



HAL
open science

La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Chloé Mathieu

► **To cite this version:**

Chloé Mathieu. La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Droit. Université Montpellier, 2015. Français. NNT : 2015MONTD020 . tel-01372786

HAL Id: tel-01372786

<https://theses.hal.science/tel-01372786>

Submitted on 27 Sep 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par l'**Université de Montpellier**

Préparée au sein de l'école doctorale
Droit et Science politique
Et de l'unité de recherche IDEDH (EA 3976)

Spécialité : Droit public

Présentée par **Chloé MATHIEU**

**LA SEPARATION DES POUVOIRS DANS LA
JURISPRUDENCE DU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL**

Soutenue le 9 décembre 2015 devant le jury composé de :

Madame Nicole BELLOUBET, membre du Conseil
constitutionnel, Professeur agrégée de droit public

Monsieur Michel TROPER, Professeur émérite de
Droit public, Université Paris X

Jean-Eric GICQUEL, Professeur de Droit public,
Université Rennes 1

Rapporteur

Monsieur Xavier MAGNON, Professeur de Droit
public, Université Toulouse 1

Rapporteur

Monsieur Julien BONNET, Professeur de droit
public, Université de Montpellier

Monsieur Jérôme ROUX, Professeur de Droit
public, Université de Montpellier

Directeur de thèse



**LE PRINCIPE DE SEPARATION DES POUVOIRS
DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL**

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

SOMMAIRE

SOMMAIRE	7
REMERCIEMENTS	9
PRINCIPALES ABREVIATIONS	11
INTRODUCTION	17
PARTIE 1 – LE TRAITEMENT DOGMATIQUE DE LA SEPARATION ENTRE LES POUVOIRS POLITIQUES	47
TITRE 1 - LE DOGME SEPARATISTE COMME FACTEUR DE PROTECTION DE L'INDEPENDANCE ORGANIQUE DES POUVOIRS POLITIQUES.....	53
<i>Chapitre 1 – La protection de l'autonomie financière des pouvoirs publics</i>	54
<i>Chapitre 2 – La protection de l'indépendance structurelle des pouvoirs politiques</i>	94
TITRE 2 – LE DOGME SEPARATISTE COMME FACTEUR DE PROTECTION DES FONCTIONS DES POUVOIRS POLITIQUES	135
<i>Chapitre 1 – L'application effective du dogme séparatiste à la séparation des fonctions politiques</i> .	137
<i>Chapitre 2 – L'application écartée du dogme séparatiste à la séparation des fonctions politiques</i> ...	169
PARTIE 2 - LE MANIEMENT PRAGMATIQUE DE LA SEPARATION ENTRE LES POUVOIRS POLITIQUES ET JURIDICTIONNEL	217
TITRE 1 – LA PROMOTION D'UNE CONCEPTION VARIABLE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS AU SERVICE DE LA GARANTIE DES DROITS	229
<i>Chapitre 1 – L'étanchéité de la séparation des pouvoirs au service de la promotion de la garantie des droits</i>	230
<i>Chapitre 2 – La perméabilité de la séparation des pouvoirs au service de la promotion de la garantie des droits</i>	276
TITRE 2 – L'ENDIGUEMENT DES EFFETS PRODUITS PAR LA SEPARATION DES POUVOIRS AU DETRIMENT DE LA GARANTIE DES DROITS	317
<i>Chapitre 1 – L'endigement des restrictions à la garantie des droits impliquées par la Constitution</i>	319
<i>Chapitre 2 – L'endigement des restrictions à la garantie des droits consenties par le Conseil constitutionnel</i>	361
CONCLUSION GENERALE	421
BIBLIOGRAPHIE	429
TABLE DES DECISIONS	505
INDEX ALPHABETIQUE	533
TABLES DES MATIERES	539

REMERCIEMENTS

Pour m'avoir permis de travailler sur ce sujet et de mener cette étude à son terme, ainsi que pour le temps qu'il m'a consacré, je remercie mon directeur de thèse, le professeur Jérôme Roux.

Pour leur soutien et leurs encouragements, je remercie les professeurs Julien Bonnet, Laurent Coutron, Dominique Rousseau et Alexandre Viala.

Pour leur présence, leur aide, leur amitié, et parce qu'ils ont su m'éclairer dans les moments de doute, me supporter et m'accepter telle que je suis, je remercie l'ensemble de l'équipe du CERCOP, Jonathan, Florent, Coralie, Sylvie, Mathilde, Moustapha, Thibault, Elsa, Simon, Florian, Fanny et tout particulièrement Habiba.

Pour leur amour, leur patience et leur soutien sans faille, je remercie ma famille et mes amis Hélène, Ludovic, Margaux, Solène, Faneva, Coralie, Philippe, Noémie, Simon, Nadia, Daphné, Caroline et Alexandre.

Je ne vous dirai jamais assez à quel point je vous suis reconnaissante. La route fût longue, mais le meilleur est à venir.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

A.A.I.	Autorité administrative indépendante
A.F.D.C.	Association française de droit constitutionnel
A.I.J.C.	Annuaire international de droit constitutionnel
A.J.D.A.	Actualité juridique du droit administratif
al.	alinéa
A.N.	Assemblée nationale
A.P.D.	Archives de philosophie du droit
art. cit.	article précité
ass.	assemblée (du Conseil d'Etat)
C.	Constitution
C.A.	Cour d'appel
C.A.A.	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
C.C.	Conseil constitutionnel
C.C.C.	Cahiers du Conseil constitutionnel
C.E.	Conseil d'Etat
C.E.D.H.	Convention européenne des droits de l'homme
C.E.S.E.	Conseil économique, social et environnemental
C.G.C.T.	Code général des collectivités territoriales
C.J.U.E.	Cour de Justice de l'Union européenne
cons.	considérant
cont.	contentieux

Cour E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
C.R.D.F.	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux
C.S.M.	Conseil supérieur de la magistrature
D.	Recueil Dalloz
D.A.	Droit administratif
dact.	dactylographié(e)
D.C.	Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités et règlements des assemblées
D.D.H.C.	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
dir.	sous la direction de
éd.	édition
E.D.L.	<i>Esprit des lois</i>
E.D.C.E.	Etudes et documents du Conseil d'Etat
fasc.	fascicule
J.C.P.A.	La semaine juridique, Edition Administration et collectivités territoriales
J.C.P.G.	La semaine juridique, Edition générale
J.D.I.	Journal du droit international
J.O.	Journal officiel de la République française
L.O.L.F.	Loi organique relative aux lois de finances
N.C.C.C.	Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel
n.p.d.a.	numéro de page de début d'article
not.	notamment
op. cit.	ouvrage précité
ord.	ordonnance

p.	page(s)
P.A.	Les Petites affiches
P.F.R.L.R.	principe fondamental reconnu par les lois de la République
plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
préc.	précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PULIM	Presses universitaires de Limoges
PUF	Presses universitaires de France
Q.P.C.	Question prioritaire de constitutionnalité
R.A.	Revue administrative
R.A.E.	Revue des affaires européennes
R.A.N.	Règlement de l'Assemblée nationale
R.B.D.C.	Revue belge de droit constitutionnel
R.D.F.	Revue de droit fiscal
R.D.I.	Revue de droit de l'immobilier
R.D.P.	Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
réf.	juge des référés
R.E.S.S.	Revue européenne des sciences sociales
R.F.A.P.	Revue française d'administration publique
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.F.D.C.	Revue française de droit constitutionnel
R.F.F.P.	Revue française de finances publiques
R.F.G.	Revue française de gestion

R.F.S.P.	Revue française de science politique
R.F.H.I.P.	Revue française d'histoire des idées politiques
R.I.D.C.	Revue internationale de droit constitutionnel
R.I.D.E.	Revue internationale du droit économique
R.J.E.P.	Revue juridique de l'économie publique
R.L.C.	Revue Lamy de la concurrence
R.L.D.I.	Revue Lamy droit de l'immatériel
R.P.D.P.	Revue pénitentiaire et de droit pénal
R.P.P.	Revue politique et parlementaire
R.R.J.	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
R.S.	Règlement du Sénat
R.S.C.	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
R.S.F.	Revue de la stabilité financière
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen
sect.	section
spec.	spécialement
S.S.R.	sous-sections réunies
t.	tome
T.A.	tribunal administratif
T.C.	Tribunal des conflits
trad.	traduction
Vol.	volume

INTRODUCTION

« *Le fait qu'un discours puisse prêter à des usages si contrastés peut être le signe de son inconsistance... ou de sa force d'attraction* »¹

1. « La Constitution-séparation des pouvoirs est morte, vive la Constitution-garantie des droits ». Ainsi pourrait être résumé le « néo-constitutionnalisme »². Selon les auteurs qui s'inscrivent dans ce courant doctrinal, le centre de gravité du droit constitutionnel s'est déplacé. Depuis les années 70³, le droit constitutionnel jurisprudentiel aurait en effet triomphé, « au point de faire oublier tout un pan de notre tradition, associé à l'odeur de la cire des anciennes facultés », celle du droit constitutionnel institutionnel⁴. Le « néo-constitutionnalisme » ne met plus l'accent sur la séparation des pouvoirs, mais sur le juge constitutionnel et la garantie des droits⁵. En cause, l'incapacité prétendue de la séparation des pouvoirs à assurer la limitation du Pouvoir et, par conséquent, à assurer la liberté politique des citoyens⁶. La séparation des pouvoirs, cette « notion élastique » au « caractère purement

¹ E. Neveu, *Une société de communication ?*, Montchrestien, Paris, 4^e édition, p. 65.

² L. Favoreu, « Propos d'un "néo-constitutionnaliste" », in *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, J.-L. Seurin (dir.), Economica, Paris, 1984, pp. 23-27 et F. Saint-Bonnet, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France. La justice politique au prisme des conceptions françaises », *R.D.P.*, 2007, n°3, p. 753.

³ « Il faut attendre, on le sait, 1971 et plus encore 1974, pour qu'éclate la constitution-séparation des pouvoirs et que vive la constitution-charte des droits et des libertés » (D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *R.D.P.*, 1990, n° 1, p. 8.

⁴ A. Delcamp, « Après le triomphe du "droit constitutionnel jurisprudentiel", peut-on encore "penser" les institutions ? », *R.F.D.C.*, 2014, n°100, p. 865. Sur ce point, voir également la préface à la première édition de *Droit constitutionnel* (L. Favoreu et alii., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2013, 15^{ème} édition, p. V-X).

⁵ L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *R.F.D.C.*, 1990, n°1, p. 74 et s., P. Avril, « La Constitution : Lazare ou Janus ? », *R.D.P.*, 1990, n° 4, pp. 949-960, L. Favoreu, « La protection des droits et libertés fondamentaux », *A.I.J.C.*, 1985, p. 183 et P. Avril, « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? », *A.P.D.*, 2006, n°50, n.p.d.a. 33.

⁶ D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », art. cit., p. 7.

rhétorique »⁷, cette « conception mythique qui, depuis longtemps, n'a plus aucune espèce de rapport avec la réalité »⁸ devrait alors, pour certains, être écartée de la science du droit.

2. Il n'en demeure pas moins, ainsi que le rappelle P. Jan, que la séparation des pouvoirs a eu son heure de gloire : « au panthéon du droit constitutionnel, on trouve la théorie de la séparation des pouvoirs. Exposée par Montesquieu, elle n'a jamais cessé d'être présente au cœur des réflexions des constitutionnalistes, des responsables politiques et des juges. (...) C'est une question aussi fondamentale dans l'étude des systèmes constitutionnels que difficile à aborder complètement »⁹. La séparation des pouvoirs est « une sorte d'énigme diabolique : on ne peut – ni ne devrait – l'écartier mais il est impossible d'échapper à la confusion lorsqu'on en parle »¹⁰. À l'instar de P. Jan ou d'A. Le Divillec, nombreux sont les auteurs qui admettent l'intérêt constant de la doctrine pour la séparation des pouvoirs, mais également la difficulté qu'il y a à appréhender cette dernière. Il en résulte que, depuis plusieurs dizaines d'années, parler de séparation des pouvoirs, c'est prêter le flanc à la critique, tant la doctrine s'est déjà de nombreuses fois saisie de ce thème de recherche, sans jamais parvenir à s'accorder, si ce n'est sur le caractère dépassé de la séparation des pouvoirs. C'est d'ailleurs ce qui explique que, déjà, au cours des années 60, apprenant le sujet de la thèse de M. Troper¹¹, M. Prélot ait pu exprimer un sérieux doute quant à la possibilité d'écrire encore des choses innovantes et intéressantes sur le thème de la séparation des pouvoirs.

3. « Tabernacle vide d'un culte disparu »¹² impropre à produire de quelconques effets, sujet épuisé par la doctrine, la séparation des pouvoirs ne serait plus un objet digne de se voir consacrer une étude du type de celle qui s'apprête à être menée. Et pourtant. Pourtant, M. Troper a accompli, avec sa thèse, le tour de force de revisiter, une nouvelle fois, la théorie de Montesquieu¹³. Pourtant, le Conseil constitutionnel, depuis la fin des années 70, invoque, et de plus en plus fréquemment le principe de séparation des pouvoirs afin de contrôler la

⁷ P. Avril, « La séparation des pouvoirs est-elle un concept opératoire ? », contribution au VII^{ème} Congrès français de Droit constitutionnel organisé à Paris du 25 au 27 sept. 2008, accessible à l'adresse suivante : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC6/Avril.html>.

⁸ P.-H. Teitgen à propos du projet de Constitution pour la V^e République, estimant qu'il s'agit d'un « retour à la vieille doctrine de Montesquieu sur la séparation stricte des pouvoirs » (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol I, La Documentation française, Paris, 1987, p.148)

⁹ P. Jan, « Les séparations du Pouvoir », in *Mélanges Gicquel- Constitution et pouvoirs*, Montchrestien, Paris, 2008, p. 255.

¹⁰ A. Le Divillec, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 2012, n°143, p. 123.

¹¹ M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris, 2015, 3^e édition, 251 p.

¹² C.M. Pimentel, "De l'Etat de droit à l'Etat de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs", in *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, éd. A.PARIENTE, Dalloz, Paris, 2007.

¹³ Voir *infra*.

constitutionnalité des dispositions dont il est saisi. Pourtant, « il est clair qu'on ne peut parler du Conseil constitutionnel en faisant une distinction trop forte entre son rôle quant à la séparation des pouvoirs et son rôle quant à la garantie des droits »¹⁴. Enfin, certains auteurs commencent à s'interroger sur le fait de savoir si la garantie des droits est véritablement devenue le centre de gravité du droit constitutionnel jurisprudentiel¹⁵. Ainsi, toute étude sur la séparation des pouvoirs ne semble pas dépourvue d'intérêt.

4. Loin de prétendre reproduire la prouesse de M. Troper, la présente étude se propose d'aborder la séparation des pouvoirs sous un angle différent mais complémentaire. Il s'agira en effet de traiter non pas de la séparation des pouvoirs en tant que théorie, mais de l'appréhender à la lumière du *droit positif* et, plus précisément, en tant que norme mise en œuvre par le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789, qui prévoit que « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». En effet, si certains ont pu estimer que l'ascension du droit constitutionnel jurisprudentiel avait participé du déclin de la séparation des pouvoirs en tant que théorie, il est indéniable qu'elle a renforcé la séparation des pouvoirs en tant que norme.

5. Pour ce faire, il convient d'abord d'effectuer un rappel sur le thème de la séparation des pouvoirs (I.) afin de pouvoir ensuite préciser l'objet de l'étude (II.). À la lumière de ces précisions devrait apparaître l'intérêt de cette dernière. (III.). Il convient, ensuite, d'apporter des précisions sur la méthode retenue (IV.) et sur le domaine de l'étude qui en découle (V.) afin d'en présenter la problématique et le plan (VI.).

¹⁴ J.-M. Blanquer, « La distance parcourue : de l'ordre institutionnel à l'ordre constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, LGDJ, Paris, 1998, p. 26.

¹⁵ Y. Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in *La légitimité de la jurisprudence constitutionnelle*, N. Molfessis (dir.), Economica, Paris, 1999, pp. 295-343 ; G. Armand, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *R.F.D.C.*, 2006, n°65, p. 37 ; O. Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n°43, 2006, pp. 73-89.

