répétons-le : là où la théorie de la séparation des pouvoirs est un précepte, la collaboration est un de ses potentiels modes de fonctionnement¹⁰⁰¹⁰¹.

Le sujet de la séparation des pouvoirs ne sera vraisemblablement jamais épuisé puisque, **si le principe demeure, son application évolue.** L'aspect dominant aujourd'hui nous paraît être la collaboration entre les pouvoirs. On privilégiera cette manière de voir les choses car elle semble la plus conforme à l'esprit de l'Esprit des lois (*supra*) et plus adaptée aux fonctionnements actuels de nos Etats démocratiques¹⁰². Mais attention, nous croyons fortement que la collaboration des pouvoirs suppose la séparation des pouvoirs car la collaboration s'instaure toujours entre des pouvoirs séparés et distincts. « Sinon elle permet à n'importe qui de faire n'importe quoi dans n'importe quelle condition y compris de piétiner les plates-bandes de son voisin ».¹⁰³

Soulignons également que la collaboration des pouvoirs est tout à fait représentative et caractéristique du changement de paradigme auquel nous assistons depuis quelques décennies. En effet, il existe un glissement du modèle pyramidal¹⁰⁴ (hiérarchisé, formel, strict, fermé, cloisonné,...) vers le modèle du réseau (souple, basé sur la communication, ouvert, ...) ¹⁰⁵ qui se manifeste dans une foule de phénomènes juridiques. Or, afin de bien rendre compte de la réalité juridique de plus en plus réticulaire et de moins en moins hiérarchisée, il faut adopter un modèle théorique plus souple et plus ouvert : la collaboration des pouvoirs.

⁹⁹ Voy. en ce sens DELPEREE F., "La séparation des pouvoirs aujourd'hui", *A.P.T.*, 1990, p. 131.

¹⁰⁰ Pour établir un parallèle, l'on dira que la séparation des pouvoirs est au fédéralisme ce que la collaboration est à la loyauté fédérale.

¹⁰¹ BURDEAU G., *Traité de science politique*, t. VI, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 752 et s..

¹⁰² Pour une analyse détaillée depuis Montesquieu jusqu'à nos jours voyez TROPER

¹⁰³ DELPEREE F., *Op. cit.*, p. 131.

¹⁰⁴ L'indépendance des pouvoirs correspond assez bien à ce modèle.

¹⁰⁵ Ce changement de paradigme fut tout particulièrement bien décrit et analysé en profondeur dans ces deux livres : OST, F. et van de KERCHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des FUSL, 1987 et OST F. et van de KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Éditions des FUSL, 2002.

Section 2

La séparation verticale et horizontale des pouvoirs¹⁰⁶

Soulignons d'emblée que cette manière d'aborder le principe est tout à fait complémentaire de la section 1.

Sous section première : La séparation verticale des pouvoirs

La séparation verticale¹⁰⁷ des pouvoirs ou, si l'on préfère un langage moins hermétique, le *fonctionnement* des autorités de l'« Etat » a donné lieu à trois interprétations exposées dans la section précédente. Force est de constater que, dans une immense majorité des démocraties, c'est le système de la collaboration des pouvoirs qui est employé (*supra*). Cette « collaboration des pouvoirs séparés » donne lieu à une séparation des pouvoirs - vue verticalement - en trois pouvoirs distincts : le pouvoir législatif, exécutif et judiciaire.

Revenons brièvement sur le pouvoir judiciaire.¹⁰⁸

Comme nous l'avons écrit dans le chapitre 1-section 2, Montesquieu place le juge hors du jeu politique.¹⁰⁹ Or, on constate qu'actuellement et depuis un certain temps, la doctrine concernant la séparation des pouvoirs a déplacé son centre d'intérêt. En effet, alors que Montesquieu mettait plus l'accent sur les pouvoirs législatif et exécutif, force est de constater qu'actuellement la doctrine de la séparation des pouvoirs **est essentiellement un moyen de garantir l'indépendance des cours et tribunaux** ; il convient de mettre les corps chargés d'exercer la fonction juridictionnelle à l'abri des influences indues. La liberté des citoyens - si chère à Montesquieu - est à ce prix.

La séparation verticale des pouvoirs est quasi-unanimement admise dans la mesure où elle sous-entend une collaboration des pouvoirs. On remarque que celle-ci est de plus en plus étroite entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif qui se doivent de laisser au pouvoir judiciaire la plus grande indépendance possible¹¹⁰. Ce dernier, quant à lui, se doit de ne pas s'ingérer dans les affaires des deux autres pouvoirs.¹¹¹

¹⁰⁶ HEUSCHLING L., *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 67 à 70.

¹⁰⁷ DELPEREE F., *Op. Cit.*, p. 126 et s.

¹⁰⁸ ALLEN A., *Op. Cit.*, p. 231 à 236.

¹⁰⁹ DELPEREE F., *Op. Cit.*, p. 126 et 127 « Selon lui, le juge ne doit pas intervenir dans l'exercice des autres fonctions. En retour le même juge doit être protégé contre les influences ou les interventions des autorités relevant des deux autres pouvoirs. »

¹¹⁰ Soulignons que les juges se doivent d'être très attentifs quant au respect de cette indépendance car les deux autres pouvoirs ont trop souvent tendance - consciemment ou inconsciemment - à outrepasser leurs prérogatives. Par exemple : les enquêtes parlementaires ou le statut trop hybride des officiers du ministère public dans certains pays européens tel la Belgique.

¹¹¹ Quoique cette dernière remarque soit de moins en moins vraie. Prenez par exemple le « problème » de la séparation des pouvoirs des juges des référés ou de l'astreinte.

Sous section II : La séparation horizontale des pouvoirs

Le second point de vue est celui de la séparation horizontale des pouvoirs. Ou, si l'on préfère, celui de l'organisation stratifiée de l'Etat et de ses composantes. Cette manière de voir les choses est trop souvent ignorée.

La situation actuelle en Europe est la suivante : il y a d'une part les Etats et, d'autre part, l'Union européenne. Cela fait deux niveaux de pouvoir¹¹². Quels sont leurs rapports : autonomie, exclusivité,...? Quelle juridiction juge les conflits concernant la répartition des pouvoirs et compétences... ?

Cette donnée sera importante lors de l'analyse *in concreto* du système institutionnel européen car il faudra déchiffrer la situation à l'aide d'une grille d'interprétation comprenant en abscisse la séparation horizontale des pouvoirs et en ordonnée la séparation verticale des pouvoirs.

Chapitre III

Valeur juridique et enjeux de la séparation des pouvoirs

Ce troisième chapitre tentera de souligner les principaux enseignements de la séparation des pouvoirs.¹¹³ En effet, le chapitre premier a tracé les contours de la conception de Montesquieu et le deuxième chapitre a expliqué les principales interprétations - et leurs caractéristiques. Il faut maintenant, au-delà des particularités régionales ou historiques, se poser la question de sa nature et de ses enjeux.

Section première

La nature de la séparation des pouvoirs

La détermination de la nature du principe de la séparation des pouvoirs n'est pas chose facile. En effet, pour certains, modérés et neutres, il est « un dogme traditionnel »¹¹⁴, ou « un précepte d'art constitutionnel »¹¹⁵ ; à ses détracteurs il apparaît plutôt comme « un mirage fallacieux »¹¹⁶, « vide de substance »¹¹⁷,

¹¹² Dans des pays fédéraux comme l'Allemagne et la Belgique, il y a aussi les entités fédérées.

¹¹³ LAUVAUX P., *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 1990, p.158 à 164.

¹¹⁴ REMY E., dans « Une offensive contre la séparation des pouvoirs », *Belg. Judic.*, 1928, p.2, 2^{ème} col.

¹¹⁵ ALLEN A., *Op. Cit.*, p.234

¹¹⁶ WODON L., cité par REMY E., « Une offensive contre la séparation des pouvoirs », *Belg. Judic.*, 1928, p.4.

¹¹⁷ *Ibidem*

comparable à un ballon que l'on vient de dégonfler¹¹⁸ ; aux yeux de ses partisans, il représente l'expression la plus haute de la sagesse politique et l'indispensable garant de nos libertés.¹¹⁹

D'après le Professeur Vanwelkenhuizen¹²⁰, la « séparation des pouvoirs » est autant un principe politique qu'une règle de droit : en tant que principe politique, il la considère comme un sage précepte et une prudente recommandation qui s'adresse au Constituant et au législateur ; en tant que règle de droit, elle est selon lui un principe général de droit non écrit¹²¹. Curieusement, la question de la nature juridique de la séparation des pouvoirs est peu évoquée en doctrine. A vrai dire, elle est considérée comme acquise. Tout le monde ne parle-t-il pas de *principe* de séparation des pouvoirs ? Mais il faut s'entendre. Un "principe" n'est pas un "principe général de droit". On verra que les choses ne sont peut-être pas aussi simples que l'on se plaît à le penser. Trois hypothèses guident la réflexion. La séparation est-elle une *grille de lecture* du système institutionnel, relevant alors de la science politique ? La séparation des pouvoirs est-elle une *doctrine politique*, balisant l'action des acteurs constitutionnels ? La séparation des pouvoirs est-elle plus que cela, est-elle au contraire – ou au surplus – un *principe général de droit*, ou *du droit* ?

Sous-section première : Séparation des pouvoirs, *grille de lecture* ?

On a pu le remarquer dans les pages précédentes, l'œuvre de Montesquieu relevait, au moins dans un premier temps, de l'anthropologie – s'agissant de l'*Esprit des Lois* en général – ou de la science politique – s'agissant de la théorie de la séparation des pouvoirs en particulier. Montesquieu explique à la France le système anglais, par le prisme notamment de cette théorie. Il propose un modèle. Il ne fait aucun doute qu'il n'y avait pas sur le continent, à pareille époque, un principe général de droit – ou même un principe tout court – de séparation des pouvoirs.

Le propos est maintenant le suivant. La séparation des pouvoirs est-elle toujours une grille de lecture pertinente des systèmes constitutionnels européens ? Une deuxième question, plus importante encore, est celle de savoir si, le cas échéant, la séparation des pouvoirs n'est *que* cette grille de lecture. Il ne pourra être répondu à cette question qu'au terme du présent chapitre.

Commençons ce raisonnement chronologiquement par la première question. On pourrait être tenté de dire que le propos de Montesquieu a vieilli. Que ce qu'il dit de l'Angleterre ne vaut plus pour l'Europe d'aujourd'hui. Que l'on encense un modèle dépassé, peut-être par facilité. On ne peut souscrire à un tel raisonnement. La leçon première de Montesquieu demeure, disait le Professeur Delpérée¹²². Bien sûr, les

¹¹⁸ Expression utilisé par Monsieur RISOPOULOS à la tribune de la Chambre des représentants, le 27 avril 1978 (*Ann. Parl. Chambre* p. 1828)

¹¹⁹ LIEKENDAEL, E., *Op. Cit.*, p. 553.

¹²⁰ VANWELKENHUYZEN, A., "La séparation des pouvoirs 1831-1991", *De Grondwet honderd vijftig jaar*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 72 et 93.

¹²¹ *Contra* GANSGOF VAN DER MEERSCH W.-J (*PAS.*, 1963 I, p. 750)

¹²² "La séparation des pouvoirs aujourd'hui", *A.P.T.*, 1990, p. 131.

ordres juridiques ont évolué. Bien sûr, les observations sur le modèle anglais de l'époque ne peuvent être transposées telles quelles en Belgique. Bien sûr, il y a des nuances à apporter. Mais le discours de l'*Esprit des lois* ne porte-t-il pas en lui-même les germes de sa mutabilité ? L'Angleterre n'est pour Montesquieu qu'un exemple pour fonder sa théorie, une vérification empirique (cfr. *Supra*). Il tend à en universaliser la portée. Ce sont peut-être, en fin de compte, aux exégètes les plus stricts de l'*Esprit des lois* que s'adresse la phrase : "Je serai plus lu que compris". A trop vouloir s'en tenir au texte, on en oublie la portée que son auteur a voulu lui donner¹²³.

Le message de la séparation des pouvoirs n'est pas *périmé*¹²⁴, en atteste du reste – ainsi qu'on a pu le souligner en introduction – l'abondante production doctrinale dont il fait encore l'objet aujourd'hui. Nonobstant les questions de sa nature et de son contenu juridique, que l'on entend examiner plus bas, le modèle scientifique proposé par Montesquieu permet aujourd'hui encore d'appréhender la réalité constitutionnelle européenne. En effet, tous les systèmes constitutionnels des pays membres de l'Union européenne connaissent un système constitutionnel fondé – explicitement ou implicitement – sur la séparation des pouvoirs. Il serait donc impossible de comprendre ces systèmes sans cette grille de lecture. Il n'a nullement été dit qu'il faille en faire l'*unique* grille de lecture de l'ordre juridique.

Sous-section II: Séparation des pouvoirs, *doctrine politique* ?

Comme grille de lecture des systèmes constitutionnels européens, la séparation des pouvoirs n'épuise pas sa substance. Elle n'est alors qu'un modèle scientifique, de science politique. Elle n'est, de plus, pas le seul modèle pertinent. Au vu des nuances grandissantes que lui apporte le droit constitutionnel, certains en ont même proposé le modèle inverse, à savoir la confusion des pouvoirs¹²⁵. Et il faut le reconnaître, cette vision, bien qu'un peu excessive, n'est pas totalement dénuée de pertinence, si toutefois elle est comprise dans une lecture exégétique de l'*Esprit des lois*. C'est dire que la séparation des pouvoirs ne peut demeurer seulement une grille de lecture.

L'indépendance judiciaire – par exemple – peut être lue au prisme des droits de l'homme, de l'article 6 de la Convention européenne plus précisément ainsi que dans toutes les Constitutions européennes. Les règles ne suffisent pas toujours. Elles doivent se doubler d'une volonté politique, celle précisément de se soumettre à la norme. En d'autres termes – et le propos peut sembler paradoxal –, l'Etat de droit, entendu justement comme la soumission du pouvoir à la norme – et dès lors du ou de la politique au droit –, commence avec une volonté politique. Il n'est pas, en l'état¹²⁶, de possibilité de contrôle de l'application *en fait* d'une séparation des pouvoirs prévue *en droit*, en ce qui concerne la séparation des pouvoirs exécutif et législatif. Les

¹²³ On rappelle que l'*Esprit des lois* s'est accompagné d'une importante défense orale de l'auteur, à laquelle le texte doit beaucoup.

¹²⁴ UTTENDAELE M., *Regards sur un système institutionnel paradoxal, Précis de droit public belge*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 81.

¹²⁵ *Supra*, Titre Premier, Chapitre II.

¹²⁶ Ou en l'*Etat*.

contrôles des Cours constitutionnelles - lorsqu'elles existent¹²⁷... - pourront veiller dans certains cas à cette application¹²⁸, mais ce contrôle ne peut être généralisé, et il n'épuise pas la substance du problème.

Le message politique de la séparation des pouvoirs commande aussi la *collaboration* entre les pouvoirs (cfr. *Supra*). Cette collaboration est en quelque sorte le *liant* de la séparation. Il faut que le pouvoir arrête le pouvoir, mais pas qu'il le paralyse. Les pouvoirs ne peuvent oublier leur raison d'être commune, l'intérêt général. Ils doivent dépasser les inquiétudes de Montesquieu. La doctrine politique de la séparation des pouvoirs apporte à cet endroit une nouvelle exigence, quant à la manière dont les pouvoirs séparés doivent se comporter les uns vis-à-vis des autres. C'est une question de *fair-play* constitutionnel.

Avant même de se poser la question de savoir si l'on peut voir en la séparation des pouvoirs - entendue toujours dans son sens global - un concept proprement juridique, l'on peut lui reconnaître la valeur non plus seulement d'une grille de lecture, mais aussi d'une doctrine politique. Mieux, on pourrait parler de nécessaire *vertu* politique.

Sous-section III : Séparation des pouvoirs, *principe général de droit* ?

On le perçoit aisément, à la lumière des sous-sections précédentes. La démonstration ne satisfait pas pleinement. La séparation des pouvoirs est une grille de lecture pertinente des systèmes constitutionnels européens. Le politologue y trouvera un modèle scientifique satisfaisant. La séparation des pouvoirs est, au surplus, une *vertu* politique. Cela ne suffit pas. Le malaise est exprimé d'ailleurs lorsqu'on parle de *nécessaire* vertu politique, de laquelle on fait dépendre l'existence même de l'Etat de droit. Il y a là une insuffisance criante. Il n'est pas rassurant de faire dépendre l'existence de l'Etat de droit d'un bon vouloir politique, par essence changeant et incertain. Pire, l'aporie est totale dès lors que l'on relit Montesquieu. N'est-il pas une expérience éternelle, rappelle-t-il, que tout homme qui dispose d'un pouvoir est porté à en abuser ? En pareille occurrence, qu'advient-il de l'Etat de droit ? Le discours de la séparation des pouvoirs ne peut être seulement politique, il *doit* être juridique pour ne pas être inutile ou contradictoire.

Allons plus loin. La séparation des pouvoirs est, on l'a dit, prévue par les Constitutions européennes¹²⁹ (explicitement ou implicitement). Il existe une règle, une règle constitutionnelle, de séparation des pouvoirs. Cela suffit-il ? Cette règle empêche-t-elle - s'agissant à nouveau au premier chef des pouvoirs exécutif et législatif - que toute personne qui dispose d'un pouvoir en abuse ? Mais ces

¹²⁷ A notre connaissance 11 pays sur 15.

¹²⁸ C'est particulièrement vrai pour la Cour d'arbitrage, dont on rappelle qu'elle est certes une cour constitutionnelle, mais à compétence *spécialisée*.

¹²⁹ Si toutefois on ne cède pas aux atours du nominalisme constitutionnel. Mais l'on peut souligner que la séparation des pouvoirs est prévue par la Constitution, *quand bien même elle n'est pas inscrite dans un article de la Constitution*. C'est l'idée évoquée plus haut selon laquelle la Constitution n'est qu'une simple addition d'articles.

observations ne risquent – elles pas de rester lettre morte dès lors qu'elles ne peuvent être suivies de sanctions ? Existe-t-il dès lors, *de lege lata*, une obligation juridique de séparation des pouvoirs, réellement contraignante ?

Il est incontestable que toutes les Constitutions reconnaissent la séparation des pouvoirs non seulement dans les règles que l'on a pu citer, mais aussi à *travers* celles-ci. Ces règles traduisent l'intention du constituant, qui n'est pas exprimée de manière explicite parce que son existence est "si certaine" que le constituant "estime ne pas devoir le consacrer dans un texte"¹³⁰. A ce titre, il existe un principe général de droit de séparation des pouvoirs, déterminé par la technique de l'induction – cette affirmation est du reste très largement acceptée en doctrine. La question n'est pas résolue pour autant. Il reste encore à savoir si l'appellation de principe général de droit est pertinente et utile, c'est-à-dire si la séparation des pouvoirs entendue globalement a un contenu véritablement normatif, et un contenu juridique propre. Il ne faut pas utiliser l'induction à de seules fins de lecture de la Constitution. La mise en relation de dispositions de la Constitution afin d'en induire un principe qui n'aurait de valeur que purement descriptive ou explicative est sans grand intérêt en droit, sauf à ne faire que de la théorie pure.

La première question à se poser est celle du contenu propre du principe de séparation des pouvoirs. Indubitablement en Europe, les deux déclinaisons de la séparation des pouvoirs sont l'indépendance du pouvoir judiciaire et les spécificités du pouvoir législatif¹³¹ et exécutif¹³²¹³³. La tentation est grande de ne pas voir de contenu propre au principe de séparation des pouvoirs, ces règles en épuisant la substance. On peut pourtant reconnaître au principe de séparation des pouvoirs au moins une valeur de *trait d'union* entre ces deux règles. Donner une généalogie commune aux deux règles n'est pas sans intérêt. On renverse en effet le processus d'induction : les règles découlent du principe, et non l'inverse. Cela permet de soutenir, par exemple, que le pouvoir législatif se distingue du pouvoir exécutif *de la même manière* que le pouvoir judiciaire se distingue des deux autres pouvoirs – puisqu'il ne s'agit que de deux manifestations écrites d'un même principe. Les spécificités du pouvoir législatif et exécutif s'en trouvent *de facto* renforcées. Ces spécificités n'en sont pas moins importantes dans un Etat de droit que l'indépendance du pouvoir judiciaire¹³⁴. C'est une première utilité du principe. Plus spécifiquement,

¹³⁰ GANSHO VAN DE MEERSCH W.J., "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", *J. T.*, 1970, p. 568.

¹³¹ Par exemple le contrôle politique, la fonction financière...

¹³² Par exemple l'exécution des lois...

¹³³ Certains font de l'indépendance du pouvoir judiciaire un principe autonome (Cons. not. la jurisprudence citée par Mme LEURQUIN - DE VISSCHER, "Principes, principes généraux et principes fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage", *Ann. Dr. Louvain*, 1996, p. 282). Cela ne nous paraît avoir guère d'intérêt, dès lors qu'il y a à cet endroit une règle constitutionnelle, suffisamment claire et épuisant la substance de l'indépendance du pouvoir judiciaire. L'invocation du *principe* est peut-être motivée en l'occurrence par la volonté de solennité (VEDEL G. et DELVOLLE P., *Droit administratif*, Paris, P.U.F. (coll. Thémis droit public), 1992, p. 479). Il est par contre très intéressant, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, de parler de principe d'indépendance du *juge*, pas seulement judiciaire (*supra* et références jurisprudentielles) – encore que l'on préférera y voir une règle, internationale celle-ci.

¹³⁴ Contrairement à un sentiment fort répandu (*supra*).

on peut reconnaître au principe de séparation des pouvoirs une vertu programmatrice. Le principe général de séparation des pouvoirs est alors un *principe directeur*¹³⁵, un guide de l'action constitutionnelle. On voudrait aller plus avant, et dire que le principe général – ou directeur¹³⁶ – guide également l'action *constituante*. Que l'on ne s'y trompe pas : le principe général de droit, quel qu'il soit, s'incline devant une règle d'égale valeur juridique¹³⁷. La séparation des pouvoirs, principe de valeur constitutionnelle, s'incline donc devant une règle constitutionnelle qui la contredirait¹³⁸. Le contraire remettrait en cause non seulement la sécurité juridique, mais aussi la Constitution elle-même, dans son ensemble. Tel n'est évidemment pas le propos. Mais la séparation des pouvoirs, entendue comme principe directeur¹³⁹ – ou comme principe général programmeur –, entend *inspirer* l'action du pouvoir constituant. Elle fait partie d'un *bagage*, d'un *acquis* de l'ordre juridique européen¹⁴⁰. Le constituant en tient compte à l'heure des réformes de l'Etat ou des révisions constitutionnelles. On dira que le principe directeur *précède* au sens chronologique la Constitution, qu'il se situe *en-deçà* – ce qui ne veut pas dire qu'il lui soit supérieur. Cela signifie en revanche qu'il faut y être particulièrement attentif. La séparation des pouvoirs est l'une des principales *jambes de force* du système constitutionnel. Elle ne peut se résumer à la seule addition des règles commandant tantôt l'indépendance du pouvoir judiciaire, tantôt les spécificités du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

Une deuxième question surgit. La séparation des pouvoirs est un principe général de droit, c'est un principe directeur de l'ordre juridique, en-deçà des règles qui l'illustrent. Ce principe a un contenu propre. Mais ce contenu est-il proprement normatif et, plus précisément, est-il susceptible, comme tel, de sanctions ? Tel est évidemment l'enjeu de la qualification. Il faut, dans un premier temps, envisager les transgressions potentielles du principe et en percevoir, dans un second temps, les sanctions possibles.

Seules les transgressions potentielles du principe de séparation des pouvoirs qui ne peuvent être résumées à la violation de la règle d'indépendance du pouvoir judiciaire ou des spécificités du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif doivent être

¹³⁵ Selon la typologie proposée par Franck MODERNE ("Légitimité des principes généraux et théorie du droit", *R. F. D. A.*, 1999, p. 741). L'auteur évoque les principes directeurs notamment dans le cadre de la construction européenne, qui précisément doit être guidée par les préoccupations juridiques principales communes aux Etats – en tant que principes directeurs. Voy. aussi des ouvrages de théorie générale du droit, spéc. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1989, pp. 96 sq. Notons que les appellations de "principe programmeur" et de "principe directeur" recouvrent la même hypothèse, bien que la seconde indique une coercitivité plus marquée. On la préférera donc.

¹³⁶ A notre sens – et en s'écartant un peu de la proposition de F. MODERNE – la qualification de principe directeur n'exclut pas celle de principe général. Le principe directeur est plutôt une *espèce* de principe général.

¹³⁷ La valeur juridique du principe étant déterminée éventuellement par la règle qui l'exprime ou à défaut par les règles dont il est induit. Le rattachement à la règle permet de maintenir la cohérence de l'ordre juridique et son caractère fondamentalement écrit.

¹³⁸ En ce sens, GANSHOF VAN DER MEERSCH W.-J., "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", *J. T.*, 1970, p. 567.

¹³⁹ En ce sens BEYER C., *Nature et valeur dans la philosophie de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, p. 123.

¹⁴⁰ Les principes permettent, en ce sens, de "pénétrer, par delà le droit positif, jusqu'aux inspirations profondes de notre ordre social" (W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH W.-J., *op. cit.*, p. 573).

retenues. Admettre le contraire remettrait en cause la pertinence de l'existence même du principe de séparation des pouvoirs – et à réfuter les réponses proposées à la première question posée plus haut. Or le principe a été qualifié de *directeur*, à fonction *programmatrice*. Le non-respect de ce principe serait donc de ne pas *en tenir compte* dans l'action constitutionnelle, entendue comme celle des pouvoirs constitués¹⁴¹. On voit cependant mal quelles pourraient être ces hypothèses, si l'on ne tient pas à demeurer dans un champ purement spéculatif.

La réponse à la deuxième question, celle des sanctions, dépend aussi de la première. S'il n'est pas de transgression du principe en lui-même, il n'est logiquement pas de sanction envisageable. C'est à travers ses déclinaisons tel l'indépendance du pouvoir judiciaire que l'on peut dès lors imaginer la *coercitivité* du principe. Le contrôle s'exprimera tantôt par la voix du juge constitutionnel¹⁴², tantôt par la voix du juge administratif¹⁴³, tantôt encore par la voix du juge judiciaire¹⁴⁴ – mais aussi de la Cour de Strasbourg¹⁴⁵. A défaut d'être spécifiques, ces contrôles ont au moins le mérite de l'efficacité, principalement en ce qui concerne l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Face aux apparentes insuffisances que l'on a présentées, deux options sont possibles. La première est de conclure à l'absence de principe général de séparation des pouvoirs. La seconde, que l'on retient, est plus prospective. Elle voit en la séparation des pouvoirs une idée polymorphe et évolutive.

Selon nous, la séparation des pouvoirs est une réalité autonome, mais une réalité polymorphe. Elle prend les traits de règles constitutionnelles. Elle prend aussi les traits d'un droit de l'homme en tant qu'elle commande l'indépendance du pouvoir judiciaire¹⁴⁶. Elle a le visage d'une *vertu* politique – notamment par la voix de la *collaboration* des pouvoirs. Et pourtant, l'enseignement est le même. Toute personne qui dispose d'un pouvoir est portée *naturellement* à en abuser. Il faut que le pouvoir arrête le pouvoir. Il n'est pas de règle qui puisse contenir toute la substance de ces propos de Montesquieu¹⁴⁷. Voilà pourquoi l'on conclut à l'existence du principe. Un

¹⁴¹ On écarte d'emblée la question effleurée plus haut du non-respect par le *constituant*. Ce non-respect ne serait en effet sanctionnable qu'à considérer le principe comme supérieur à la Constitution, hypothèse que l'on ne retient pas (*supra*).