I. La séparation des pouvoirs : notion, concept et définition

6. L'étude de la séparation des pouvoirs oblige à distinguer la notion et le concept. Dans le vocabulaire philosophique courant, le concept présente un degré d'abstraction plus élevé que la notion. Il en est, en quelque sorte, le substrat. La notion, en revanche, est l'application théorique du concept et, de ce fait, est susceptible de variations, alors que le concept est unique. S'agissant de la séparation des pouvoirs, c'est d'abord à la notion – ou plutôt aux notions – qu'il convient de s'intéresser (A.) avant de s'interroger sur le concept de la séparation des pouvoirs (B.), de telle sorte qu'il sera possible de définir la séparation des pouvoirs (C.), ainsi que l'exige la présente étude.

A. Les notions de séparation des pouvoirs

7. La notion de séparation des pouvoirs diffère selon les auteurs. À l'origine se trouve celle de Montesquieu, développée dans le chapitre VI du livre XI de *L'Esprit des lois*. L'auteur part du principe qu'il n'y a pas d'Etat libre par nature et que l'existence de la liberté politique est alors soumise au cumul de deux conditions : le caractère modéré de l'Etat, d'une part, et l'absence d'abus de pouvoir, d'autre part. La première condition est remplie par le seul fait de ne pas se trouver dans un Etat despotique. En revanche, parce que Montesquieu part du postulat que quiconque a du pouvoir est porté à en abuser¹⁶, la seconde condition nécessite la mise en œuvre d'un mécanisme permettant au pouvoir d'arrêter le pouvoir. S'appuyant sur ce qu'il présente comme étant la Constitution d'Angleterre d'alors¹⁷, le baron de la Brède développe sa théorie de la séparation des pouvoirs¹⁸ dans laquelle, d'une part, il

¹⁶ *E.D.L.*, XI, IV.

¹⁷ Celle-ci a d'ailleurs été présentée comme « la structure la plus prodigieuse parmi les inventions de l'homme » par J. Adams (*J. Adams, A defence of the Constitutions of Government of the United States*, Londres, 1794, I, 70).

¹⁸ *EDL*, XI, VI, §1 et s. : « Il y a, dans chaque Etat, trois sortes de pouvoirs ; la *puissance législative*, la *puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens*, et la *puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil*. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit, la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger ; et l'autre, simplement la puissance exécutive de l'état. La liberté politique, dans un citoyen, est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté : et, pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel, qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen. Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la *puissance législative est réunie à la puissance exécutive*, il n'y a point de liberté ; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques, pour les exécuter tyranniquement. *Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative*, et de l'exécutive. *Si elle était jointe à la puissance législative*, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire ; car le juge serait législateur. *Si elle était jointe à la puissance exécutive*, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. *Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait*

distingue et sépare – organiquement – trois « puissances »¹⁹ et, d'autre part, tisse un réseau de collaboration fonctionnelle entre les différents organes²⁰. Le système décrit par Montesquieu apparaît dès lors comme un système complexe composé d'organes dont les relations s'enchevêtrent. La puissance exécutive doit pouvoir arrêter le corps législatif, et s'il n'en va pas de même pour ce dernier, il lui est toutefois reconnu « la faculté d'examiner de quelle manière les lois qu'elle a faites ont été exécutées »²¹. La raison de cette asymétrie est complexe, discutable, mais essentielle dans la pensée de l'auteur. Car Montesquieu conçoit la puissance législative par opposition à la puissance exécutive qui « a ses limites par sa nature »²², et n'a donc pas besoin d'être bornée. La puissance législative est en revanche illimitée et a besoin d'être contenue²³. Mais, même au sein de la puissance législative, des liens sont instaurés afin d'en rendre les deux chambres interdépendantes : « l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher », si bien que « toutes les deux seront liées par la puissance exécutrice, qui le sera elle-même par la législative »²⁴.

8. Le résultat est donc le suivant : « ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert »²⁵. Les organes « ne pourraient rien l'un contre l'autre, ni l'un sans l'autre »²⁶. Autrement dit, le système décrit, voire conçu par Montesquieu est composé de trois organes, qui constituent des pouvoirs – ou puissances – distincts et séparés. Mais cette séparation dont ils font l'objet n'est qu'une séparation organique et personnelle.

ces trois pouvoirs ; celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers (...) »

¹⁹ En cela, Montesquieu reste fidèle à la tradition aristotélicienne.

²⁰ Selon Montesquieu, deux procédés de collaboration fonctionnelle sont employés dans la Constitution d'Angleterre. Le premier élément de collaboration fonctionnelle entre les organes réside dans l'octroi de la fonction de juger à la partie nobiliaire de l'organe législatif représentant les nobles dans trois hypothèses (les nobles doivent pouvoir être jugés par leurs pairs ; lorsqu'une loi apparaît trop rigoureuse et que le juge est dans l'incapacité de la moduler ; s'il survient une difficulté dans le jugement d'un citoyen qui a violé les droits du peuple). Le second élément de collaboration fonctionnelle est davantage significatif. Il se tient dans la distinction que Montesquieu opère entre la faculté de statuer, à savoir « le droit d'ordonner par soi-même ou de corriger ce qui a été ordonné par d'autres », et la faculté d'empêcher, qui se définit comme le « droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre ». Cette distinction est mise en œuvre par l'auteur dans le cadre du processus de confection des lois. Si ce processus relève en effet du rôle des représentants du peuple, l'auteur y associe toutefois le monarque ainsi que la chambre des nobles en leur octroyant une simple faculté d'empêcher, et non pas de statuer.

²¹ *EDL*, XI, VI, §44.

²² *EDL*, XI, VI, §43.

²³ Cette conception du caractère limité ou illimité des puissances exécutive et législative a son importance, dans la mesure où c'est le seul élément susceptible de fonder la soi-disant supériorité de la fonction et de l'organe législatif qu'un grand nombre d'auteurs identifient dans la pensée de Montesquieu (voir *infra*).

²⁴ *EDL*, XI, VI, §56.

²⁵ *EDL*, XI, VI, §56.

²⁶ C. Eisenmann, « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933, p. 187.

Car fonctionnellement et matériellement, ces trois puissances s'insèrent dans un véritable entrelacs, au sein duquel chacun peut tempérer l'autre. Il en résulte une interdépendance des organes suffisamment forte pour parvenir à un gouvernement modéré, mais suffisamment pondérée pour ne pas mettre en péril la liberté politique²⁷. Dès lors, il y a deux possibilités. Le degré d'interaction entre les organes peut en effet mener, à un blocage²⁸, qui devrait se solder assez certainement par un coup de force de l'un des organes, ou de quelqu'un d'extérieur à la structure institutionnelle établie. Mais, comme Montesquieu, il est possible d'envisager, que le « mouvement nécessaire des choses » entraîne cet édifice institutionnel et relationnel et le fasse aller de l'avant. Autrement dit, le mécanisme peut ne pas fonctionner mais, s'il fonctionne, le résultat ne peut qu'être harmonieux²⁹.

9. *L'Esprit des lois* est le support de la notion originelle de séparation des pouvoirs. Il n'a cependant pas fallu attendre longtemps avant qu'elle soit reprise et que des notions alternatives soient développées par la doctrine, non sans écorner la théorie originelle³⁰. Ce sont d'abord les contemporains de Montesquieu³¹ ou les relectures de l'œuvre de ces derniers,

²⁷ Il est à noter que dans ce réseau structuré par Montesquieu, ce sont principalement les puissances législative et exécutive qui font l'objet d'une « mise en réseau », la puissance de juger demeure une puissance à part, vraisemblablement pour les raisons évoquées plus haut, à savoir le lien direct existant entre la puissance de juger et les individus.

²⁸ « un repos, ou une inaction » (*EDL*, XI, VI, §54).

²⁹ Le raisonnement de Montesquieu pourrait alors être qualifié de « mécaniste », à ceci près que l'auteur nuance son propos en distinguant l'existence d'un mécanisme propre à assurer la liberté politique et l'existence effective de cette liberté. Autrement dit, le baron de la Brède distingue les moyens susceptibles d'instaurer un contexte favorable à l'obtention d'un résultat et la survenance effective de ce résultat.

³⁰ D'abord, certains auteurs, à l'instar de J.-J. Rousseau (*Du Contrat social*, II, II) ou R. Carré de Malberg (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*, op. cit., p. 20 et s.), ont estimé que la séparation des pouvoirs décrite par Montesquieu est incompatible avec l'unité de l'Etat et la notion de souveraineté. Certains, ensuite, ont critiqué l'existence ou l'absence de hiérarchie entre les pouvoirs et les fonctions dans l'œuvre de Montesquieu (voir not. C. Eisenmann, « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », art. cit., p. 181 et s.). Enfin, ce sont tantôt les postulats sur lesquels repose la théorie de la séparation des pouvoirs (voir not. M. La Bigne de Villeneuve, *La fin du principe de séparation des pouvoirs. Les nouvelles formules de statologie sociale*, Rennes, Imprimerie provinciale de l'Ouest, 1934, p. 14), tantôt la pertinence (Mirabeau moque ainsi « les valeureux champions des trois pouvoirs tâcheront de nous faire comprendre ce qu'ils entendent par cette grande locution des trois pouvoirs et, par exemple comment ils conçoivent le pouvoir législatif sans aucune participation au pouvoir exécutif », *Archives parlementaires*, 1ère série, VII, 243, Séance du 18 juillet 1789), l'inadaptation (voir not. B. Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements (version de 1806-1810)*, Hachette, Paris, 2006, 447 p., ou R. Capitant, « La réforme du parlementarisme », in *Ecrits d'entre-deux guerres (1928-1940)*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2004, p. 327) ou encore les enjeux (voir not. la lettre du 22 février 1778 de Turgot au docteur Price en réaction à l'ouvrage de ce dernier, *Observations sur la nature de la liberté civile, sur les principes de gouvernement, sur la justice et la politique de guerre avec l'Amérique*, de 1776, ou encore H. Kelsen, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, C. Eisenmann (trad.), Paris, Dalloz, 2004, p. 92) de la notion de séparation des pouvoirs chez Montesquieu qui ont fait l'objet d'une large critique doctrinale.

³¹ Voir not. G. B. Mably, *Observations sur l'histoire de France*, 1765 ; G.B. Mably, *Principes des lois*, 1776 ; G.B. Mably, *Doutes proposés aux philosophes et aux économistes sur l'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, 1768 ; P.P. Lemercier de la Rivière, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, 1767 ou encore M. Labigne de Villeneuve, *La fin du principe de séparation des pouvoirs. Les nouvelles formules de statologie sociale*, Rennes, Imprimerie provinciale de l'Ouest, 1934, 132 p. ; E. Kant, *Projet de paix perpétuelle*, 1795 ; J.-L. De Lolme, *Les princes manqués, lettre d'un citoyen à J.-J. Rousseau du 29 mars 1765*, 1765 et J.-L.

qui révèlent l'existence de notions alternatives de la séparation des pouvoirs. Cette dernière a alors pu se décliner sous la notion britannique de « balance des pouvoirs »³², laquelle prend acte de l'œuvre de Bodin³³, ou sous la forme d'une théorie des freins et contrepoids³⁴ impulsée par les fondateurs de la Constitution américaine³⁵. Ont également été développées des variantes de la théorie de Montesquieu avec les notions de séparation stricte – ou rigide – des pouvoirs³⁶, de séparation souple des pouvoirs³⁷, ou encore de non-confusion des pouvoirs³⁸. Plus tardivement, ce sont de véritables réinterprétations de la notion originelle de

De Lolme, *La Constitution de l'Angleterre, ou Etat du gouvernement anglais, comparé avec la forme républicaine et avec les autres monarchies d'Europe*, 1771 ; B. Constant, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, Aubier, Paris, 1991, 506 p.

³² Voir not. M. Barberis, « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012, n°143, p. 6-7.

³³ J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, 1576. J. Bodin saurait difficilement être considéré comme un « contemporain » de Montesquieu. Toutefois, il semblerait qu'il ait été introduit en Angleterre à une période proche de celle de la parution de *l'Esprit des lois*. Pour J. Bodin, la fonction législative est prépondérante et, partant, domine les autres fonctions. La notion de séparation des pouvoirs déclinée sous la forme de « balance des pouvoirs » prend acte de cette affirmation et en tire les conséquences en répartissant la fonction législative entre différents organes.

³⁴ Voir not. D. Grimm, « Souveraineté et *checks and balances* », in *1789 et l'invention de la Constitution*, Actes du colloque des 2, 3 et 4 mars 1989 à Paris, LGDJ, Paris, 1994, pp. 226-232.

³⁵ Selon J. Barthélémy, le choix d'application qui est faite de la théorie de la séparation des pouvoirs n'est pas sans lien avec le caractère fédéral de l'Etat, puisque ce système de freins et de contrepoids n'est « qu'une partie d'un système plus vaste dans lequel les Etats sont le contrepoids du gouvernement fédéral » (J. Barthélémy, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Giard et Brière (Ed.), Paris, 1906, p. 88).

³⁶ Voir not. L. Duguit, pour qui « réduite à ses éléments simples, la théorie de la séparation des pouvoirs consiste à créer dans l'Etat plusieurs organes n'ayant aucun rapport entre eux, aucune action réciproque, et à confier à chacun des catégories de fonctions déterminées qu'il accomplit sans le concours des autres » (L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, 1893) ; A. Esmein, pour qui « réduit à sa plus simple expression (le principe de séparation des pouvoirs) consiste en cette idée : que les attributs de la souveraineté, considérés comme vraiment distincts, doivent être délégués par la Nation à des titulaires divers et indépendants les uns des autres » (A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1921, t. I, , p. 493) ou encore R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, Paris, 1922, t. II, p. 8 et s. La difficulté essentielle de cette conception rigide de la séparation des pouvoirs réside dans son fondement. Il semble en effet que les auteurs qui retiennent cette approche s'appuient non seulement sur le texte de Montesquieu, mais également sur les Constitutions de 1791 1795, interprétant le premier à la lueur des secondes. Si le choix de cette démarche systémique est déjà critiquable en soi, il l'est d'autant plus quand on s'aperçoit que l'analyse qui est faite de ces deux textes est assez largement erronée.

³⁷ Voir not. M. Hauriou, qui voit dans la séparation des pouvoirs prônée par Montesquieu « une séparation souple, avec participation des pouvoirs aux mêmes fonctions, c'est-à-dire un système lié et équilibré de pouvoirs » (M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1923, p. 353)

³⁸ Voir not. J. Madison, qui estime que Montesquieu « n'a point entendu prescrire toute action partielle, tout contrôle réciproque des différents pouvoirs l'un sur l'autre ; ce qu'il a voulu dire, comme le montrent ses propres expressions et plus évidemment encore les exemples qu'il avait sous les yeux, c'est que lorsque la totalité du pouvoir d'un département est exercée par les mêmes mains qui possèdent la totalité du pouvoir d'un autre département, les principes fondamentaux d'une Constitution libre sont renversés » (A. Hamilton, J. Madison et J. Jay, *Le fédéraliste*, Giard et Brière, 1902, Paris, p. 401) ; C. Eisenmann, qui, après avoir démontré que l'Esprit des lois ne fait état ni d'une séparation fonctionnelle, ni d'une séparation matérielle, il réduit la théorie de Montesquieu à cette idée : « il ne faut pas que deux quelconques des trois fonctions soient réunies intégralement dans les mêmes mains ; formule de non-cumul beaucoup plus limitée (...). Elle ne postule pas la spécialisation ou la séparation fonctionnelle des diverses autorités, mais simplement la non-identité de l'organe des trois ou de deux des trois fonctions (...). Donc, l'idée de séparer les autorités étatiques est complètement absente de l'Esprit des lois : elle n'y est ni réalisée, ni formulée » (C. Eisenmann, « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933, p. 178-179) et, plus récemment, M. Troper, pour qui la séparation des pouvoirs n'est qu'un « principe purement négatif : un même organe ne doit pas cumuler tous les

séparation des pouvoirs qui ont été proposées. La séparation ne concerne alors plus les trois grands pouvoirs de l'Etat, mais la majorité et l'opposition³⁹, les pouvoirs central et locaux⁴⁰, ou encore les pouvoirs constituant et constitués⁴¹.

10. L'ensemble de ces développements doctrinaux a pour objet la séparation des pouvoirs comme *notion explicative à visée descriptive*. Cette profusion doctrinale, en ce qu'elle rend relativement illisible la notion de séparation des pouvoirs, oblige à recourir à un niveau d'abstraction supérieur, et ce afin de saisir la « substantifique moelle »⁴² de la séparation des pouvoirs.

B. Le concept de séparation des pouvoirs

11. Afin d'isoler le substrat de la séparation des pouvoirs et, partant, d'en saisir le concept, il convient, d'abord, d'identifier le mouvement dans lequel s'inscrit la notion initiale de séparation des pouvoirs. Ensuite, il faut interroger les différentes notions de séparation des pouvoirs qui, dans la mesure où elles sont l'application du concept, devraient présenter certains traits communs.

pouvoirs (...) peu importe de quelle manière les pouvoirs sont répartis pourvu qu'ils le soient » (M. Troper, « L'évolution de la notion de séparation des pouvoirs », in *L'héritage politique de la Révolution française*, F. Hamon et J. Lelièvre (dir.), Presses universitaires de Lille, 1998, p. 101).

³⁹ Voir not. E. Thiers, « La majorité contrôlée par l'opposition : pierre philosophale de la nouvelle répartition des pouvoirs ? », *Pouvoirs*, 2012, n°143, pp. 61-72 ; J. Bénetti, « L'impact du fait majoritaire sur la nature du régime (Réflexions sur le régime parlementaire de la V^e République) », *L.P.A.*, 2008, n°138, pp. 20-25 ; G. Vedel, « Rapport général sur le problème des rapports du législatif et de l'exécutif présenté au Congrès de l'Association internationale de science politique », *R.F.S.P.*, 1958, n°4, pp. 757-781 ; voir également le Rapport n°892 fait au nom de l'Assemblée nationale par J.-L. Warsmann le 15 mai 2008 et les propos de J.-J. Urvoas : « Le temps où la séparation des pouvoirs exécutif et législatif était la condition essentielle, pour ne pas dire unique, de la liberté et de la démocratie, est révolu. Pour reprendre ce qu'a dit André Vallini, non seulement Montesquieu n'est pas mort, mais il faut que nous lui donnions des enfants ! Nos régimes pluralistes ont tous évolué vers un modèle majoritaire que supprime les effets modérateurs de la séparation organique et de la répartition harmonieuse des pouvoirs. Le principe majoritaire assure dorénavant à l'exécutif une domination sans partage (...) » (*J.O.*, débats, A.N., 1^{ère} séance du 21 mai 2008, p. 2276).

⁴⁰ Voir not. P. Jan, « Les séparations du pouvoir », in *Mélanges Gicquel- Constitution et pouvoirs*, Montchrestien, Paris, 2008, p. 261 ; « Cours de politiques constitutionnelles », in *Cours de politique constitutionnelle*, vol. 1, Slaktine (Ed.), Genève, 1982, p. 177 ; L. Le Fur, *Etat fédéral et confédération d'Etats*, Ed. Panthéon-Assas, 2000, Paris, 839 p. ; K. Blairon, « La séparation territoriale des pouvoirs à l'épreuve de l'empirisme », contribution au VIII^{ème} Congrès mondial de droit constitutionnel de Mexico des 6, 7, 8, 9 et 10 décembre 2010, <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/lf/g14.htm> ; J.-P. Dubois, « Une révolution territoriale silencieuse : vers une nouvelle séparation des pouvoirs », *Esprit*, 2002, n°281, pp. 122-136.

⁴¹ Voir not. E. Siéyès, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?*, Ed. Paléo, Clermont-Ferrand, 2012, 134 p. et P. Jan, « Les séparations du pouvoir », art. cit., p. 263.

⁴² Cette expression, qui renvoie à ce qu'il y a de plus profond et substantiel, à la quintessence d'un objet, a été popularisée par Rabelais : « C'est pourquoi fault ouvrir le livre et soigneusement peser ce que y est déduict. (...) Puis, par curieuse leçon et meditation frequente, rompre l'os, et sugger la substantifique moelle » (F. Rabelais, *La vie très horrible du grand Gargantua, père de Pantagruel, jadis composée par M. Alcofribas abstracteur de quintessence. Livre plein de Pantagruélisme*, 1534).

12. Les « prémisses »⁴³ de la théorie de Montesquieu peuvent être recherchées dans la pensée de certains auteurs ayant précédé, et de plusieurs siècles, le baron de la Brède. Car « la séparation des pouvoirs, l'équilibre entre les fonctions constitutionnelles, sont des idées modernes qui ne peuvent guère être décelées avant le XVIII^e siècle. Cependant, de la même façon que l'on peut rechercher dans l'histoire les prolongements d'une idée politique, et au risque d'encourir les critiques des historiens pour qui aucune époque n'est semblable à une autre, il est possible de rechercher si une même conception des choses ne peut se retrouver sous une forme différente à une époque antérieure »⁴⁴. Or, la notion de séparation des pouvoirs telle qu'on la trouve dans l'œuvre de Montesquieu s'inscrit parfaitement dans un mouvement plus vaste visant à limiter le Pouvoir et lutter contre l'arbitraire⁴⁵, dont la naissance est concomitante à la naissance du Pouvoir, et dont la séparation des pouvoirs est la déclinaison la plus importante, tant qualitativement que quantitativement.

13. Par ailleurs, il semble possible d'identifier certains traits communs à l'ensemble des notions de séparation des pouvoirs et de les mettre à profit afin de cerner le concept de séparation des pouvoirs et d'en proposer une définition. La notion de séparation des pouvoirs, quels que soient les auteurs chez qui elle apparaît, présente en effet certaines constantes. Il s'agit toujours, d'abord, de dissocier des organes – ou groupes d'organes – identifiés comme les titulaires du pouvoir. Il s'agit, ensuite, de faire en sorte que ces organes – ou groupes d'organes – puissent se faire équilibre et, pour ce faire, d'organiser l'exercice des différentes compétences – ou groupes de compétences – de telle sorte que « le pouvoir arrête le pouvoir ».

14. Le concept de séparation des pouvoirs renvoie ainsi à une modalité de limitation du Pouvoir par la dissociation de ses différents titulaires et la répartition des différentes compétences entre ces derniers, de telle sorte que « le pouvoir arrête le pouvoir » et que, par conséquent, la liberté du citoyen soit assurée. Ainsi, M. Troper semble avoir saisi le concept de la séparation des pouvoirs, en estimant que cette dernière n'est qu'un « principe purement

⁴³ E. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, Ed. A. Marescq, 1880, Paris.

⁴⁴ P. Auvret, *La séparation des pouvoirs dans l'Antiquité*, mémoire dact., Paris II., 1978, p. 50.

⁴⁵ Ce rattachement est d'ailleurs parfaitement visible dans les chapitres précédant le chapitre *De la Constitution d'Angleterre*. Dans ces derniers, Montesquieu, après avoir rejeté la définition classique de la liberté, à savoir la possibilité de « faire ce que l'on veut », choisit de la définir la liberté politique comme étant le « pouvoir de faire ce que l'on doit vouloir » et de « n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir » (*EDL*, XI, II). L'auteur poursuit en considérant qu'il n'y a pas d'Etat libre par nature (*EDL*, XI, IV). L'existence de la liberté politique est alors soumise au cumul de deux conditions : le caractère modéré de l'Etat, d'une part, et l'absence d'abus de pouvoir, d'autre part.

négatif : un même organe ne doit pas cumuler tous les pouvoirs (...) peu importe de quelle manière les pouvoirs sont répartis pourvu qu'ils le soient »⁴⁶.

C. Définition de la séparation des pouvoirs

15. A partir du concept de séparation des pouvoirs, il semble possible de définir tant la « séparation des pouvoirs » que les différents termes qui la composent. Ainsi, la *séparation des pouvoirs* est un *principe* visant à limiter le Pouvoir en distinguant des groupes d'*organes* titulaires du pouvoir et en répartissant entre eux des ensembles de compétences ou de prérogatives. Ce sont ces groupes d'organes titulaires du pouvoir que l'on retrouvera dans la présente étude sous le vocable de *pouvoirs*. Quant aux ensembles de compétences ou de prérogatives, ils seront par la suite désignés comme des *fonctions*.

16. Cette définition est certes une définition *a minima*. Mais, de ce fait, elle présente plusieurs intérêts. Le premier d'entre eux est de ne pas prendre parti pour l'une ou l'autre des notions développées par la doctrine. Dans la mesure où la présente étude a pour objet le *droit positif* en vue de déterminer la ou les conceptions qui en résultent, il semble en effet souhaitable de ne pas biaiser l'analyse en retenant *a priori* une notion particulière de la séparation des pouvoirs. A ce titre, la question se pose de l'autonomie du Conseil constitutionnel par rapport aux différents discours doctrinaux relatifs à la séparation des pouvoirs. De manière générale, les discours jurisprudentiel et doctrinaux portent sur deux objets différents : la séparation des pouvoirs en tant que norme pour le premier, la séparation des pouvoirs en tant que théorie pour les seconds. Il n'en demeure pas moins que le Conseil pourrait être influencé par une ou plusieurs positions doctrinales lorsqu'il s'apprête à développer le traitement du principe de séparation des pouvoirs. En outre, ces deux types de discours sont susceptibles de se rejoindre ou, plutôt, de se confronter, lorsque la doctrine s'attache à commenter la jurisprudence. Toute influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil n'est donc pas à exclure. Pourtant, le Conseil semble construire sa jurisprudence relative à la séparation des pouvoirs de manière assez indépendante de la doctrine. D'abord, le Conseil conserve parfois une approche de la séparation des pouvoirs alors même qu'elle fait l'objet d'une critique largement partagée dans la doctrine. Ensuite, les convergences qui peuvent apparaître entre les discours doctrinaux et jurisprudentiel ne sont pas nécessairement imputables à l'influence que la doctrine aurait sur le juge constitutionnel. En second lieu, cette

⁴⁶ M. Troper, « L'évolution de la notion de séparation des pouvoirs », in *L'héritage politique de la Révolution française*, F. Hamon et J. Lelièvre (dir.), Presses universitaires de Lille, 1998, p. 101.

définition minimale proposée de la séparation des pouvoirs permet d'expliquer que l'expression « séparation des pouvoirs » figure dans bon nombre de Constitutions⁴⁷, sans pour autant renvoyer à une même organisation des pouvoirs. Enfin, elle permet de commencer à circonscrire l'objet de cette étude.

II. Objet de l'étude

17. La présente étude vise à étudier le principe de séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce principe a d'ores et déjà été défini comme un principe visant à limiter le Pouvoir en distinguant des pouvoirs et en répartissant les différentes fonctions de l'Etat entre ces derniers. Pour autant, il ne s'agit pas d'étudier ce principe de manière générale, mais d'en faire l'analyse en tant qu'il est interprété puis appliqué par le Conseil comme norme constitutionnelle. Dès lors, l'objet de cette étude est circonscrit à plusieurs égards. La *première limitation* est de nature spatiale, puisqu'il ne sera ici question que de la France. À l'heure où le recours au droit comparé est fréquent, aucune des méthodes comparatives⁴⁸ ne sera employée ici. Ce choix peut se justifier. D'abord, parce que des raisons pratiques, au premier rang desquelles le temps désormais imposé pour toute recherche doctorale, empêche de procéder à un état des lieux du principe de séparation des pouvoirs dans la jurisprudence de la totalité des cours constitutionnelles. Ensuite, parce que bien qu'il eut été possible d'effectuer une comparaison entre le traitement jurisprudentiel du principe de séparation des pouvoirs par le juge constitutionnel français et le traitement de ce principe par un ou plusieurs autres juges constitutionnels « étrangers », le choix de ces derniers aurait nécessairement résulté d'une démarche subjective. Enfin, le traitement

⁴⁷ Selon le site Constituteproject.org, qui répertorie aujourd'hui 194 Constitutions à travers le monde, 26 d'entre elles mentionnent la séparation des pouvoirs. Parmi elles, la Constitution de l'Azerbaïdjan (art. 7, III : « State power in the Republic of Azerbaijan is based on the principle of separation of powers »), du Brésil (art. 60, §4° : « No proposed constitutional amendment shall be considered that is aimed at abolishing the following : (...) III. Separation of powers »), du Liban (Part I, Preamble, E : « The system is based upon the principle of separation of powers, their balance and their cooperation »), du Pérou (art. 43 : « Its form of government is unitary, representative and decentralized. It is organized pursuant to the principle of separation of powers ») ou encore du Turkmenistan (art. 4 : « State power is based on the principle of separation of powers between the legislative, executive and judicial branches, which operate independently, balancing each other »).

⁴⁸ Car « pour la plupart des juristes, le droit comparé est une méthode, et non une discipline » (M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, Paris, 2010, p. 60. Pour des développements sur la séparation des pouvoirs en droit comparé, voir not. G.H. Flantz, « La signification de la séparation des pouvoirs dans le développement du constitutionnalisme et dans les constitutions contemporaines », in *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, J.-L. Seurin (dir.), Economica, Paris, 1984, pp. 91-107, M. Landau, « La théorie constitutionnelle et l'organisation des pouvoirs aux Etats-Unis », in *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, J.-L. Seurin (dir.), Economica, Paris, 1984, pp. 61-84

jurisprudentiel du principe de séparation des pouvoirs par le juge constitutionnel français apparaît comme un objet suffisamment autonome pour faire l'objet d'une étude à lui seul.

18. La *seconde limitation* est de nature temporelle. Puisqu'il s'agit d'étudier le traitement du principe de séparation des pouvoirs par le Conseil constitutionnel, la présente étude concerne exclusivement la V^e République. Il ne s'agit toutefois que d'une limitation relative, dans la mesure où il sera parfois nécessaire, afin d'éclairer tant les choix du constituant de 1958 que ceux du Conseil constitutionnel, de faire appel à certains éléments – politiques et institutionnels – significatifs des régimes antérieurs, notamment des III^e et IV^e Républiques.

19. Enfin, la *troisième limitation* de l'objet de cette étude est une limitation de nature matérielle. Il ne sera en effet question que de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, celle des juges ordinaires n'étant évoquée que marginalement, lorsqu'elle apporte une valeur ajoutée à l'analyse⁴⁹.

III. Intérêt de l'étude

20. La séparation des pouvoirs a fait l'objet d'un très grand nombre de travaux. Pourtant, la présente étude entend se démarquer par son objet. Si la grande majorité de la production doctrinale concerne en effet les notions de séparation des pouvoirs, se concentrant davantage sur sa dimension théorique, c'est ici le droit positif que l'on se propose d'analyser. Car la séparation des pouvoirs ne se cantonne plus au terrain théorique depuis qu'en 1971, le Conseil a reconnu valeur constitutionnelle au Préambule de la Constitution de 1958 et, partant, au Préambule de la Constitution de 1946 et à la Déclaration de 1789. Or, l'article 16 de cette dernière prévoit que « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Dès lors, l'inclusion de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen dans le bloc de constitutionnalité fait du principe de séparation des pouvoirs une norme constitutionnelle positive.

Par la suite, le recours croissant du Conseil à ce principe a ensuite contribué à renforcer cet ancrage dans le droit positif, de telle sorte qu'un nouvel horizon apparaît pour la recherche. En effet, le principe de séparation des pouvoirs étant devenu une norme constitutionnelle, le Conseil est dans l'obligation de s'assurer que les dispositions législatives soumises à son contrôle y sont conformes. Pour ce faire, il va devoir élaborer, à son tour, sa propre

⁴⁹ Voir *infra*.

conception de la séparation des pouvoirs, que va progressivement révéler le traitement jurisprudentiel de ce principe. C'est ce que se propose de traiter la présente étude.

21. Par ailleurs, l'étude du traitement du principe de séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel présente un intérêt majeur. En effet, le droit constitutionnel jurisprudentiel tend aujourd'hui à occuper de plus en plus de place⁵⁰, ne serait-ce que parce qu'il a un impact direct sur l'activité politique de fabrication et d'édiction des lois. En outre, le principe de séparation des pouvoirs occupe une position importante dans la jurisprudence constitutionnelle. Quantitativement, d'abord, parce que les occurrences du principe de séparation des pouvoirs dans la jurisprudence constitutionnelle, en plus d'être nombreuses, tendent à être de plus en plus fréquentes. C'est d'autant plus le cas que le Conseil constitutionnel a admis l'invocabilité du principe de séparation des pouvoirs au titre de la question prioritaire de constitutionnalité (Q.P.C.)⁵¹. Qualitativement, ensuite, parce que la séparation des pouvoirs, au vu de la définition qui en a été retenue pour cette étude, irrigue une large part du contentieux constitutionnel, bon nombre de normes constitutionnelles pouvant s'y rattacher. Une telle étude paraît donc nécessaire.