¹⁴² S'agissant de l'indépendance du pouvoir judiciaire, le contrôle pourra se faire, ainsi qu'on l'a dit plus haut, au contentieux de l'égalité par la combinaison des articles 10 et 11 de la Constitution avec les articles 146 ou 152, ou – le cas est fréquent – avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁴³ Par le contrôle répressif de la section d'administration du Conseil d'Etat, dans le cas notamment de textes réglementaires pris dans des matières réservées à la loi.

¹⁴⁴ Par l'action en responsabilité de l'Etat du fait d'une norme réglementaire ou administrative.

¹⁴⁵ *Supra*, s'agissant principalement de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

¹⁴⁶ C'est l'idée que l'on a pu défendre lors du séminaire résidentiel des 3 et 4 avril (voy. F. LUCHAIRE, "Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du conseil constitutionnel français", *Présence du droit public et des droits de l'homme – Mélanges Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 441 sq.)

¹⁴⁷ Voy. cependant l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen (26 août 1789) : "Toute société dans laquelle la garantie des droits de l'homme n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" (cons. not. RIALS S., *Textes constitutionnels français*, Paris, P.U.F. (coll. Que sais-je ?), 1982).

principe *seulement* directeur, pourrait-on écrire. Mais cela ne l'affaiblit pas pour autant – au contraire. Voilà une norme qui se ramifie jusqu'aux confins du droit et jusque dans des impératifs politiques. Voilà une norme dont les manifestations sont appelées à évoluer. Elle n'est pas toujours explicitement mentionnée par la Constitution : c'eût été superflu, tant la chose est évidente. C'eût aussi été malheureux. Elle n'aurait pas pu développer l'intégralité de son enseignement dans quelques phrases figées. Elle gagne ainsi en souplesse.

Section 2

Les principaux enjeux du principe

Au-delà des différentes interprétations, force est de constater que la séparation des pouvoirs propose une solution face à un souci majeur : **la protection et la liberté politique du citoyen (supra)**. Il est vrai que le grand mérite et l'originalité de Montesquieu est d'avoir montré que, dans la division des pouvoirs et dans leur distribution entre des mains différentes, se trouve une garantie fondamentale de la liberté politique.¹⁴⁸

En outre, pour comprendre les principaux enjeux, tournons-nous vers Carl Schmitt qui souligne que nos **constitutions modernes libérales bourgeoises** sont, d'après son devenir historique et son schéma fondamental aujourd'hui encore dominant, d'abord des constitutions de liberté, et cela dans le sens de la liberté bourgeoise. Leur sens et **leur but, leur telos, c'est en première ligne non la puissance et la gloire de l'Etat mais la liberté**. Comme le dit Kant, elles sont conçues « premièrement selon les principes de la liberté des membres d'une société en tant qu'hommes ».

Carl Schmitt considère que **la liberté bourgeoise produit deux corollaires qui forment les deux principes de la composante libérale de toute constitution moderne**. D'abord un *principe de répartition* : la sphère de liberté de l'individu est présupposée comme un donné antérieur à l'Etat, et la liberté de l'individu est en principe illimitée tandis que le pouvoir de l'Etat pour empiéter sur cette sphère est en principe limité. Deuxièmement un **principe d'organisation** qui sert à mettre en application ce principe de répartition : la puissance de l'Etat (limitée en principe) est divisée et appréhendée dans un système de compétences délimitées. « Le principe de répartition – liberté individuelle illimitée en principe, pouvoirs de l'Etat limités en principe – trouve son expression dans une série de « droits fondamentaux » ou « droits à la liberté » ; le principe d'organisation est contenu dans la théorie dite de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire de la distinction de différentes branches de l'exercice de la puissance de l'Etat. Cette séparation ou distinction sert à favoriser un

¹⁴⁸ ALEN A., *Op. Cit.*, p. 223

contrôle mutuel et à freiner ces « pouvoirs ». »¹⁴⁹ Droits fondamentaux et séparation des pouvoirs caractérisent donc le contenu essentiel de la composante libérale de la constitution moderne.¹⁵⁰

Même lorsque les droits fondamentaux et la séparation des pouvoirs ne sont pas posés ou proclamés explicitement dans une constitution moderne libérale, ils doivent valoir comme principes – directeurs...- de l'Etat de droit bourgeois et ils appartiennent au contenu en droit positif de toute constitution qui contient une décision en faveur de l'Etat de droit bourgeois.¹⁵¹

La séparation des pouvoirs est également une des conditions indispensables de l'**Etat de droit**. La meilleure preuve peut être trouvée, a contrario, car, si il n'y a pas de séparation, un même organe peut cumuler tous les pouvoirs. Ce cumul en ferait un despote qui gouvernerait selon ses caprices et dans le souci exclusif de son intérêt personnel. En revanche, si les compétences sont réparties entre plusieurs autorités, et si celui qui exécute les lois n'a pas le pouvoir de les faire ou de les modifier au moment de l'application, il ne pourra agir et commander qu'en vertu de lois antérieures. Les citoyens n'obéiront donc pas à un homme mais indirectement à des lois et l'Etat de droit sera respecté. En outre, le pouvoir judiciaire veille à ce que ce principe soit réellement respecté par les différentes autorités.¹⁵²

Cela étant, répétons que, **peu importe comment les pouvoirs sont répartis** du moment qu'ils le soient (ce sera la première analyse à faire du système institutionnel européen). On peut spécialiser les autorités, mais on peut aussi concevoir un système dans lequel chaque autorité participe à l'exercice de plusieurs fonctions. « Le premier système a la faveur des démocrates, car si l'organe législatif est le peuple lui-même ou son représentant, la hiérarchie des fonctions entraînera la suprématie de cet organe.

¹⁴⁹ SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 263 et s.

¹⁵⁰ L'art. 16 déjà cité de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dit donc à bon droit : « un Etat sans droits fondamentaux et sans séparation des pouvoirs n'a pas de constitution », c'est-à-dire pas de constitution au sens de la notion idéale de constitution libérale bourgeoise. Pour Kant, tout Etat contient en soi trois pouvoirs, c'est-à-dire la « volonté générale réunie en une triple personne, en tant que législateur, gouvernant et juge ». Seul un Etat où il y a séparation des pouvoirs possède la « seule constitution conforme au droit », est une « réplique pure », parce que seule la séparation entre le législateur d'une part, l'application de la loi et la justice d'autre part, peuvent établir la domination de la loi (par opposition à la domination des hommes et à l'arbitraire). Toute suppression de cette séparation implique le « despotisme ». Hegel soutient lui aussi cette distinction, même s'il refuse une séparation mécanique et abstraite. Dans son œuvre de jeunesse de 1802, *La constitution de l'Allemagne*, il qualifie de despotisme un Etat sans constitution, probablement sous l'influence de cet art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Déjà avant cette Déclaration de 1789, cette idée avait été exprimée dans les constitutions américaines. La Déclaration des droits de Virginie (1776) dit à l'art.5 et dans le texte même de la constitution : chacun des trois pouvoirs doit former un département propre séparé, aucun ne doit exercer la fonction des autres, on ne doit jamais attribuer une fonction publique à une personne dans plus d'un de ces départements, etc. Les mêmes idées se retrouvent dans d'autres constitutions américaines, bien que la constitution fédérale de 1787 ne contienne aucune proclamation explicite de ce principe qu'elle suit pourtant avec une fidélité extrême.

¹⁵¹ SCHMITT C., *Op. Cit.*, p. 264 et s.

¹⁵² TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1994, p.228 et 229

Le second, l'absence de spécialisation, permet au contraire de construire un équilibre des organes. »¹⁵³¹⁵⁴¹⁵⁵

En fait, la séparation des pouvoirs n'est qu'un **principe « purement négatif »**¹⁵⁶ **puisque finalement il n'interdit que la confusion des pouvoirs**. Le reste est question d'opportunité et d'histoire.

Remarquons enfin qu'en **termes économiques**, ce principe coûte a priori plus cher puisqu'il y a plus d'organes, mais se révèle pourtant a posteriori un précieux instrument pour une **meilleure gestion de la res publica**. L'argent est moins facilement gaspillé et la corruption plus difficile car chaque organe est « surveillé » et les procédures permettent (normalement) plus de transparence.

Ce chapitre n'abordera pas toute une série de problèmes tels les rapports entre exécutif et législatif ; ou l'indépendance du pouvoir judiciaire car ces sujets seront traités tout au long des deux autres titres principaux appliqués à l'Union européenne. Le but de cette section est de recentrer le débat sur l'essentiel théorique.

¹⁵³ TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, p. 229

¹⁵⁴ En revanche, la répartition des pouvoirs influe énormément sur le principe de responsabilité.

¹⁵⁵ Comme dans l'Union européenne.

¹⁵⁶ TROPER, M., *Op. Cit.* , p. 229 et s.

« Si je savais quelque chose qui me fût utile et qui fût préjudiciable à ma famille, je la rejetterais de mon esprit. Si je savais quelque chose utile à ma famille et qui ne le fût pas à ma patrie, je chercherais à l'oublier. Si je savais quelque chose utile à ma patrie et qui fût préjudiciable à l'Europe, ou bien qui fût utile à l'Europe et préjudiciable au genre humain, je la regarderais comme un crime. »

L'Esprit des lois

Titre II

La séparation des pouvoirs vue sous l'angle de l'Union européenne : Quel présent ?

Comme décrit dans le premier titre, la doctrine de Montesquieu sur la séparation des pouvoirs a inspiré l'évolution constitutionnelle depuis le XVIII^e siècle et est restée la doctrine fondamentale de l'Etat démocratique et constitutionnel contemporain. En effet, au milieu de l'évolution profonde des idées politiques, la distinction classique entre pouvoirs « législatif », « exécutif » et « judiciaire » reste toujours une explication valable de la structure des Etats les plus divers ; plus que cela, quelles qu'en soient les variantes pratiques, elle constitue un schéma d'organisation dont les données conditionnent de manière effective le fonctionnement de l'Etat.¹⁵⁷

Par contre, et voilà la thèse fondamentale de cette partie, la doctrine « tripartite » de la séparation des pouvoirs n'est pas un principe d'explication complètement adéquat pour un ensemble transnational tel que les Communautés européennes¹⁵⁸. Les traités de Paris et de Rome ont projeté une autre structure des pouvoirs, une **structure quadripartite**¹⁵⁹ (*infra* chap. I) qu'il serait vain de vouloir réduire au schéma traditionnel de la pensée politique. Les traités de base n'ont pas créé un système de séparation des pouvoirs comparable à celui que l'on connaît dans les ordres constitutionnels internes. Néanmoins, ils ont organisé un système

¹⁵⁷ PESCATORE P., « L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome », *Cahiers de droit européen*, 1978, p. 388.

¹⁵⁸ LENAERTS K., « Some reflections on the separation of powers in the european community », *Common Market Law Review*, 1991, p.11 à 35.

¹⁵⁹ PESCATORE P., *Op. cit.*, p. 388 et 389.

institutionnel fondé sur une forme d'**équilibre**¹⁶⁰ (*infra* chap. II) particulier dont la Cour de Justice assure le maintien et qui n'est pas non plus exempt de toute séparation des pouvoirs.

Ce deuxième titre exposera les données théoriques nécessaires, dans le cadre de cette étude sur la séparation des pouvoirs, quant à l'appareil institutionnel en mettant l'accent sur la complexité et les enchevêtrements de celui-ci. Après ce bref rappel théorique, on s'aventurera dans une analyse de certaines particularités de ce système touffu afin d'en décrypter les lignes de forces. Celles-ci ayant été mises en avant, le troisième chapitre présentera une synthèse et fera des liens par rapport au premier titre.

Chapitre premier

Brève description de l'appareil institutionnel

Ce premier chapitre sera bref car il désire retracer les grandes lignes de fonctionnement des institutions européennes ; néanmoins, ce rappel théorique semble nécessaire car il permettra d'éclaircir l'analyse que nous effectuerons dans le deuxième chapitre.¹⁶¹

L'article 4 du traité de Rome instituant la Communauté économique européenne – auquel nous restreignons notre attention dans ce travail¹⁶² – dispose que la réalisation des tâches confiées à la Communauté est assurée par :

- un Parlement ;
- un Conseil ;
- une Commission ;
- une Cour de justice.^{163 164}

¹⁶⁰ le HARDY de BEAULIEU L., *L'Union européenne- Introduction à l'étude de l'ordre juridique et des institutions communautaires*, Namur, Presses Universitaires de Namur, 2002, p. 84 à 87 et MALOSSE H. et HUCHET B., *Unifier la grande Europe*, Bruxelles-Paris, Bruylant –LGDJ, 2001, p. 162 à 203.

¹⁶¹ le HARDY de BEAULIEU L., *Op. cit.* VAN RAEPENBUSCH S., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, Bruxelles, De Boeck, 1998, 645p. ; WATHELET M., *Droit institutionnel européen*, note de cours de l'année 2000-2001 à l'Université catholique de Louvain ; VERHOEVEN J., *Droit des communautés européennes*, Louvain-la-Neuve, service de reprographie de la faculté de droit de l'UCL, 2001, 205p et RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1999 et LENAERTS K., *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.346 et s. et DONY M., *Droit de la Communauté et de l'Union européenne*, Bruxelles, IEE Université de Bruxelles, 2001,337p.

¹⁶² Nous ne prenons donc pas en considération les deuxième et troisième piliers mais uniquement le premier.

¹⁶³ et la Cour des comptes dont il ne sera pas question dans ce travail vu sa mission bien spécifique.

La constitution de chacune de ces *quatre institutions* fait l'objet, dans le même traité, d'un chapitre à part ; de ces dispositions résultent en même temps les règles qui déterminent les rapports inter-institutionnels.

Selon les traités, on peut dire que le processus de décision politique se déroule d'une façon plus ou moins standardisée. Seule la Commission a le pouvoir d'initiative, c'est-à-dire le pouvoir de faire des propositions.

En principe, il revient au Conseil d'arrêter les actes normatifs ayant un caractère législatif du fait de leur portée générale. La majorité requise au sein du Conseil (simple, qualifiée ou unanimité) varie selon la matière en cause, sauf lorsque le Conseil s'écarte de la proposition de la Commission, ce qu'il ne peut faire qu'à l'unanimité. Le pouvoir de participation du Parlement européen au processus décisionnel diffère également selon la matière; le Conseil arrête un acte déterminé soit sans aucune intervention du Parlement européen, soit « après consultation du Parlement européen », soit encore « en coopération avec le Parlement européen ». Le cas échéant, d'autres organes participent au processus décisionnel, soit à côté du Parlement européen, soit à la place de celui-ci.

L'exécution du droit communautaire concerne la précision des actes normatifs à portée générale qui en rend l'application possible dans des cas concrets. Elle est prise en charge par les Etats membres, par le Conseil lui-même ou par la Commission.

Les institutions s'efforcent d'assurer que leur participation au processus décisionnel soit effective, au besoin par un recours devant la Cour de justice.

On peut donc schématiser cela autrement :

La fonction législative est principalement exercée par le Conseil, le pouvoir réglementaire autonome de la Commission étant assez limité. Encore faut-il ajouter que c'est à la Commission qu'est attribué le pouvoir d'initiative. Pour être distinctes, les compétences de ces deux institutions sont complémentaires.

¹⁶⁴ PESCATORE P., « L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome », *Cahiers de droit européen*, 1978, p. 389.

En dehors du Conseil et de la Commission, le Parlement européen participe, lui aussi, à l'exercice de la fonction légiférante :

- de façon consultative,
- par la procédure d'avis conforme,
- par la procédure de coopération (art. 189C),
- par la procédure de co-décision (art 189B),
- indirectement grâce à ses pouvoirs budgétaires.

La fonction gouvernementale se décompose en plusieurs sous-fonctions :

- la fonction d'exécution ou d'application du droit communautaire appartient, au premier chef aux Etats - membres et, au deuxième chef, à la Commission(145 CE) (elle comprend la fonction de contrôle des comportements des Etats membres et des institutions communautaires au regard du droit communautaire - art. 169, 173, 175)
- la fonction d'administration (représentation de la Communauté, exercice de sa capacité juridique - acquisition, aliénation de biens, actions en justice dans l'ordre juridique interne des Etats membres, administration des fonds communautaires, ...) appartient à la Commission ;
- la fonction de représentation dans l'ordre international et de conduite des relations extérieures de la Communauté avec les Etats tiers et les organisations internationales est partagée entre le Conseil, la présidence du Conseil et la Commission (cfr. art. 228 CE), et parfois le P.E. (pouvoir consultatif, mais l'avis conforme peut être requis -cf art. 228, par 3, CE)¹⁶⁵ ;
- la fonction gouvernementale supérieure est confiée au Conseil (p.ex. établissement de la liste de matériel de guerre -art. 223, par. 2 ; contrôle de la Commission dans l'exercice de sa fonction d'exécution -art. 73, 108, 145 CE, etc.).

La fonction judiciaire appartient, au niveau européen, à la Cour de justice (à laquelle est rattachée sa juridiction de première instance) en tant que juridiction suprême¹⁶⁶ d'un système où le juge ordinaire, même dans les matières du droit européen, reste le juge national.

¹⁶⁵ Quoique dans de nombreuses situations les Etats-membres doivent également apposer leurs signatures...

¹⁶⁶ On peut également reconnaître une certaine participation à la fonction judiciaire dans le chef de la Commission lorsque, par exemple, elle met en mouvement une procédure en constatation de manquement contre un Etat membre (art. 169) ou inflige à l'encontre d'une entreprise des amendes en vertu des règles de concurrence du traité.

La fonction de contrôle des gouvernements est exercée par le Parlement européen qui dispose de moyens d'information et de contrôle à l'encontre uniquement de la Commission.

Il y a lieu d'observer que les réformes apportées par le traité de Maastricht en matière d'organisation et de compétences des institutions ont, pour l'essentiel, été inspirées par le souci de renforcer la légitimité démocratique de la construction européenne et de la rapprocher du citoyen. Si l'on peut encore regretter des insuffisances à cet égard, force est de reconnaître que des progrès importants ont été accomplis principalement grâce

- à l'accroissement des pouvoirs du Parlement européen au plan législatif (cfr. procédure de codécision instaurée à l'art. 189B) et en matière d'accords internationaux (cfr. plus grand recours à l'exigence d'un avis conforme de sa part -art 228, par.3, CE) ;
- à l'institution d'une citoyenneté de l'Union (art.8 à 8^E CE) et à la reconnaissance formelle d'un droit de pétition devant le Parlement européen (art. 138D CE nouveau).

Chapitre 2

Analyse de la complexité de l'appareil institutionnel¹⁶⁷

Cette analyse s'articulera autour de différents thèmes permettant de mettre en lumière certains aspects de la complexité institutionnelle¹⁶⁸ des communautés européennes qui ont un rapport avec la séparation des pouvoirs. Le résultat de cette analyse débouchera sur une synthèse qui reprendra les principaux enseignements du titre premier en les actualisant grâce à l'analyse tenue dans ce chapitre.

Section première

La structure institutionnelle des C.E. comporte une innovation remarquable par rapport aux organisations internationales classiques car elle s'écarte du principe de représentativité¹⁶⁹ :

D'abord, il existe une grande diversification des organes. On distingue entre :

- les organes majeurs, qualifiés par les traités d' « institutions »,
- les autres qui, sans occuper une place aussi grande dans l'architecture d'ensemble, n'en jouent pas moins un rôle important dans le domaine qui leur est imparti¹⁷⁰.

Ensuite, les C.E. s'écartent du principe de la représentativité de l'Etat dans les relations internationales, tous les organes n'étant pas composés de représentants des Etats, même si la présence des nationaux continue à être assurée en leur sein.

Enfin, l'influence des Etats membres dans les différentes institutions n'est jamais exactement proportionnelle à leur puissance politique ou démographique.

Schématiquement :

¹⁶⁷ AGUIAR J., « La crise de l'Etat-nation et les institutions européennes », *L'Europe au soir du siècle*, Paris, Edition Esprit, 1992, p. 163 à 176 et GUGGENBUHL A., « Le citoyen et la transparence de l'Union européenne : vers une Europe politiquement correcte ou démocratiquement accessible ? », in le HARDY de BEAULIEU L., *L'Europe et ses citoyens*, Bruxelles, PIE, 2000, p. 47 à 63.

¹⁶⁸ SNYDER F., « The Effectiveness of European Community Law : Institutions, Processes, Tools and Techniques », *Modern Law Review*, 1993, vol. 56, p. 19 à 54.

¹⁶⁹ VAN RAEPENBUSCH S., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, Bruxelles, De Boeck, 1998, p.141 et 142.

¹⁷⁰ Ce travail n'abordera que de manière accessoire ces organes (exemples : BCI, BEI...)

- **Conseil** : le dosage proportionnalité/égalité est fonction du mode de vote : unanimité, majorité absolue (égalité) ; majorité qualifiée (pondération, mais ce mode reste favorable aux petits Etats) ;
- **Parlement européen**: pondération dans la répartition des sièges ;
- **Commission** : égalité, corrigée dans la mesure où un poste supplémentaire est attribué à chacun des cinq grands Etats (F, UK, D, E, I) ;
- **CJCE** : égalité, corrigée d'une manière très proche de ce qui est pratiqué à la Commission : un poste d'avocat général est « attribué » aux cinq « Grands » (les autres avocats généraux étant « attribués » à tour de rôle aux petits Etats), de telle sorte qu'en définitive chaque grand pays « se voit attribué » deux magistrats.¹⁷¹

La « forfaitisation » de la représentation des Etats conduit à une sous-représentation des « grands Etats » (Allemagne, Italie, France, Espagne, Royaume-Uni) et à une prime donnée aux Etats plus petits. Mais les déséquilibres se compensent par le jeu des interactions entre institutions et l'appartenance à un système commun.¹⁷²

On découvre donc un système institutionnel nouveau et qui sort des schémas classiques de représentations. L'explication de ce phénomène est que les Communautés européennes reposent sur un principe d'équilibre entre les intérêts nationaux et communautaires.

Section 2

Chaque institution est représentative d'un intérêt déterminé et jouit d'une légitimité propre

Le Conseil a vocation à représenter les intérêts des Etats membres : il s'apparente le plus aux organes internationaux classiques.

En revanche, à **la Commission**, à **la Cour** et au **Parlement européen**¹⁷³, les nationaux des Etats membres qui y siègent n'y sont pas en qualité de représentants de leurs Etats, mais expriment des valeurs et forces différentes : schématiquement, l'« intérêt communautaire » (à la Commission), l'intérêt des peuples des Etats (au Parlement européen), l'intérêt du respect du droit (à la Cour)¹⁷⁴.

Cet « *équilibre institutionnel* » exprime le génie des « pères fondateurs » des Communautés européennes. Tout en ne correspondant pas au schéma classique de la

¹⁷¹ Tribunal de première instance : égalité.

¹⁷² On rappellera que le directoire de la BCE sera composé de 6 membres au maximum même si les quinze Etats membres devaient accéder à la troisième phase de l'UEM.

¹⁷³ **et à la Cour des comptes.**

¹⁷⁴ le contrôle financier (à la Cour des Comptes).

séparation des pouvoirs¹⁷⁵, auquel une certaine habitude intellectuelle conduit à limiter l'héritage de Montesquieu, il a permis d'entretenir la dynamique communautaire par la conjugaison dialectique des légitimités que représente chacune des institutions.¹⁷⁶

Section 3

Un pouvoir exécutif bicéphale ?¹⁷⁷

Au niveau communautaire il n'est pas aisé, comme nous venons de le décrire dans le chapitre I, de bien cerner les contours de ce pouvoir.

Le chapitre I expose que le pouvoir exécutif est bicéphale -le Conseil et la Commission - mais parmi ces deux institutions, la Commission est sans doute la plus proche de la notion d'exécutif, ou de gouvernement, telle que nous avons l'habitude de la comprendre selon la doctrine classique de la séparation des pouvoirs. Mais l'exécutif est-il réellement bicéphale?

Force est de constater que, *prima facie*, le Conseil se compose des gouvernements de chaque Etat membre c'est-à-dire des pouvoirs exécutifs nationaux. On aura donc assez vite tendance à le considérer comme un des exécutifs européens. Or, une telle vision des choses serait inadéquate car, si on lit attentivement les traités européens, on se rend compte que les membres du Conseil siègent en tant que représentants des **Etats**. En d'autres termes, la mission du Conseil est définie par référence à une notion globale de l'Etat antérieure, logiquement, à la division des pouvoirs. Le caractère non-exécutif du Conseil se retrouve également dans les fonctions qu'il a à remplir. En effet, dans le système communautaire, la fonction principale du Conseil est de produire des règlements et directives. En fait, c'est lui le véritable législateur de la Communauté.¹⁷⁸¹⁷⁹

D'un autre côté, en utilisant l'expression d' « embryon de gouvernement » ou d' « organe à vocation gouvernementale », la doctrine soulignait d'emblée le caractère gouvernemental de la Commission. Dotée du pouvoir d'initiative des lois, appelées

¹⁷⁵ Voir chapitre III.

¹⁷⁶ VAN RAEPENBUSCH S., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, Bruxelles, De Boeck, 1998, p. 143.

¹⁷⁷ LENAERTS K., « Towards a legal framework for executive rule-making in the EU ? The contribution of the new comitology decision », *Common Market, Law Review*, 2000, p. 645 à 686 et LOUIS J.-V., « Un gouvernement pour la Communauté européenne », *Présence du droit public et des droits de l'homme- Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, Tome I, 1992, p. 177 à 191 et BRECHT M, DEWATRIPONT M. et WEIL P., « Commission impossible », *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, Vol. I. Institutions et gouvernance, 2000, p. 79 à 81.

¹⁷⁸ un législateur, il faut bien le souligner, de caractère non parlementaire, dont la base de légitimité est dès lors internationale (la représentativité) et non directement populaire.

¹⁷⁹ PESCATORE P, *Op. Cit*, p. 392 et s.

« règlements » et « directives », la Commission se voyait conférer des tâches analogues¹⁸⁰ à celles d'un exécutif national mais elle ne pouvait pas compter – tant s'en faut – sur la majorité automatique ou quasi automatique sur laquelle repose un gouvernement dans un Etat démocratique. « Certes, on n'a jamais permis à la Commission d'acquérir le profil qui est celui des gouvernements nationaux, mais quelles que soient les inhibitions et les limites existantes, quelles que soient les interférences, positives et négatives, du Conseil dans le domaine d'action réservé à la Commission (que l'on songe, par exemple, au domaine des relations extérieures), il reste que celle-ci possède, du moins partiellement et en puissance, les prérogatives essentielles qui définissent l'exécutif dans la conception de la séparation des pouvoirs. »¹⁸¹

Mais alors, où le Conseil se situe-t-il ? L'appréciation de la position du Conseil nous amène à reconnaître, tout bonnement, que la traditionnelle séparation des pouvoirs, conçue sur le modèle de l'Etat, parfaitement transposable à l'Etat fédéral, n'est, par contre, pas en mesure d'expliquer convenablement un système d'intégration tel que l'ensemble communautaire. « A cause de la position forte, réservée aux Etats membres dans cet ensemble, il a fallu imaginer une structure institutionnelle plus complexe que celle de l'Etat et il a fallu ménager dans cette structure un « locus standi » à celle des quatre institutions qui a pour mission d'exprimer la participation des Etats à l'ensemble communautaire ».¹⁸² Bref, du fait que la Communauté est en même temps communauté d'Etats et de peuples, l'existence du Conseil (trait spécifique de la constitution communautaire) durera ce que durera l'existence politique des Etats.