22. Elle paraît d'autant plus nécessaire que si de nombreuses études sectorielles portant sur certaines des nombreuses déclinaisons contentieuses du principe de séparation des pouvoirs ont été menées⁵², il n'existe aujourd'hui aucune étude globale sur le traitement de ce

⁵⁰ Voir not. O. Beaud, « Joseph Barthelemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », in *Droits*, n°32, 2000, pp. 89-108 ; O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in *Dictionnaire de la culture juridique*, S. Rials et D. Alland (Dir.), PUF, Paris, 2003, pp.257-266 ; B. François, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique », in *La doctrine en droit*, Y. Poirmeur (dir.), PUF, Paris, 1993, pp. 210- 229.

⁵¹ Or, l'invocabilité du principe de séparation des pouvoirs au titre de la QPC n'était pas évidente, dans la mesure où il n'apparaît pas nécessairement comme un droit ou une liberté que la Constitution garantit (article 61-1 de la Constitution). La position du Conseil est d'autant plus surprenante que celui-ci n'a pas jugé bon de dissocier le volet institutionnel du principe de séparation des pouvoirs de son volet « garantie des droits » afin de juger de son invocabilité dans le cadre de la QPC (sur cette question, voir not. J. Roux, *La question prioritaire de constitutionnalité*, D. Rousseau (dir), Lextenso, Paris, 2012, 2^e édition, pp. 76-78).

⁵² Parmi les plus traités, on retrouve la question des lois de validation (voir not. B. Mathieu, *Les « validations législatives ». Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Economica, Paris, 1987, 329 p. ; J.-P. Camby, « Validations législatives : des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *R.D.P.*, 2000, n°3, pp. 611-616 ; C. de la Martinière, « La réticence du Conseil constitutionnel à sanctionner les validations législatives », *C.*, 2011, n°2, pp. 247-248 ; X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives. A constitutionnalisme, conventionnalisme et demi », in *Le nouveau constitutionnalisme : mélanges en l'honneur de G. Conac*, Economica, Paris, 2001, pp. 219-233), l'indépendance des juridictions (voir not. D. Rousseau, « Indépendance de la Justice et justice constitutionnelle : une occasion manquée », *R.P.P.*, n°1045, 2007, pp. 78-82 ; *L'indépendance de la justice. Actes du deuxième congrès de l'Association des Hautes juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF). Dakar - 7 et 8 novembre 2007*, Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du Français (Ed.), 2008, 229 p.) et la répartition des compétences législative et réglementaire (voir not. A.-H. Mesnard, « Dix années de jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de répartition des compétences législatives et réglementaires », *A.J.D.A.*, 1970, pp. 259-282 ; G. Saccone, « La répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire », *A.I.J.C.*, 1985, pp. 169-182 ; L. Favoreu (dir.),

principe dans la jurisprudence du Conseil⁵³. Une telle étude paraît alors essentielle afin d'améliorer la connaissance du droit positif et d'éprouver certains des présupposés doctrinaux. Parmi ceux-ci, figurent l'idée selon laquelle le principe de séparation des pouvoirs serait aujourd'hui impuissant et inefficace face à l'installation du fait majoritaire et à la présidentialisation du régime, ou encore l'affirmation selon laquelle il ne serait qu'un instrument au service de la garantie des droits⁵⁴. A l'opposé, certains auteurs, à l'instar d'O. Pfersmann, ont pu émettre l'hypothèse qu'en tant que « principe », la séparation des pouvoirs relèverait d'« une espèce de normes à plus forte généralité et plus forte indétermination, éventuellement dotées d'une fonction structurante et d'un statut hiérarchiquement supérieur »⁵⁵. L'existence de discours si contrastés attestent de la nécessité d'une telle étude.

23. Il est donc nécessaire d'étudier la jurisprudence du Conseil pour savoir ce que ce dernier *fait* du principe de séparation des pouvoirs et, partant, quelle est la notion de séparation des pouvoirs retenue par le droit positif, telle qu'elle transparaît de ce traitement jurisprudentiel.

IV. Méthode de l'étude

24. Il convient ici de présenter et de justifier le matériau sur lequel porte cette étude (A.) ainsi que la méthode retenue pour traiter ce matériau (B.).

A. Choix du matériau de l'étude

25. S'agissant d'une étude sur un principe normatif, celui de la séparation des pouvoirs, le *matériau principal* sera naturellement la jurisprudence constitutionnelle. La question qui se pose alors est celle du choix des décisions du Conseil qui doivent être prises en compte afin de mener cette étude. Celles dans lesquelles le juge constitutionnel mentionne expressément le

Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement, Economica, Paris, 1981, 283 p.).

⁵³ A l'exception d'un article d'A. Roblot-Troizier dans le numéro de la revue *Pouvoirs* consacré à la séparation des pouvoirs (« Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, 2012, n°143, pp. 89-103).

⁵⁴ Voir not. R. Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n°44, pp. 9-21 ; M. Fromont, « Les mythes du droit public moderne français : séparation des pouvoirs et Etat de droit », in *Utopies : entre droit et politique. Etudes en hommage à Claude Courvoisier*, Université de Bourgogne (Ed.), Dijon, 2005, pp. 293-302 ; D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *R.D.P.*, n° 1, 1990, pp. 5-22 ; D. Rousseau, « Les transformations du droit constitutionnel sous la Vème République », *R.D.P.*, n°5-6, 1998, pp. 1781-1793).

⁵⁵ O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *R.F.D.C.*, 2002, n°50, p. 280.

principe de séparation des pouvoirs pour en faire application à l'occasion du contrôle d'une disposition législative représentent, de manière évidente, la première catégorie de décisions à étudier⁵⁶. Elles ne sont toutefois pas les seules. En effet, parce que le principe de séparation des pouvoirs est assimilable à un « principe induit »⁵⁷, névralgique, il est certaines décisions dans lesquelles il n'est pas nommément cité, mais dans lesquelles il constitue un élément clé pour comprendre le raisonnement du Conseil constitutionnel. L'absence de mention du principe de séparation des pouvoirs s'explique alors par l'existence de normes constitutionnelles plus spécifiques, auxquelles le Conseil a recours. Il peut s'agir, d'abord, de normes constitutionnelles figurant expressément dans le texte constitutionnel, dont le contenu est intellectuellement rattachable à la séparation des pouvoirs telle qu'elle résulte de la définition retenue pour cette étude. Il en va ainsi, par exemple, des dispositions constitutionnelles relatives à la répartition des compétences entre le Parlement et l'Exécutif – les articles 34, notamment, et 37 de la Constitution – dont le lien avec la séparation des pouvoirs n'est plus à établir⁵⁸. Il peut également s'agir, ensuite, de normes constitutionnelles découvertes par le Conseil et fondées par ce dernier sur le principe de séparation des pouvoirs, comme c'est le cas, par exemple, du principe d'autonomie financière des pouvoirs publics. Selon nous, le choix de retenir une conception *lato sensu* du matériau jurisprudentiel s'impose afin d'envisager une étude globale sur le principe de séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

26. *D'autres matériaux* seront également pris en compte, lorsque cela se justifie, tels que les différents éléments du bloc de constitutionnalité, les commentaires officiels⁵⁹ des

⁵⁶ Il s'agira tant des décisions DC que des décisions QPC.

⁵⁷ J.-M. Blanquer interprète l'extrait de la décision du 23 mai 1979 (décision C.C., n°79-104 DC du 23 mai 1979, Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État, J.O. du 25 mai 1979, Rec. p. 27), selon lequel n'est méconnu « ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni les dispositions constitutionnelles *qui le mettent en œuvre* » l'affirmation suivante : « bien entendu, si ce sont des dispositions constitutionnelles qui "mettent en œuvre" le principe de séparation des pouvoirs, on en infère que le principe de séparation des pouvoirs est au-dessus des normes constitutionnelles qui le mettent en œuvre. Et donc qu'il y a quelque chose que je n'appellerai pas "supra-constitutionnel", pour ne pas compliquer le débat, (...) mais néanmoins les normes induites, en tout cas les principes induits, c'est-à-dire des principes auxquels on doit remonter si on veut réfléchir au sens de la Constitution » (J.-M. Blanquer, « La distance parcourue : de l'ordre institutionnel à l'ordre constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, LGDJ, Paris, 1998, p.31).

⁵⁸ Il suffit, pour se convaincre du lien entre la question de la répartition des compétences normatives entre les pouvoirs politiques et la séparation des pouvoirs, de se référer à la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 ou aux différents discours du général de Gaulle. La substitution ponctuelle du recours à des normes constitutionnelles précises au recours au principe de séparation des pouvoirs pourrait contribuer à présenter ce dernier comme une norme subsidiaire, à laquelle le Conseil a recours lorsque la Constitution ne prévoit pas expressément de règle pour régir telle ou telle question.

⁵⁹ Car, d'après M. Charité, les commentaires ont une valeur directe de complément de la décision (M. Charité, « Les commentaires autorisés des décisions du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 2015, n°2, pp. 451-464). Et il

décisions du Conseil, les décisions des juridictions ordinaires ou supranationales⁶⁰. Ce sera également le cas avec certains documents historiques⁶¹, car « il est certain que du point de vue de la séparation des pouvoirs, la V^e République (...) doit concilier les divers éléments du passé constitutionnel français »⁶². Enfin, il sera fréquemment fait appel à la doctrine, que ce soit dans une perspective explicative, afin de mieux comprendre la jurisprudence, ou dans une perspective critique, afin d'envisager l'existence de solutions alternatives à celle retenue par le juge constitutionnel ou lorsque la présente étude conduira à retenir une approche divergente de celle de certains auteurs.

B. Traitement du matériau

27. Le matériau retenu pour effectuer la présente étude sera abordé d'un « point de vue externe modéré »⁶³, également appelé « point de vue "simplement" externe, c'est-à-dire un point de vue externe rendant compte du point de vue interne des sujets de droit »⁶⁴, en l'occurrence du Conseil constitutionnel. Il s'agit donc, en étudiant le traitement jurisprudentiel du principe de séparation des pouvoirs, de s'interroger sur « les logiques internes »⁶⁵ qui sous-tendent la jurisprudence. Pour ce faire, il a d'abord été procédé à une analyse et, partant, à une interprétation de chacune des décisions comprises dans le corpus de recherche, puis, dans un second temps, à une systématisation de cette analyse. Il est aujourd'hui acquis que l'interprétation d'un texte, « loin d'être une interprétation cognitive est un acte de volonté »⁶⁶, qu'il s'agisse d'interpréter une disposition constitutionnelle, comme le fait le Conseil, ou les

est vrai que, de plus en plus, les commentaires officiels ajoutent à la décision, le plus souvent afin de justifier la solution retenue par le juge constitutionnel.

⁶⁰ On pense ici notamment à la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union européenne.

⁶¹ Dans cette catégorie figurent les constitutions françaises antérieures à 1958, ainsi que certains discours ou documents préparatoires à la Constitution ou à l'élaboration de certains textes législatifs, souvent nécessaires pour appréhender pleinement certaines questions.

⁶² J.-M. Blanquer, « La distance parcourue : de l'ordre institutionnel à l'ordre constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, LGDJ, Paris, 1998, p. 27.

⁶³ E. Millard, « L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant », contribution au Vie Congrès de l'A.F.D.C., 9-11 juin 2005, Montpellier, accessible à l'adresse suivante : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes4/MILLARD.pdf>.

⁶⁴ F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis (Ed.), Bruxelles, 1987, p. 31.

⁶⁵ F. Savonitto, *Les discours constitutionnels sur la « violation de la Constitution » sous la V^e République*, LGDJ, Paris, 2013, p. 51.

⁶⁶ A. Viala, « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », C.C.C., 1999, n°6, pp. 87-93. Sur ce point, voir également D. de Béchillon et M. Troper, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation », *R.R.J.*, 1994, n°, pp. 245-274 et M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, pp. 291-315. Pour une opinion contraire, voir not. O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *R.F.D.C.*, 2002, n°50, pp. 279-334.

décisions de ce dernier, comme il appartient au chercheur de le faire dans le cadre d'une telle étude. L'interprétation fait donc appel à une certaine subjectivité de celui qui interprète. L'auteur de la présente étude a fait le choix de retenir une conception particulière de l'interprétation en droit, à mi-chemin entre les tenants de la théorie réaliste de l'interprétation, pour qui la norme est constituée par la signification du texte, qui est nécessairement déterminée *a posteriori* par l'interprète⁶⁷, et ceux pour qui le texte dit tout, de telle sorte que le juge n'a plus qu'à l'appliquer⁶⁸. La position intermédiaire, retenue dans la présente étude, postule que la liberté de l'interprète est limitée, par des contraintes externes, telles que le texte ou la pression institutionnelle et médiatique qui sont susceptibles d'influencer le Conseil, et par des contraintes internes, comme l'autolimitation⁶⁹ ou les intérêts du Conseil lui-même. De la même manière, il convient d'admettre que la systématisation d'une analyse induit le risque de devoir ponctuellement « grossir le trait ». Or, « à l'impossible, nul n'est tenu », et à défaut d'éliminer toute subjectivité, la présente étude tentera de procéder à une analyse aussi scientifique et argumentée que possible de la jurisprudence du Conseil.

28. Pour ce faire, il convient de ne pas oublier que le Conseil « est acteur de la théorie à un double titre »⁷⁰, en ce qu'il est à la fois juge et partie de la séparation des pouvoirs. Juge, en ce qu'il met en œuvre – à la suite du constituant – la séparation des pouvoirs et, partant, participe à définir l'organisation et le fonctionnement du système constitutionnel. À ce titre, il ne dispose pas d'une marge d'appréciation absolue. Il est, dans une certaine mesure, « prisonnier de ses décisions passées, (...) soumis au regard de la critique (... et) doit se conformer à l'image qu'il a réussi (avec d'autres) à imposer, celle d'arbitre juridictionnel »⁷¹. Partie, en ce que le Conseil est également l'un des rouages de ce système et peut donc parfois à être amené à appliquer un traitement jurisprudentiel du principe de séparation des pouvoirs qui lui est profitable. Ainsi, et bien qu'il s'agisse d'une hypothèse marginale, il peut être une partie « directe », lorsqu'il est directement concerné par la disposition législative soumise à

⁶⁷ Voir not. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Paris, 1999, spéc. p. 339-341, R. Guastini, « Interprétation et description de normes », in *Interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 89, ou encore P. Amselek, « La teneur indéterminée du droit », *R.D.P.*, 1991, n°5, p. 1203.

⁶⁸ Voir not. C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1991, p. 66-67.

⁶⁹ La théorie des contraintes, postule la liberté de l'interprète, tout en soulignant que dans le cadre de l'opération d'interprétation, ce dernier s'impose lui-même des limites (voir not. M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Paris, 2005, 203 p.). Elle se distingue en cela d'une autre théorie intermédiaire, la « théorie du cadre », qui « consiste à considérer que le texte est porteur de plusieurs sens mais qui s'inscrivent dans un cadre limitatif. La qualité rédactionnelle d'un texte exclura certaines interprétations jugées hors-cadre » (V. Marinese, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Etude sur les qualités de la loi*, th. dact. Université de Nanterre Paris X, 2007, p. 403).

⁷⁰ A. Pariente, « La Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs », art. cit., p.66.

⁷¹ B. François, « La place du Conseil constitutionnel dans le système politique de la V^e République », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, LGDJ, Paris, 1999, p. 81.

son contrôle. Plus fréquemment, sans être directement concerné, il peut apparaître comme une partie « indirecte », susceptible de tirer des bénéfices de la solution qu'il s'apprête à retenir. Cette seconde hypothèse représente une difficulté diffuse mais omniprésente, dans la mesure où la stratégie jurisprudentielle est indissociable de la fonction de juger⁷². Il conviendra alors de ne pas négliger ce facteur dans le cadre de l'analyse des décisions du Conseil.