Le problème réside aussi dans le fait que le Conseil des ministres est, depuis l'origine des traités communautaires, le lieu de décision principal et non pas la Commission (qui est pourtant l'institution la plus proche de la notion de gouvernement). En effet, on voit une situation où on a une institution qui est plus ou moins un gouvernement mais qui n'a pas assez de compétences et de pouvoir pour en être véritablement un, car une autre institution - toute puissante cette fois - refuse de voir cette première institution comme un véritable gouvernement... Cette situation atypique a évolué au fil des réformes institutionnelles.¹⁸³ Mais il y a là derrière une situation problématique non encore résolue car le Conseil - vu sa position dominante - n'hésite pas, en plus, d'essayer de s'arroger de plus en plus de pouvoir au détriment de la Commission.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Par exemple la mise en œuvre d'une politique, l'application d'une législation, la gestion et la surveillance...

¹⁸¹ *Ibidem*

¹⁸² PESCATORE P., *Op. Cit.*, p.393.

¹⁸³ MALOSSE H. et HUCHET B., *Unifier la grande Europe*, Bruxelles-Paris, Bruylant – LGDJ, 2001, p. 162 à 203.

¹⁸⁴ D'où la tendance affirmée par la Cour de justice de protéger les droits de l'institution la plus faible, dans la mesure où l'exercice de ces droits sera utile à la défense de l'intérêt général communautaire et à la promotion de la légitimité démocratique du processus décisionnel. Voyez *Infra*.

Il est vain de s'interroger sur les raisons qui expliquent la difficulté de la Commission de se voir reconnaître la qualité d'exécutif à part entière. On peut sans doute résumer les obstacles à cette reconnaissance en évoquant la crainte d'un dessaisissement radical des Etats, ou mieux, faut-il le dire, des administrations nationales.

On se trouve devant un cas typique où un conflit vertical de compétences - entre institutions - recouvre un conflit horizontal - entre Communauté et Etats membres.¹⁸⁵ « Les réticences fondées sur l'inefficacité alléguée, l'inexpérience de la Commission, son absence de cohésion et sa mauvaise gestion ne sont, à l'égard de cet aspect fondamental, que des épiphénomènes. »¹⁸⁶

Section 4

Le contrôle parlementaire¹⁸⁷

Dans le chapitre précédent, il a été exposé que la fonction législative était partagée entre trois institutions : le Conseil, la Commission et le Parlement européen. Bien des commentaires et des critiques ont été exprimés sur ce sujet. Cependant il semble nécessaire de s'arrêter quelques instants sur un aspect fondamental du pouvoir législatif - qui était déjà développé par Montesquieu - le contrôle parlementaire. En effet, ce contrôle est à la base de nos démocraties, il est essentiel et révélateur de la situation actuelle au niveau européen.

Les pères fondateurs ont inventé un nouveau modèle institutionnel¹⁸⁸, sis à mi-chemin des régimes parlementaires et des organisations internationales, mais leur œuvre manquait de références conceptuelles claires¹⁸⁹. Ils espéraient concentrer le pouvoir aux mains de la Commission pour l'ériger en véritable gouvernement européen, responsable devant un Parlement bicaméral, dont le Conseil eut été la chambre haute.¹⁹⁰ Toutefois, le « modèle » comportait des innovations surprenantes.

¹⁸⁵ Voyez *Infra* chapitre III.

¹⁸⁶ LOUIS J.-V., « Un gouvernement pour la Communauté européenne », *Présence du droit public et des droits de l'homme- Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, Tome I, 1992, p. 183 et 184.

¹⁸⁷ MAGNETTE P., « L'Union européenne : un régime semi-parlementaire », *A quoi sert le Parlement européen*, Bruxelles, Complexe, 1999, p. 25 à 54 et NOURY A. et ROLAND G., « Comment vote-t-on au Parlement européen ? Premiers résultats », *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, Vol. I. Institutions et gouvernance, 2000, p. 67 à 80 et COSTA O., *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, coll. Etudes européennes, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 507 p.

¹⁸⁸ implicitement, ou inconsciemment ils s'inspirèrent du modèle parlementaire qui leur était familier, sans réellement se demander, d'ailleurs, s'il pouvait être transféré tel quel à une organisation internationale.

¹⁸⁹ PESCATORE P., *Op. Cit.*, p. 392 et s.

¹⁹⁰ FITZMAURICE J., LATEK M. et MAGNETTE P., « Quel modèle de contrôle parlementaire pour l'Union européenne ? », *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, Vol. I. Institutions et gouvernance, 2000, p. 58.

D'un côté, la Commission pouvait, à l'instar des gouvernements, être censurée par l'assemblée. Mais, d'un autre côté, une part substantielle du pouvoir exécutif était conférée au Conseil qui, à l'image du président américain, n'était pas responsable devant le Parlement. « La légitimité supranationale incarnée par le couple Commission-Parlement se heurtait à la légitimité internationale du Conseil, dont les membres n'étaient responsables qu'individuellement et devant leurs parlements respectifs ».¹⁹¹

La fragmentation croissante des pouvoirs exécutifs dans l'Union produit un « déficit de contrôle » de plus en plus flagrant. « Ni la Commission, ni le Conseil ne semblent en mesure de concentrer en eux-mêmes ces pouvoirs et ne peuvent donc être au centre des contrôles parlementaires. Aussi longtemps que cette spécialisation du pouvoir durera – et les sociologues de la modernité soulignent tous, depuis Durkheim jusqu'à Luhmann, que la spécialisation des fonctions politiques est un phénomène exponentiel – les parlementaires seront contraints d'exercer leur surveillance à l'égard d'un large spectre d'organes. »¹⁹²

Force est donc de constater qu'au niveau européen le contrôle parlementaire devient de plus en plus absent. Or, ce type de contrôle est à la base de tous nos Etats démocratiques européens et est au cœur de la philosophie européenne de délibération publique. Il faut donc adapter le contrôle parlementaire tel que nous le connaissons dans nos Etats à la structure hybride de la Communauté si l'on veut rester cohérent avec notre tradition et nos valeurs.¹⁹³

Section 5

La Cour de Justice des Communautés Européennes : gardienne indépendante de l'équilibre institutionnel ?

L'équilibre institutionnel décrit tout au long de cette deuxième partie n'eut pas été possible sans l'audace et l'intelligence de la CJCE. Il semble donc nécessaire d'étudier celle-ci en profondeur¹⁹⁴ afin de bien cerner le génie de ces hauts-magistrats.

Commençons cette analyse par des questions de **compositions** et d'**organisations** en soulevant les problèmes qui y vont de pair.

Le fait de trouver au sein de la Cour des spécialistes des systèmes juridiques nationaux est à coup sûr une force pour une juridiction qui doit, en permanence,

¹⁹¹ FITZMAURICE J., LATEK M. et MAGNETTE P., *Op. Cit.*, p. 59.

¹⁹² *Ibidem.*

¹⁹³ *Ibidem*, p. 64.

¹⁹⁴ Cette partie se base principalement sur le livre de DEHOUSSE R., *La Cour de Justice des Communautés européennes*, Paris, Monchrestien, 1997, 159p. ainsi que VAN COMPERNOLLE J., *Théorie et pratique de la fonction de juger* (notes de cours année académique 2002-2003).

prendre en considération le droit des Etats membres. Notons également que l'impact de la jurisprudence de la Cour dépend fort de la qualité de ses relations avec les juridictions nationales. N'oublions pas que, n'ayant pas de pouvoirs propres de coercition, l'autorité de la Cour repose notamment sur son caractère représentatif.¹⁹⁵

Ces nécessités quelque peu contradictoires – *indépendance d'un côté, représentativité de l'autre* – semblent avoir influencé les auteurs des traités institutifs, puisque l'on en retrouve la trace dans les dispositions qui régissent la **composition de la Cour**.

A l'heure actuelle, après plusieurs élargissement successifs, la Cour compte quinze juges. L'article 167 du traité CEE prévoit qu'ils « sont nommés d'un commun accord pour six ans par les gouvernements des Etats membres ».¹⁹⁶ D'un point de vue juridique, cet article empêche de considérer les membres de la Cour de Justice comme des représentants de leurs Etats d'origine ; ils sont d'ailleurs censés agir en toute indépendance. « Cependant, la désignation conjointe ne doit pas faire illusion : chaque juge est en fait « proposé » par son gouvernement, et ce choix ne fait généralement l'objet d'aucune discussion au niveau européen. Cela a permis une certaine politisation du recrutement des membres de la Cour. »¹⁹⁷ Si la marge d'appréciation des gouvernements nationaux est considérable, elle n'est pas illimitée.

Seules des personnalités réunissant toutes les conditions requises pour l'exercice des plus hautes fonctions juridictionnelles dans leurs pays respectifs ou les « jurisconsultes possédant des compétences notoires » peuvent être appelés à siéger à Luxembourg (Article 167). La filière universitaire a toujours occupé une place de choix.¹⁹⁸¹⁹⁹

Qu'en est-il de l'**indépendance** des juges²⁰⁰? Cette question est pertinente car, pour rappel, les juges sont choisis par les gouvernements nationaux et sont, en outre, dépourvus de garantie d'inamovibilité²⁰¹. Certes, leur mandat est renouvelable sans limite. « Toutefois, en les soumettant tous les six ans au bon plaisir de leur

¹⁹⁵ DEHOUSSE R., *La Cour de Justice des Communautés européennes*, Paris, Monchrestien, 1997, p. 10.

¹⁹⁶ A la différence de ce qui est prévu pour le Conseil ou la Commission, le traité ne fait état d'aucune répartition des mandats entre les Etats membres, pas plus qu'il n'interdit la désignation de ressortissants d'Etats tiers. En pratique, toutefois, une coutume prévoit qu'il y a toujours un juge par Etat membre. L'exigence d'une décision unanime pour la désignation des membres de la Cour rend assez improbable une exception à ce principe de représentativité.

¹⁹⁷ Toutefois, contrairement à ce qui est prévu pour la Commission, ce sont les juges eux-mêmes, et non pas les gouvernements, qui élisent le président de la Cour.

¹⁹⁸ A l'heure actuelle, près de la moitié des membres de la Cour sont des professeurs d'université, qui n'ont eu pour la plupart qu'une expérience limitée de la fonction juridictionnelle avant leur nomination à la Cour. Ainsi que nous le verrons plus loin, il n'est pas interdit de penser que ce recrutement atypique pour une institution judiciaire a eu une certaine influence.

¹⁹⁹ DEHOUSSE R., *Op. Cit.*, p.11 et 12.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 15 à 18.

²⁰¹ Qui, au niveau national, représenta la meilleure garantie de l'indépendance judiciaire !

gouvernement, ce système confère aux autorités nationales un moyen de pression considérable, dont il est difficile de croire qu'elles ne feront pas usage. »²⁰²

Force est donc de convenir que le système actuel laisse planer une ombre sur l'indépendance des membres de la Cour. « Face aux pressions des autorités nationales, les garanties prévues par les textes²⁰³ apparaissent de peu de poids. On sait, en effet, que même dans les pays où prévaut la règle d'inamovibilité, c'est souvent par le biais de la carrière que s'exercent les pressions les plus fortes sur la magistrature.

Toutefois, plusieurs éléments structurels sont de nature à contrebalancer l'emprise des gouvernements sur la Cour. Les arrêts sont le fruit d'une décision collégiale, et ne comportent aucune indication quant à un vote éventuel ou à l'existence d'opinions dissidentes²⁰⁴. Il est donc fort difficile de déterminer l'apport de chacun des juges aux décisions finales de la Cour de Justice. La discrétion qui entoure leurs délibérations prive, du même coup, les autorités nationales de la possibilité de contrôler le comportement de « leur » juge. »²⁰⁵

Dans le même ordre d'idées, si le règlement de procédure prévoit la possibilité pour le Président de désigner un membre de la Cour qui fera office de rapporteur dans chaque affaire, une règle non écrite empêche de confier une affaire mettant en cause un Etat membre à un juge originaire du même pays²⁰⁶. « Dans un même souci d'impartialité, on évite généralement d'attribuer à un juge des questions préjudicielles soumises à la Cour par les juridictions de son pays d'origine. Parce qu'ils limitent les points de contact entre les activités des membres de la Cour et les intérêts de leur Etat, tous ces éléments sont autant de contrepoids qui peuvent empêcher les gouvernements d'acquérir une influence par trop directe sur les décisions de la Cour. Du reste, les faits sont éloquentes : la jurisprudence de la Cour, connue à juste titre pour son interprétation ambitieuse du traité de Rome, offre un démenti éclatant à ceux qui voudraient ne voir dans la Cour qu'un instrument aux mains des Etats membres. »²⁰⁷

Trois éléments émergent :

Le premier a trait à la *tension entre représentativité et indépendance* dont il a été question plus haut. Les équilibres subtils entre Etats membres dans la composition de

²⁰² DEHOUSSE R., *Op. Cit.*, p. 15 et 16.

²⁰³ Exhortations à l' « indépendance » et à l'impartialité des juges (Article 167 et Article 6 du Statut de la Cour) ; incompatibilités avec un mandat politique, une charge administrative ou d'autres fonctions, rémunérées ou non ; engagement à ne pas accepter certaines nominations ou certains avantages au terme de leur mandat (Article 4 du statut de la Cour).

²⁰⁴ A la différence de ce qui existe aux Etats-Unis, par exemple, où le comportement des membres de la Cour suprême et leur influence au sein du collège font depuis longtemps l'objet d'analyses approfondies.

²⁰⁵ DEHOUSSE R., *Op. Cit.*, p. 15 et 16.

²⁰⁶ BROWN L., *The Court of Justice of the European Community*, Londres, Sweet and Maxwell, 1989, p. 54.

²⁰⁷ DEHOUSSE R., *Op. Cit.*, p. 16.

la Cour, le rôle joué par les gouvernements nationaux dans la nomination des juges: tout concourt à donner l'impression que l'on a pris soin d'assurer un certain pluralisme dans la composition de la Cour, et de préserver les liens avec les sociétés nationales.

On notera aussi la *discretion* qui entoure le choix des juges. En effet, c'est dans l'atmosphère feutrée des cabinets ministériels et des conférences diplomatiques, à l'abri des regards indiscrets, que sont nommés les membres de la Cour de Justice.

Enfin, il apparaît que le *souci de représentativité a conduit à des choix qui peuvent porter atteinte à l'autonomie de l'institution*. Le pouvoir quasi illimité dont disposent les gouvernements quant au choix des juges, joint à la brièveté des mandats à la Cour, peut permettre aux autorités nationales d'exercer, à l'occasion, un droit de regard sur les activités de la Cour.

Il est quand même agréable de constater que les Etats membres n'ont ni abusé de leur pouvoir de nomination, ni voulu remettre en question les prérogatives de la Cour malgré certaines décisions qui n'allaient pas vraiment dans le sens de leurs préférences.

Plus que le pouvoir de nomination des gouvernements, c'est donc la « brièveté du mandat²⁰⁸ qui est source d'inquiétude²⁰⁹. Sans doute les exigences de représentativité déconseillent-elles la création de mandants inamovibles : le risque serait grand de voir les membres de la Cour, exilés dans le duché féérique de Luxembourg décrit par un observateur américain²¹⁰, perdre tout contact avec leur société d'origine. Mais la solution actuelle – un mandat relativement court et renouvelable – laisse trop de place à la possibilité pour les Etats membres d'exercer des pressions indues sur les juges. »²¹¹

La composition ayant été tirée au clair qu'en est-il de son **activité jurisprudentielle**?²¹²

La principale difficulté pour la Cour consiste à développer une jurisprudence cohérente, qui serve de fondement opérationnel de l'ordre juridique de la Communauté européenne, mais qui ne rompe pas pour autant les équilibres que les

²⁰⁸ Par exemple, la Cour d'Arbitrage de Belgique nomme ses juges « à vie », tout comme aux Etats-Unis...

²⁰⁹ Cette inquiétude vient de se voir concrétiser par le remplacement du juge belge Wathelet qui vient de voir son mandat non renouvelé au profit du juge – de première instance - K. Lenaerts. Les raisons de ce changement sont vraisemblablement politiques ou linguistiques, vu que le Juge Wathelet devait, l'année prochaine, présider la Cour...

²¹⁰ STEIN E., « Lawyers, Judges, and the making of a Transnational Constitution », *American Journal of International Law*, Vol 75, p. 1 à 27. (cité par R. DEHOUSSE)

²¹¹ DEHOUSSE P., *Op. Cit.*, p. 18.

²¹² GERKRATH J., « La Cour de Justice des Communautés Européennes, la constitutionnalisation du Traité de Rome et de son impact sur l'émergence d'une identité européenne », *Institutions européennes et identités européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 455 à 474.

Etats membres ont laborieusement mis au point dans les traités. La nécessité de préserver ces équilibres résulte de la fonction quasi-constitutionnelle que les Etats membres ont assignée aux traités communautaires. Le maintien des checks and balances²¹³ prévus par la constitution est d'ailleurs la préoccupation essentielle de toute juridiction constitutionnelle.²¹⁴

Les mécanismes du recours en manquement et du renvoi préjudiciel permettent à la Cour d'assurer le respect du droit « constitutionnel » de la Communauté par les autorités nationales. « L'éventail des compétences conférées à la Cour de Justice la met ainsi en position d'exercer un rôle général d'arbitre des conflits institutionnels semblable à celui de nombre de cours constitutionnelles. »²¹⁵

L'article 220 du traité donne à la Cour une compétence générale. Elle devait donc arbitrer tous les conflits communautaires où se trouvent face à face « une jeune organisation internationale dotée d'un pouvoir de décision autonome, mais dotée aussi d'institutions représentant des intérêts différents, voire divergents, et d'autre part, des Etats membres, certes « déterminés à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens », mais sans doute soucieux de ne pas non plus trop porter atteinte à leur propre souveraineté. »²¹⁶

La Cour de justice devait dès lors nécessairement être appelée à se prononcer sur la question de la répartition des compétences entre les Communautés et ses Etats. Le concept de communauté de droit, émanation d'une charte constitutionnelle, était déjà présent incidemment dès ses premiers arrêts consacrant l'ordre juridique communautaire et a permis à la Cour « par la juridification²¹⁷ du débat politique », de se placer comme « arbitre institutionnel » à leur égard.²¹⁸ « Se maintenant sur le seul terrain du droit, conformément à sa mission stipulée à l'article 220, son message

²¹³ Une question très difficile pour la Cour de justice des Communautés européennes a été de replacer la délimitation du pouvoir par le juge dans le contexte plus large des checks and balances (système de freins et de contrepoids) prévus par les traités communautaires. Même si le juge communautaire se borne à délimiter, conformément aux traités, les différentes sphères de son ordre juridique, le danger subsiste que son intervention ait pour conséquence une immixtion relativement directe du pouvoir judiciaire dans le processus de prise de la décision politique.

L'aspect le plus problématique de cette intervention judiciaire est qu'elle met en cause l'essence même de la délimitation du pouvoir par le juge, précisément au moment où celui-ci cherche à sauvegarder les équilibres constitutionnels.

²¹⁴ LENAERTS K., *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 272.

²¹⁵ RONSE T. et WAELBROECK D., « La cour de justice, juridiction suprême », *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, 2000, p. 101.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 101.

²¹⁷ Pour une analyse de la juridification et de la juridicisation du débat politique voyez COMMAILLE J., *L'esprit sociologique des lois*, Paris, Puf, p. 25 et s ; COMMAILLE J., « De la 'sociologie juridique' à une sociologie politique du droit », in *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 30 et s. ainsi que GARAPON A., « La question du juge », *Pouvoirs*, 74, Les Juges, 1995, p. 15 et s.

²¹⁸ LENAERTS K., « Some Thoughts about the interaction between Judges and Politicians in the European Community », *Yearbook of European Law*, 1992, vol. 12, p. 1 à 34.

devait être, en règle générale, bien reçu par les juges nationaux, en utilisant ce 'langage qui leur est familier : le langage du droit, qui invite à l'obéissance' ». ²¹⁹

L'évolution de la jurisprudence montre que la Cour règle cette question des compétences tant sur le plan horizontal, entre la Communauté et les Etats, que sur le plan vertical, entre institutions. « Cette question est réglée dans la dimension judiciaire de cette institution, ce qui permet à la Cour de justice, par le rappel de l'ordre juridique communautaire, de ses principes, de sa spécificité et de son autonomie, de s'octroyer la compétence suprême de pouvoir déterminer en cas de litige l'étendue et les limites des compétences des différents intervenants institutionnels qui participent à la construction européenne. » ²²⁰

Prenons un exemple : l'arrêt Meroni ²²¹²²². La Cour se base sur l'article 4 du traité CEE qui énonce que les institutions qui doivent assurer la réalisation des tâches confiées à la Communauté et dispose que « chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent traité ». Le même principe est établi par l'article 3 du traité Euratom. L'article 3 du traité CECA prévoyait déjà que les institutions de la Communauté doivent, « dans le cadre de leurs attributions respectives », veiller à la réalisation des objectifs du traité.

La Cour déduit des dispositions concordantes des trois traités que le fondement institutionnel de l'ordre juridique de la Communauté européenne repose sur un **système de séparation des pouvoirs entre les différentes institutions communautaires**. ²²³ Ce système, qui forme le noyau de la constitution communautaire, doit être respecté de façon très stricte. La Cour de justice en a illustré la nécessité dans les termes suivants :

« Cette disposition (c'est-à-dire l'article 3 du traité CECA) permet de voir dans l'équilibre des pouvoirs, caractéristique de la structure institutionnelle de la Communauté, une garantie fondamentale accordée par le traité, notamment aux entreprises et associations d'entreprises auxquelles il s'applique ». ²²⁴

Dans cet arrêt Meroni, la Cour a exprimé l'opinion que le système de séparation des pouvoirs dans la Communauté a pour but de protéger indirectement les intérêts des sujets de droit. ²²⁵ L'équilibre instauré par ce système ne peut être rompu par aucune institution communautaire, sous peine de mettre en danger la garantie institutionnelle des sujets de droit ainsi que la structure organique de la Communauté. La Cour s'érige donc en véritable gardienne de l'équilibre

²¹⁹ RONSE T. et WAELBROECK D., *Op. Cit.*, p.102.

²²⁰ *Ibidem*

²²¹ et des nombreuses décisions ultérieures

²²² Affaire 9/56, *Meroni c. Haute Autorité*, arrêt du 13 juin 1958, *Rec.*, 1958, (9), p. 40 et s.

²²³ LENAERTS K., *Op. Cit.*, p.340 et s.

²²⁴ Affaire 9/56, *Meroni c. Haute Autorité*, arrêt du 13 juin 1958, *Rec.*, 1958, (9), p. 44.

²²⁵ Voy. *Supra* checks and balances

institutionnel.²²⁶ Il ressort, en outre, de cet arrêt que la finalité du principe d'équilibre institutionnel tend à sauvegarder les intérêts de l'ensemble des partenaires de la construction européenne : Etats membres, institutions et particuliers (personnes physiques ou morales).²²⁷

De manière plus générale, dans le cadre de l'ordre juridique de la Communauté européenne, la notion de délimitation verticale du pouvoir vise la possibilité pour la Cour de justice d'imposer le respect de l'équilibre constitutionnel établi par les traités entre des institutions de même niveau. « Lors de l'exercice de cette mission, la Cour de justice est, le cas échéant, obligée de circonscrire les pouvoirs respectifs du Conseil et de la Commission. La place qui revient au Parlement européen dans le processus de prise de la décision politique et le rôle que les traités assignent au juge communautaire lui-même sont également soumis au contrôle de la Cour de justice. Le pouvoir de chaque institution communautaire peut être déterminé soit à l'occasion d'un litige à ce sujet entre deux institutions, soit de façon autonome, c'est-à-dire lorsque, en dehors du cadre d'un conflit concret entre deux institutions, cela se révèle nécessaire pour trancher le litige dont la Cour de justice est saisie ».²²⁸

Section 6

Le processus de décision²²⁹

Sur les quatre institutions de la Communauté, trois peuvent être désignées comme « politiques » : le Parlement, le Conseil, la Commission. C'est entre ces trois institutions que se joue le processus décisionnel et c'est de l'efficacité de celui-ci que dépend, en réalité, la vie et la survie de la Communauté. On a l'habitude de parler, à ce propos, sous l'inspiration du langage constitutionnel, d'un « équilibre des pouvoirs » ; or, entre ces trois pôles, les pouvoirs sont répartis de manière très inégale.²³⁰ La vérité, c'est l'existence d'un déséquilibre potentiel vu la toute-puissance du Conseil. Le véritable problème consiste, dès lors, à faire fonctionner pratiquement le système en empêchant qu'une institution finisse par être écrasée sous le poids d'une autre.²³¹

²²⁶ le HARDY de BEAULIEU L., *L'Union européenne- Introduction à l'étude de l'ordre juridique et des institutions communautaires*, Namur, Presses Universitaires de Namur, 2002, p. 85.

²²⁷ Néanmoins, depuis quelques années la jurisprudence de la Cour incite à s'interroger sur l'orientation que la haute juridiction souhaite donner à ce principe. Ainsi dans l'arrêt Vreugdenhil du 13 mars 1992 (C.J.C.E., 13 mars 1992, aff. C-282-90, Vreugdenhil, *Rec.*, 1992, p. I-1937.), fut-il jugé que « le système de répartition des compétences entre les différentes institutions a pour but d'assurer le respect de l'équilibre institutionnel prévu par le traité et non la protection des particuliers ».

²²⁸ LENAERTS K., *Op. Cit.*, 1998, p.341.

²²⁹ QUERMONNE J.-L., *Le système politique de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2002, 148p.

²³⁰ D'où l'importance de la CJCE...

²³¹ PESCATORE P., *Op. Cit.*, p.394.

La majeure partie des pouvoirs est possédée par le Conseil, c'est-à-dire de l'organe interétatique. C'est lui qui est à la fois le centre de décision politique et le législateur de la Communauté. L'exécutif communautaire, la Commission, par contre, ne dispose que de peu de pouvoirs autonomes ; elle intervient surtout à deux stades du processus de décision, à savoir celui de l'initiative et celui de l'exécution des dispositions prises par le Conseil. Quant au Parlement, il joue, au demeurant, un rôle surtout consultatif, si bien qu'il n'a pas une prise réelle sur le processus décisionnel. Celui-ci « se déroule pour l'essentiel dans le cadre même du Conseil et dans les rapports entre Conseil et Commission, en ce sens que, d'une part, le Conseil ne peut pas agir en dehors de l'initiative de la Commission (par l'effet du droit de proposition) et que, d'autre part, une exécution cohérente et efficace des dispositions prises est inconcevable en dehors de l'intervention de la Commission. »²³²

Section 7

Le conseil européen

L'analyse de cet équilibre institutionnel serait incomplet si l'on ne signalait pas l'existence et le rôle du **Conseil européen** venant s'ajouter à la structure quadripartite exposée ci-avant.

Le Conseil européen est à la fois l'institution européenne la plus renommée et la plus méconnue. « Déformée par le prisme médiatique, son image est infidèle : il est encore trop souvent improprement qualifié de « sommet européen ». Assimilé à une simple réunion des chefs d'Etat et de gouvernement sans implication organique, il est perçu comme un corps isolé des Communautés européennes . Il existe, en outre, une certaine confusion quant aux fonctions et aux traits caractéristiques de l'institution. En assimilant le Conseil européen aux conférences au sommet traditionnelles, certains observateurs opèrent une dénaturation préjudiciable de l'institution. Le Conseil européen a une identité, une spécificité qui en font son originalité »²³³.

Le Conseil européen apparaît, comme l'escomptait Jean Monnet, comme « l'enceinte de l'autorité et de la décision »²³⁴, une institution²³⁵ essentielle de l'ordre institutionnel et du processus décisionnel communautaire.