29. Enfin, afin de procéder à l'analyse des décisions du Conseil dans lesquelles il est fait application – implicitement ou explicitement – du principe de séparation des pouvoirs, il convient, préalablement, de recenser et comprendre les différentes options qui s'offrent au Conseil. En effet, l'article 16 de la Déclaration de 1789 n'apporte aucune précision sur ce qu'il convient d'entendre par « séparation des pouvoirs ». Le juge constitutionnel semble donc, *a priori*, avoir toute latitude pour définir le traitement jurisprudentiel qu'il convient d'appliquer à ce principe. Il peut, d'abord, retenir une conception *étanche*⁷³ de ce principe en estimant que lorsqu'il s'applique, il implique une séparation nette et franche des pouvoirs, organes et fonctions en cause dans la disposition contrôlée. Mais il peut également retenir une conception *perméable* de ce principe. Dans cette hypothèse, la séparation peut être plus ou moins perméable, puisque le Conseil peut décider de fixer différentes limites à cette perméabilité. Enfin, on peut, sans prendre trop de risques, écarter l'idée selon laquelle le Conseil retiendrait une conception *absolument* et systématiquement perméable de la séparation des pouvoirs, une telle conception apparaissant comme antithétique à l'essence même de la séparation des pouvoirs. Cette palette d'options dont semble bénéficier le Conseil dans le cadre du traitement jurisprudentiel du principe de séparation des pouvoirs permet de réaliser à quel point le juge constitutionnel dispose d'une vaste marge d'appréciation. L'étude du contentieux de la séparation des pouvoirs présente donc un intérêt accru de ce point de vue.

⁷² Voir not. J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, LGDJ, Paris, 1994, 373 p., T. Di Manno, « L'autonomie financière des cours constitutionnelles en Europe », in *Les budgets de la justice en Europe*, La documentation française, Paris, 2001, pp. 53-75, V. Crisafulli, « Le système de contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *R.D.P.*, 1968, pp. 83-132 et Y. Poirmeur et D. Rosenberg, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in *Les usages sociaux du droit*, D. Lochak (dir.), PUF, Paris, 1989, pp. 230-251

⁷³ Plusieurs raisons ont conduit, dans cette étude, à faire le choix d'utiliser les termes d'« étanche » et de « perméable » dans cette étude pour deux raisons. D'abord, parce que les termes traditionnels employés par la doctrine, « souple » et « stricte » sont fortement connotés, puisqu'ils renvoient généralement à la définition des régimes constitutionnels (voir not. J. Boudon, « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », *R.F.D.C.*, 2009, n°78, pp. 247-267). Ensuite, cette dichotomie « étanche » / « perméable » permet d'adopter une approche plus dynamique, en mettant l'accent non seulement sur la nature de la séparation, mais également sur les conséquences de celle-ci. Enfin, parce que, plus imagés, ils permettent idéalement de comprendre ce dont il est question.

V. Domaine de l'étude

30. Pour mieux cerner le domaine de cette étude, il convient de préciser quels sont, pour le Conseil constitutionnel, les pouvoirs que le principe de séparation des pouvoirs conduit à séparer (A.). Puis, dans la mesure où le principe de séparation des pouvoirs emporte une dimension organique, il faudra identifier les organes qui composent les différents pouvoirs (B.).

A. Les pouvoirs

31. Le Conseil constitutionnel a adopté une position relativement novatrice en déterminant les pouvoirs qui relèvent du champ d'application du principe de séparation des pouvoirs (1.). Il ne retient pas pour autant une interprétation trop extensive de la notion de pouvoir (2.).

1. Les pouvoirs inclus dans le champ d'application du principe de séparation des pouvoirs

32. Classiquement, la séparation des pouvoirs repose sur une trilogie de pouvoirs composée de l'Exécutif, du Parlement et du pouvoir juridictionnel. Si l'existence des deux premiers, que ce soit en général ou dans la jurisprudence du Conseil, ne présente pas de difficultés, il en va différemment du troisième. En effet, l'histoire française de la Justice est celle d'un pouvoir longtemps « mal aimé »⁷⁴ et refusé⁷⁵, en raison des débordements des Parlements sous l'Ancien-Régime, puis du développement du légicentrisme sous les III^e et IV^e Républiques⁷⁶. La Constitution de 1958 ne se départit pas, à première vue, de ce « désamour » vis-à-vis de la Justice, si bien qu'on a pu douter de l'existence d'un pouvoir juridictionnel sous la V^e République⁷⁷. Mais, au fur et à mesure des années, de nouveaux éléments ont permis d'envisager la reconnaissance d'un tel troisième pouvoir. La place croissante du juge dans la société, tout particulièrement en tant que « contre-pouvoir » au

⁷⁴ F. Hourquebie, « Le pouvoir juridictionnel et la V^e République. Quelques observations sur la révision du 23 juillet 2008 », *Politeia*, 2009, n°15, p. 456.

⁷⁵ J. Foyer, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, 1981, n°16, pp.17-29. Sur cette question, voir également F. Saint-Bonnet, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France. La justice politique au prisme des conceptions françaises », *R.D.P.*, n°3, 2007, pp.753-792 et O. Beaud, « La justice comme problème constitutionnel », in *Figures de Justice : études en l'honneur de Jean-Pierre Royer*, Centre d'histoire judiciaire de Lille (Ed.), Lille, 2004, pp. 537-551.

⁷⁶ « La souveraineté parlementaire ne peut tolérer l'existence d'un pouvoir concurrent » estime B. Mathieu (B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, LGDJ, Paris, 2015, p. 143).

⁷⁷ G. Wiederkehr, « Les principaux traits du pouvoir juridictionnel en France », in *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, D. D'Ambra (dir.), Dalloz, Paris, 2013, p. 6.

politique⁷⁸ et la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁷⁹ plaident en faveur de la reconnaissance de la qualité de « pouvoir » à la Justice. Mais, plus encore, c'est la jurisprudence du Conseil qui, dans le cadre de cette étude, conduit à considérer qu'il existe un pouvoir juridictionnel sous la V^e République. Le juge constitutionnel applique en effet le principe de séparation des pouvoirs lorsque des dispositions soumises à son contrôle mettent en scène l'opposition entre les organes de l'Exécutif et du Parlement, d'une part, et le juge ou les juridictions, d'autre part⁸⁰. Trois pouvoirs au moins sont donc à l'œuvre dans la jurisprudence constitutionnelle.

33. Depuis peu se pose, en droit, la question de l'émergence d'un quatrième pouvoir, incarné par les autorités administratives indépendantes (A.A.I.). De plus en plus présentes dans le tissu normatif et répressif français, l'indépendance qui les caractérise vis-à-vis des autres pouvoirs détend le lien qui les unissait auparavant à l'Exécutif, dont elles étaient considérées comme des excroissances. C'est d'autant plus le cas que le Conseil tend progressivement à renforcer l'exigence d'indépendance dont bénéficient les A.A.I., si bien qu'en dépit des liens plus ou moins forts, et de nature différente, qu'elles entretiennent avec les trois autres pouvoirs⁸¹, il semble que le juge constitutionnel soit en passe de les considérer désormais comme un pouvoir à part entière⁸². Cette évolution ne va d'ailleurs pas sans poser

⁷⁸ « Une justice indépendante devient la condition première d'un Etat de droit. Ainsi la distinction entre le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel devient l'axe majeur de la séparation des pouvoirs », B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, op. cit., p. 7.

⁷⁹ F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, L.G.D.J., Paris, 2010, p. 10.

⁸⁰ Voir not. la décision C.C., n°80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs, J.O. du 24 juillet 1980, p. 1868, Rec. p. 46 ou décision C.C., n°2011-192 QPC du 10 novembre 2011, Mme Ekaterina B., épouse D., et autres [Secret défense], J.O. du 11 novembre 2011, p. 19005, Rec. p. 528.

⁸¹ Voir not. G. Eckert et J.-P. Kovar, « Introduction », *R.F.A.P.*, 2012, n°143, p. 625, G. Eckert, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *R.F.A.P.*, 2012, n°143, p. 640, D. Rousseau, « La juridictionnalisation continue des A.A.I. », *R.L.C.*, 2013, n°34, pp. 89-90 et E. Debaets, « Les autorités administratives indépendantes et le principe démocratique : recherches sur le concept d'"indépendance" », contribution au VIII^e Congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel, Mexico, 6-10 décembre 2010, accessible à l'adresse suivante : <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/14/254.pdf>.

⁸² A ce titre, l'examen de la jurisprudence révèle une véritable évolution. D'abord peu enclin à s'interroger sur le fondement de l'indépendance des A.A.I., le Conseil a rattaché cette dernière tantôt à une disposition constitutionnelle (décision C.C., n°2011-626 DC du 29 mars 2011, Loi organique relative au Défenseur des droits, J.O. du 30 mars 2011, p. 5507, Rec. p. 165, cons. 5), tantôt à l'intention du législateur de conférer une certaine indépendance à l'autorité administrative (décision C.C., n°86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, J.O. du 19 septembre 1986, p. 11294, Rec. p. 141, cons. 96 ; décision C.C., n°93-324 DC du 3 août 1993, Loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, J.O. du 5 août 1993, p. 11014, Rec. p. 208, cons. 18 ; décision C.C., n°2011-192 QPC du 10 novembre 2011, Mme Ekaterina B., épouse D., et autres [Secret défense], J.O. du 11 novembre 2011, p. 19005, Rec. p. 528, cons. 27 et 28), ou encore à l'importance du rôle ou de la mission de celles-ci (décision C.C., n°94-352 DC du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, J.O. du 21 janvier 1995, p. 1154, Rec. p. 170, cons. 6 et décision C.C., n°2013-676 DC, du 9 octobre 2013, Loi relative à la transparence de la vie publique, J.O. du 12 octobre 2013, p. 16847, Rec. p. 972, cons. 47). Mais, depuis 2012, le

un certain nombre de difficultés. Les A.A.I. présentent en effet certaines spécificités par rapport aux trois pouvoirs traditionnels, de telle sorte qu'il est parfois nécessaire d'adapter le principe de séparation des pouvoirs lorsqu'il leur est appliqué⁸³.

34. C'est donc entre les trois pouvoirs classiques de l'Etat et les A.A.I., inclassables, que va jouer le principe de séparation des pouvoirs. Il convient ensuite d'écarter l'idée de l'application du principe de séparation des pouvoirs *au sein* de chacun des pouvoirs. A deux reprises, le Conseil a jugé que « le principe de la séparation des pouvoirs s'applique à l'égard du Président de la République et du Gouvernement »⁸⁴. Certains commentateurs de la jurisprudence avaient alors interprété cette précision comme le signe de l'applicabilité du principe de séparation des pouvoirs entre le chef de l'Etat et le Gouvernement, et donc au sein de l'Exécutif⁸⁵. Mais il s'agit là d'une interprétation discutable de la précision apportée par le Conseil, dans la mesure où il était question, dans les deux décisions, de protéger les organes de l'Exécutif d'une atteinte du législateur ou du pouvoir juridictionnel. Ainsi, la formule n'a pour autre objet que de préciser que le Gouvernement et le chef de l'Etat relèvent du champ d'application du principe de séparation des pouvoirs, lequel les protège des atteintes que pourraient tenter de leur porter les organes relevant des autres pouvoirs. De même, l'usage de l'expression « conception française de la séparation des pouvoirs »⁸⁶ pour qualifier la distinction entre les deux ordres de juridictions a pu conduire à penser que la séparation des pouvoirs trouve à s'appliquer au sein du pouvoir juridictionnel. Or, de l'aveu même de G. Vedel, membre du Conseil lorsque la première décision dans laquelle figure l'expression a été adoptée, le rattachement de la répartition des contentieux entre les deux ordres de juridictions

Conseil rattache systématiquement l'exigence d'indépendance des A.A.I. à l'article 16 et, lorsqu'une disposition législative y porte atteinte, prononce une censure pour méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs.

⁸³ Voir *infra*, not. points 129 et s.

⁸⁴ Décision C.C., n°2012-654 DC du 9 août 2012, Loi de finances rectificative pour 2012 (II), J.O. du 17 août 2012, p. 13496, Rec. p. 461, cons. 81 et décision C.C., n°2011-192 QPC, préc., cons. 20.

⁸⁵ Voir not. O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du Président de la République : une hérésie », *Jus politicum*, 2012, n°9, accessible à l'adresse suivante : <http://juspoliticum.com/Le-Conseil-constitutionnel-et-le.html>, p.8.

⁸⁶ Décision C.C., n°86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, J.O. du 25 janvier 1987, p. 924, Rec. p. 8, cons. 15 ; décision C.C., n°89-261 DC du 28 juillet 1989, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France, J.O. du 1^{er} août 1989, p. 9679, Rec. p. 81, cons. 19 ; décision C.C., n°2001-448 DC du 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances, J.O. du 2 août 2001, p. 12490, Rec. p. 99, cons. 103 ; décision C.C., n°2001-451 DC du 27 novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, J.O. du 1^{er} décembre 2001, p. 1912, Rec. p. 145, cons. 42 ; décision C.C., n°2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.O. du 10 mars 2004, p. 4637, Rec. p. 66, cons. 98 ; décision C.C., n°2005-519 DC du 29 juillet 2005, Loi organique relative au financement de la sécurité sociale, J.O. du 3 août 2005, p. 12661, Rec. p. 129, cons. 31 et décision C.C., n°2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, J.O. du 17 juin 2011, p. 10306, Rec. p. 252, cons. 65.

à la séparation des pouvoirs est plus que contestable⁸⁷. Enfin, le principe de séparation des pouvoirs ne s'applique pas non plus entre les différents organes parlementaires. Le principe de séparation des pouvoirs est donc bien exclusivement un principe de séparation *entre* les pouvoirs.

2. Les pouvoirs exclus du champ d'application du principe de séparation des pouvoirs

35. Entre les trois pouvoirs précités et les A.A.I., le principe de séparation des pouvoirs consiste en une séparation que l'on peut qualifier d'*horizontale*⁸⁸, car appliquée à des organes qui se situent tous à un même niveau, en l'espèce le niveau national. En revanche, la séparation *verticale* suppose une séparation entre « une entité supérieure » et « un ou plusieurs niveaux d'entités inférieures »⁸⁹. La notion de séparation verticale des pouvoirs a trouvé un écho favorable dans les Etats fédéraux ou les systèmes intégrés tels que l'Union européenne, mais a très peu été reprise en France. Certaines décisions du Conseil auraient pu être interprétées comme autant d'applications de la notion de séparation verticale. Il en va ainsi des décisions dans lesquelles le Conseil contrôle la conformité d'une disposition législative au principe de libre administration des collectivités territoriales⁹⁰, ou même lorsqu'il contrôle à l'aune des deux volets de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et d'un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes⁹¹ (devenue C.J.U.E.) une disposition de validation. Pourtant, un examen plus attentif de la jurisprudence constitutionnelle conduit à écarter cette idée. En effet, le Conseil a précisé, dès 1979, que les dispositions constitutionnelles relatives à la libre administration des collectivités territoriales ne sont pas de celles qui « mettent en œuvre » le principe de séparation des pouvoirs⁹². La mention en 2005 d'un arrêt de la Cour de

⁸⁷ G. Vedel, « La loi des 16-24 août 1790 : texte ? prétexte ? contexte ? », *R.F.D.A.*, 1990, p. 708. Selon l'auteur, la mention à la conception française de la séparation des pouvoirs relève davantage de l'*obiter dictum*. « En biffant l'allusion à la séparation des pouvoirs, le juge constitutionnel aurait coupé court à une controverse intéressante, mais hors du sujet ».

⁸⁸ Voir not. T. Georgopoulos, *La séparation horizontale des pouvoirs en France et en Allemagne à l'épreuve du droit communautaire : la fonction de contre-pouvoir*, Dalloz, Paris, 2005, 658 p. ou F. Chaltiel, « La séparation horizontale des pouvoirs », *R.A.E.*, 2002, n°6, pp. 710-720.

⁸⁹ J.-P. Derosier, « La dialectique centralisation / décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », contribution au VI^e Congrès de l'AFDC, Montpellier, 2005, accessible à l'adresse suivante : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes6/DEROSIER.pdf>, p.1.

⁹⁰ Voir par exemple la décision C.C., n°79-104 DC, préc., cons. 9. Voir not. A.-M. Le Pourhiet, « Question prioritaire de constitutionnalité, démocratie et séparation des pouvoirs », *Constitutions*, 2011, n°1, pp. 47-53.

⁹¹ Décision C.C., n°2005-531 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances rectificative pour 2005, J.O. du 31 décembre 2005, p. 20730, Rec. p. 186.

⁹² Décision C.C., n°79-104 DC, préc., cons. 9.