Dès sa création, les chefs de gouvernement ont été directement responsables de la construction européenne, tant dans ses réussites que dans ses échecs. Depuis dix ans, le Conseil est à l'origine de quasi tous les progrès de la construction européenne et cela, malgré la défense de certains intérêts nationaux, la difficulté du consensus et les différentes interprétations de son acte constitutif. On se rend bien compte que sans

²³² PESCATORE P., *Op.cit.*, p.394.

²³³ TAULEGNE B., *Le conseil européen*, Paris, PUF, 1993, p. 479

²³⁴ *Ibidem*, p. 480.

²³⁵ qu'elle n'est pas textuellement.

son autorité, rien de décisif ne peut être réalisé et on lui reconnaît également son rôle correcteur et moteur lorsqu'il procède « à un effort d'ajustement immédiat entre le caractère prioritaire de l'engagement communautaire et la nécessité de parvenir à une décision consensuelle. Le potentiel humain et fonctionnel du Conseil européen en fait une institution qui bénéficie d'une présomption d'efficacité. »²³⁶

L'aspect positif consiste en ce que le fonctionnement de ce Conseil européen a l'avantage d'introduire, dans le système communautaire et dans le réseau de solidarités qui s'est créé à l'intérieur des Communautés, les plus hauts responsables politiques des Etats membres. La « nouveauté » de ce système institutionnel, mis en place par les traités, est qu'il a une souplesse suffisante pour débloquer des situations.²³⁷ En outre, ses responsabilités croissantes le placent peut-être, par rapport aux institutions communautaires proprement dites, dans une position stratégiquement supérieure, propice à dégager et à affirmer les éléments constitutifs de l'identité européenne²³⁸. Ainsi, comme la présidence en exercice a eu l'occasion de le préciser en 1992 : « (...) the European Council, as the highest decision-making body of the European Community, is setting out the future orientations of the EC while being the guardian of the Community acquis (...) »

D'un autre côté, force est de constater que le caractère d' « institution communautaire » est contesté²³⁹, et il est même apparu, à sa naissance, comme un élément perturbateur au sein des institutions communautaires. En effet, cette innovation structurelle se situe « à cheval »²⁴⁰ sur le domaine propre des Communautés et sur celui réservé à la souveraineté politique des Etats ; elle échappe donc, en partie, à l'emprise des engagements communautaires et risque d'introduire dans la Communauté un ferment de désintégration²⁴¹ car ce Conseil européen fonctionne selon des méthodes intergouvernementales ²⁴². En outre, celui-ci a, comme dit plus haut, d'importantes compétences mais n'est pas une institution en tant que telle ; il y a là un décalage préjudiciable et incompréhensible entre les textes et la réalité.

²³⁶ TAULEGNE B., *Op.cit*, p. 480 et 481.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ CONSTANTINESCO V., « Le rôle du conseil européen dans la formation d'une identité européenne », *Institutions européennes et identités européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 443 à 454.

²³⁹ CONSTANTINESCO V., *Op. Cit*, p. 443.

²⁴⁰ PESCATORE P., *Op. cit*, p.400.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 401.

²⁴² absence de l'exécutif communautaire (la Commission n'est en effet admise à se faire représenter que par son président et un membre délégué, et seulement pour les affaires relevant de la Communauté), principe de l'accord mutuel, absence de tout contrôle parlementaire et juridictionnel.

Chapitre 3

Essai de synthèse

Recentrons quelque peu notre réflexion sur le thème de la séparation des pouvoirs. L'idée existante derrière ce chapitre est de mettre à profit un maximum des éléments mis en avant dans ce travail. En effet, le but sera d'utiliser, tels des instruments, les données théoriques du premier titre et de les appliquer, autant que faire se peut, au niveau européen, ou plus précisément à ce que nous en avons expliqué.

Section première

A-t-on besoin de séparation des pouvoirs au niveau européen ?

Cette question aurait pu figurer au début de ce travail. Néanmoins, il a paru préférable de la poser après avoir mis en exergue les principaux enjeux du principe de la séparation des pouvoirs dans le premier titre et après s'être familiarisé avec le système institutionnel européen.

Vu l'importance des enjeux du principe de la séparation des pouvoirs (état de droit, protection du citoyen, les libertés publiques, moyen d'éviter le despotisme...) la réponse ne fait pas de doute : la séparation des pouvoirs ne peut être absente de l'architecture institutionnelle de l'Union européenne. En effet, celle-ci est incontestablement une « organisation » politique bien plus achevée et contraignante que les différentes organisations internationales²⁴³. On y prend nombre d'importantes décisions à caractère politique qui influencent la vie des gens. L'Union européenne n'est pas (encore) un Etat dans de nombreux domaines mais les décisions qu'elle prend sont bien équivalentes à celles prises dans nos Etats.

Néanmoins, cela ne veut pas dire que l'Union doit absolument prendre le modèle défendu par Montesquieu mais elle peut, comme elle le fait dans à peu près tous les autres domaines, trouver une forme « européenne » de séparation des pouvoirs, sui generis diront les juristes. L'important étant que les valeurs défendues par cette séparation des pouvoirs soient préservées. En fait, peu importe la forme, du moment que le fond y soit. Nous allons voir qu'il existe une forme (sui generis) de séparation des pouvoirs au niveau européen. Analysons-là, pointons ses qualités et ses défauts pour ensuite proposer des solutions afin d'améliorer le futur. C'est l'objet des pages qui suivent.

²⁴³ Voyez *supra* Titre II chapitre II section I et II

Section 2

Analyse de « l'équilibre » des pouvoirs au niveau européen

Il est toujours utile de rappeler que l'invention du modèle communautaire apparaît comme le fruit d'une **stratégie de contournement**, l'adoption directe d'un modèle fédéral d'intégration pour l'Europe suscitant trop d'oppositions à l'origine. Prenant acte des nombreuses résistances, les partisans de la construction européenne n'ont pas envisagé de construire la Communauté économique européenne, aujourd'hui simplement dénommée Communauté européenne (CE), sur un modèle étatique. Fondée sur le **principe de représentation des intérêts nationaux et supranationaux**, l'architecture institutionnelle de l'Union ne ressemble donc pas, comme nous l'avons vu tout au long du chapitre précédant, à celle d'un régime parlementaire dans un Etat de type fédéral, et exclut une séparation nette des pouvoirs entre un pouvoir exécutif et un pouvoir législatif. Comme l'énonce parfaitement Paul Magnette, « ce qui caractérise la voie mineure de la construction européenne, c'est l'occultation de la première alternative, opposant fédéralistes et souverainistes, et la domination des deux autres (les partisans du politique et les avocats du fonctionnel). La relance orchestrée par Schumann procède en effet de la conviction de quelques activistes, dont Monnet est la figure centrale, selon laquelle le projet européen ne peut avancer que si l'on éteint les polémiques politiques autour des institutions, forcément sensibles parce qu'elles touchent aux concepts et aux symboles, pour se concentrer sur le contenu de la coopération. Le changement de stratégie consiste à privilégier le fond sur la forme, avec l'espoir secret que celui-là entraîne celle-ci »²⁴⁴. Un tel état d'esprit a donné lieu à un système, nous l'avons aussi vu, dont la complexité défie parfois la raison.

Ce système institutionnel quadripartite est étonnant car il est éloigné du principe de la séparation des pouvoirs qui préside pourtant à l'organisation de la plupart de nos Etats démocratiques. Il a produit un véritable **système en réseau**.²⁴⁵ Ce système d'organisation en réseau est original de par la **dissociation**, expliquée et exemplifiée tout au long de ce deuxième titre, **entre l'organe et la fonction**. En effet, aucun organe n'exerce une seule fonction exclusive, pas plus d'ailleurs qu'aucune fonction n'est assumée par un seul organe. Les institutions doivent cependant **collaborer fonctionnellement** et interagir selon des schémas sophistiqués, en vue de remplir les missions qui leurs ont été accordées par les traités. Le système politique européen se caractérise ainsi par l'interpénétration des pouvoirs et la multiplicité des acteurs décisionnaires, une sorte de « gouvernance à niveaux multiples » (*multilevel governance*)²⁴⁶, qui fonctionne selon des principes régulateurs qui lui sont propres,

²⁴⁴ MAGNETTE P., *L'Europe, l'Etat et la démocratie*, Bruxelles, Ed. Complexe, 2000, p. 44.

²⁴⁵ OST F. et van de KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Éditions des FUSL, 2002, introduction.

²⁴⁶ WALLACE H., « Politics and Policy in the UE : the Challenge of Governance », *Policy-Making in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, p. 3 à 36.

signalons notamment celui de l'« **équilibre institutionnel** »²⁴⁷ sur lequel nous reviendrons dans quelques lignes. En définitive, l'Union organise un système de prise de décision consensuel et interdépendant qui rend cependant difficile d'assigner à un organe unique, la responsabilité des décisions prises, ce qui ne va pas sans affaiblir assez considérablement la responsabilité démocratique d'autant plus que seul la Commission est responsable devant le Parlement...^{248 249} Il y a, en effet, clairement un **problème de responsabilité**²⁵⁰ au niveau européen car, pour suivre les leçons de Montesquieu, le pouvoir législatif doit vérifier la bonne application des lois par l'exécutif. Or cette vérification, ayant pour corollaire le principe de responsabilité, n'est pas pleinement, comme nous l'avons plusieurs fois remarqué dans les lignes qui précèdent, effectif au niveau communautaire. On a vu que c'est ce « Conseil des ministres » qui est le véritable organe de décision de l'Union à qui il incombe d'adopter, en dernier lieu, à l'unanimité, à la majorité qualifiée ou à la majorité simple selon les domaines, les actes normatifs communautaires (règlements, directives, etc.). Défenseur des intérêts des États, le Conseil démontre sa prééminence en n'étant pas soumis au contrôle politique du Parlement européen. Les ministres qui composent ses diverses formations (affaires générales, agriculture, environnement, etc.) ne peuvent voir leur responsabilité engagée que devant le Parlement dont ils relèvent. L'originalité de l'UE, et son éloignement du schéma parlementaire, peut également se démontrer par la position prédominante occupée par le « Conseil européen », qui n'est pourtant pas une institution communautaire. Or, ce Conseil européen est, en pratique, l'organe politique suprême. Il a d'ailleurs vu son rôle consacré par le TUE à l'article 4 : « Le Conseil européen donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations politiques générales », et il s'est également fait octroyer quelques fonctions législatives. N'étant toutefois pas une « institution », les actes du Conseil européen échappent toujours à tout contrôle politique aussi bien que juridique.²⁵¹

Observant d'outre tombe l'Union européenne, Montesquieu serait déconcerté. D'un côté, force est de constater que l'ordre juridique communautaire ne réalise pas, au même titre qu'un ordre juridique national, le principe de la séparation des pouvoirs, ou, mieux, **ne consacre pas la formule classique de séparation des pouvoirs**. D'un autre côté, on reconnaît en général l'existence d'une **séparation fonctionnelle mais pas d'une répartition organique**, permettant d'identifier une institution avec une forme déterminée de pouvoir.

²⁴⁷ LENAERTS K. et VERHOEVEN A., « Institutional balance as a guarantee for democracy in EU governance », in C. Joerges & R. Dehousse (eds.), *Good governance in Europe's integrated market*, Oxford University Press, 2002, p. 35.

²⁴⁸ SCHARPF F., « Democratic policy in Europe », *European Law Journal*, 1996, p. 136.

²⁴⁹ Dans cette architecture institutionnelle si spécifique, il n'est donc pas surprenant de constater que le Parlement européen de Strasbourg est un parlement bien particulier dans la mesure où il ne dispose pas de l'initiative des « lois », du pouvoir de voter, en dernier lieu, celles-ci, pas plus que du pouvoir de renverser le Conseil de l'Union

²⁵⁰ Cfr. la critique de Wilson dans le Titre I.

²⁵¹ PECH L., « L'Union européenne entre « déficit démocratique » et « nouvelle gouvernance », www.chaire-mcd.ca, 2002, p. 20 et 21.

Cette séparation fonctionnelle et pas organique s'explique par le fait que le schéma institutionnel quadripartite repose sur un **équilibre subtil**.

Cet équilibre semble avoir été la motivation principale des rédacteurs successifs des traités. Il fallait à tout prix garder cet équilibre entre d'une part les intérêts nationaux et les intérêts européens. Et ce n'est que dans le cadre de cet équilibre que l'on s'est occupé de la séparation des pouvoirs afin de mettre en place un pouvoir judiciaire « indépendant » mais où la référence à cet équilibre est encore présente²⁵². Quant à la séparation entre l'exécutif et le législatif, il ne peut se comprendre que si l'on fait une lecture croisée de la séparation verticale et horizontale des pouvoirs. On peut donc avancer que le système institutionnel européen repose sur **un principe d'équilibre des pouvoirs entre les quatre institutions²⁵³ qui lui-même provient de la volonté de trouver un système équilibré entre d'une part les intérêts nationaux et les intérêts européens²⁵⁴**. Ce système complexe possède comme caractéristique, entre autres, une séparation souple des pouvoirs, basée sur la collaboration. Donc, le système institutionnel européen n'est pas basé directement sur la séparation des pouvoirs mais sur l'équilibre des pouvoirs qui lui-même secrète une forme sui generis de séparation des pouvoirs (fonctionnelle mais pas organique). On peut donc dire que certains aspects de la doctrine de Montesquieu s'y retrouve, au second degré, incidemment. Approfondissons cet équilibre.

Cet équilibre subtil - expliqué tout au long de cette deuxième partie - permet que le pouvoir dans l'Union arrête le pouvoir. Il n'y a clairement pas de confusion des pouvoirs²⁵⁵. Cette non-confusion des pouvoirs au niveau européen permet d'instaurer une garantie efficace contre le despotisme. Il faut s'en réjouir. Mais cette **non-confusion**, cet éclatement des pouvoirs et des compétences entre les institutions donne malheureusement lieu à l'immobilisme car, à force de ne pas confondre les pouvoirs, on en arrive à un fonctionnement complexe où la **collaboration étroite entre les pouvoirs est indispensable**. Or, ce fonctionnement en réseau serré des acteurs européens reflète un mode d'interaction qui, en occultant leur véritable identité, confine plutôt à la confusion. « A tel point que, sous l'appellation générique de « Bruxelles », les citoyens sont incapables de repérer qui fait quoi. D'où l'émergence d'un véritable pouvoir virtuel dont l'anonymat prive le système politique européen d' « accountability », tout en faisant souvent de la Commission le bouc émissaire des gouvernements nationaux qui s'exonèrent ainsi de leur responsabilité. »²⁵⁶

C'est ici, en effet, que l'on retrouve Montesquieu qui poserait certainement cette question apparemment simple du « **qui fait quoi ?** ». Apparemment car, à peine

²⁵² Voyez *supra* la composition de la Cour.

²⁵³ Cfr. séparation verticale des pouvoirs.

²⁵⁴ Cfr. séparation horizontale des pouvoirs

²⁵⁵ Voyez *supra* Titre I.

²⁵⁶ QUERMONNE J.-L. (sous la dir. MAGNETTE P.), « L'architecture institutionnelle de l'Union européenne et les processus de décision », *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, 2000, p. 129.

soulevée, la question se dédouble puisqu'elle concerne à la fois celle de la répartition des tâches entre les Etats membres et l'Union et celle de la répartition des rôles au sein de celle-ci entre la Commission, le Conseil et le Parlement – la fonction juridictionnelle de la Cour allant de soi.²⁵⁷

Pour répondre à cette question, nous sommes confrontés à un problème tenant au **dédoublement fonctionnel** qui affecte les institutions. « D'une part, les gouvernements nationaux cumulent leur tâche exécutive interne avec une fonction à la fois exécutive et législative au plan communautaire; d'autre part, au niveau de l'Union, le système de réseau qui s'est progressivement établi ne distingue pas, selon le paradigme attribué à Montesquieu, les fonctions respectives des trois composantes du « triangle institutionnel ». Ainsi, la Commission participe à la fonction exécutive, législative et, en matière de concurrence, quasi juridictionnelle ; le Conseil est à la fois gouvernement et législateur ; et le Parlement lui-même en prétendant s'ingérer dans la « comitologie » tend à déborder son rôle de co-législateur pour s'inscrire dans l'exécution ».²⁵⁸

Les traités communautaires ont donc établi **une distinction souple, basée sur la collaboration**²⁵⁹, des structures d'autorité et des fonctions qui leur sont attribuées plutôt que leur séparation rigide et il est clair que la structure institutionnelle des CE a été aménagée de manière à éviter la concentration des pouvoirs entre les mains d'un seul organe mais cela a donné lieu à une structure complexe et enchevêtrée. Nous avons également l'impression que le système institutionnel a accordé plus d'importances aux checks and balances qu'à la distinction des pouvoirs en tant que telle. En effet, les systèmes visant à mettre en place des freins et contrepoids sont omniprésents (cfr. chapitre II) alors que la distinction entre les trois pouvoirs ne semble pas avoir retenu l'attention des architectes du système... ils ont mis la charrue avant les bœufs en quelque sorte. C'est pourquoi certains réajustement semblent nécessaires.

Une analyse des pouvoirs au niveau européen semble nécessaire. En effet, au cours du premier titre, une classification entre la séparation verticale et horizontale fut faite. Cette classification a permis une meilleure compréhension de la complexité institutionnelle européenne mais elle mérite de plus amples développements car elle est au cœur de ce travail. A cette fin, tournons nous vers la Cour²⁶⁰ car en tant qu'arbitre institutionnel, elle a développé, au fil des années, une compréhension plus approfondie du sujet.

Les traités communautaires comprennent plusieurs dispositions concernant la légitimité et la portée de la délimitation du pouvoir par le juge dans l'ordre juridique

²⁵⁷ Voyez *infra* la séparation horizontale et verticale des pouvoirs.

²⁵⁸ QUERMONNE J.-L. (sous la dir. MAGNETTE P.), *Op. Cit.*, p. 129 à 150.

²⁵⁹ Voyez *supra* la collaboration des pouvoirs.

²⁶⁰ Cette partie fait sciemment de nombreuses références à la fort complète et limpide thèse de doctorat du Professeur Lenaerts : *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 817p.

de la Communauté européenne. Telle est précisément la substance des articles des traités communautaires qui régissent la protection juridictionnelle accordée par la Cour de justice, souvent en collaboration avec les juridictions nationales.

La caractéristique principale de ces articles est qu'ils ont repris expressément les différentes hypothèses de délimitation horizontale et verticale du pouvoir. Plusieurs voies de droit²⁶¹ peuvent en effet être utilisées par les institutions de la Communauté et par les Etats membres qui, en tant que « requérants privilégiés », font protéger par la Cour de justice les équilibres horizontaux et verticaux établis par les traités. « Le texte de la constitution communautaire a lui-même reconnu la légitimité de la délimitation du pouvoir par le juge, ce qui a évité le traumatisme provoqué par la question de la légitimité du contrôle de la constitutionnalité des lois, qui a dominé l'histoire du pouvoir judiciaire fédéral aux Etats-Unis. »²⁶²

Il suffit de constater dans ce contexte que les traités ont conféré à la Communauté européenne un système institutionnel très spécifique. En effet, « bien que les traités trouvent leur origine dans la volonté politique des Etats membres d'établir une communauté permanente disposant de compétences normatives propres, ils sont rédigés dans des termes prudents qui ne menacent pas, du moins formellement, le statut de souveraineté des Etats membres »²⁶³. Cette considération revêt une importance cruciale pour l'analyse de la délimitation tant horizontale que verticale du pouvoir par le juge dans l'ordre juridique de la Communauté européenne. Force est néanmoins de reconnaître que les traités forment indéniablement la norme constitutionnelle de cet ordre juridique.

La constatation que la Cour délimite verticalement le pouvoir dans la Communauté européenne en vue de préserver le système atypique de séparation des pouvoirs établis et plus généralement l'équilibre par les traités communautaires n'implique pas que ce système corresponde au modèle constitutionnel classique, dans lequel les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont séparés l'un de l'autre. Le seul point commun entre ce modèle classique et la délimitation verticale du pouvoir par la Cour de justice est que le juge tranche les conflits de pouvoir éventuels entre des organes de même niveau, sans que pour autant l'identité, voire seulement la comparabilité, des prérogatives respectives des institutions communautaires par rapport à celles des trois pouvoirs du modèle classique doive être certaine.²⁶⁴

« Les auteurs du traité n'ont pas voulu en tout cas se prononcer contre une séparation des pouvoirs, mais ils ont établi un système de répartition des compétences et de contrôle du pouvoir qui était tout à fait adéquat pour le fonctionnement harmonieux de ces tout nouveaux instruments de l'intégration économique. Ce qui pouvait être bon pour un Etat national traditionnel ne l'est pas

²⁶¹ Voyez *supra*, Titre II chapitre II section V.

²⁶² LENAERTS K., *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 600 et 601.

²⁶³ *Ibidem*, p. 262.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 263 et s.

nécessairement pour une communauté économique interétatique. Dans cette mesure, nous devons accorder toute notre attention aux particularités de ces Communautés. »²⁶⁵

Concrètement, il s'ensuit que, dans le cadre de l'analyse de la délimitation verticale du pouvoir par le juge dans l'ordre juridique de la Communauté européenne, **il n'est pas indiqué de caractériser le Conseil, la Commission et le Parlement européen selon la classification de la trias politica classique**. Le caractère législatif ou exécutif de leurs pouvoirs ne revêt pas une importance capitale pour l'analyse de la Cour.²⁶⁶

Par ailleurs, **la Cour de justice** peut être appelée à délimiter les pouvoirs respectifs des institutions politiques de la Communauté. Dans l'accomplissement de cette tâche, la Cour intervient en tant que **tiers désintéressé sur le plan institutionnel**, qui assure le respect de l'équilibre constitutionnel entre les institutions communautaires.²⁶⁷

La délimitation verticale du pouvoir, dans la Communauté européenne, par le juge concerne rarement des conflits purement verticaux. Un conflit entre le Conseil et la Commission, ou entre le Conseil et le Parlement européen, comporte souvent des questions relatives à la répartition précise des compétences entre la Communauté et les Etats membres. Il s'agit alors de conflits verticaux présentant un aspect horizontal ; la Cour de justice ne peut trancher ces conflits qu'après avoir précisé in concreto les rapports entre la Communauté et les Etats membres. Il n'empêche que ces conflits sont verticaux, parce que des institutions communautaires s'opposent entre elles devant la Cour.

Il convient, dès lors, de diviser les conflits verticaux dans l'ordre juridique de la Communauté européenne en deux types, à savoir les conflits purement verticaux et les conflits verticaux présentant un aspect horizontal. Le premier type concerne les conflits entre des institutions communautaires quant à leur participation respective au processus de prise de la décision politique, sans que le caractère communautaire de celui-ci ne soit contesté. Le deuxième type concerne les conflits entre des institutions communautaires sur leurs prérogatives respectives dans le processus de prise de la décision politique, conflits résultant précisément d'un différend à propos du caractère communautaire ou non de la matière en cause. Dans ce type de conflit, il convient d'abord de décider si la matière litigieuse relève de la compétence de la Communauté. Si la réponse est affirmative, la participation des institutions de la Communauté au processus décisionnel devra être conforme aux dispositions des traités communautaires. Dans le cas contraire, il s'agit tout au plus d'une coopération

²⁶⁵ MONACO R., « Le caractère constitutionnel des actes institutifs des organisations internationales », *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pédone, 1974, p. 152 et s. et d'où l'importance du chapitre II.

²⁶⁶ LENAERTS K., *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 342

²⁶⁷ *Ibidem*

intergouvernementale organisée sur une base volontaire dans le cadre des réunions du Conseil.²⁶⁸

Mais finalement **Montesquieu eût-il été eurosceptique ou europhile ?** Revenons quelques pages en arrière sur sa conception de la séparation des pouvoirs.

Notons d'emblée qu'il aurait sans doute été tolérant et compréhensif par rapport à l'Union européenne au vu de sa nature hybride et spécifique car, selon lui, et comme nous l'avons noté au premier Titre, l'organisation constitutionnelle possède, bien sûr, une signification juridique mais aussi une signification politique et sociale ; or, force est de constater que l'Europe du XVIIIème siècle est fort éloignée de celle que nous connaissons aujourd'hui.²⁶⁹ Il aurait, en outre, certainement bien compris la nature sui generis de l'Union européenne car il a lui-même, avec les données sociales de son époque, fort insisté sur l'équilibre nécessaire des puissances sociales. Or, les puissances sociales ne sont plus le roi, les nobles et le peuple mais, au niveau européen, les Etats-membres, la Communauté et les citoyens. Donc, *mutatis mutandis*, la démarche est identique.

Néanmoins, si l'Union devait se rapprocher du modèle étatique, comme la Convention le propose (voir *infra*), il y a fort à parier que ses exigences eurent été plus pressantes. Mais, dans l'état actuel des choses, qu'en aurait-il pensé ?

Il se serait certainement réjoui d'un certain nombre d'éléments. Tout d'abord, il aurait apprécié, que globalement, l'Union évite de tomber dans la confusion des pouvoirs entre les mains d'un seul homme ou d'une seule caste. Quoiqu'il eut sans doute préféré que la distinction entre les pouvoirs ne soit pas seulement fonctionnelle mais un peu plus clair d'un point de vue organique. De plus le système européen est basé sur la collaboration des pouvoirs ce qui correspond bien à sa philosophie qui, comme nous l'avons démontré, n'a jamais développé une séparation stricte des pouvoirs. Cependant, cette collaboration lui aurait vraisemblablement paru trop marquée au vu de l'opacité dans laquelle évolue actuellement le système. Mais reprenons un à un les trois pouvoirs.

Il ne fait aucun doute que Montesquieu aurait avalé de travers en étudiant le pouvoir judiciaire européen. C'est carrément l'opposé de ses positions théoriques. En effet, force est de constater que la Cour a une place essentielle dans le système et que son œuvre jurisprudentielle est clairement créatrice de droit voire politique ! Nous sommes donc très loin du juge « bouche de la loi ».

Quant au pouvoir législatif, il aurait certainement accepté l'idée d'un éclatement de ce pouvoir entre plusieurs organes, vu que lui-même défendait un système bicéphale avec d'un côté une « chambre des nobles » et de l'autre une « chambre du peuple ». Par contre, il aurait mis en garde contre le manque de

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 343.

²⁶⁹ Cela corrobore notre conception polymorphe et évolutive de la séparation des pouvoirs...

vérification et de responsabilité dont souffre, comme nous l'avons plusieurs fois souligné au cours de ce travail, le législateur à l'encontre du pouvoir exécutif.

L'idée que le pouvoir exécutif collabore étroitement avec le législatif n'est pas un problème car, comme nous l'écrivions au premier titre : « 'la liaison entre les puissances exécutive et législative s'établit de façon profonde et intime.' Montesquieu, loin de considérer qu'elle correspond aux « empiètements possibles d'un pouvoir sur l'autre », voit au contraire en elle la condition du fonctionnement effectif des rouages gouvernementaux ». Par contre, l'idée que le Conseil puisse être simultanément doté du pouvoir de faire et d'exécuter les lois, même en collaboration avec d'autres organes, l'eût certainement profondément troublé et il aurait émis les plus vives critiques à cet égard.

De manière plus globale, il faut souligner que la notion d'équilibre est présente dans la théorie de Montesquieu et il n'est donc pas choquant de la retrouver au niveau européen.