Justice de Luxembourg⁹³ auquel contrevenait la loi de validation contrôlée était en fait sans doute destinée à montrer la méconnaissance par le législateur, non de la séparation des pouvoirs mais seulement de la garantie des droits et, plus précisément, des exigences que « nous rattachons aujourd’hui aux notions de "sécurité juridique", de "confiance légitime" et de "droit à un procès équitable" »⁹⁴. Il ne fut donc aucunement question pour le Conseil de s’appuyer sur une conception « intégrée » de la séparation des pouvoirs, dans laquelle un organe de l’Union européenne serait considéré comme un pouvoir au même titre que les pouvoirs nationaux⁹⁵. Les organes locaux et supranationaux ne relèvent donc manifestement pas du champ d’application du principe de séparation des pouvoirs et il convient d’écarter l’idée de l’existence d’un pouvoir « local » ou « supranational » et, partant, d’une séparation verticale des pouvoirs dans la jurisprudence constitutionnelle.

36. De même, le peuple n’est pas un pouvoir au sens du principe de séparation des pouvoirs. On aurait pourtant pu déduire cette qualification de l’évolution de la jurisprudence en matière de contrôle des lois référendaires ou, plutôt, de l’évolution de la formulation du refus du Conseil de contrôler les lois référendaires. En effet, dans une décision du 6 novembre 1962⁹⁶, le Conseil a refusé de contrôler les lois issues du référendum au motif qu’ « il résulte de l’esprit de la Constitution » que le Conseil est un « organe régulateur de l’activité des pouvoirs publics ». Cette motivation laissait donc sous-entendre que le peuple n’est pas un « pouvoir public ». Or, dans une décision du 23 septembre 1992⁹⁷, le Conseil a renouvelé ce refus, mais pas la motivation qui l’avait sous-tendu, préférant s’appuyer sur « l’équilibre des pouvoirs établi par la Constitution ». Il était alors possible d’interpréter cet abandon comme une reconnaissance implicite du peuple en tant que pouvoir. Toutefois, dans la mesure où le Conseil se refuse toujours à exercer un contrôle sur les lois référendaires, il ne semble pas plus considérer que le peuple est un « pouvoir établi par la Constitution » ni, d’ailleurs, un pouvoir au sens du principe de séparation des pouvoirs.

⁹³ Décision C.J.U.E., plén., 12 septembre 2000, Commission c./ Fr., n°C-276/97.

⁹⁴ Commentaire officiel de la décision C.C., n°2005-531 DC, préc., p. 3.

⁹⁵ Sur ces points, voir C. Mathieu, « La jurisprudence constitutionnelle consacre-t-elle la séparation verticale des pouvoirs ? Pour une lecture originale des décisions n°2004-490 DC et n°2005-531 DC », in *Le Pouvoir – Actes du colloque de l’Ecole doctorale, Montpellier, 2012* (à paraître).

⁹⁶ Décision C.C., n°62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l’élection du Président de la République au suffrage universel direct par le référendum du 28 octobre 1962, J.O. du 7 novembre 1962, p. 10778, Rec. p. 27, cons. 2.

⁹⁷ Décision C.C., n°92-313 DC du 23 septembre 1992, Loi autorisant la ratification du Traité sur l’Union européenne, J.O. du 25 septembre 1992, p. 13337, Rec. p. 94, cons. 2. Voir également décision C.C., n°2014-392 QPC du 25 avril 2014, Province Sud de Nouvelle-Calédonie [Loi adoptée par référendum – Droit du travail en Nouvelle-Calédonie], J.O. du 27 avril 2014, p. 7360, cons. 7.

37. L'évolution de la société a également pu conduire à s'interroger sur l'émergence de nouveaux pouvoirs, tels que le pouvoir économique ou financier⁹⁸ ou le pouvoir médiatique⁹⁹. Il s'agit alors, ainsi que le dit O. Beaud, de « prendre quelque liberté à l'égard de cette façon traditionnelle de présenter les pouvoirs en droit constitutionnel »¹⁰⁰. La jurisprudence du Conseil n'intègre cependant pas ces acteurs de la vie publique dans le champ d'application du principe de séparation des pouvoirs. Une décision aurait toutefois pu conduire à envisager l'existence d'un « pouvoir syndical », mais une analyse plus approfondie conduit à écarter cette hypothèse¹⁰¹. Ainsi, la jurisprudence du Conseil, en dépit de l'émergence des A.A.I. au titre d'un quatrième pouvoir, demeure relativement classique dans son approche en se contentant de consacrer trois pouvoirs distincts : l'Exécutif, le Parlement et le pouvoir juridictionnel.

⁹⁸ Voir not. M. Friedman, « The Relation between Economic Freedom and Political Freedom », in *Capitalism and freedom*, University of Chicago Press, 1962, 202 p. et M. Hauriou, *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 1916, 2e édition, 294-296.

⁹⁹ Voir not. T. Fercenczi, *Le journalisme*, PUF, Paris, 2005, p. 3 et D. Kessler, « Les médias sont-ils un pouvoir ? », *Pouvoirs*, 2012, n°143, pp. 105-112.

¹⁰⁰ O. Beaud, « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012, n°143, p. 47-48. Voir également l'intervention d'O. Beaud à l'occasion de la seconde édition des Entretiens du Jeu de Paume, accessible à l'adresse suivante : https://www.canal-u.tv/video/universite_de_tous_les_savoirs/etats_generaux_assemblee_constituante_et_separation_des_pouvoirs.7208 (à compter de 1h16'33''), à paraître (O. Beaud et M. Troper, « Séparation fortes/séparations faibles », in *Deuxièmes Entretiens du Jeu de Paume, La séparation des pouvoirs. Efficacité, vertus, intérêts*). A l'occasion de cette intervention, l'auteur distingue la séparation *forte* des pouvoirs, qui correspond à la notion classique et institutionnelle, de la séparation *faible* des pouvoirs, entre les entités non-institutionnelles. Voir également P. de Montalivet, « L'extension de la séparation des pouvoirs dans les organisations publiques et privées », *R.F.D.A.*, 2015, n°4, pp. 763-772.

¹⁰¹ Dans une décision du 3 décembre 2010 (décision C.C., n°2010-76 QPC du 3 décembre 2010, M. Roger L. [Tribunaux des affaires de sécurité sociale], J.O. du 4 décembre 2010, p. 21360, Rec. p. 364), le Conseil a semblé contrôler le respect du principe d'indépendance des juridictions, qui découle du principe de séparation des pouvoirs¹⁰¹, par une disposition législative prévoyant la nomination de certains assesseurs du tribunal des affaires de sécurité sociale¹⁰¹ par des organisations professionnelles (cons. 8 et 9). Ce faisant, le Conseil aurait inclus ces dernières dans le champ d'application du principe de séparation des pouvoirs. Mais une analyse plus approfondie de la décision révèle que l'évocation du principe d'indépendance des juridictions – et, en creux, du principe de séparation des pouvoirs – renvoie en réalité, via la mention de l'article L. 144-1 du code de sécurité sociale, à l'indépendance des assesseurs vis-à-vis de l'administration, c'est-à-dire de la juridiction vis-à-vis de l'Exécutif.

B. Les organes

38. Il convient ensuite d'identifier les *organes* qui composent ces pouvoirs. S'agissant du « pouvoir Exécutif », il s'agit du Président de la République¹⁰², du Premier ministre¹⁰³, du Gouvernement¹⁰⁴ - et, par extension, des ministres¹⁰⁵ ainsi que des personnes¹⁰⁶ et services¹⁰⁷ placés sous la responsabilité du Gouvernement -, du Conseil économique, social et environnemental (C.E.S.E.)¹⁰⁸ et des hauts-commissaires de la République¹⁰⁹. Le pouvoir incarné par le Parlement se compose quant à lui des assemblées parlementaires¹¹⁰, de leurs présidents¹¹¹ ainsi que des collaborateurs de ces derniers¹¹², de la Haute Cour¹¹³, ainsi que de l'ensemble des organes parlementaires, qu'il s'agisse des commissions permanentes ou spéciales¹¹⁴, des commissions d'enquête¹¹⁵ ou des organes de contrôle et d'évaluation¹¹⁶. Le pouvoir juridictionnel est formé par la réunion de l'ensemble des juridictions – spécialisées ou de droit commun, administratives ou judiciaires -, y compris les juridictions particulières

¹⁰² Voir par exemple la décision C.C., n°2011-192 QPC, préc., cons. 20 ou la décision C.C., n°2014-703 DC du 19 novembre 2014, Loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution, J.O. du 25 novembre 2014, p. 19698.

¹⁰³ Voir par exemple la décision C.C., n°89-269 DC du 22 janvier 1990, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, J.O. du 24 janvier 1990, p. 972, Rec. p. 33 ou la décision C.C., n°2000-428 DC du 4 mai 2000, Loi organisant une consultation de la population de Mayotte, J.O. du 10 mai 2000, p. 6976, Rec. p. 70.

¹⁰⁴ Voir par exemple la décision C.C., n°2011-192 QPC, préc., cons. 20 ou la décision C.C., n°2009-581 DC du 25 juin 2009, Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 28 juin 2009, p. 10867, Rec. p. 120.

¹⁰⁵ Voir par exemple la décision C.C., n°2013-679 DC du 4 décembre 2013, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, J.O. du 7 décembre 2013, p. 19958, Rec. p. 1060, cons. 78 et 79.

¹⁰⁶ Décision C.C., n°2009-581 DC, préc., cons. 61.

¹⁰⁷ Voir not. la décision C.C., n°2012-236 QPC du 20 avril 2012, Mme Marie-Christine J. [Fixation du montant de l'indemnité principale d'expropriation], J.O. du 21 avril 2012, p. 7197, Rec. p. 211.

¹⁰⁸ Voir décision C.C., n°2012-658 DC du 13 décembre 2012, Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques, J.O. du 18 décembre 2012, p. 19856, Rec. p. 667, cons. 39. Dans cette décision, le Conseil économique, social et environnemental est assimilé à une « autorité administrative ».

¹⁰⁹ Voir la décision C.C., n°2009-587 DC du 30 juillet 2009, Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte, J.O. du 6 août 2009, p. 13125, Rec. p. 152, cons. 16 et la décision C.C., n°2007-559 DC du 6 décembre 2007, Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française, J.O. du 8 décembre 2007, p. 19905, Rec. p. 439, cons. 32-33.

¹¹⁰ Les exemples ne manquent pas. On peut par exemple se référer au contentieux des lois de validation (voir *infra*, dernier chapitre de cette thèse) ou à celui de l'autonomie financière des pouvoirs publics, dans lequel le législateur financier est particulièrement en cause (voir *infra*, chapitre premier de cette thèse).

¹¹¹ Voir la décision C.C., n°2009-587 DC préc., cons. 16 et la décision C.C., préc., cons. 32-33.

¹¹² Voir la décision C.C., n°2013-676 DC, cons. 45.

¹¹³ Décision C.C., n°2014-703 DC, préc.

¹¹⁴ Voir par exemple la décision C.C., n°2013-679 DC, préc., cons. 78 et 79.

¹¹⁵ Voir par exemple la décision C.C., n°77-86 DC du 3 novembre 1977, Résolution tendant à modifier les articles 142 et 143 du règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 6 novembre 1977, p. 5347, Rec. p. 18, cons. 3 ou la décision C.C., n°2004-493 DC du 26 février 2004, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 29 février 2004, p. 4164, Rec. p. 64, cons. 2 à 4.

¹¹⁶ Voir par exemple décision C.C., n°2009-581 DC, préc., cons. 57 et s.

telles que le Conseil constitutionnel ou la Cour de Justice de la République. En outre, et bien que cela fasse l'objet d'une discussion de plus en plus vive dans les milieux institutionnel et doctrinal¹¹⁷, le Conseil considère que le parquet relève également du pouvoir judiciaire et, plus précisément, de l'autorité judiciaire¹¹⁸. Enfin, le quatrième pouvoir sur le point d'émerger se compose de l'ensemble des A.A.I., dont le nombre est aujourd'hui estimé à 40¹¹⁹.

VI. Problématique et plan de l'étude

39. Le Conseil a recours au principe de séparation des pouvoirs, comme il a recours aux autres normes constitutionnelles, afin de contrôler la constitutionnalité des lois. Mais le principe de séparation des pouvoirs semble présenter une certaine spécificité, en raison de sa nature, de sa portée et de ses enjeux. Cette étude repose ainsi sur un premier postulat, selon lequel en raison de cette spécificité, le recours au principe de séparation des pouvoirs permet au Conseil de contribuer à l'organisation des pouvoirs et, partant, au fonctionnement du régime. Ce postulat découle de l'adhésion à la théorie mécaniste de la Constitution, qui définit

¹¹⁷ Voir not. J.-F. Renucci, « Le procureur de la République est-il un "magistrat" au sens européen du terme ? », in *Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p.1345-1350, J.-F. Renucci, « Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'Homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire », *D.*, 2009, p.600, C. Argenton, « Pour l'indépendance statutaire du parquet », *Commentaire*, 2012, n°138, pp. 449-457 ou encore B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, op. cit., p. 64 et s. Sur l'historique du lien entre le parquet et l'Exécutif, voir not. M. Herzog-Evans, « La bataille des juges et du parquet dans l'exécution des peines », in *Concurrence des contrôles et rivalité des juges*, J. Boudon (dir.), Mare et Martin (Ed.), Paris, 2012, spéc. p. 203 et s. et A. Ride, « Le statut du Ministère public : une question d'équilibre des pouvoirs ? », in *Justice et démocratie*, S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.), PULIM, Limoges, 2002, pp. 81-93.

¹¹⁸ Voir not. la décision C.C., n°93-326 DC du 11 août 1993, Loi modifiant la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de procédure pénale, J.O. du 15 août 1993, p. 11599, Rec. p. 217, cons. 5 et la décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.O. du 10 mars 2004, p. 4637, Rec. p. 66, cons. 98. Le rattachement du parquet à l'autorité judiciaire ne va pourtant pas sans poser au moins trois difficultés. Une première difficulté résulte des exigences qui découlent de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg a en effet jugé que les magistrats du parquet ne sont pas des magistrats au sens de l'article 5-3 de la Convention (décision Cour E.D.H., 5^e section, 10 juillet 2008, *Medvedyev c./ France*, n°3394/03, §61 et décision Cour E.D.H., 5^e section, 4 décembre 2010, *Hassan et autres c./ France*, n°46695/10 et n°54588/10, §88). Une seconde difficulté réside dans le paradoxe qu'une telle affirmation constitue au regard de l'article 64 de la Constitution. En effet, cette disposition affirme que l'autorité judiciaire est indépendante. Or, nul ne saurait affirmer que les magistrats du parquet sont indépendants, en raison des liens qui les lient à l'Exécutif, via le Garde des Sceaux. Enfin, une troisième difficulté se fait jour à l'occasion d'un examen plus poussé de la jurisprudence constitutionnelle, laquelle laisse entrevoir une position plus nuancée du Conseil. Le juge constitutionnel a en effet jugé que, lorsque la liberté individuelle est en cause, seul un magistrat du siège peut homologuer une transaction (décision C.C., n°2006-535 DC, préc., cons. 42 et décision C.C., n°2007-547 DC du 15 février 2007, Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre mer, J.O. du 22 février, 2007, p. 3252, Rec. p. 60, cons. 51). Pourtant, la Constitution confie la protection de la liberté individuelle à l'autorité judiciaire. Dès lors, si les magistrats du parquet relevaient pleinement de cette dernière, le Conseil n'opérerait pas une telle distinction.

¹¹⁹ *Les autorités administratives indépendantes*, t. 1, Rapport d'information n°2925 (2009-2010) de R. Dosière et C. Vaneste, fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, remis à l'Assemblée nationale le 28 octobre 2010, accessible à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2925-t1.asp>, p. 27.

cette dernière comme l'ensemble des fonctions qu'elle peut accomplir en matière d'organisation politique et sociale grâce à une structure mécanique interne¹²⁰. L'interprétation que le Conseil retient du principe de séparation des pouvoirs et, surtout, de la notion de « séparation », est susceptible de lui permettre d'influer sur l'organisation des pouvoirs et, partant, sur le fonctionnement du régime. En retenant une conception perméable de la séparation, le Conseil pourrait ainsi conforter l'idée selon laquelle le droit est aujourd'hui impuissant à régir et limiter le pouvoir politique¹²¹. *A contrario*, en retenant une conception étanche de la séparation, le Conseil pourrait vouloir se présenter comme le gardien de l'œuvre du constituant, seul à même de prévoir des dispositions dérogeant à la séparation des pouvoirs par l'organisation de mécanismes de collaboration ou d'interdépendance. Bien entendu, le Conseil constitutionnel n'est pas le seul à pouvoir influencer sur l'organisation des pouvoirs et le fonctionnement du régime, c'est également le cas de l'ensemble des acteurs institutionnel¹²². Néanmoins, le Conseil bénéficie, avec le principe de séparation des pouvoirs, d'un instrument privilégié pour le faire.