Terminons par ce que nous pensons être sa principale critique : l'omnipotence du Conseil et du Conseil européen. Le premier car, si il le veut, il peut bloquer tout le système et, sans sa bonne volonté, l'Union est vouée à l'immobilisme le plus total ; en outre, il possède un maximum de prérogatives essentielles. Le second car il est à la fois un des organes essentiels du système aux prérogatives les plus étendues et que d'un autre côté, il échappe à tout contrôle vu son absence textuelle dans les différents traités.

De manière générale, nous pensons donc que Montesquieu aurait soutenu l'Europe vu sa personnalité ouverte et sa volonté d'œuvrer pour un monde meilleur et il se serait certainement impliqué pour améliorer notre Union ; il aurait également essayé de recentrer le débat sur l'essentiel, selon lui : **la liberté du citoyen** ; thème fort peu présent dans les débats européens.... A cet égard, souvenons-nous des quelques lignes écrites au premier Titre quant à sa démarche car elle est d'un enseignement précieux appliquée au phénomène européen.

Actualisons maintenant nos considérations du premier Titre concernant **la nature de la séparation des pouvoirs**. La conclusion à laquelle nous étions arrivés était celle-ci : la séparation des pouvoirs était à la fois une grille de lecture des systèmes constitutionnels, une doctrine politique et un principe directeur. Est-ce encore vrai à ce stade-ci de la réflexion ?

Il est clair que la séparation des pouvoirs permet de décrypter une partie du système institutionnel européen et reste donc - dans une moindre mesure - une grille de lecture adéquate tout comme une doctrine politique. Cependant, la qualité de principe directeur²⁷⁰ est plus contrastée car, bien que la CJCE l'énonce formellement dans un certain nombre de ses arrêts pour des cas bien précis, la Cour n'a jamais

²⁷⁰ bien que ce concept de principe-directeur soit symptomatique des constructions en réseaux tel l'Union européenne. Voir *Infra* Titre III.

sanctionné bon nombre d'entorses au principe de la séparation des pouvoirs au niveau européen tel que l'omnipotence du Conseil. C'est pourquoi, nous préférons lui attribuer une nature de principe quasi-directeur ou sous-directeur. (voir *infra*)

Terminons par de la **théorie du droit**. Tout au long de ce titre, les termes réseaux, enchevêtrés, complexité, collaboration, furent légions. L'emploi de ces termes fait directement penser à la théorie développée par les Professeurs Ost et van de Kerchove. Essayons de reprendre leur théorie afin de l'appliquer à l'Europe et de voir si ce modèle théorique permet d'expliquer la réalité européenne.

Schématisons très brièvement leur modèle. Pour eux, l'idée de complexité fait en effet figure d'une évidence et tend à s'imposer, au rebours de l'anti-modèle que constitue ou constituerait le schéma kelsénien de la pyramide normative ordonnée de haut en bas suivant une architecture simple d'où serait exclue toute contradiction, toute lacune. Ils invoquent plus volontiers aujourd'hui, pour rendre compte de cette complexité croissante du droit en général et des modes de production du droit la métaphore du réseau, de modèle réticulaire ou du circuit intégré, signifiant par là une sorte d'incapacité à repérer clairement le point originaire, pour tout dire, la source du droit positif. Ce modèle du réseau ou du circuit parachève la fin de la vision dite « classique », d'un droit rationnel, expression de l'Etat providence.²⁷¹ En effet, dans ce modèle du réseau, il n'y a plus de hiérarchie soigneusement agencées de telle sorte que chacun des éléments qui la composent trouvent le fondement justificatif dans une norme supposée supérieure. Ce modèle propose une interaction ou une interdépendance entre les différents types de normes juridiques, qui, donc s'influencent l'une l'autre dans un esprit plus proche de la collaboration que de la hiérarchie.

Ce reversement de perspective, cependant – le renversement de la pyramide auquel faisait allusion naguère le Professeur Troper – mérité d'être relativisé. Nous n'assistons pas du tout, en vérité, à la remise en cause de l'idée selon laquelle chacun des éléments constitutifs d'un ordre juridique quelconque trouve sa justification à l'intérieur de cet ordre juridique. C'est plutôt le sens du lien ainsi établi entre les éléments du système ou de l'ordre juridique qu'il faut repenser : à la norme hypothétique fondamentale, sorte d'impératif de la logique juridique transcendantale se substitue insensiblement l'image de l'enchevêtrement des normes ou des ensembles normatifs. On en vient à la représentation d'une « chaîne » d'éléments se « déterminant réciproquement selon des processus auto-référentiels qui ne s'accommodent d'aucun principe fondateur » : ni désordre radical, ni règle s'imposant unilatéralement à tous les acteurs mais quelque chose d'intermédiaire entre ces deux postures extrêmes.²⁷² Pour reprendre les mots des Professeurs Ost et van de Kerchove : « ... (de) la crise du modèle pyramidal émerge progressivement un

²⁷¹ SUEUR J.-J., *Une introduction à la théorie du droit*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 117 et s.

²⁷² ménageant donc une part irréductible de désordre et une part non moins irréductible de liberté pour chacun des acteurs en question.

paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant les résidus importants du premier, ce qui ne manque pas de complexifier la situation. »²⁷³

Remarquons que cette représentation demeure cependant, pour l'instant, plus intuitive que positive.

Au cours de leur dernier livre, ces théoriciens du droit ont évoqué à de multiples reprises l'Union européenne pour exemplifier leur théorie. Nous nous permettons de reprendre un certain nombre de ces brillants développements car ils illustrent parfaitement les propos contenus dans ce travail et montrent combien leur théorie rend parfaitement compte des systèmes européens.

L'Union européenne est complexe et spécifique (*sui generis*). Plusieurs éléments éclairent cette spécificité.

« La nature dynamique de l'entreprise, tout d'abord. Défini comme un « processus créant une Union sans cesse plus étroite entre les peuples d'Europe », la construction (le mot lui-même est révélateur) reste sans cesse en chantier, connaissant des accélérations et des retards au gré des Conseils européens, mais téléologiquement orientée vers l'intégration par la jurisprudence volontariste de la Cour. Défiant toute qualification juridique assurée, cette mobilité permanente fait de l'Europe une « symphonie inachevée » justifiant les mises en perspective les plus divergentes.

Il n'en reste pas moins – c'est un deuxième facteur de spécificité – que **la logique d'ensemble est plus matérielle que formelle, plus fonctionnelle qu'organique**. L'Europe, ce sont des objectifs à atteindre, des politiques à mener, des actions communes à développer (le grand marché, le développement économique et social, l'espace de sécurité et de liberté...) avant d'être un montage de règles et un dispositif institutionnel susceptible de les mener à terme. Tout se passe ici comme si la fin politique (les objectifs substantiels à atteindre) justifiait les moyens juridiques (les procédures et les organes imaginés à cet effet). Chaque étape, une fois atteinte, renforce le pouvoir ainsi concédé et légitime à son tour la revendication de nouvelles compétences. Par le principe du cliquet (« respect de l'acquis communautaire ») et par l'effet d'entraînement (« spill over », dans le jargon communautaire) se renforce une dynamique intégrative qui appelle bientôt une nouvelle géométrie institutionnelle. »²⁷⁴

Cette analyse permet de mieux comprendre les raisons pour lesquelles le modèle européen ne répond pas entièrement aux vœux de Montesquieu. On ne s'est que trop peu encombré de principes afin de se focaliser sur le fonctionnel. Celui-ci devant entraîner celui-là.

²⁷³ OST F. et van de KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Éditions des FUSL, 2002, p. 14.

²⁷⁴ OST F. et van de Kerchove M., *Op. Cit.*, p. 71 et 72.

« Un autre trait accentue encore la spécificité de la construction européenne. Bien que dotée, comme les Etats classiques, d'organes investis des pouvoirs de légiférer, d'administrer et de juger, la Communauté européenne réalise entre ces organes un **équilibre** différent de celui qui prévaut dans les Etats de droit traditionnels. Avec un Parlement sous-développé (marqué par le fameux « déficit démocratique »), un exécutif surdéveloppé (l'initiative normative revenant pour l'essentiel à la Commission, et le pouvoir de décision au Conseil des Ministres représentant les gouvernements nationaux) et une Cour de justice pour le moins créatrice, on conviendra que Communauté et Union réalisent un montage politique inédit. On a pu dès lors qualifier la construction « d'Etat régulateur ». (...) Or, ce qui est significatif, c'est que, dans cette logique régulatrice, l'évolution conduit non seulement à accélérer le processus de transfert de pouvoir en direction de l'exécutif, mais bientôt, au-delà de celui-ci, vers des agences indépendantes, « autorités administratives indépendantes », corps d'experts investis d'un ensemble de pouvoirs normatifs, et dont la légitimité reposerait tant sur la compétence et l'indépendance que sur la panoplie de contrôles procéduraux qui s'exerceraient sur eux. »²⁷⁵

« Un dernier trait doit être rapporté, qui accentue encore la particularité de la construction. On vise cette fois **l'enchevêtrement des compétences** qui s'établit entre les partenaires du réseau européen, imbrication à l'origine d'innombrables boucles de rétroaction entre ceux-ci, et justifiant la mise en place de **procédures inédites de collaboration**. On le sait : rares sont les compétences exercées de façon exclusive par l'Europe ou par les Etats ; le plus souvent, c'est de compétences partagées qu'il s'agit. Et, même dans les domaines qui lui reviennent en propre, si c'est le système européen qui commande aux Etats, ceux-ci, à leur tour, investissent les instances européennes de leurs préoccupations et de leurs intérêts. La collaboration est donc forcée, qui évoque la comparaison de l'aveugle et du paralytique : si les Etats ne peuvent coexister que grâce aux normes du droit international, celles-ci ne peuvent produire leur plein effet que grâce aux techniques du droit interne . **Plus que de souveraineté et de hiérarchie, il sera donc question de pouvoirs partagés, d'interdépendance et de coordination.** »²⁷⁶

Ces théoriciens évoquent la notion d'équilibre et de collaboration qui furent les maître-mots de ce Titre et montrent combien l'Europe est un exemple de réseau. Quant à la notion de séparation des pouvoirs en tant que telle, elle « subit » aussi l'effet du réseau car sa clarté d'antan se voit opacifiée par le modèle réticulaire européen. En effet, la séparation des pouvoirs, au niveau communautaire est compliquée, appliquée de manière partielle et sans lisibilité suffisante tout en étant présente un peu partout.²⁷⁷

²⁷⁵ *Ibidem*, p.74.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 75.

²⁷⁷ Il faut également remarquer qu'au niveau européen, l'interprétation large de la séparation des pouvoirs c'est-à-dire la collaboration des pouvoirs est la seule qui eut été possible. En effet, le système en réseau n'aurait pu accepter « une séparation stricte des pouvoirs »...

« L'Union prend, de plus en plus, l'allure d'un ensemble de réseaux horizontaux », écrivent Magnette et Remacle²⁷⁸, « réseau judiciaire associant la Cour de justice des Communautés et les juridictions nationales ; réseau exécutif établi autour des Conseils et du Conseil européen et prolongé dans les échelons de la comitologie ; réseau parlementaire en gestation ». Et les auteurs de poursuivre : « les acteurs politiques collectifs suivent d'ailleurs eux-mêmes cette tendance : partis, syndicats et lobbies, loin de fusionner en acteurs supranationaux, tendent à s'organiser sous la forme de réseaux horizontaux transnationaux, adaptés aux structures institutionnelles de l'Union ». Et encore : « L'Union évoluera au siècle prochain sur la scène internationale comme un acteur politique à plusieurs niveaux, réticulé plus que hiérarchisé ».

A la lumière de ce dernier passage, force est de reconnaître que leur modèle théorique est à la fois adéquat mais aussi important si l'on veut correctement appréhender l'Europe. En effet, condamnée à demeurer un modèle constitutionnel hybride, l'Europe prend de plus en plus la forme d'un réseau de pouvoirs complexe. Certains ouvrages de doctrine et plusieurs documents officiels n'hésitent plus à affirmer cette réalité. Il faut aller dans ce sens car nos modèles théoriques, hérités des doctrines de l'Etat-nation ont tendance à être, en partie, dépassés et inadéquats. Par contre, la séparation souple des pouvoirs, hérité lui aussi des temps où les Etats-Nation se construisaient, a réussi à garder une certaine fraîcheur et un rôle dans nos Etats postmodernes mais aussi dans l'Union. Il a, en quelque sorte, évolué²⁷⁹ avec l'histoire grâce à sa capacité d'adaptation quant aux nouvelles forces sociales. C'est sans doute grâce à sa nature de **principe-directeur**. En effet, ceux-ci, « opérant tels des « réseaux de neurones », aux carrefours de l'internormativité, (...) permettent au droit d'accroître sa complexité tout en conservant, au sein de cette circulation multidirectionnelle, un minimum de cohérence. Il reste que leur contenu flou et leur faible densité juridique suscitent toute une série de problèmes qui traduisent un important déplacement de pouvoir au sein des ordres juridiques : incertains dans leur formulation, peu coordonnés entre eux, tributaires du succès de leur mise en œuvre pour assurer leur légitimité, ces principes ont pour effet de déplacer vers l'aval la responsabilité réelle de leur mise en pratique. Ce n'est plus tant le législateur qui en assume la paternité (car les formuler ne coûte rien, ou pas grand-chose), mais plutôt l'Administration qui se décide à les mettre concrètement en œuvre (au prix cette fois 'une hiérarchisation des priorités résultant d'une pensée des intérêts en présence), ou le juge amené à évaluer le caractère raisonnable et proportionnel des balances opérées, ou encore les experts qui ont le plus souvent déterminé la prise de décision. »²⁸⁰

²⁷⁸ MAGNETTE P. et REMACLE E, "La grande transformation de l'Europe", *op. cit.*, p.14.

²⁷⁹ Cette capacité à évoluer et à être un principe polymorphe, comme nous l'écrivions dans le premier Titre, se manifeste particulièrement bien dans la constatation selon laquelle la séparation des pouvoirs fut un attribut de l'Etat lorsque le modèle pyramidal régnait et continue d'être un attribut de l'Etat (et de l'Union) alors qu'un renversement de paradigme en faveur du modèle réticulaire a eu lieu.

²⁸⁰ OST F. et van de KERCHOVE M, *Op. Cit.*, p. 149 et 150.

Ajoutons simplement que les récents blocages de l'entreprise communautaire illustrent parfaitement la difficulté d'imaginer les bases d'un nouveau système institutionnel. A notre avis, le principal obstacle des dernières réformes consiste dans l'incapacité des Européens de se mettre d'accord sur un projet favorisant l'émergence d'un système européen dont la complexité ne serait plus un défaut mais une réalité qu'il est vain de continuer à nier.

«L'avenir n'est plus ce qu'il était »

Paul VALERY

Titre III

La séparation des pouvoirs vue sous l'angle de la Convention sur l'avenir de l'Union européenne : Quel avenir ?²⁸¹.

Ce troisième et dernier titre est au cœur même de l'actualité la plus brûlante car il a pour intention d'analyser la Convention européenne sur l'avenir de l'Europe. Une fois de plus, le chiffre trois sera à l'honneur car nous proposons une étude en trois chapitres.

Dans un premier temps, ce sera une présentation générale de la Convention comprenant sa genèse, sa nature, sa composition ...(Chapitre I). Ensuite, une présentation et des explications concernant les parties institutionnelles du texte final semblent d'à propos (chapitre II). Enfin, à la lumière de ces données, une réflexion sur la séparation des pouvoirs (chapitre III) ponctuera ce troisième titre.

L'analyse développée dans ce titre se focalisera uniquement sur la Convention en tant que telle et évitera consciemment les florilèges de propositions exprimées avant et au cours des réunions de cette Convention. En effet, un grand nombre d'auteurs ont émis des avis et projets de Constitutions européennes mais pour des raisons de clarté et de pertinence, nous préférons nous en tenir au texte final du projet, fruit de la synthèse de toutes ces opinions.

A travers ces trois chapitres nous tenterons donc de présenter et de critiquer le texte issu de la Convention, mais nous essaierons également de mettre en avant un certain nombre de questions sous-jacentes au texte mais fondamentales. Ainsi, la question de la valeur juridique du texte de la Convention sera abordée, de même que

²⁸¹ FERRY J.-M., *La question de l'Etat européen*, Paris, Essais Gallimard, 2000, p. 41 à 139 et LOUIS J.-V., « Les institutions dans le projet de constitution de l'Union européenne », www.iue.it.

la problématique de la Constitutionnalisation au niveau européen. Dans ce prolongement, et dans la continuité de la théorie des Professeurs Ost et van de Kerchove, nous tâcherons de montrer que leur modèle théorique est encore pertinent avec l'avènement de la Convention. En effet, certains pourraient émettre l'idée selon laquelle parler de Constitution au niveau européen serait une sorte de retour en force du système pyramidal dans le « réseau européen » ; nous considérons, au contraire, que le processus de constitutionnalisation à l'européenne s'inscrit une fois de plus très bien dans le modèle du réseau.

Chapitre premier

Présentation générale de la Convention sur l'avenir de l'Union européenne²⁸²

Après plus de 50 ans, **l'Europe envisage de sortir du provisoire**. Nous avons progressé au rythme moyen d'un traité tous les trois ans et nous voyons aujourd'hui ce qu'il nous est possible de réaliser ensemble dans des frontières qui bientôt vont correspondre à celles du continent. Il est donc temps pour nous de remplacer la tente nomade des institutions d'origine par une structure institutionnelle « en dur ».

N'oublions pas que, depuis 1957, nous avons des institutions conçues pour le « marché commun » des six pays fondateurs et que l'unanimité n'était pas trop difficile à obtenir. Maintenant la révolution du nombre a joué et exiger l'unanimité à 25 ou 30 bloquerait toute action.

De même, lors de sa création, « le Conseil européen avait la taille d'un orchestre de chambre : il suffisait que l'un des musiciens (ou deux : le couple franco-allemand) donne le « la » pour assurer l'harmonie. Un vrai chef d'orchestre sera désormais nécessaire pour ce qui ressemblera plutôt à un ensemble symphonique.

Ainsi, quelle que soit la philosophie retenue, le seul changement du nombre condamne l'Union au mode de décision majoritaire et à la création d'un pouvoir exécutif - un Président, un « Monsieur » ou une « Madame Europe ». ²⁸³

²⁸² BARBIER C., « La Convention européenne- Genèse des premiers résultats », *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, n°1776-1777, 2002, p. 5 à 7 et LOUIS J.-V., « Le modèle constitutionnel européen : de la Communauté à l'Union », *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, Vol. I. Institutions et gouvernance, 2000, p. 31 à 50 et TELO M., *Démocratie et construction européenne*, Bruxelles, éd. De l'Université de Bruxelles, 1995, 362 p.

²⁸³ LAMASSOURE A., *Ce sera une autre Europe*, Strasbourg, publication de l'Université R. Schuman 2003, p. 65.

Nous voilà en 2003, ayant conçu un **animal politique bizarre**. Ce n'est pas un Etat, mais ce non-Etat légifère, et à tour de bras : les juristes estiment même que près de 60% des nouvelles règles de droit qui s'imposent à nos concitoyens sont désormais décidées à Bruxelles et Strasbourg et non plus dans nos capitales nationales ! Il gère un espace économique unique. Il a un budget propre, de l'ordre de grandeur de celui d'un pays comme l'Espagne. Il bat monnaie, possède son propre drapeau et s'est donné un hymne. Il se substitue à ses membres dans les grandes négociations internationales sur le commerce ou l'environnement. Il a un porte-parole commun sur la politique étrangère. Il est même en train de lever des forces armées : la force de réaction rapide, qui sera déclarée opérationnelle en mai prochain.

Ce n'est peut-être pas un Etat, mais voilà une entité politique dotée de pouvoirs et de moyens qui y ressemble fort. Cette entité souffre actuellement d'un **certain nombre de maux**. C'était acceptable dans les années d'expérimentation, et quand les enjeux restaient limités et réversibles. C'est inadmissible aujourd'hui.²⁸⁴ Mais quels sont principalement ces maux?²⁸⁵

La perte de visibilité du projet commun qu'elle sert ; **son manque de transparence**, lié à la complexité grandissante de son cadre juridique ; l'impression générale que les prises de décisions au niveau européen manquent **d'assise démocratique**. Ces différents facteurs contribuent à creuser un fossé entre les citoyens et l'Union, ainsi que l'ont démontré le référendum danois sur l'euro et, plus récemment, les référendum irlandais sur le Traité de Nice.²⁸⁶

La plus-value du projet européen en tant que gage de paix et de stabilité internationales, évidente à l'origine, **est moins perceptible pour les générations n'ayant jamais connu la guerre**. « Après avoir été dopé par une succession de jalons catalyseurs (mise en place du marché intérieur avec l'Acte unique européen de 1986, de l'Union économique et monétaire avec le Traité de Maastricht de 1992 et d'un espace de liberté, de justice et de sécurité avec le Traité d'Amsterdam de 1997)²⁸⁷, le processus d'intégration européenne est aujourd'hui à la recherche d'un souffle nouveau, capable à la fois de raviver la conscience collective des peuples européens et de dissiper l'impression négative que véhicule une Europe décriée pour son manque de fondement démocratique, d'ambition et d'efficacité, et rendue responsable d'une série de mesures impopulaires. Parallèlement, la sophistication croissante du droit communautaire, particulièrement du droit primaire issu des révisions successives des Traités d'origines, crée une impression de dilution des valeurs fondamentales qui sous-tendent le projet européen et donne l'image d'un droit réservé à un cercle

²⁸⁴ LAMASSOURE A., *Op. Cit.*, p. 17 et s.

²⁸⁵ MAGNETTE P. et REMACLE E., « La grande transformation de l'Europe », *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, Vol. I. Institutions et gouvernance, 2000, p. 7 à 23 et PECH L., « L'Union européenne entre « déficit démocratique » et « nouvelle gouvernance » », www.chaire-mcd.ca, 2002, 64p.

²⁸⁶ LENAERTS K., « La déclaration de Laeken : premier jalon d'une Constitution européenne » *Journal des tribunaux-droit européen*, 2002, p. 29.

²⁸⁷ BITSCH M-T., *Histoire de la construction européenne*, Bruxelles, Complexe, 1996, nouvelle édition 2001, p.239 à 305.

d'initiés de plus en plus réduit, au point qu'actuellement, une frange substantielle de l'opinion publique est en « décrochage » à l'égard des évolutions de l'Union européenne ».288

Ce souffle nouveau s'exprima par l'adoption du **Traité de Nice et la Déclaration sur l'avenir de l'Union européenne** qui lui est annexée.

Le **Traité de Nice** est le dernier des traités adoptés. Issues d'après négociations, ses dispositions ouvrent **la voie à l'élargissement** de l'Union européenne à douze pays candidats (la Turquie n'est pas prise en compte dans les adaptations institutionnelles qu'il contient). La procédure de ratification de ce traité vient de s'achever avec le résultat positif d'un second référendum organisé en Irlande le 19 octobre dernier. Les négociations d'adhésion ont été clôturées à Copenhague les 12 et 13 décembre 2002. Le 1^{er} mai 2004, l'Union européenne s'élargira officiellement à dix nouveaux pays : Chypre, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, Malte, la Pologne, la Slovaquie, la Tchéquie et la Slovénie.

La **Déclaration sur l'avenir de l'Union** invitait également à l'organisation d'un large débat jusqu'ici esquivé : **celui de l'avenir de l'Europe après l'élargissement**. Le Conseil européen de Nice (décembre 2000) avait isolé les points à partir desquels organiser ce débat. Le processus ainsi lancé concernait, entre autres, quatre questions, celle d'une délimitation plus précise des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres, qui soit conforme au principe de subsidiarité ; celle du statut de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; celle de la simplification des traités sans en changer le sens et enfin celle du rôle des parlements nationaux dans l'architecture européenne. L'énoncé de ces principes préfigure une démarche « constitutionnelle » conçue de manière à répondre à la question de savoir « qui fait quoi » sans pour autant poser la question de la nature du système, « fédéral » ou « intergouvernemental » ou basé sur la « méthode communautaire ».289

290

Dans le prolongement de la déclaration sur l'avenir de l'Europe, le contenu de la **Déclaration de Laeken**²⁹¹, point d'orgue de la présidence belge (1^{er} juillet 2001-31 décembre 2002) est doublement important : il élargit considérablement les questions à débattre (soixante-sept questions) et définit la nouvelle méthode à appliquer en vue de la préparation de la prochaine révision des traités. Il s'agit, en l'occurrence, de **la mise en place d'une « Convention sur l'avenir de l'Union européenne »** réunissant, des représentants des gouvernements des Etats membres, des membres de la Commission européenne et du Parlement européen, des représentants des parlements nationaux mais aussi des gouvernements et, en plus, des parlements de l'ensemble des pays candidats.

²⁸⁸ LENAERTS K., *Op. Cit.*, 2002, p. 30

²⁸⁹ BARBIER C., *Op. Cit.*, p.6

²⁹⁰ Voir *Infra.*

²⁹¹ LENAERTS K., *Op. Cit.*, 2002, p. 29 à 43 .

Nous ne résistons pas à l'envie de citer un passage du discours du premier ministre belge concernant la déclaration de Laeken :

« Nous mesurons cependant tous que l'accord dégagé à Nice ne porte que sur les conditions de base, sur le plus petit commun diviseur, sur le minimum essentiel. Nice n'a généralisé ni la majorité qualifiée ni la codécision. Nice n'a pas intégré la Charte des Droits fondamentaux dans le Traité. Nice n'a pas mis un terme à la structure complexe des piliers. En d'autres termes, Nice n'a pas permis la mise en place d'une architecture institutionnelle nouvelle, démocratique et transparente. Nice n'a pas davantage permis de faire un pas sur la voie d'une plus grande cohérence au niveau de la politique étrangère de l'Union européenne.

C'est précisément la conscience de cette réalité qui, à peine un an plus tard, poussa la Belgique à rédiger une ambitieuse Déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne. La Déclaration formula une série de questions fondamentales. Comment l'Union européenne peut-elle renouer le contact avec ses citoyens ? Comment l'Union européenne doit-elle s'adapter à l'élargissement ? Comment l'Union européenne doit-elle se positionner dans un monde complexe et multipolaire ?

Les historiens jugeront plus tard de l'importance que revêt la Déclaration de Laeken. La Déclaration permit de manière incontestée la création de la Convention qui débuta ses travaux le 28 février. Celle-ci a rapidement développé sa propre dynamique et a accéléré le débat institutionnel. En l'espace de huit mois, nombre de tabous ont été brisés. »²⁹²

Enfin, les conditions sont présentes pour **la révolution du peuple**. L'Union sera démocratique ou ne sera pas ²⁹³. Pourtant, l'immense majorité des élus nationaux, comme des dirigeants européens eux-mêmes, n'ont pas encore pris en compte les conséquences proprement révolutionnaires de l'irruption inévitable des peuples au cœur du débat. Voilà qu'un **projet de traité constitutionnel** va devoir être soumis à vint ou vingt-cinq peuples, sans doute le même jour. Gageons qu'il y aura dans l'air un climat propice à des « serments du Jeu de Paume », ou autre « nuit du 4 août », à l'expression des talents novateurs comme à la promotion des démagogues médiatiques. Formidable opportunité, danger abyssal : c'est, bel et bien, une transition démocratique qu'il va falloir risquer !²⁹⁴

Néanmoins, un certain nombre de questions subsistent et des précisions sont à apporter.

²⁹² VERHOFSTADT G., « Montesquieu et l'Union européenne », *Discours prononcé par le Premier Ministre devant le Collège de l'Europe*, Bruges, 18 novembre 2002.

²⁹³ Cela pose la question de la possibilité d'une démocratie au niveau européen. En effet, imaginer une démocratie de plus de 300 millions de personnes est spécialement difficile lorsque les Etats-membres restent souverains. Nous aborderons, incidemment, cette question au cours des développements qui vont suivre. Cependant nous ne pourrions vu la place qui nous est impartie y répondre pleinement.