40. Ensuite, le second postulat sur lequel repose cette étude est celui de l'existence d'un lien entre le principe de séparation des pouvoirs et la garantie des droits. Ce lien transparaît,

¹²⁰ Voir A. Papatolias, *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2000, 528 p., A.E. Dick Howard, « La conception mécaniste de la Constitution », in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque des 2, 3 et 4 mars 1989 à Paris*, LGDJ, Paris, 1994, pp.153-204 et I. Boucobza, « Du bon usage de deux modèles de Constitution : la machine ou/et la norme dans la réforme de la justice italienne », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 195-206. La théorie mécaniste est déjà présente sous la plume de Sièyès, selon lequel la Constitution « est essentiellement une machine, une mécanique, une manière d'organiser des pouvoirs et non une norme suprême : elle est essentiellement une loi spéciale, qui concerne la répartition du pouvoir afin de confectionner une bonne loi » (F. Saint-Bonnet, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France. La justice politique au prisme des conceptions françaises », *R.D.P.*, 2007, n°3, n.p.d.a. 753). En revanche, la théorie normative de la Constitution définit cette dernière comme « une norme juridique obligatoire qui règle la production des autres normes et qui énonce des droits et des obligations, notamment en matière de libertés individuelles. Elle appelle, pour être efficace, la mise en place d'un garant qui est recherché dans l'institution d'un juge » (I. Boucobza, « Du bon usage de deux modèles de Constitution : la machine ou/et la norme dans la réforme de la justice italienne », art. cit., p. 195).

¹²¹ Voir not. R. Charvin, *Justice et politique : évolution de leurs rapports*, LGDJ, Paris, 1968, 542 p., L. Favoreu, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988, 153 p., J. Boulouis, « L'influence des articles 34 et 37 sur l'équilibre politique entre les pouvoirs », in *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, L. Favoreu (dir.), Economica, Paris, 1981, pp. 195-207, J. Caillosse, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société*, 1994, n°26, pp. 127-155, J. Chevallier, « Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité », in *Droit et politique*, J. Chevallier (dir.), PUF, Paris, 1993, pp. 251-261, J. Chevallier, « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril : la République*, Montchrestien, Paris, 2001, pp. 183-199, J. Commaille, « Le juridique dans le politique. De la relation entre "sciences" à l'évidence de l'objet », in *Droit et politique*, J. Chevallier (dir.), PUF, 1993, pp.269-281, B. François, « Le juge, le droit et la politique : éléments d'une analyse politiste », *R.F.D.C.*, 1990, n°1, pp. 49-69, B. François, « La place du Conseil constitutionnel dans le système politique de la V^e République », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, LGDJ, Paris, 1999, pp. 75-82.

¹²² J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, LGDJ, Paris, 1994, 373 p. et J. Meunier, « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, 2003, n°105, pp. 29-40.

d'abord, de leur fondement commun : l'article 16 de la Déclaration de 1789. Il est, ensuite, largement admis par la doctrine¹²³, qui ne s'accorde pas toujours sur la nature de ce lien. Certains auteurs insistent sur la complémentarité¹²⁴, d'autres sur la différence, voire la contradiction¹²⁵ entre séparation des pouvoirs et garantie des droits. L'étude de la jurisprudence constitutionnelle relative au principe de séparation des pouvoirs aura donc le mérite de s'assurer de l'existence de ce lien et de trancher sur sa nature.

41. Enfin, cette étude repose sur un troisième postulat élaboré à partir du deuxième. Selon ce troisième postulat, il existe une différence de nature importante entre, d'une part, la séparation entre les pouvoirs politiques et, d'autre part, la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel. La première a exclusivement pour sujet les institutions, et pour objet l'organisation du Pouvoir. La seconde, elle, a pour sujet le juge et, indirectement, le justiciable, et a essentiellement pour objet la garantie des droits. Ce postulat est d'abord étayé par le constat largement partagé par la doctrine. Pour la plupart des auteurs, à l'instar de B. Mathieu, « c'est en fait la séparation entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir politique qui est devenue la matrice des systèmes politiques contemporains, tout du moins dans le modèle occidental »¹²⁶. La séparation entre les pouvoirs politiques, quand elle est encore considérée comme effective, ne jouerait plus qu'un rôle marginal. Ce postulat est ensuite, et surtout, conforté par la jurisprudence constitutionnelle. L'analyse de cette dernière révèle en effet que le Conseil applique différemment le principe de séparation des pouvoirs selon qu'il s'agit de séparer les « pouvoirs politiques »¹²⁷ ou de séparer les pouvoirs politiques et le pouvoir juridictionnel.

¹²³ Voir not. A.-M. Le Pourhiet, « La limitation du pouvoir politique : la garantie des droits subjectifs face à la démocratie politique », *R.F.D.C.*, 2015, n°102, pp. 277-286 ; B. Mathieu, « Valeur et portée des validations législatives devant le juge constitutionnel : un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits ? A propos des décisions 97-390 DC du 19 novembre 1997 et 97-393 DC du 18 décembre 1997 », *R.F.D.A.*, 1998, n°1, pp. 148-159, B. Mathieu et M. Verpeaux, « La garantie des droits et libertés », in *Le Conseil constitutionnel*, La documentation française, Paris, 2007, pp.91-112 ou G. Vedel, « La Constitution comme garantie des droits, le droit naturel », in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque des 2, 3 et 4 mars 1989 à Paris*, LGDJ, Paris, 1994, pp. 205-215.

¹²⁴ Voir not. D. Rousseau, « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie », *R.D.P.*, 2014, n°6, pp. 1517-1533, P. Rolland, « La garantie des droits », *Droits fondamentaux*, 2003, n°3, pp. 179-218, A. Vergne, *La notion de Constitution d'après les cours et les assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, Ed. De Brocard, Paris, 2007, spéc. p. 76 et s. ou P. Moor, « Du modèle de la séparation des pouvoirs à l'évaluation des politiques publiques », in *De la Constitution : Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, P. Zen-Ruffinen et A. Auer (Ed.), Bâle, 1996, p. 643 et s.

¹²⁵ Voir not. P. Wachsamn, « La séparation des pouvoirs contre les libertés ? », *A.J.D.A.*, 2009, n°12, pp. 617-619 et D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *R.D.P.*, 1990, n° 1, pp. 5-22.

¹²⁶ B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, op. cit., p. 9 et p. 45-46.

¹²⁷ Par « pouvoirs politiques », on entendra les pouvoirs qui participent à la gouvernance, au sens large, des affaires de l'Etat. Il s'agit donc, de manière classique, de l'Exécutif et du Parlement mais également, de manière plus originale, des A.A.I., en ce que ces dernières sont le plus souvent dotées d'un pouvoir réglementaire qui permet de les rattacher à la catégorie des pouvoirs politiques telle qu'elle vient d'être définie. Le plus souvent,

42. La présente étude sera donc structurée en deux temps. L'examen de la jurisprudence du Conseil révèle que, lorsqu'il s'agit d'appliquer le principe de séparation des pouvoirs aux seuls pouvoirs politiques, le Conseil retient une approche étanche, ou « séparatiste »¹²⁸. Autrement dit, qu'il s'agisse de protéger l'indépendance mutuelle des organes politiques, ou l'intégrité de leurs fonctions, le Conseil a recours à une conception étanche de la séparation des pouvoirs. Il se fait en cela gardien de l'œuvre du constituant, estimant manifestement que ce dernier est le seul à disposer de la compétence pour aménager dérogations et exceptions à la séparation des pouvoirs. Ainsi, en dehors des hypothèses dans lesquelles la Constitution prévoit une certaine perméabilité de la séparation, le Conseil, lorsqu'il contrôle une disposition relative à la séparation organique ou fonctionnelle entre les pouvoirs politiques retient systématiquement une conception étanche de la séparation. Il le fait avec constance, et sans poursuivre d'autre but d'assurer la séparation des pouvoirs, de sorte qu'il est possible de parler de *traitement dogmatique* de la séparation entre les pouvoirs politiques – sans que cet épithète, à connotation souvent péjorative, traduise ici un jugement de valeur –, puisque le Conseil, lorsqu'il applique le principe de séparation des pouvoirs, fait de la *séparation* des pouvoirs politiques un principe indiscutable (**Partie 1.**) L'analyse de la jurisprudence révèle un traitement très différent du principe de séparation des pouvoirs, lorsqu'il est appliqué entre les pouvoirs politiques et le pouvoir judiciaire. Ici, le Conseil renonce à tout dogme séparatiste. Au contraire, le juge constitutionnel déploie un *maniement pragmatique* du principe de séparation des pouvoirs, adaptant sa conception de la séparation des pouvoirs selon les buts qu'il s'assigne, et au premier rang desquels figure la garantie des droits (**Partie 2.**).

Partie 1 – Le traitement dogmatique du principe de séparation entre les pouvoirs politiques

Partie 2 – Le maniement pragmatique du principe de séparation entre les pouvoirs politiques et judiciaire

ces pouvoirs sont qualifiés de « politiques » par opposition au pouvoir judiciaire, voir not. B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?* », LGDJ, Paris, 2015, 192 p., A.-M. Le Pourhiet, « La limitation du pouvoir politique : la garantie des droits subjectifs face à la démocratie politique », *R.F.D.C.*, 2015, n°2, pp. 277-286, ou encore la grande majorité des chroniques de droit constitutionnel (par ex. « Chronique de droit constitutionnel jurisprudentiel (3^e trimestre 2014) », *L.P.A.*, 2015, n°244, pp. 3-14).

¹²⁸ O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du Président de la République : une hérésie », art. cit., p. 11.

PARTIE 1 – LE TRAITEMENT
DOGMATIQUE DE LA SEPARATION
ENTRE LES POUVOIRS POLITIQUES

43. Beaucoup d'auteurs considèrent que la séparation des pouvoirs est une notion qui a été fortement instrumentalisée lors de la rédaction de la Constitution de la V^e République. Ainsi, P. Avril estimait qu'en 1958, le Général de Gaulle avait usé de la séparation des pouvoirs comme d'un « masque sous lequel celui qui l'invoque fait passer autre chose, qu'il ne dit pas explicitement »¹²⁹. Ce que dénonce cet auteur, c'est le recours à une notion pour le moins malléable, la séparation des pouvoirs, afin de justifier une certaine conception de l'articulation des pouvoirs politiques. Pourtant, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 se contente d'affirmer que « le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés ». Il ressort toutefois des discours et débats menés entre le 16 juin 1946, date du discours de Bayeux, et le 4 octobre 1958, date de la promulgation de la Constitution de la V^e République, qu'au-delà de la séparation des pouvoirs, ce à quoi de Gaulle aspire, c'est avant tout la reprise en main du pouvoir par l'Exécutif. Et, de fait, il est vrai que la séparation des pouvoirs est une théorie qui est « idéalement imprécise lorsqu'il s'agit de l'invoquer dans un sens souhaité »¹³⁰, le plus souvent à des fins politiques. De ce point de vue, le choix initial du pouvoir constituant est primordial. En effet, si la logique de la séparation des pouvoirs conduit à ce que l'étanchéité de cette séparation entre les pouvoirs soit le principe, ce que tend à confirmer la formulation de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958¹³¹, la Constitution prévoit nécessairement certains aménagements, afin notamment que les pouvoirs puissent « aller de concert ». Or, selon les aménagements politiques qu'il apporte à la séparation des pouvoirs, le pouvoir constituant est susceptible de privilégier l'un des deux grands pouvoirs politiques, à savoir l'Exécutif ou le Parlement. La doctrine constitutionnelle a d'ailleurs, depuis 1958, abondamment traité de ce thème de l'équilibre – ou du déséquilibre – entre les pouvoirs¹³², qui n'est d'ailleurs pas absent de la jurisprudence du Conseil¹³³.

¹²⁹ P. Avril, « La séparation des pouvoirs et la Ve République : le paradoxe de 1958 », in *La séparation des pouvoirs, théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2006, p. 80.

¹³⁰ P. Preuvot, « L'articulation des pouvoirs sous la Vème République : vers de nouveaux équilibres ? », contribution au VIIIème Congrès mondial de droit constitutionnel de Mexico des 6, 7, 8, 9 et 10 décembre 2010, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/fit/g14.htm>, p.5.

¹³¹ Article 1, 2° de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 : « Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être *effectivement séparés* » (Nous soulignons).

¹³² Voir not. J. Boulouis, « L'influence des articles 34 et 37 sur l'équilibre politique entre les pouvoirs », in *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, L. Favoreu (dir.), Economica, Paris, 1981, pp. 195-207 ; O. Dord, « Vers un rééquilibrage des pouvoirs publics en faveur du Parlement », *R.F.D.C.*, 2009, n°77, pp. 99-118 ; G. Drago, « Le partage loi/règlement : un nouvel équilibre à construire », *L.P.A.*, 2008, n°254, pp. 65-67 ; O. Gariazzo, « La LOLF et l'équilibre des pouvoirs », *R.F.F.P.*, 2006, n°94, pp. 77-94 ; C. Goyard, « Esprit des institutions et équilibre des pouvoirs », in *L'Esprit des Constitutions, l'équilibre des pouvoirs : mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 1-16 ; R. Hertzog, « L'avenir du pouvoir financier du Parlement : miroir des ombres ou garant de l'équilibre du « Gouvernement général », in *L'exercice du pouvoir financier du Parlement. Théorie, pratique et évolution*, L. Philip (dir.), Economica, Aix-Marseille, 1996, pp. 121-145 ; A. Levade, « Les nouveaux équilibres de la Vème

44. Les choix du constituant en matière de séparation des pouvoirs et de dérogations à cette dernière sont donc cruciaux pour déterminer la nature et le fonctionnement du régime. A ce propos, J.-P. Camby a noté que « la séparation des pouvoirs est (...) l'objet, sous la Cinquième République, d'aménagements originaux, et l'on peut se demander, a priori, quel rôle le juge constitutionnel peut y jouer, alors que cette institution n'est ni une cour suprême, ni une cour fédérale, et que sa création même va à l'encontre de la tradition constitutionnelle française, laquelle repose sur le mythe de la souveraineté absolue de la loi »¹³⁴. Cette affirmation conduit à mettre en lumière le rôle du Conseil constitutionnel. En effet, celui-ci, lorsqu'il se prononce sur la conformité des dispositions qui lui sont soumises au principe de séparation des pouvoirs est amené à agir sur l'architecture institutionnelle et les équilibres prévus par le constituant. La conception du principe de séparation des pouvoirs retenue par le Conseil est donc déterminante, et plusieurs postulats peuvent être énoncés avant d'examiner plus avant la jurisprudence du Conseil. Il est d'abord possible d'être suspicieux. Car dans la mesure où le Conseil déborde aujourd'hui du rôle d' « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »¹³⁵ et de gardien de la Constitution, il est envisageable qu'il utilise le principe de séparation des pouvoirs de manière à modifier l'œuvre du constituant. Dans cette optique, le juge constitutionnel retiendrait tantôt une conception perméable, tantôt une conception étanche de la séparation afin de permettre à un pouvoir de mettre en cause l'indépendance d'un autre pouvoir, d'empiéter sur ses fonctions ou, au contraire, de s'assurer qu'il respecte l'indépendance et l'autonomie fonctionnelle des autres pouvoirs. Mais il est également possible que le Conseil décide de retenir une conception de la séparation des pouvoirs conforme à l'architecture institutionnelle imaginée par le pouvoir constituant. Pour ce faire, toutes les fois où la Constitution ne prévoit pas de dérogations à la séparation des pouvoirs, le Conseil retiendrait une conception étanche de cette dernière. C'est alors une sorte

République », *R.F.D.C.*, 2010, n°82, pp. 227-256 ; B. Mathieu, « Les mécanismes de freins et d'équilibre des pouvoirs dans la Constitution : réflexions générales et illustrations françaises », in *La Constitution, l'Europe et le droit : mélanges en l'honneur de Jean-Claude Maslet*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, pp. 325-336, ou encore G. Bergougnous, « La relecture de la Constitution à la lumière de la révision de 2008 par le Conseil constitutionnel, gardien vigilant de l'équilibre des institutions », *Constitutions*, 2015, n°1, pp. 35-37

¹³³ Voir la décision C.C., n°92-313 DC du 23 septembre 1992, Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne, J.O. du 25 septembre 1992, p. 13337, Rec. p. 94, cons. 2 et la décision C.C., n°2014-392 QPC du 25 avril 2014, Province Sud de Nouvelle-Calédonie [Loi adoptée par référendum – Droit du travail en Nouvelle-Calédonie], J.O. du 27 avril 2014, p. 7360, cons. 7, dans lesquelles le Conseil mentionne « l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution ».