²⁹⁴ LAMASSOURE A., *Op. Cit.*, p. 66.

Section première

A-t-on déjà une constitution ?

Comprise au sens strict du terme, que ce soit sous l'angle matériel ou formel, une Constitution européenne supposerait un Etat européen souverain ; or, l'Union européenne n'est pas souveraine ; donc, on ne peut pas qualifier les traités institutifs de Constitution, « à moins de vouloir jeter un voile de fumée idéologique en jouant sur la polysémie du terme qui comprend un sens matériel large « attrape-tout », pour ne pas dire « attrape-nigaud » en l'espèce. »²⁹⁵

Les traités institutifs ne forment, en outre, pas une Constitution car un traité conclu entre plusieurs Etats et modifiable moyennant leur unanimité, se différencie, de manière radicale, d'une Constitution qui suppose l'unicité d'un peuple constituant. Celui-ci renonce à l'unanimité et admet le risque de décisions prises à des majorités renforcées, précisément parce qu'il est un peuple. Aussi longtemps que les traités institutifs européens ne seront votés qu'à l'unanimité des Etats-membres (tel le texte de la Convention), il serait trompeur de parler d'un peuple européen et, par conséquent, d'une Constitution européenne. C'est donc bien l'absence d'un pouvoir constituant qui fournit le critère négatif absolu de l'absence d'une Constitution européenne en l'état actuel du droit positif.²⁹⁶

La situation n'en demeure pas moins paradoxale. « Formellement, les Etats membres demeurent souverains et l'Union européenne n'est qu'une confédération très intégrée d'Etats, mais matériellement, les premiers ont déjà perdu leur pouvoir unilatéral de décision dans des domaines touchant au noyau dur de la Staatlichkeit et la seconde détient de plus en plus des prérogatives analogues à celles d'un Etat. »²⁹⁷ C'est ce qu'Olivier Beaud appelle une « disjonction » doublée d'une « inversion entre la forme et la matière étatique »²⁹⁸. Ce phénomène appelle une analyse non plus synchronique, mais diachronique de la souveraineté. Un processus est en cours qui tend à « désétatiser » les Etats membres et à « étatiser » l'Union européenne. Mais une des caractéristiques majeures de ce processus, de cette transition progressive, c'est qu'on ne sait pas jusqu'où il ira et qu'il se réalise en tout cas dans une sorte de clandestinité. Il est de plus étonnant de constater que les pouvoirs constituants dérivés des Etats membres et que les auteurs des traités européens éludent soigneusement de trancher la question de la qualification juridique de l'Union européenne. C'est sans doute pour éviter des divisions qui pourraient porter un coup fatal à la construction en cours.²⁹⁹

²⁹⁵ DUMONT H., «La question de l'Etat européen du point de vue d'un constitutionnaliste», *Revue Droit et Société*, 53-2003, p.59.

²⁹⁶ DUMONT H., *Op. Cit.*, p.57 et 58.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 62.

²⁹⁸ BEAUD O., *La puissance de l'Etat*, Paris, Puf, 1994, p. 488 et 489.

²⁹⁹ DUMONT H., *Op. Cit.*, p.63.

Section 2

La Convention sur l'avenir de l'Union européenne prépare-t-elle une Constitution en tant que telle ?

Revenons quelques lignes sur le contenu de la Déclaration de Laeken :

La déclaration sur l'avenir de l'Union, annexée au traité de Nice en décembre 2000, a souhaité qu' « *un débat plus large et plus approfondi s'engage sur l'avenir de l'Union européenne* ». Mandat fut donné au Conseil européen d'adopter, lors de sa réunion à Laeken, en décembre 2001, « *une déclaration contenant des initiatives appropriées pour poursuivre le processus* ».

A Laeken, le Conseil européen a défini un objectif et arrêté une méthode. Dans un environnement mondialisé, « *l'Europe doit devenir plus démocratique, plus transparente et plus efficace* ». Face à l'élargissement attendu, il faut « *améliorer l'efficacité du processus décisionnel et du fonctionnement des institutions dans une Union de quelques trente Etats-membres* ». La déclaration de Laeken pose enfin la question clé : « *Cette simplification et ce réaménagement ne devraient-ils pas conduire, à terme, à l'adoption d'un texte constitutionnel ? Quels devraient être les éléments essentiels d'une telle Constitution ?* ». Le mot est prononcé, le tabou levé. Evoquer l'adoption d'une Constitution, c'est déjà admettre la possibilité d'en doter l'Union européenne. Et l'Histoire enseigne que, dès lors qu'un organe souverain, en l'espèce le Conseil européen, pose aussi clairement la question d'une Constitution, dans les esprits, son principe est déjà admis.³⁰⁰

Le terme « Convention », riche de résonances historiques, ne doit cependant pas abuser. La Convention n'est pas une Constituante, mais une Assemblée consultative. Sa tâche est « *d'examiner les questions essentielles que soulève le développement futur de l'Union, et de rechercher les différentes réponses possibles* ». Conçue dans le sillage de la Convention chargée d'élaborer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Convention Charte)³⁰¹, la Convention européenne incarne **une nouvelle méthode de préparation de la prochaine CIG mais elle ne se substitue pas aux règles définies par le traité de l'UE lors de la révision des traités européens**. Et, même si la Convention européenne a pour ambition de rédiger un « *traité constitutionnel* » et par là, d'« *ouvrir la voie vers une Constitution pour l'Europe* »³⁰², selon l'objectif que lui a assigné son président, Valéry Giscard

³⁰⁰ BADINTER R., *Une Constitution européenne*, Paris, Fayard, 2002, p. 18

³⁰¹ pour une comparaison entre les deux convention voy. *Infra*.

³⁰² Cette volonté n'est pas récente. Encore faut-il bien distinguer, d'une part, les usages d'une rhétorique constitutionnelle destinée à qualifier – dans tous les sens du terme – les traités communautaires en leur état présent, de lege lata, et, d'autre part, les emplois du même label constitutionnel visant à qualifier certains projets de lege ferenda. Les premiers usages de la rhétorique constitutionnelle sont observables depuis l'avènement des Communautés elles-mêmes. En 1986 et en 1991, la Cour de justice des Communauté européennes prêta même crédit à ces opérations langagières, en qualifiant le traité CEE de « *Charte constitutionnelle d'une Communauté de droit* ». Les projets de Constitution (par exemple

d'Estaing, lors de la session inaugurale le 28 février 2002, le texte n'aura de réelle existence qu'à condition d'être officiellement avalisé par les chefs d'Etat et de gouvernement lors de la CIG de 2004 et d'être ensuite « ratifié par tous les Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ».³⁰³ Il demeure qu'il sera politiquement très difficile de rejeter ses conclusions et ses propositions si elles font l'objet d'un large consensus. En cela résident la portée politique de la Convention et l'importance de ses travaux.³⁰⁴

Peut-on alors parler éventuellement d'un processus de « constitutionnalisation » avec l'actuelle Convention? Oui et non. On pourrait retenir l'expression sans plus si l'objectif final était bien de sortir de cette situation de mixtion pour conduire le mouvement jusqu'à la fondation d'un Etat fédéral. Or, il semble que ce projet a tendance à être oublié. « L'alternative qui avait dominé les premières années de la construction européenne, l'Etat ou l'Europe, a dissimulé la véritable logique de l'entreprise qui révèle que l'Europe peut se bâtir sans que les Etats soient vidés de leur substance et réduits au statut d'entités fédérées privées de souveraineté ».³⁰⁵

L'Union européenne semble, en réalité, à la lecture du texte de la Convention, se diriger vers un schéma institutionnel inédit, à mi-chemin entre le fédéralisme et le confédéralisme. La terminologie classique du droit public moderne est démunie pour désigner cette « formulation irrégulière, semblable à un monstre », comme aurait sûrement dit Pufendorf. Pour obtenir un modèle théorique valable, force est de reconnaître que les auteurs « de la complexité » semblent être les plus adéquats pour rendre compte de cette situation atypique.³⁰⁶

Spinelli ou Pénélope) que l'on peut relever dans l'histoire de la construction européenne s'appuient, pour leur part, sur le présupposé inverse selon lequel les traités communautaires ne forment pas encore une Constitution digne de ce nom. Mais comme le souligne le Professeur Dumont, « tous ces projets n'ont reçu aucune suite formelle. Jusqu'il y a peu, on pouvait être tenté d'en conclure que le relatif succès de la méthode incrémentaliste chère aux Communautés européennes devait fatalement aller de pair avec l'échec des tentatives constitutionnelles. Mais depuis l'achèvement du marché unique et de l'Union économique et monétaire, le débat sur la constitutionnalisation de l'Europe a connu une nouvelle vigueur sans précédent. »

³⁰³ BARBIER C., *Op. Cit.*, p.6.

³⁰⁴ BADINTER, *Op. Cit.*, p. 19.

³⁰⁵ MAGNETTE P., *L'Europe, l'Etat et la démocratie*, Bruxelles, Ed. Complexe, 2000, p. 144 (cité par H. DUMONT)

³⁰⁶ DUMONT H., *Op. Cit.*, p. 65 et VAN GEHUCHTEN P.-P., « La question de l'Etat européen, le juriste, et la ruse de la construction communautaire », *Revue Droit et Société*, 53-2003, p. 73 à 87.

Section 3

Quelle est la nature du texte de la Convention ?³⁰⁷

Le Professeur Dumont propose le terme, spécialement bien choisi, de « pacte constitutionnel fédératif » négocié entre les entités nationales codétentrices du pouvoir constituant. Ce pacte se situe à mi-chemin entre le traité interétatique et la Constitution ordinaire. Il se confirme ainsi que l'Union européenne n'est pas à confondre avec un Etat fédéral, puisqu'elle n'est pas un Etat proprement souverain comme l'est tout Etat fédéral, en raison de la pluralité de ses pouvoirs constituants. « Il ne saurait y avoir d'Etat là où la souveraineté constituante est divisée en plusieurs autorités. La notion de pacte constitutionnel, qui est normalement une parfaite *contradictio in terminis*, suggère bien ce caractère non étatique de l'Union. En effet, un tel pacte est inconciliable avec l'unité de l'Etat. Il ne saurait donc être intra-étatique. »³⁰⁸

Mais il ajoute aussitôt que l'Union est décidément irréductible aux catégories du droit public classique, parce qu'elle n'est pas à confondre pour autant avec une confédération d'Etats souverains. En effet, les composantes qu'elle associe n'ont pas non plus une souveraineté plénière. Si le pacte constitutionnel fédératif est contractuel à l'origine, il devient ensuite une norme statutaire – d'où la notion de pacte constitutionnel – créant « un ordre institutionnel qui dépasse l'existence de ceux qui l'ont conclu ». En effet, les nations fédérées sont obligées de tolérer des ingérences de l'Union dans leurs propres compétences, ce qui est la négation même de la souveraineté.

Notons au passage que l'adoption par la CIG du texte de la Convention et de son « traité constitutionnel » aurait, à coup sûr, des conséquences. Entre autres, sur le plan symbolique il s'agirait, en quelque sorte, d'une refondation politique de l'Union et, sur le plan instrumental, le seul fait de réaliser la simplification et une meilleure lisibilité des éléments de constitutionnalisation existants provoquerait d'importantes modifications du droit communautaire. « Pareille opération ne peut pas, en effet, s'opérer à « droit constitutionnel constant », par un simple jeu de « couper-coller » car les éléments de constitutionnalisation sont, à l'heure actuelle, diffusés et éparpillés en « pièces et morceaux » dans le droit communautaire primaire, la jurisprudence qui l'a interprété, et les principes généraux. »³⁰⁹

³⁰⁷ *Ibidem*, p.66 et s.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ *Ibidem*.

Section 4

De la Convention sur l'avenir de l'Union européenne à la conférence intergouvernementale

La Déclaration de Laeken invite la Convention à étudier ces différentes questions et à établir un document final présentant soit « différentes options », en précisant le soutien dont elles bénéficient, soit des « recommandations en cas de consensus ». Ce fut la deuxième option qui fut choisie. **Le résultat donna lieu à un texte unique, fruit de décisions reflétant le consensus de l'ensemble de ses membres et, partant, d'une vision commune.** Ce document final servira de point de départ pour les discussions de la Conférence intergouvernementale de 2004, qui prendra les décisions finales.³¹⁰

Quant au lien entre la Convention et la future CIG, le Parlement considère notamment que « le Présidium devra, après la fin des travaux de la Convention, participer pleinement et activement à tous les stades et niveaux de la CIG qui doit entériner la réforme des traités préparée par la Convention ». Le président de la Commission européenne, Romano Prodi, s'est, quant à lui, déclaré en faveur de la participation du président de la Convention à la CIG.³¹¹

Allons-nous assister à une nouvelle méthode de production des règles de révision des traités ? D'abord, comment le Conseil européen va-t-il accueillir le projet de Convention et, ensuite, combien de temps lui faudra-t-il pour convoquer la prochaine CIG ?

D'aucuns, comme le Parlement européen, souhaitent une convocation rapide. C'est également le vœux de l'Italie qui rêve d'un nouveau Traité de Rome. D'autres, évidemment, préféreraient laisser s'écouler au moins six mois avant la convocation de la CIG.

De manière globale, soulignons que la Convention et les dirigeants à qui elle remettra ses conclusions ont une **obligation de résultat** : sans une réforme profonde, les conditions seront réunies pour un blocage durable de l'Europe, et même pour un recul grave de la construction européenne, le premier depuis cinquante ans.^{312 313}

³¹⁰ BARBIER C., *Op. Cit.*, p. 16 et 17.

³¹¹ lors de la session plénière du Parlement européen Bruxelles, le 28 novembre 2001.

³¹² LAMASSOURE A., *Ce sera une autre Europe*, publication de l'Université R. Schuman, Strasbourg, 2003, p.6.

³¹³ Sans empiéter sur ce qui sera dit par après, notons qu'une réussite serait une confirmation de la théorie du réseau et un échec une infirmation de celle-ci car cela montrerait que les seuls concepts viables sont ceux de l'Etat-nation et de l'organisation internationale, stricto sensu.(voir *Infra*).

Section 5

Les objectifs de la Convention sur l'avenir de l'Europe³¹⁴

Afin de déterminer les objectifs généraux de la Convention, reprenons les mots du Président Romano Prodi³¹⁵ lors d'un discours (5 décembre 2002) sur *l'architecture institutionnelle de l'Union* devant le Parlement : «La ' renaissance ' de l'Europe doit se fonder sur la double nature de l'Union, à savoir une union de peuples et d'Etats, à laquelle s'ajoute une troisième source de légitimité qui réside dans la défense de l'intérêt commun. Le chemin que nous sommes appelés à suivre doit nous mener vers la construction de **la première véritable démocratie supranationale du monde.** »

Mais, plus particulièrement, en créant la Convention sur l'avenir de l'Union, la Déclaration de Laeken élargit la portée des **quatre thèmes** retenus à Nice³¹⁶ dans la mesure où elle réinscrit à l'ordre du jour les questions institutionnelles, tant du point de vue de la simplification des procédures que de la légitimité des institutions. De plus, la Déclaration de Laeken lève, comme nous l'avons vu, plusieurs tabous tels que l'adoption, à terme, d'une Constitution et l'éventuelle élection directe du président de la Commission européenne. Elle demande également si l'on peut garder la rotation semestrielle de la présidence de l'Union.

Totalisant soixante-sept questions, on peut les classer en 4 grandes catégories.

Sous-section I : La répartition des compétences

Répondant principalement aux préoccupations des Länder allemands, la question de la répartition des compétences est la préoccupation première.

Dans la déclaration de Laeken, une première série de questions concerne la manière de rendre la répartition des compétences plus transparente. Une seconde série a pour but d'examiner s'il n'y a pas lieu de les ajuster « dans ce cadre communautaire renouvelé et dans le respect de l'acquis communautaire ».

Sous-section II : Les instruments

Il ne s'agit pas uniquement de tenter de répondre à la question de savoir « qui fait quoi », mais aussi de simplifier les instruments de l'Union, dont il est « essentiel de se demander s'ils ne devraient pas être mieux circonscrits et s'il ne faut pas en réduire le nombre. »

³¹⁴ Ceci est un résumé de BARBIER C., *Op. Cit.*, p.14 à 18.

³¹⁵ PRODI R., « La nouvelle structure institutionnelle de l'Union européenne », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 3/2003, p. 429 et s.

³¹⁶ voy. *Supra.*

Sous-section III : Les institutions

C'est cette série de questions qui nous intéresse tout particulièrement. Les questions formulées dans cette partie ont pour point de départ la nécessité d'examiner le rôle des parlements nationaux, qui contribuent eux aussi à « légitimer le projet européen ».

Les questions institutionnelles au sens large s'inscrivent dans le cadre des initiatives pour créer un « espace public européen », dans lequel interviennent les institutions européennes. La Commission, le Parlement et le Conseil sont concernés tant du point de vue de leur légitimité que de celui des améliorations ou simplification des procédures décisionnelles. Le débat institutionnel n'a hélas eu lieu au sein de la Convention qu'en fin de parcours et cela a empêché la Convention de bénéficier du temps nécessaire pour solutionner pleinement ces questions centrales. Soulignons tout de même que le Conseil européen et le Conseil sont les deux institutions qui ont été les plus discutées.³¹⁷

Analysons les deux questions principales:

A. « Une première série de questions concerne **la légitimité des trois institutions principales de l'Union** : la Commission européenne, le Parlement et le Conseil. C'est là que sont abordées notamment les questions de l'élection directe du président de la Commission européenne, de l'élargissement ou non du droit de codécision, de la révision du mode d'élection des députés européens, de la création d'une circonscription électorale européenne ou du maintien des circonscriptions électorales nationales, de la transparence lors des sessions publiques du Conseil agissant en tant que législateur, de l'accès aux documents **et de l'équilibre et du contrôle mutuel entre les institutions**.

B. Une autre série de questions porte sur **l'amélioration du processus décisionnel et du fonctionnement des institutions** dans une Union de quelque trente Etats membres. Ces questions vont de l'extension du vote à la majorité qualifiée au maintien - ou non - du système de rotation semestrielle de la présidence de l'Union, en passant par la simplification et l'accélération de la procédure de codécision et à l'approfondissement de la politique étrangère européenne (synergie entre le rôle du haut représentant et du commissaire compétent pour ces questions), ainsi que la représentation de l'Union européenne dans les enceintes internationales. »³¹⁸

En conclusion, pas d'Europe forte sans institutions fortes : voilà un demi-siècle que les fédéralistes insistent à juste titre sur cette évidence, que, d'ailleurs, l'homme de la rue est prêt à admettre plus aisément que les dirigeants nationaux. La mise en

³¹⁷ PRODI R., « La nouvelle structure institutionnelle de l'Union européenne », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 3/2003, p. 429 et s.

³¹⁸ BARBIER C., *Op. Cit.*, p. 15 et 16.

place de la Convention européenne nous offre enfin l'occasion historique de répondre durablement à ce besoin d'institutions.³¹⁹

Sous-section IV : La simplification des traités

Les questions envisagées en vue de la simplification des traités sont abordées de façon graduelle : les simplifier sans en changer le contenu ; revoir la distinction entre l'Union européenne et les Communautés, ainsi que la structure en piliers ; les réaménager (distinction entre un traité de base et les autres dispositions des traités, modifications des procédures de révision). Viennent ensuite les questions de l'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans le traité de base, et celle de l'adhésion éventuelle de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Finalement, ce processus pourrait conduire à l'adoption d'une Constitution.³²⁰

Section 6

L'organisation de la Convention sur l'avenir de l'Union européenne

Le Conseil européen de Laeken a défini la structure de la Convention : le Praesidium (sa présidence et ses vices-présidences, sa composition et ses fonctions), le nombre des représentants des quatre composantes de la Convention, le nombre des observateurs, le forum et le secrétariat.

Au sommet de la structure, **le Praesidium**, qui doit donner les orientations et préparer les travaux de la Convention, est composé de douze personnes.³²¹

Chaque Etat membre a désigné trois représentants dans la Convention : l'un est nommé par le gouvernement (15) et les deux autres par le Parlement national (30). La délégation du Parlement européen comprend 16 membres, la Commission est représentée par deux commissaires.

Une nouveauté importante est **l'invitation qui fut faite aux pays candidats**. En effet, un représentant du gouvernement et deux représentants de chacun de ces pays (y compris la Turquie) prendront activement part aux travaux de la Convention et participeront aux délibérations, sans toutefois pouvoir empêcher le consensus qui se dégagerait entre les Etats membres.

³¹⁹ LAMASSOURE A., *Op. Cit*, p. 67.

³²⁰ BARBIER C., *Op. Cit*, p. 16.

³²¹ Outre le président et les deux vice-présidents, il comprend les représentants des gouvernements qui, pendant la Convention, exercent la présidence du Conseil, deux représentants élus parmi les parlements nationaux, deux représentant choisis parmi les représentants du Parlement européen et deux représentants de la Commission. On remarquera que le Praesidium se réunit jusqu'à quatre fois par mois et que la rédaction des textes s'effectuera en son sein.

Chapitre 2

Quand la chenille devient libellule - Présentation et explications des parties institutionnelles du texte final de la Convention sur l'avenir de l'Union européenne³²²

Vu le peu de sources disponibles³²³ concernant l'analyse du texte final de la Convention, il a semblé approprié de se rapporter principalement, dans un premier temps, à l'exposé que son Président, Valéry Giscard d'Estaing, en a fait au Conseil européen de Thessalonique.³²⁴

Nous nous permettons de citer le début de son très récent exposé oral car il est expressif et mérite une retranscription littérale. Ensuite, nous n'hésiterons pas à reprendre des passages substantiels de ce long discours tant il est précieux et d'une clarté cristalline.

« Je suis heureux de pouvoir vous soumettre un document sans option, un document unique qui contient le projet d'un traité constitutionnel pour l'Europe, selon le vœu exprimé par les Conventionnels depuis le début de leurs travaux. Lors de notre dernière séance plénière, le 13 juin, **ce document a été adopté par un large consensus.** (...) Le projet que vous avez entre les mains **remplace, par un seul nouveau traité constitutionnel, les traités accumulés depuis cinquante ans.** Je me contenterai de rappeler qu'au début de nos travaux, les difficultés de réaliser cette fusion des traités européens paraissaient insurmontables. »

Pour améliorer sensiblement le système européen, le texte de la Convention propose, selon les propos de son Président :

- une **définition claire et stable de la répartition des compétences** entre l'Union et les Etats membres. **On saura désormais qui fait quoi en Europe**³²⁵. Les compétences sont réparties entre les compétences exclusives de l'Union, les compétences partagées entre l'Union et les Etats membres, et les domaines d'action d'appui, qui permettent des actions communes ou de coordination, mais qui ne peuvent pas comporter de mesures d'harmonisation de la

³²² *Bulletin Quotidien Europe*, « Convention Européenne », 8 mai 2003, p.1 à 4.

Bulletin Quotidien Europe, « Convention Européenne », 1^{er} juillet 2003, p.1 à 5.

Bulletin Quotidien Europe, « Convention Européenne », 10 juillet 2003, p.1 à 5.

³²³ BARNIER M., « L'avenir de l'Union Européenne- Interventions de M. Barnier », www.l'avenirdel'unioneuropeenne.com

³²⁴ Disponible sur internet à l'adresse de la Convention .

³²⁵ Cela exemplifie le point de vue que nous tiendrons dans le troisième chapitre selon lequel, la Convention désire plus mettre l'accent qu'auparavant sur la division des pouvoirs tout en maintenant les équilibres établis tout au long de la construction européenne.

législation des Etats membres. Et ces compétences ne pourront être modifiées que par une révision de la Constitution elle-même, sans risque de dérive clandestine,

- la création **d'un mécanisme de contrôle pour l'application du principe de la subsidiarité** avec, pour la première fois, une implication directe des parlements nationaux. Ceux-ci seront en mesure d'alerter publiquement les Institutions européennes, mais aussi leur propre gouvernement, sur toute proposition qui ne leur paraîtrait pas respecter le principe de subsidiarité. Ils se verraient conférer le pouvoir de saisir en fin de procédure, la Cour de Justice,
- **une simplification des instruments d'action** de l'Union ramenant le nombre de ces instruments de **quinze à six**, et en instituant une règle générale d'adoption des « lois européennes et lois-cadres européennes » par le vote conjoint du Parlement européen, et du Conseil des Ministres, selon des procédures comparables à celles qui sont pratiquées dans les Etats membres,
- l'attribution à l'Union **d'une personnalité juridique unique**,
- **l'effacement de la structure en trois piliers**, source de confusion, et de chevauchement des compétences. La structure des Institutions de l'Union sera unique, quel que soit le domaine d'action concerné,
- **la simplification de la terminologie**, par exemple en changeant les appellations des directives et règlements, pour les appeler dans l'avenir les lois européennes, et les lois-cadres européennes. Ces mesures visent à assurer une plus grande lisibilité du projet européen, et le texte propose de nouvelles dispositions concernant la transparence, la démocratie participative, et le dialogue avec la société civile.

Mais, qu'en est-il exactement **des institutions** à l'aube de l'élargissement ?

En fait, ce projet constitutionnel comporte quatre parties, introduites par un préambule :

La première partie, et c'est sur cette partie que nous nous pencherons dans ce travail³²⁶, est la partie constitutionnelle proprement dite. En soixante articles, elle définit l'Union, ses valeurs, ses objectifs, et la répartition des compétences entre Etats membres et Union ; elle établit les institutions, les instruments d'action, le cadre financier ainsi que les dispositions d'appartenance à l'Union..

³²⁶ *La deuxième partie* contient la Charte des Droits fondamentaux, élément indispensable de tout texte de nature constitutionnelle, qui obtient ainsi force juridique. On peut affirmer que les citoyennes et les citoyens d'Europe seront ceux qui, dans le monde, bénéficieront des droits les plus étendus. *La troisième partie* regroupe les dispositions relatives aux politiques de l'Union. *La quatrième partie* énonce les clauses finales habituelles.

Au cours des débats, peu à peu, les solutions extrêmes ont été écartées³²⁷ afin d'arriver, en fin de compte, à reconnaître la **nature duale** du système européen. L'article 1 de la Constitution, est l'expression de cette nature duale :

« Inspirée par la volonté des citoyens et des Etats d'Europe de bâtir leur avenir commun, cette Constitution établit l'Union européenne, à laquelle les Etats membres confèrent des compétences pour atteindre leurs objectifs communs. L'Union coordonne les politiques des Etats membres visant à atteindre ces objectifs, et exerce sur le mode communautaire les compétences qu'ils lui transfèrent. »

L'expression spécifique de cette double nature est le quadrilatère institutionnel créé par les Pères fondateurs dans les années 50. Tout au long de leurs travaux, les conventionnels ont tenté de préserver et de maintenir l'équilibre fondamental entre ses quatre composantes en écartant les propositions qui visaient à le déséquilibrer, dans un sens ou dans l'autre. La proposition consiste à rénover et à renforcer chacun des côtés du quadrilatère, sans rompre son équilibre.

Ainsi, le système institutionnel de l'Union Européenne présentera-t-il un caractère original, éloigné des simplifications réductrices, et exprimant sa nature duale : Union des peuples, et Union des Etats.

Pour le **Parlement européen**, qui est le grand gagnant de ce texte, la nouvelle procédure législative, avec **co-législation** du Parlement européen, devient la **règle générale**. Aujourd'hui, la codécision du Parlement européen concerne 37 domaines. Ce nombre sera porté à environ 80. A l'avenir, tous les domaines qui couvrent les politiques les plus importantes de l'Union seront régis par cette procédure législative, avec vote à la majorité qualifiée au Conseil.

Pour le **Conseil européen**, sa composition et son rôle sont définis, dans la ligne du Traité d'Union européenne. Soyons clairs : sans un fonctionnement satisfaisant du Conseil européen, le dispositif de l'Europe élargie cessera d'avancer. Pour assurer la continuité et l'efficacité des travaux du Conseil, le traité constitutionnel propose qu'il élise son Président pour une durée de deux ans et demi, renouvelable une fois. Les fonctions ne seront pas différentes des fonctions actuelles, à ceci près qu'elles s'exerceront dans la durée, et seront définies par les traités Constitutionnels. Il présidera et animera les travaux du Conseil européen. Il oeuvrera enfin pour assurer la cohésion et le consensus au sein du Conseil, porté à vingt-cinq Etats membres.

Pour ce qui est du **Conseil des Ministres**, la Constitution propose de le recentrer sur deux grandes formations : le Conseil des Ministres des Affaires

³²⁷ L'idée de la création d'un état fédéral unitaire européen, qui, à la longue, effacerait l'identité des Etats membres, et qui trouvait quelques défenseurs au début de nos travaux, a été peu à peu écartée comme inadaptée à la structure de la nouvelle Europe. De même la dissolution de l'Europe dans une « Confédération réduite aux acquêts », par la privation des moyens d'action dont elle a besoin, a été rejetée à la quasi-unanimité.

Etrangères, et le Conseil des Affaires Générales et Législatives. Ce dernier Conseil redeviendrait le pivot du dispositif du Conseil des Ministres, veillant à assurer la cohérence et la synthèse de son fonctionnement, aujourd'hui dispersée dans de trop nombreux Conseils spécialisés, dont on a entrepris de réduire le nombre. Le Conseil des Affaires étrangères, qui élaborerait les politiques extérieures de l'Union selon les lignes stratégiques définies par le Conseil européen, serait présidé par le Ministre des Affaires Etrangères de l'Union.

La définition de la majorité qualifiée dans les votes du Conseil européen ou du Conseil des Ministres a longuement retenu l'attention de la Convention. Celle-ci a souhaité que la Constitution retienne une règle simple, démocratique, et aisément lisible par l'opinion publique : la majorité serait définie comme réunissant la majorité des Etats membres, représentant les trois cinquièmes de la population de l'Union.

La Convention a souhaité revenir à la conception d'origine de la **Commission européenne** : celle d'un collège restreint de haut niveau, chargé de définir et de proposer le bien commun européen. Ses fonctions sont étendues dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, et accrues dans le domaine de la coordination économique. Son monopole d'initiative législatif est affirmé. Son rôle d'initiateur pour les programmes annuels et pluriannuels est reconnu.

Son Président gagne en autorité et en légitimité, puisqu'il sera élu par le Parlement, et qu'il choisira lui-même parmi les 75 candidats proposés par les Etats membres, les Commissaires européens³²⁸.

Concernant le collège des Commissaires européens, la Convention a retenu le chiffre maximum recommandé par les anciens Présidents de la Commission, pour respecter son caractère collégial, et exercer les treize fonctions identifiées pour la Commission, soit 15 membres au total, comprenant le Président de la Commission et le Ministre des Affaires Etrangères, Vice-Président de la Commission.

Le Président termine son allocution par ces mots :

« Ce projet de Traité constitutionnel représente un édifice et un équilibre. **Un édifice**, parce qu'il constitue un ensemble cohérent, dont les parties ont été mises en place depuis la présentation de notre projet d'architecture, le 28 Octobre 2002. **Un équilibre**, parce que nous avons recherché avec soin le meilleur point d'équilibre entre le rôle de l'Union, et celui des Etats membres, en préservant la possibilité d'une évolution ultérieure conçue comme reposant sur des équilibres successifs, sans rupture, ni aventure.

C'est vous qui allez désormais prendre en charge l'avenir de notre projet. Puis-je insister sur le fait que ce projet est entre vos mains, à votre niveau, vous, qui êtes les

³²⁸ Voy. *Infra*.

chefs d'Etats et de gouvernement de l'Europe, car il ne s'agit plus d'un débat technique, mais du sort d'une Constitution.

Puis-je également vous demander de veiller à ce que la rupture de l'équilibre, par la remise en cause de ses dispositions, ne mette pas en danger la solidité de l'édifice ! »

Les grandes lignes de la première partie du texte final ayant été tracées permettons-nous quelques précisions essentiellement descriptives :

Disons-le d'emblée : le travail accompli par la Convention sur l'avenir de l'Europe est remarquable. Il est remarquable par son résultat : les conventionnels sont bel et bien parvenus à mettre au point **en commun**, l'ébauche d'un texte fondateur pour l'Europe de demain. Il est aussi remarquable par les problèmes, tant politiques qu'institutionnels, qu'il a dénoués. Mais il est surtout remarquable pour une raison souvent oubliée et pourtant extrêmement importante à l'heure où la fameuse "**méthode européenne**" de résolution des conflits est si critiquée. Dans des conditions extrêmes, plus de 200 conventionnels et observateurs, venus de 28 pays et parlant 23 langues différentes, la méthode consensuelle mise au point par les pères fondateurs de l'Union a montré une fois de plus son efficacité. On peut gloser des heures durant sur ces quelque 300 articles et sur l'illisibilité du texte. Il n'empêche. Le projet de Constitution remis en juin dernier à Thessalonique aux chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union européenne est la preuve, par le texte, que, ce que l'Europe fait de mieux depuis la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), à savoir négocier et s'entendre, fonctionne.

Ensuite, remarquons **l'importance accordée à l'équilibre** de l'ensemble ; il semble que cette préoccupation fût l'un des leitmotiv principaux de cette Convention. A cet égard, il est à noter que l'équilibre formé, au niveau européen, par notre quadrilatère institutionnel est devenu **un pentagone** car le Conseil européen qui, comme nous l'avions souligné dans le titre précédent, existait dans les faits mais pas dans les traités, se voit reconnaître le rang d'institution par l'article I-18.

Quant à la **Cour de Justice**, elle semble ne pas connaître de véritable modification quant à sa composition ou ses missions.³²⁹

Le Président de la Commission est proposé par le Conseil européen à la majorité qualifiée au Parlement européen qui, lui-même, doit accepter sa candidature « à une majorité des membres qui le compose » (article I-26) (ce qui laisse la porte ouverte à une désignation « consensuelle » impliquant l'accord de plusieurs groupes du Parlement). Ensuite, « chaque Etat membre concerné établit une liste de trois personnes, parmi lesquelles les deux genres sont représentés, qu'il estime qualifié pour exercer la fonction de **Commissaire** européen. Parmi les trois personnes

³²⁹ Exposé oral lors d'une conférence à la CJCE au Grand Duché du Luxembourg, début juin 2003 par le référendaire d'un des juges français dont le nom nous échappe.

proposées (par chaque Etat), le Président élu désigne les treize Commissaires européens choisis pour leur compétence et leur engagement européen et offrant toute garantie d'indépendance. (...) (Les quinze membres de la Commission) sont soumis collégialement à un vote d'approbation du Parlement européen (...) »³³⁰

Un tel système implique que tous les pays ne seront pas représentés au sein du collège. Le Président de la Commission constitue son collège en tenant compte des équilibres géographiques et démographiques mais le tout devant respecter un « système de rotation égalitaire ». Enfin, soulignons que la Commission est politiquement responsable devant le Parlement européen.

Le Président du Conseil européen (I-21) est un personnage nouveau, qui exerce ses fonctions à temps plein pendant la durée de son mandat, ce qui signifie clairement qu'il n'est pas choisi parmi les membres de ce conseil, qui ne disposent pas d'une telle disponibilité. La durée de ce mandat est de deux ans et demi renouvelables. Il est élu par le Conseil européen à la majorité qualifiée. Son rôle est de donner une continuité, une stabilité et une visibilité à la direction du Conseil européen. A cette fin, il préside et anime les réunions, « veille à l'exécution des décisions » et œuvre pour préparer les conseils européens et pour faciliter le consensus et la cohésion au sein du conseil, et représente l'Union sur la scène internationale.

N'y aura-t-il pas une concurrence institutionnalisée au sommet ?³³¹

En fait, c'est l'idée « ABC » (c'est-à-dire soutenue par MM. Aznar, Blair et Chirac) d'un Président à temps complet du Conseil européen qui a prévalu. Mais le texte a veillé à ce que le rôle de celui-ci n'interfère pas trop avec celui du Président de la Commission et du nouveau « Ministre européen des affaires étrangères ». Ainsi, le Président du Conseil européen représente l'Union sur la scène internationale. D'une rédaction très ampoulée, il ressort que ce rôle de représentation est soumis à certaines limitations : il semble limité aux « rencontres des chefs d'Etat et de gouvernement », puisque « la conduite quotidienne de la politique étrangère et de sécurité commune revient au ministre européen des affaires étrangères » et qu'il est stipulé que sa fonction s'exerce donc « sans préjudice des compétences du ministre des affaires étrangères ». La tâche principale du Président sera donc l'organisation du Conseil européen, la facilitation de ses travaux et conclusions, et sa 're-focalisation' sur les stratégies communes en matière de PESC. Ces limitations devraient donner une certaine garantie contre une dérive présidentielle et intergouvernementale dans la conduite des relations extérieures de l'Union.

La plupart des commentateurs se sont focalisées sur le choix, en faveur du **bicéphalisme**³³², opéré par ce texte et beaucoup y ont vu le risque d'un conflit

³³⁰ Article I-26.

³³¹ DEHOUSSE R. et alii, « La nouvelle architecture institutionnelle de l'Union européenne : une troisième voie franco-allemande ? », *Etudes et recherches*, n°23, avril 2003, p. 1 à 27.

³³² Président de la Commission et du Conseil européen.

institutionnel. Celui-ci pourrait prendre différentes formes, à court et à long terme : il est parfaitement concevable que les **deux présidents** s'enferment dans une guerre d'influence quasiment quotidienne, surtout au début quand il s'agira de définir les rôles des uns et des autres dans la pratique constitutionnelle, au-delà de la lettre du texte. Mais une telle concurrence quotidienne dans un jeu à somme nulle entre les deux présidents n'est nullement inévitable, moyennant certaines précautions. A plus long terme, la question se posera de savoir quelle est l'institution qui représente le centre de gravité de l'exécutif européen, celle qui doit « gouverner » l'Europe au sens de l'exercice d'un leadership politique ? Nombreux sont ceux qui répondraient sans hésiter : la Commission. Mais, après la mise en place d'un Président du Conseil européen et le renforcement de son poids dans le système institutionnel de l'UE, une évolution de l'UE dans un sens fédéral « pur », la Commission assumant seule la fonction exécutive ou gouvernementale, semble assez difficile.^{333 334}

Dès lors que l'on accepte l'idée d'un rôle central, voire accru du Conseil européen dans le « gouvernement » d'une Union élargie, le choix d'une présidence durable de celui-ci et donc du bicéphalisme, peut être considéré comme étant celui du bon sens : il présente au moins l'avantage de la clarté en institutionnalisant la tension constitutive de l'Union européenne entre les deux sources de sa légitimité : les Etats et les citoyens européens. Rendre cette tension manifeste plutôt que l'occulter au sein d'une fonction à double casquette présente au moins l'avantage de la transparence, et éventuellement de l'efficacité en obligeant à préciser les relations entre les deux têtes de l'Union.

Terminons ce chapitre par de la théorie du droit. En effet, si l'on ne s'attache plus au contenu du texte en tant que tel et si nous adoptons un point de vue plus global nous voyons, comme l'écrivait déjà les Professeurs Ost et van de Kerchove au sujet de la Convention-charte³³⁵, que la procédure d'élaboration est fondamentalement « originale dans le système décisionnel de l'Union ». Plutôt que d'en faire l'émanation d'« institutions - Parlement européen, Etat membres ou Commission européenne », selon un mode d'élaboration « vertical », le fait d'en avoir confié la rédaction à une « enceinte », présentait « l'avantage de réunir des légitimités habituellement dissociées afin de traiter un enjeu européen transversal... et de favoriser ainsi l'écriture d'un texte qui serait perçu comme une entreprise véritablement collective ».³³⁶

Continuons la comparaison entre les deux Conventions sur un autre point : la procédure de confection du texte final fut marquée par une ouverture substantielle à la société civile, à la fois en terme de transparence des travaux, par leur communication sur site Internet bien élaborée, et en terme de possibilité de participation, aboutissant à l'audition effective d'organisations non

³³³ *Ibidem*

³³⁴ Voy. Chapitre III, *Infra*.

³³⁵ OST F. et van de KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Éditions des FUSL, 2002, p. 34.

³³⁶ DE SCHUTTER O., « La Convention : un instrument au service de l'art de gouverner ? », *La revue nouvelle*, p. 63 et 72 (Cité dans *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*, p. 35).

gouvernementales. « Cherchant ainsi à combler un déficit généralement perçu sur ce plan, la procédure suivie a manifestement privilégié des critères de légitimité par rapport à des critères de légalité ou d'efficience, traditionnellement prépondérants, en ajoutant aux manifestations traditionnelles de 'démocratie représentative' des manifestations nouvelles de 'démocratie participative'. »³³⁷

Soulignons ensuite la méthode adoptée par la Convention afin de faire naître ce texte. En effet, ils ont clairement employé une **manière dialectique** d'aborder les problèmes institutionnels (voyez plus haut la méthode communautaire) car ils ne désiraient pas tomber dans des débats entre fédéralistes d'un côté et confédéralistes de l'autre. De tels débats auraient créés des tensions inutiles et se seraient révélés stériles. Cette dialectique est tout particulièrement idoine au niveau européen car l'Union, comme nous l'avons vu tout au long de ce travail, se caractérise par un haut degré de complexité. Afin d'étayer ces propos reprenons les mots des spécialistes de la méthode dialectique : les Professeurs Ost et van de Kerchove.

« Alors que la pensée classique souligne les identités et renforce les différences, excluant ainsi le tiers, la dialectique montre comment chaque terme en présence, qui contient une part de l'autre, interagit avec celui-ci, faisant ainsi l'épreuve du passage de l'entre-deux (c'est-à-dire de la médiation) qui le transforme : à la fois lui-même et autre, toujours en devenir. Ce processus d'engendrement réciproque, qui signe le retour du tiers (propriété émergente du rapport d'implication des termes enchevêtrés), est seul de nature à faire justice à la complexité dynamique du réel.

Plutôt aussi que de tracer une prudente troisième voie à égale distance de celles-ci, il s'agira de les mettre et de les maintenir en tension. Montrer, pour cela, que chaque terme contient virtuellement son 'autre', et que, dès lors, ils ont 'partie liée' ; suivre les jeux de leurs enchevêtrements et, littéralement, de leurs transformations ; dégager de leurs rapports les propriétés émergentes et tierces qui contribuent désormais à leur reproduction différenciée ; assumer le risque de l'incertitude de cette 'dialectique sans synthèse' qui est celle de la complexité, de la vie et de l'histoire ; libérer ainsi la puissance heuristique inouïe des paradoxes qui ne cessent de 'donner à penser' »³³⁸

Permettez-nous de conclure ce chapitre par une métaphore qui semble particulièrement adéquate, in casu car suite à la Convention nous sommes en pleine métamorphose:

« Pour comprendre ce qu'est une métamorphose, considérons celle qui transforme une chenille en libellule. La chenille s'est enfermée dans la chrysalide. Soudain, ses phagocytes chargés de la défendre contre les agressions extérieures s'attaquent à son organisme même. Ils détruisent ses organes, y compris son système

³³⁷ OST F. et van de KERCHOVE M., *Op. Cit.*, p. 35.

³³⁸ OST F. et van de KERCHOVE M., *Op. Cit.*, p. 37 et 38.

digestif, puisque la libellule changera de nourriture. Seul est épargné le système nerveux, qui maintient l'identité de l'être et contrôle sa métamorphose. Tout le reste de l'organisme est ravagé. C'est dans cette destruction sans merci que s'opère la construction d'un être totalement nouveau et pourtant radicalement le même. C'est dans cette agonie que s'opère une mort/ naissance. L'être nouveau qui s'est formé va vouloir briser sa chrysalide, qui, de protection, est devenue prison. Avec de terribles efforts convulsifs, il va, à plusieurs reprises, tenter de sortir, et, progressivement, difficilement, s'en dégagera. Ses ailes seront froissées, gluantes, collées au corps, elles ne pourront immédiatement se déployer. Il y aura un temps très long d'une immobilité quasi pétrifiée. Soudain, alors que rien ne pouvait l'annoncer, la libellule prendra son vol. »³³⁹ Et nous croyons que cet envol, rendu possible par la méthode dialectique, arrive à grand pas, qu'il est à notre porte...

³³⁹ MORIN E., *Penser l'Europe*, Paris, Gallimard, p.250 et 251.

Chapitre 3

Quelques réflexions sur la Convention sur l'avenir de l'Europe et sur la séparation des pouvoirs

Section première

A-t-on besoin de nous engager dans une voie de constitutionnalisation ? et, à terme, de nous doter d'une Constitution ?

Nous avons soutenu tout au long de ce travail l'idée d'un changement de paradigme au niveau européen, le passage de la pyramide au réseau et tout à coup, l'Europe semble vouloir s'engager dans une voie « constitutionnelle », et par là, revenir en quelque sorte sur des attributs propre à la modernité.³⁴⁰ N'y a t il pas un non-sens ? Prima facie peut-être, mais à la lumière du premier chapitre, il faut admettre que nous sommes fort loin d'une Constitution tel que l'ont connu nos pays européens au cours des XVIIIème et XIXème siècles. Pas de pouvoir constituant, pas de souveraineté, pas de peuple stricto sensu... cela fait beaucoup de manques à combler. En fait, le processus de « constitutionnalisation » réifié par la Convention relève lui aussi, et malgré les apparences, d'une méthode digne du paradigme du réseau. Nous avons vu, dans les chapitres précédents, que sa composition (parlements nationaux, européens, gouvernements nationaux, Commission...), son modus operandi (ouverture à la société civile...), et même son résultat final (qui doit être confirmé ou infirmé par la CIG et par les peuples européens selon les procédures prévues par leurs ordres internes) sont atypiques et seulement explicables par le réseau. Tous ces éléments confortent notre idée de départ, sous des apparences trompeuses, mais sans doute destinées à rassurer les plus frileux - ou eurosceptiques d'entre nous...

Concernant la nécessité, à terme, d'une Constitution, il semble intéressant de revenir sur le philosophe actuel de l'Europe: Jean-Marc Ferry³⁴¹. A ses yeux, l'Europe a déjà une « Constitution latente », mais celle-ci souffre de deux défauts majeurs. D'une part, la forme des traités internationaux, qui est encore la sienne, va de pair avec des négociations diplomatiques et des approbations parlementaires auxquelles il faudrait substituer des délibérations démocratiques et des assentiments populaires. D'autre part, ni le renvoi du droit communautaire aux droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, ni l'apport jurisprudentiel de la Cour de justice des Communautés européennes à cet égard n'équivalent « à une incorporation expresse des contenus normatifs » de ladite

³⁴⁰ Et mettre à mal notre hypothèse...

³⁴¹ FERRY J.-M., *La question de l'Etat européen*, Paris, Essais Gallimard, 2000, p. 41 à 139.

Convention « dans l'ordre juridique communautaire ». Pour le philosophe, « une véritable Constitution européenne » doit réaliser cette incorporation, tout en prévoyant tant « la création d'une Cour constitutionnelle européenne » que l'adhésion de l'Union à la Convention européenne.^{342 343}

Jurgen Habermas, quant à lui, considère « que c'est grâce à leurs constitutions politiques que naissent les peuples. La démocratie est elle-même une forme d'intégration politique fondée sur le droit. Celle-ci dépend, certes, d'une culture politique partagée par tous les citoyens. » Et, pour y parvenir, il suit le raisonnement suivant : « ...mais si l'on songe au fait que, au sein des Etats européens du XIXe siècle, la conscience nationale et la solidarité des citoyens n'ont été engendrées que progressivement, à travers une certaine façon d'écrire l'histoire, propre à chaque nation, la communication de masse et le service militaire obligatoire, alors le défaitisme n'est guère de mise. Si, en effet, cette forme artificielle de « solidarité entre étrangers » s'explique avant tout par une expérience riche en conséquences historiques – passage, on l'a vu, de la conscience locale et dynastique à la conscience nationale et démocratique -, on ne voit pas pourquoi un tel processus d'apprentissage ne se prolongerait pas au-delà des frontières nationales. Certes, les obstacles à surmonter sont redoutables. Une Constitution n'y suffira pas. Elle pourra, tout au plus, mettre en place les processus démocratiques dans lesquels l'Etat fédéral devra prendre racine. Comme l'accord entre Etats membres est un élément clé dans le cadre d'une union à Constitution politique, il devra, de toute façon, avoir une autre structure que celle des Etats fédéraux de type national et ne pourra pas se contenter de copier le mode de légitimation qui est le leur. »³⁴⁴

Section 2

Et la séparation des pouvoirs ?

Avant d'analyser le texte de la Convention par le prisme de la séparation des pouvoirs, attardons nous – et, par là, faisons une entorse au contenu de notre introduction - sur un discours prononcé par le Premier Ministre belge il y a quelques mois et ayant pour but d'expliquer la position de la Belgique au sein de la Convention. Ce discours présente un intérêt car il met en avant un certain nombre d'éléments instructifs à ce niveau de la réflexion. Tout d'abord lisons-le :

« Dans notre volonté de concrétiser cette troisième voie, nous ne pouvons laisser de place à l'improvisation. Je propose de fonder notre réflexion sur le principe de base de la démocratie, de **solliciter les conseils de Montesquieu, le père spirituel de la séparation des pouvoirs. Ce principe nous est commun. Nous l'appliquons**

³⁴² La Convention a, à cet égard, fait des progrès substantiels quant à l'incorporation des Droits de l'Homme.

³⁴³ DUMONT H., «La question de l'Etat européen du point de vue d'un constitutionnaliste», *Revue Droit et Société*, 53-2003, p.50 et 51.

³⁴⁴ HABERMAS J., *Après l'État-nation - Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000, p. 147 et 148.

dans chaque Etat membre de l'Union européenne. Il constitue la **base du processus décisionnel démocratique.** Il importe d'appliquer également ce principe à l'architecture future de l'Union européenne. Une séparation claire entre le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.

Le pouvoir judiciaire ne pose pas de problème. Il est exercé par la Cour de Justice³⁴⁵. En revanche, les pouvoirs législatif et exécutif ne sont aujourd'hui ni clairement définis ni clairement attribués.

La **première question** est donc la suivante : au sein de l'Union européenne, qu'est ce qui relève du législatif et qu'est-ce qui relève de l'exécutif ? La meilleure **solution** revient à mon sens à fonder cette distinction **sur la procédure de prise de décision** ; en d'autres termes, sur les modalités qui ont présidé à l'élaboration de la mesure concernée. Toutes les décisions auxquelles le Parlement européen est associé via la codécision relèvent du législatif. Toutes les autres mesures relèvent de l'exécutif.

La **seconde question** concerne l'attribution des deux missions. **Conseil et Parlement européens sont conjointement responsables pour le travail législatif.** Le Conseil représente dans ce cadre les intérêts des Etats membres, le Parlement européen les intérêts communautaires, européens.

Les fonctions exécutives sont exercées par la Commission, seule ou en combinaison avec le Conseil. Nous observons à nouveau ici une **collaboration** entre une institution au sein de laquelle siègent les Etats membres et une institution communautaire.

Dans le cadre de la nouvelle architecture, il importe que le pouvoir exécutif devienne un véritable pouvoir exécutif, un Gouvernement européen pour ainsi dire. Un pouvoir exécutif disposant d'un centre de décision clair. Un pouvoir exécutif qui dirige et qui assure l'harmonisation du projet européen. En d'autres termes, un pouvoir exécutif qui – bien que deux institutions soient associées – soit coordonné et dirigé depuis un seul centre nerveux. Et ce centre nerveux doit bien évidemment être la Commission européenne.

La conséquence logique de cette construction est que le Conseil, qui assure aujourd'hui une double fonction, soit scindé en conseils législatifs et en conseils avec missions exécutive et de coordination.

Une structure alliant simplicité et transparence, opérant une distinction claire entre le pouvoir exécutif sous la direction de la Commission européenne et un pouvoir législatif sous la direction du Parlement européen et du Conseil, voilà ce qui est essentiel. Nous n'avons pas beaucoup de choix. Soit nous versons dans un régime présidentiel qui sapera l'**équilibre** qui existe entre les institutions. Soit nous

³⁴⁵ « en tant que Cour suprême et par les Cours et Tribunaux des Etats-membre en tant que tribunaux ordinaires. » aurait-il du rajouter...

conservons un régime de rotation qui s'avèrera inopérant au sein d'une Union européenne élargie. Soit nous appliquons également Montesquieu au sein de l'Union européenne ; la « troisième voie » qui me semble être la plus indiquée. »³⁴⁶

Ce discours rentre complètement dans le cadre de cette étude. En effet, le Premier Ministre de Belgique adopte, comme méthode, la méthode dialectique. Ensuite, il mêle toute une série de concepts omniprésents dans ce travail : équilibre des pouvoirs, collaboration, processus décisionnels... Enfin, Guy Verhofstadt se préoccupe de la séparation des pouvoirs au niveau européen et désire clarifier ce système au plus vite. A cette fin, il propose un raisonnement digne des syllogismes aristotéliens: le principe de séparation des pouvoirs existe, sous diverses formes, dans tous les Etats membres ; or, les quinze Etats membres sont démocratiques ; donc, si l'Europe veut être démocratique, il faut appliquer ce principe, moyennant quelques adaptations vu l'architecture institutionnelle sui generis, à l'Union européenne. Ce point de vue est original et révèle une conception très europhile. En outre, le Premier ministre belge propose une solution afin de rendre la séparation des pouvoirs la plus effective possible (voir texte). Cette solution a trouvé un écho non négligeable lors de la Convention car on la retrouve, dans une certaine mesure, dans le texte final.

Revenons au texte de la Convention. Le siège de cette matière sont les articles I-32 à I-36. L'article I-33 parle expressément des actes législatifs qui sont adoptés « ... sur proposition de la Commission, conjointement par le Parlement et le Conseil ... » Quant aux actes d'exécutions, article I-36, ce sont principalement les Etats membres qui en sont responsables³⁴⁷ et, « ... lorsque les conditions uniformes de mises en œuvres des actes obligatoires de l'Union sont nécessaires, ces actes peuvent conférer à la Commission ou, dans des cas spécifiques dûment justifiés (...) au Conseil... »

Force est de reconnaître que ce texte désire clarifier la situation et propose un schéma clair quant au processus décisionnel en matière législative et exécutive. Bien entendu, la séparation des pouvoirs reste fonctionnelle et toujours pas organique mais, nous l'avons vu, cela tient à la nature « spéciale » de l'Union. Néanmoins, le Parlement joue désormais jeu égal avec le « tout-puissant » Conseil en matière législative et l'exécution au niveau européen relève, selon la formulation du texte, principalement des Etats membres et de la Commission. Ce n'est seulement qu'à titre subsidiaire et lorsque il y a des actes spécifiques dûment justifiés que le Conseil devient compétent.

Quelle leçon pourrions-nous en tirer ? D'aucuns prétendent qu'il n'y a pas de révolution en la matière. Certes, mais on observe que la problématique de la séparation des pouvoirs a enfin reçu une certaine audience et que des solutions – imparfaites – furent trouvées afin de désormais distinguer clairement les actes législatifs et les actes exécutifs. C'est déjà une belle avancée. En outre, et ce constat n'engage que l'auteur de ces quelques pages, il semble que le rôle exécutif du Conseil

³⁴⁶ VERHOFSTADT G., « Montesquieu et l'Union européenne », *Discours prononcé par le Premier Ministre devant le Collège de l'Europe*, Bruges, 18 novembre 2002.

³⁴⁷ Et donc pas de problème concernant la séparation des pouvoirs vu que chaque Etats-membre connaît et applique ce principe.

soit, au vu du texte, réduit à sa plus simple expression et l'on pourrait donc postuler qu'à terme, cette fonction lui soit complètement retirée. Une telle situation, hypothétique, donnerait à la Commission un véritable statut clair d'exécutif européen³⁴⁸. Quant au législatif, il serait alors partagé entre un Parlement agissant comme représentant des peuples européens et un Conseil, représentant une sorte de seconde chambre défendant les intérêts des Etats-membres. Or, une telle situation embrasserait assez bien les enseignements de Montesquieu adaptés à la réalité européenne.

Le bicéphalisme, quant à lui, répond bien au principe de non-confusion des pouvoirs mais ne sera effectif que si une collaboration constructive s'installe entre ces deux Présidents.

Par contre émettons, une fois encore, des réserves à l'encontre du Conseil européen (et désormais moins à l'encontre du Conseil qui voit ses missions clarifiées et, dans une certaine mesure, réduites) car cette « nouvelle » institution³⁴⁹ se trouve en amont du système, il « plane » en quelque sorte au-dessus des autres institutions, et concentre, dès lors, entre ses mains d'énormes prérogatives. Cette situation, quoique compréhensible, donne au Conseil européen un pouvoir fort important sans qu'aucun contrôle ne puisse être exercé...

Notre souhait, afin de confirmer l'hypothèse émise au cours du premier titre, était que le principe de séparation des pouvoirs, tel que Montesquieu nous l'a enseigné et tel que les Etats-membres l'ont appliqué dans leurs propres ordres internes, retrouve son statut de principe-directeur qu'il avait un peu perdu lors de la construction européenne.³⁵⁰ Le moment était idéal pour faire son « coming back » en force car nous vivons actuellement un moment-clé et historique avec la Convention. De plus, nous avons également expliqué ci-avant combien le concept de principe directeur s'appliquait bien à la réalité européenne. Force est de reconnaître, à la lecture de bon nombre de propositions, et par le résultat du texte, qu'une attention certaine fut donnée afin de rendre à ce principe sa nature de principe-directeur. Ce ne fut, certes, pas une obsession des conventionnels mais tout au moins une préoccupation non négligeable.³⁵¹ Ils ont réellement voulu établir une meilleure division des pouvoirs tout en gardant les équilibres d'antan, et leurs corollaires, les freins et contre-poids. Ce fut donc une application très européenne de ce principe mais aussi une véritable avancée en la matière. Nous ne sommes pas trop exigeant car, comme expliqué dans ce chapitre, nous ne sommes pas vraiment en face d'une assemblée constituante qui aurait pour objectif de réaliser une Constitution stricto sensu. C'est pourquoi, nos exigences sont à la hauteur des espérances en la matière. Quant à la nature « grille de lecture » et « doctrine politique », nous ne pouvons que conforter et répéter notre conception émise lors du deuxième titre.

³⁴⁸ Rappelons afin d'étayer cette thèse que la Commission se voit doté d'un Président à la légitimité et au rôle renforcé...

³⁴⁹ et nous nous réjouissons de cette nouvelle consécration textuelle

³⁵⁰ En effet, l'Union, comme nous l'avons écrit plus haut, a accordé plus d'importance aux différents équilibres et, par là, a plus mis l'accent sur les « freins et contrepoids » que sur la division des pouvoirs en tant que telle.

³⁵¹ Voir discours, et donc la position belge, de Guy Verhodstadt ; *Supra*.

Conclusion

Deux travers sont à éviter. Le premier est de croire, ou de se persuader, que le sujet abordé est universel, qu'il est la clé de tous systèmes juridiques démocratiques, que le droit institutionnel n'est qu'affaire de séparation des pouvoirs. C'est le travers de la myopie. Le second travers est de ne pas vouloir en finir, de ne pas vouloir clore la réflexion. C'est le travers de la presbytie, ou de l'hypermétropie.

La myopie consisterait à dire qu'en fin de compte, la séparation des pouvoirs est l'Etat de droit. La déclaration de 1789 en témoigne. C'est en quelque sorte un *latius hos* institutionnel, ou une extrapolation. Car, si la séparation des pouvoirs est condition nécessaire de l'existence de l'Etat de droit, elle n'en est pas la condition suffisante. La myopie constitutionnelle pourrait aussi consister en le fait de ne voir que les Constitutions et les Traités. La myopie pourrait, enfin, consister en l'universalisation du raisonnement proposé.

Pour l'hypermétrope, le débat ne peut se clore. Il est trop important. L'hypermétrope déconsidère en réalité son travail, là où il insiste par ailleurs sur le sujet traité. Le travers est aussi courant que le premier cité. Les auteurs juridiques sont souvent malvoyants.

N'empêche... En chaussant les lunettes institutionnelles, on peut essayer, à la conjonction même de ces travers, de trouver une juste distance de lecture. La séparation des pouvoirs est essentielle à l'existence même de l'Etat de droit. Elle est un pilier de la démocratie et de la liberté citoyenne, et pas seulement lorsqu'elle commande l'indépendance du juge. Il ne faut pas craindre de juxtaposer au discours juridique un plaidoyer politique, si l'on prend soin de ne les point confondre. Les règles, et même les règles institutionnelles, ne suffisent pas toujours. Même si le pouvoir corrompt, disait Lord Acton³⁵², il peut et doit exister une vertu politique. On a

³⁵² Cité par J.-L. SEURIN, "Les origines historiques de la séparation des pouvoirs", *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 652.

la faiblesse de le croire, mais selon l'expression du Professeur Delpérée, de le croire *absolument*³⁵³.

Il ne faut pas verser dans le travers de l'hypermétropie. Mais, croire que le débat peut se clore, c'est prendre le risque d'être prétentieux et irréaliste. La séparation des pouvoirs connaîtra encore des développements doctrinaux. Son chemin tortueux se poursuivra. L'on ne met pas ici un point final, mais de nouveaux points d'interrogation, des points de suspension. On ne prétend pas fermer le livre de la séparation des pouvoirs, mais l'on espère en pouvoir tourner une page.

La séparation des pouvoirs est née chez Locke, peut-être même chez Polybe. Mais ce n'est qu'au cours du XVIIIème siècle que, sous l'impulsion de la pensée de Montesquieu, a été imaginé le triangle institutionnel et fonctionnel qui est à la base de l'Etat démocratique moderne. C'est vers le milieu du XXème siècle que, grâce à la prévoyance d'hommes d'Etat qui avaient l'esprit tourné vers l'avenir, on a projeté la structure quadripartite qui devait permettre aux Etats de l'Europe occidentale de poursuivre un destin commun sans abandonner, pour autant, leurs originalités nationales.³⁵⁴ Prenons garde de ne pas détruire l'admirable instrument qui a été placé entre nos mains avant même qu'il ait pu donner la mesure de ses résultats. Ayons le courage de démasquer toutes les tentatives, ouvertes ou sournoises, qui sont faites en vue de le détruire avant même qu'il ait pu convenablement fonctionner. Refusons donc les thèses « révolutionnaires » qui feraient table rase de l'acquis européen pour le remplacer monolithiquement par des concepts hérités de l'Etat-nation ; et privilégions la méthode dialectique afin d'essayer de jouer la carte de l'harmonie tout en gardant à l'esprit que l'Union européenne, comme d'ailleurs aujourd'hui les Etats et toutes les organisations dotées d'institutions, devra apprendre à gouverner, pour le meilleur et pour le pire, un type de société caractérisé par la complexité.³⁵⁵ C'est pourquoi, nous considérons qu'actuellement, il serait néfaste de vouloir absolument réduire le schéma institutionnel européen à l'application stricte de la doctrine de la séparation des pouvoirs. Gardons cet équilibre, empreint de collaboration et où règne la non-confusion des pouvoirs. Mais tournons nous vers l'avenir car nous pensons que la séparation des pouvoirs est un principe-directeur évolutif et polymorphe et que son application au niveau européen doit être accru pour faire de l'Union un modèle d'organisation institutionnel. Il a, en outre, un rôle tout particulièrement important à jouer au niveau communautaire dans la mesure où, avec la fin de la Convention européenne sur l'avenir de l'Europe, l'Union est en train de changer de nature. C'est dans des moments pareils que la séparation des pouvoirs doit être la plus présente car elle devra, à l'avenir, diriger les acteurs politico-juridiques européens et se poser en guide de leur action. Plus que jamais sans doute, ils ont besoin de balises. Qu'il soit permis de penser, contrairement à Talleyrand, que l'on ne va sans doute jamais aussi loin que lorsque l'on sait où on va.

³⁵³ "Ce que je crois ou le constitutionnalisme", *Présence du droit public et des droits de l'homme – Mélanges Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

³⁵⁴ PESCATORE P., « L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome », *Cahiers de droit européen*, 1978, p. 406

³⁵⁵ ARNAUD A.-J., *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, 304 p.

A l'heure actuelle, il est pratiquement impossible d'affirmer l'échec ou la réussite des prochaines réformes institutionnelles et tout particulièrement du sort qui sera fait du texte de la Convention sur l'avenir de l'Europe au sein de la prochaine CIG.

Si elles échouent, l'Europe sera peut-être le signe ou la preuve qu'en dehors des concepts traditionnels de l'État et de l'organisation internationale, aucun système ne peut répondre aux exigences d'efficacité et de démocratie.

Un succès viendrait par contre confirmer la thèse selon laquelle l'émergence de nouveaux modes de production du droit doit être, non plus tolérée ou critiquée, mais au contraire consacrée.

Comme le disait très justement T.S. Eliot, « *la fin est là d'où nous partons* » ; et à cette valse il serait donc opportun d'y rajouter un quatrième temps³⁵⁶ afin que l'Europe soit la cavalière idéale de Charles de Montesquieu.

Enfin, et en guise de conclusion, permettez-moi d'exprimer un souhait sous la forme d'un changement d'un autre paradigme. Nos mémoires historiques européennes n'ont que trop souvent en commun la division et la guerre au nom de nos patries respectives ; or, avec l'avènement de l'Union européenne, nous avons l'occasion de contredire l'histoire et de créer un véritable espace de paix et de liberté - d'ailleurs si chère à Montesquieu. Prenons-en conscience et adoptons un nouveau paradigme, celui de fraternité européenne...

Bruxelles, septembre 2003

³⁵⁶ et non pas mille temps comme le suggérait le chanteur belge Jacques Brel.

Eléments de bibliographie

AGUIAR J., « La crise de l'Etat-nation et les institutions européennes », *L'Europe au soir du siècle*, Paris, Edition Esprit, 1992, p. 163 à 176.

ALEN, A., "Een scheiding der machten", *Handboek van het belgisch staatsrecht*, Diegem, Kluwer, 1995, pp.15 sq.

ALEN, A. et DUJARDIN, J., *Casebook Belgisch grondwettelijk recht*, Bruxelles, Story-Scientia, 1986.

ALEN, A., "Séparation ou collaboration des pouvoirs", *A.P.T.*, 1990, p. 233 et s.

ALTHUSSER, L., *Montesquieu – la politique et l'histoire*, Paris, P.U.F., 1974.

ARNAUD A.-J., *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, 304 p.

AUBY, J.-M., et DUCOS-ADER, R., *Droit public*, Paris, Sirey, 1984.

AUBY, J.-M., (dir.), *Droit public*, Paris, Economica, 1985.

BACOT G., « L'esprit des lois- la séparation des pouvoirs et Charles Eisenmann », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1992, p. 616 à 656.

BADINTER R., *Une Constitution européenne*, Paris, Fayard, 2002, p. 9 à 43.

BARNIER M., « L'avenir de l'Union Européenne- Interventions de M. Barnier », www.l'avenirdel'unioneuropeenne.com

BARBIER C., « La Convention européenne- Genèse des premiers résultats », *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, n°1776-1777, 2002.

BEYER C., *Nature et valeur dans la philosophie de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, p. 120 et s.

BEAUD O., *La puissance de l'Etat*, Paris, Puf, 1994.

BITSCH M-T., *Histoire de la construction européenne*, Bruxelles, Complexe, 1996, nouvelle édition 2001, p.239 à 305.

BRECHT M, DEWATRIPONT M. et WEIL P., « Commission impossible », *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, Vol. I. Institutions et gouvernance, 2000, p. 79 à 81.

BREGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1989, p. 85 à 104.

BROWN L., *The Court of Justice of the European Community*, Londres, Sweet and Maxwell, 1989.

Bulletin Quotidien Europe, « Convention Européenne », 8 mai 2003, p.1 à 4.

Bulletin Quotidien Europe, « Convention Européenne », 1^{er} juillet 2003, p.1 à 5.

Bulletin Quotidien Europe, « Convention Européenne », 10 juillet 2003, p.1 à 5.

BURDEAU, G., *Traité de science politique*, t. IV, Paris, L.G.D.J., 1987.

CARBONNIER J., *Préface de la philosophie de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1973, p. 9 et s.

CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. II, Paris, Sirey, 1922.

CHATEAUBRIAND, *Réflexions politiques*.

CHEVALLIER J.-J., *Histoire de la pensée politique- tome 2 - l'Etat-nation monarchique : vers le déclin*, Paris, Payot, p. 71 à 85.

COLLIARD, J.-C., "Séparation des pouvoirs", *Dictionnaire constitutionnel* (dir. O. DUHAMEL et Y. MENY), Paris, P.U.F., 1992, pp. 972 sq.

COMMAILLE J., *L'esprit sociologique des lois*, Paris, Puf, p. 25 et s .

COMMAILLE J., « De la 'sociologie juridique' à une sociologie politique du droit », in *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 30 et s.

CONSTANTINESCO V., « Le rôle du conseil européen dans la formation d'une identité européenne », *Institutions européennes et identités européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 443 à 454.

COSTA O., *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, coll. Etudes européennes, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 507 p.

- DABIN, J., *L'Etat ou le politique*, Paris, Dalloz, 1957.
- DEFOURNY, M., *Aristote – Etudes sur la "Politique"*, Bibliothèque des archives de philosophie, Paris, Beauchesne, 1932.
- DEHOUSSE R., *La Cour de Justice des Communautés européennes*, Paris, Monchrestien, 1997, 159p.
- DEHOUSSE R. et alii, « La nouvelle architecture institutionnelle de l'Union européenne : une troisième voie franco-allemande ? », *Etudes et recherches*, n°23, avril 2003, p. 1 à 27.
- DELPEREE, F., "La séparation des pouvoirs aujourd'hui", *A.P.T.*, 1990, pp. 126 sq.
- DELPEREE F., VERDUSSEN M. et BEVER K. (dir.), *Recueil des constitutions européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1994.
- DELWIT P. et alii, *A quoi sert le Parlement européen ?*, Bruxelles, Complexe, 1999.
- DELVOLVE, P., "Paradoxe du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire", *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992.
- DE SCHUTTER O., « La Convention : un instrument au service de l'art de gouverner ? », *La revue nouvelle*, p. 63 et 72.
- DESGRAVES, L., *Montesquieu*, Paris, Ed. Mazarine, 1986.
- De TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique*, Paris, GF Flammarion, Tomes I et II, 1981.
- DONY M., *Droit de la Communauté et de l'Union européenne*, Bruxelles, IEE Université de Bruxelles, 2001, 337p.
- DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, Paris, de Boccar, 1927.
- DUMON, F., "De scheidings van staatsmachten, the rule of law en the supremacy of Parliament in het grondwettelijke recht van Groot-Britannië – vergelijkingen", *Recht in beweging – opstellen aangeboden aan Prof. Ridder R. Victor*, Antwerpen, Kluwer, 1973, pp. 445 sq.
- DUMONT H., "La question de l'Etat européen du point de vue d'un constitutionnaliste", *Revue Droit et Société*, 53-2003, p. 29 à 73.
- DUNN, J., *La pensée politique de John Locke*, Paris, P.U.F., 1991.
- DUVERGER M., *L'Europe dans tous ses Etats*, Paris, PUF, 1994.
- EHRARD, J., *Politique de Montesquieu*, Paris, Librairie Armand Colin, 1965.

EISENMANN C., *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, Paris, Sirey, 1952, p. 133 et s.

EISENMANN, CH., "L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs", *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp.165 sq.

EUSBOUTS W., « Leiding of evenwicht: flexibiliteiten in Europese Unie en Geschiedenis », *Flexibiliteit en het Verdrag van Amsterdam*, Den Haag, 1999.

FAIDER C., « La séparation des pouvoirs », *Bull.*, 1875, n°VIII.

FERRY J.-M., *La question de l'Etat européen*, Paris, Essais Gallimard, 2000, p. 41 à 139.

FITZMAURICE J., LATEK M. et MAGNETTE P., « Quel modèle de contrôle parlementaire pour l'Union européenne ? », *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, Vol. I. Institutions et gouvernance, 2000, p. 57 à 65.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.-J., "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", *J.T.*, 1970, pp. 557 sq.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.-J, DELANGE R., DUMON F. ET CHARLES R., « A propos de l'indépendance du pouvoir judiciaire », *J.T.*, 1990, p. 195 à 199.

GARAPON A., *La question du juge*, *Pouvoirs*, 74, Les Juges, 1995, p. 15 et s.

GERKRATH J., « La Cour de Justice des Communautés Européennes, la constitutionnalisation du Traité de Rome et de son impact sur l'émergence d'une identité européenne », *Institutions européennes et identités européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 455 à 474.

GIBSON G., « Understandings of Justice : Institutional Legitimacy, Procedural Justice, and Political Tolerance », *Law and Society Review*, 1989, vol. 23, p. 469 à 496.

GOUGH, J.W., *John Locke's political philosophy*, Oxford, Clarendon, 1973.

GOYARD, C., "Etat de droit et démocratie", *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992.

GOYARD-FABRE S., *La philosophie du droit de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1973, 363 p.

GOYARD-FABRE S., *Philosophie politique- XVIème-XXème*, Paris, PUF, p. 309 à 325.

GUGGENBUHL A., « Le citoyen et la transparence de l'Union européenne : vers une Europe politiquement correcte ou démocratiquement accessible ? », in le HARDY de BEAULIEU L., *L'Europe et ses citoyens*, Bruxelles, PIE, 2000, p. 47 à 63.

HABERMAS J., *Après l'État-nation - Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000, 150 p.

HAURIOU, A. et GICQUEL, J., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1980.

HEUSCHLING L., *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 67 à 70.

KRIEGEL B., *Textes de philosophie politique classique*, Paris, PUF (coll. Que sais-je ?), 1993, p. 90 à 101.

KRINGS, E., "Considérations sur l'Etat de droit, la séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire", *J.T.*, 1989, p. 521 et s.

LAGASSE C., *Les institutions politiques de la Belgique*, Louvain-la-Neuve, Ciaco, 1988, p. 27.

LAMASSOURE A., *Ce sera une autre Europe*, Strasbourg, publication de l'Université R. Schuman, 2003, 131 p.

LAUVAUX P., *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 1990, p.158 à 164.

le HARDY de BEAULIEU L., *L'Union européenne- Introduction à l'étude de l'ordre juridique et des institutions communautaires*, Namur, Presses Universitaires de Namur, 2002, p. 84 à 87.

LENAERTS K., *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 817p.

LENAERTS K., « Some reflections on the separation of powers in the european community », *Common Market Law Review*, 1991, p.11 à 35.

LENAERTS K., « Some Thoughts about the interaction between Judges and Politicians in the European Community », *Yearbook of European Law*, 1992, vol. 12, p. 1 à 34.

LENAERTS K., « Towards a legal framework for executive rule-making in the EU ? The contribution of the new comitology decision », *Common Market, Law Review*, 2000, p. 645 à 686.

LENAERTS K et VERHOEVEN A., « Institutional balance as a guarantee for democracy in EU governance », C. Joerges & R. Dehousse (eds.), *Good governance in Europe's integrated market*, , Oxford University Press, 2002.

LENAERTS K., « La déclaration de Laeken : premier jalon d'une Constitution européenne » *Journal des tribunaux-droit européen*, 2002, p. 29 à 43.

LEURQUIN - DE VISSCHER M., "Principes, principes généraux et principes fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage", *Ann. Dr. Louvain*, 1996, p. 282.

LIEKENDAEL, E., "La séparation des pouvoirs à l'aube du troisième millénaire", *J.T.*, 1997, pp. 553 sq.

LOUIS J.-V., « Un gouvernement pour la Communauté européenne », *Présence du droit public et des droits de l'homme- Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, Tome I, 1992, p. 177 à 191.

LOUIS J.-V., « Les institutions dans le projet de constitution de l'Union européenne », www.iue.it.

LOUIS J.-V., « Le modèle constitutionnel européen : de la Communauté à l'Union », *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, Vol. I. Institutions et gouvernance, 2000, p. 31 à 50.

LUCHAIRE, F., "Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du conseil constitutionnel français", *Présence du droit public et des droits de l'homme – Mélanges Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

LUISIN, B., "Le mythe de l'Etat de droit", *Etat, société et pouvoir à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, p. 249 et s.

MACKAY (Lord), 1992, «Diversity in Unity - European Laws », *Syllabus de legal history*, 2002-2003.

MacCORMICK N., « Beyond the Sovereign State », *The Modern Law Review*, January, 1993, Vol. 56, n°1, p 1 à 18.

MAGNETTE P., « L'Union européenne : un régime semi-parlementaire », *A quoi sert le Parlement européen*, Bruxelles, Complexe, 1999, p. 25 à 54.

MAGNETTE P. et REMACLE E., « La grande transformation de l'Europe », *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, Vol. I. Institutions et gouvernance, 2000, p. 7 à 23.

MAGNETTE P., *L'Europe, l'Etat et la démocratie*, Bruxelles, Ed. Complexe, 2000.

MALAURIE P., *Anthropologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 1996.

MASCLET J.-C., « Unité du cadre institutionnel et coopération dans le domaine de la Justice et des Affaires intérieures. De l'unité factice à l'unité retrouvée », *Le principe de l'unité du cadre institutionnel de l'Union européenne*, Grenoble, Espace Europe, 1999, p. 77 et s.

MALOSSE H. et HUCHET B., *Unifier la grande Europe*, Bruxelles-Paris, Bruylant – LGDJ, 2001, p. 162 à 203.

MALAURIE P., *Anthropologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 1996, p.96 et s.

MATHIOT A., "Agonie de quelques vieux principes", reproduit in *Pages de doctrine*, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 81 sq.

MODERNE, F., "Légitimité des principes généraux et théorie du droit", *R.F.D.A.*, 1999, pp. 722 sq.

MONACO R., « Le caractère constitutionnel des actes institutifs des organisations internationales », *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pédone, 1974, p. 152 et s.

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*.

MORIN E., *Penser l'Europe*, Paris, Gallimard, 251 p.

NOURY A. et ROLAND G., « Comment vote-t-on au Parlement européen ? Premiers résultats », *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, Vol. I. Institutions et gouvernance, 2000, p. 67 à 80.

OST, F. et van de KERCHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des FUSL, 1987

OST F. et van de KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Éditions des FUSL, 2002.

PECH L., « L'Union européenne entre « déficit démocratique » et « nouvelle gouvernance », www.chaire-mcd.ca, 2002, 64p.

PESCATORE P., « L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome », *Cahiers de droit européen*, 1978, p. 387 à 406.

PRODI R., « La nouvelle structure institutionnelle de l'Union européenne », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 3/2003, p. 429 et s.

QUERMONNE J.-L. (sous la dir. MAGNETTE P.), « L'architecture institutionnelle de l'Union européenne et les processus de décision », *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, 2000, p. 129 à 150.

QUERMONNE J.-L., *L'Europe en quête de légitimité*, Paris, Presse de Sciences-Pô, 2001.

QUERMONNE J.-L., *Le système politique de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2002, 148p.

REMY E., « Une offensive contre la séparation des pouvoirs », *Belg. Judic.*, 1928, p.2.

RIALS S., *Textes constitutionnels français*, Paris, P.U.F. (coll. Que sais-je ?), 1982.

RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1999.

RONSE T. et WAELBROECK D., « La cour de justice, juridiction suprême », *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, 2000, p. 89 à 103.

SCHARPF F., « Democratic policy in Europe », *European Law Journal*, 1996, p. 136 et s.

- SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 232 et s.
- SEURIN, J.-L., "Les origines historiques de la séparation des pouvoirs", *Etudes offertes à Jean-Marie Aubry*, Paris, Dalloz, 1992, pp.651 sq.
- SNYDER F., « The Effectiveness of European Community Law : Institutions, Processes, Tools and Techniques », *Modern Law Review*, 1993, vol. 56, p. 19 à 54.
- SPECTOR, C., *Le pouvoir*, Paris, GF Flammarion, 1997, p. 175 à 189.
- STEIN E., « Lawyers, Judges, and the making of a Transnational Constitution », *American Journal of International Law*, Vol 75, p. 1 à 27.
- STRAUSS L. et CROPSEY J., *Histoire de la philosophie politique*, Paris, PUF, 1987, p. 551 à 831.
- SUEUR J.-J., *Une introduction à la théorie du droit*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 117 et s.
- T. M., v°La séparation des pouvoirs, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (sous la dir. De A.-J. ARNAUD), Paris, LGDG, p. 552 et s.
- TARELLO G., "Organizzazione giuridica e società moderna", *Manuale de diritto pubblico* (dir. G. AMATO et A. BARBERA), Bologne, Il Molino, 1984, p.30
- TAULEGNE B., *Le conseil européen*, Paris, PUF, 1993, p. 479 et s.
- TELO M., *Démocratie et construction européenne*, Bruxelles, éd. De l'Université de Bruxelles, 1995, 362 p.
- TIMSIT, G., "M. le Maudit - Relire Montesquieu", *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 617 sq.
- TROPER, M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, L.G.D.J., 1973.
- TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1994.
- UTTENDAELE M., *Regards sur un système institutionnel paradoxal, Précis de droit public belge*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 81.
- VAN COMPERNOLLE, J., *Théorie et pratique de la fonction de juger* (notes de cours).
- VAN GEHUCHTEN P.-P., « La question de l'Etat européen, le juriste, et la ruse de la construction communautaire », *Revue Droit et Société*, 53-2003, p. 73 à 87.
- VAN RAEPENBUSCH S., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, Bruxelles, De Boeck, 1998, 645p.
- VANWELKENHUYZEN, A., "La séparation des pouvoirs 1831-1991", *De Grondwet honderd vijftig jaar*, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp.69 sq.

VEDEL G. et DELVOLVE P., *Droit administratif*, Paris, P.U.F. (coll. Thémis droit public), 1992, p. 479 et s.

VERHOEVEN J., *Droit des communautés européennes*, Louvain-la-Neuve, service de reprographie de la faculté de droit de l'UCL, 2001, 205p.

VERHOFSTADT G., « Montesquieu et l'Union européenne », *Discours prononcé par le Premier Ministre devant le Collège de l'Europe*, Bruges, 18 novembre 2002.

VILLEY M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2002, 315p.

WALLACE H., « Politics and Policy in the UE : the Challenge of Governance », *Policy-Making in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, p. 3 à 36.

WATHELET M., *Droit institutionnel européen*, note de cours de l'année 2000-2001 à l'Université catholique de Louvain.

WIGNY, P., *Droit constitutionnel*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1952.

WILSON W., *Gouvernement congressionnel*, p. 300 et s.

ZORBIBE C., *Histoire de la construction européenne*, Paris, PUF, 1993.