¹³⁴ J.-P. Camby, « Le Conseil constitutionnel et la régulation des pouvoirs publics », *Administration*, 1997, n°177, p. 28.

¹³⁵ Décision C.C., n°62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, J.O. du 7 novembre 1962, p. 10778, Rec. p. 27, cons. 2. Voir not. J.-P. Camby, « Le Conseil constitutionnel et la régulation des pouvoirs publics », *Administration*, 1997, n°177, pp. 28-33.

de « dogme séparatiste », sans connotation péjorative, qui guiderait le traitement jurisprudentiel du principe de séparation des pouvoirs politiques, quel que soit le pouvoir dont il est question. De cette manière, les deux pouvoirs politiques « classiques », à savoir le Parlement et l'Exécutif, ainsi que les A.A.I. seraient traités de la même manière lorsqu'il s'agit d'appliquer le principe de séparation des pouvoirs, le constituant étant seul compétent pour décider d'éventuels aménagements à ce dernier.

45. C'est cette seconde hypothèse que vient confirmer l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle relative à la séparation entre les pouvoirs politiques. Le dogme séparatiste conduit en effet le Conseil à retenir une conception étanche de la séparation des pouvoirs, que ce soit au niveau organique, afin de protéger l'indépendance des pouvoirs politiques (**Titre 1.**) ou, dans une moindre mesure, au niveau fonctionnel, afin de préserver la répartition des fonctions organisée par la Constitution (**Titre 2.**).

TITRE 1 - Le dogme séparatiste comme facteur de protection de l'indépendance organique des pouvoirs politiques

46. Sur un plan organique, la séparation des pouvoirs est destinée à mettre chacun d'entre eux à l'abri de l'influence des autres pouvoirs. Pour ce faire, il convient d'abord d'assurer l'indépendance des organes, afin qu'aucun d'entre eux ne soit mis en situation de dépendance vis-à-vis d'un pouvoir autre que celui auquel il appartient. Ensuite, il faut protéger leur autonomie, afin que chacun des organes soit libre d'exercer ses fonctions sans être soumis à des pressions de la part des pouvoirs concurrents. A ce titre, la séparation organique peut être perçue comme un préalable à la séparation des fonctions, puisque rien ne sert de distribuer les fonctions entre les pouvoirs si l'un d'eux peut acquérir sur les autres une influence telle qu'il en viendrait, à terme, à exercer l'ensemble des fonctions de l'Etat. Toutefois, cette séparation organique ne saurait être absolue. Il appartient au constituant d'organiser le Pouvoir, y compris sur un plan organique, en instaurant certains mécanismes de perméabilité de la séparation des pouvoirs. Ce faisant, il fait en sorte d'éviter qu'un conflit entre les pouvoirs puisse conduire à la paralysie du régime. Le constituant de 1958 ne fait pas exception à cette règle, puisqu'il a instauré certains mécanismes destinés à mettre en jeu la responsabilité de certains organes des pouvoirs politiques.

47. La Constitution prévoit, certes donc, certains aménagements à la séparation étanche des pouvoirs, en instaurant notamment des mécanismes de mise en cause de la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale¹³⁶, mais le Conseil n'est pas amené à en connaître. Pour le reste, le Conseil s'emploie à assurer l'indépendance la plus absolue des organes des pouvoirs politiques. La mise en œuvre de ce dogme séparatiste par le Conseil se manifeste alors doublement. Elle se manifeste, d'une part, par la découverte récente d'un instrument de protection organique : le principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics (**Chapitre 1**). A côté de celui-ci, la mise en œuvre du dogme séparatiste se manifeste, d'autre part, grâce à un ensemble d'exigences plus diffuses, mais tendant toutes à protéger l'indépendance structurelle des organes des pouvoirs politiques (**Chapitre 2**).

¹³⁶ Article 49 de la Constitution.

Chapitre 1 – La protection de l'autonomie financière des pouvoirs publics

48. Pour Montesquieu, « il est impossible que les richesses ne donnent pas du pouvoir »¹³⁷. Il en découle que la maîtrise de son budget par un organe est un élément important de son autonomie. Le Conseil constitutionnel, en reconnaissant, le 25 juillet 2001¹³⁸, puis en confirmant quelques mois plus tard¹³⁹ l'existence d'un principe d'autonomie financière des pouvoirs publics, prend acte de cette importance. Ce faisant, il consacre un principe qui contribue fortement à la protection de l'indépendance organique des pouvoirs politiques¹⁴⁰.

49. La notion d'autonomie financière est, de l'avis général, un terme polysémique¹⁴¹. Pour P. Lalumière, elle « est toujours définie négativement, elle n'est ni la reconnaissance d'une indépendance financière sans contrôle, ni l'assimilation pure et simple au régime financier des administrations de l'Etat »¹⁴². Pour V. Dussart, « l'autonomie financière semble apparaître comme la faculté pour une institution de fixer librement le montant de ses crédits et d'en assurer l'exécution et le contrôle », mais une faculté qui « se mesure plus qu'elle ne se définit »¹⁴³.

C'est J.C. Maitrot qui souligne le mieux les difficultés que soulève la notion d'autonomie financière. Si cette dernière « n'a pas reçu de définition vraiment précise, c'est en raison de sa complexité. C'est un concept mouvant, changeant, aux aspects infiniment variés subissant l'influence de certaines conceptions politiques et des inspirations du moment. C'est moins un

¹³⁷ Cité in M. Deguerge, « Relire aujourd'hui les Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et leur décadence de Montesquieu », in *Confluences : mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2007, pp. 43-44.

¹³⁸ Décision C.C., n°2001-448 DC du 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances, J.O. du 2 août 2001, p. 12490, Rec. p.99.

¹³⁹ Décision C.C., n°2001-456 DC du 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, J.O. du 29 décembre 2001, p. 21159, Rec. p.180.

¹⁴⁰ Il convient de noter qu'il existe également un principe d'autonomie financière qui bénéficie aux collectivités territoriales, depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 (loi constitutionnelle n°2003-276 relative à l'organisation décentralisée de la République) qui a inséré dans la Constitution un article 72-2, dont le premier alinéa est ainsi rédigé : « Les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi ». La loi organique du 29 juillet 2004 (loi n°2004-758 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales) vient compléter le dispositif de garantie de cette autonomie financière.

¹⁴¹ Voir not. V. Dussart, *L'autonomie financière des pouvoirs publics*, C.N.R.S. Ed., Paris, 2000, 334 p. ; J.-C. Maitrot, *Recherches sur la notion d'autonomie financière*, thèse, Paris I, Panthéon-Sorbonne, 1972, 311 p. ; O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du Président de la République », *Jus politicum*, 2012.

¹⁴² P. Lalumière, *Les finances publiques*, 8^{ème} édition, A. Colin (Ed.), Paris, 1986, p. 154.

¹⁴³ V. Dussart, *L'autonomie financière des pouvoirs publics*, op. cit., p. 13.

cadre théorique et rigide qu'une réalité vivante, d'où l'intérêt et la difficulté de son étude »¹⁴⁴. Il est en cela suivi par R. Hertzog, pour lequel « l'autonomie financière constitue un objectif politique faisant consensus, elle devient insaisissable et pétrie de contradictions dès que l'on veut l'enfermer dans une définition juridique apte à produire des effets normatifs »¹⁴⁵.

50. C'est, en réalité, par ses effets qu'il est le plus aisé d'appréhender théoriquement l'autonomie financière. Celle-ci renvoie à la situation d'une institution qui bénéficie de la maîtrise plus ou moins grande de plusieurs éléments : la libre fixation de ses crédits, leur libre gestion, et un contrôle extérieur limité de cette gestion. L'élévation du principe d'autonomie financière des pouvoirs publics du rang d' « exigence constitutionnelle dérivée »¹⁴⁶ de la Constitution au rang de norme constitutionnelle à part entière constitue donc une avancée certaine pour l'indépendance organique des pouvoirs politiques qui en bénéficient. Il convient toutefois de remarquer que l'importance de cette avancée peut varier en fonction des pouvoirs publics qui en bénéficient, dans la mesure où certains organes en bénéficiaient déjà en vertu d'une ordonnance organique, et d'autres en vertu de coutumes, ainsi qu'en fonction de la portée que le Conseil entend lui conférer¹⁴⁷. Il n'en demeure pas moins qu'en faisant du principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics une norme constitutionnelle, le juge constitutionnel met ces derniers à l'abri des atteintes que pourrait leur porter le législateur organique ou financier avant 2001.

51. Le Conseil développe ainsi un instrument dédié à la protection organique des pouvoirs, conformément au dogme séparatiste. Et il s'avère que le principe d'autonomie financière des pouvoirs publics remplit correctement cet office dans la mesure où le champ d'application du principe d'autonomie financière tel que découvert par le juge constitutionnel en 2001 est suffisamment large (**Section 1**), et sa portée suffisamment étendue (**Section 2**) pour que le principe d'autonomie financière soit une garantie majeure de l'autonomie organique des pouvoirs politiques.

¹⁴⁴ J.C. Maitrot, *Recherches sur la notion d'autonomie financière en droit public*, th. dact., Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 1972, p. XIII.

¹⁴⁵ R. Hertzog, « L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales », *A.J.D.A.*, 2003, n°11, p. 548.

¹⁴⁶ T. Di Mano, « L'autonomie financière des cours constitutionnelles en Europe », in *Les budgets de la Justice en Europe*, La documentation française, Paris, 2001, p. 60. Il convient toutefois de préciser que cette appellation n'est pertinente qu'en ce qui concerne l'autonomie financière des assemblées parlementaires, seule consacrée par l'ordonnance organique n°59-2 du 2 janvier 1959 relative aux lois de finances.

¹⁴⁷ Voir *infra*.

Section 1 – Le champ d’application suffisamment large du principe de l’autonomie financière des pouvoirs publics

52. En 2001, le Conseil constitutionnel consacre un principe constitutionnel d’autonomie financière. Or, ce principe semble être doté d’un champ d’application limité, puisqu’il est réservé aux seuls « pouvoirs publics ». Dès lors, l’apport du principe d’autonomie financière à la protection de l’indépendance des pouvoirs politiques dépend en grande partie de la définition de la notion de pouvoirs publics. Or, et bien que la notion se caractérise particulièrement par le flou qui l’entoure, l’examen de la jurisprudence révèle que la notion de pouvoirs publics ne regroupe pas l’ensemble des organes politiques. Le champ d’application du principe de l’autonomie financière semble donc limité à certains des ces organes seulement (§1.), de telle sorte que son efficacité en termes de protection de l’indépendance de ces derniers peut être mise en cause. Pourtant, il n’en est rien. En effet, la notion de pouvoirs publics permet de regrouper les principaux organes des pouvoirs politiques, de telle sorte que leur indépendance peut être suffisamment garantie (§2.).

§1. Un champ d’application limité aux seuls pouvoirs publics

53. Le Conseil constitutionnel, en rattachant expressément le principe d’autonomie financière des pouvoirs publics au principe de séparation des pouvoirs, et en estimant que le premier « relève » du second¹⁴⁸, laisse penser que ce sont les mêmes pouvoirs, entendus au sens d’organes, qui bénéficient de la protection accordée par chacun des deux principes. Il convient toutefois de se demander si la notion de « pouvoirs publics » renvoie au même objet que la notion classique de « pouvoirs » au sens de notre étude. Or, cette entreprise ne va pas sans poser un certain nombre de difficultés, notamment en raison de l’imprécision qui entoure la notion de pouvoirs publics. Cette imprécision est tellement marquée qu’elle rend vaine toute entreprise de définition *a priori* de la notion de pouvoirs publics lorsqu’elle est rattachée au principe d’autonomie financière (A.). Il faut donc avoir recours à une méthode empirique. Dès lors, c’est la jurisprudence constitutionnelle qui permet d’éclairer l’étendue du champ d’application du principe d’autonomie financière (B.).

¹⁴⁸ Décision C.C., n°2001-448 DC, préc., cons. 25.

A. La détermination a priori problématique de la notion de pouvoirs publics

55. Pour savoir si le principe d'autonomie financière permet bel et bien de protéger l'indépendance des pouvoirs politiques, il convient de déterminer s'il bénéficie à l'ensemble de leurs organes. Pour cela, il faut définir quels sont les pouvoirs publics qui en bénéficient. Or, les différentes tentatives doctrinales de définition de la notion de pouvoirs publics ne permettent pas de répondre à cette question (1.). Il en va de même avec les différentes propositions de définition proposées par les acteurs institutionnels depuis la consécration par le Conseil d'un principe d'autonomie financière (2.).

1. L'absence de définition doctrinale univoque

56. La doctrine s'est assez peu intéressée à la notion de « pouvoirs publics ». Seul G. Druesne y consacre une étude générale – et donc sans rapport avec l'autonomie financière – en 1976¹⁴⁹. A cette occasion, il écrit que « la notion de pouvoir public revêt d'abord une acception matérielle, et le pouvoir public – au singulier – est le pouvoir qui se manifeste dans une collectivité publique. Le passage du singulier au pluriel sert uniquement à indiquer que les manifestations de ce pouvoir ne se réduisent pas à une seule modalité, et qu'il existe trois pouvoirs publics (...). Lorsqu'on dit du chef de l'Etat ou du Parlement qu'ils sont des pouvoirs publics, il ne faut pas oublier que c'est là une formule abrégée de : "organes exerçant les pouvoirs publics" »¹⁵⁰.

C'est cette acception organique qu'il semble falloir retenir ici, l'autonomie financière n'ayant de sens que si elle bénéficie à un organe. Ainsi, pour G. Druesne, « de l'ensemble des institutions publiques, peuvent seules être qualifiées de pouvoirs publics celles qui méritent la dénomination d'organes de la collectivité, c'est-à-dire qui expriment la volonté de celle-ci avec une puissance initiale, à l'exclusion des simples agents qui prennent également des décisions obligatoires, mais en exécution d'une décision antérieure d'un organe, pour la réalisation de la volonté qu'il a exprimée »¹⁵¹. Parmi les pouvoirs publics figureraient le corps électoral, les assemblées parlementaires, le Congrès, la Haute Cour de justice, le président de la République et le Gouvernement.

¹⁴⁹ G. Druesne, « Réflexions sur la notion de pouvoirs publics en droit public français », *R.D.P.*, 1978, pp. 1147-1215.

¹⁵⁰ G. Druesne, *ibid.*, p. 1153.

¹⁵¹ G. Druesne, *ibid.*, p. 1203.

En dépit de la qualité du travail de G. Druesne, il n'est pas possible de tirer de celui-ci des enseignements utiles à la définition de la notion de pouvoirs publics au sens de notre étude, c'est-à-dire en tant que ces organes bénéficient de l'autonomie financière. Il suffit, pour s'en convaincre, de souligner la présence, dans la liste suggérée par l'auteur, du corps électoral, pour lequel il est peu pertinent de parler d'autonomie financière. Le peuple ne requiert en effet aucun moyen financier et ne saurait, en outre, être considéré comme un « pouvoir ».

57. A la différence de l'étude de G. Druesne, celle de V. Dussart¹⁵² est spécifiquement consacrée à l'autonomie financière, et devrait donc permettre une approche plus précise de la notion de « pouvoirs publics ». Pourtant, ni la définition de la notion ni l'énumération des pouvoirs méritant la qualification de « pouvoirs publics » ne sont satisfaisantes pour ce qui concerne notre étude. Certes, il serait possible de penser, comme le fait V. Dussart, que sont des pouvoirs publics bénéficiant de l'autonomie financière tous « les organes publics qui gèrent les fonds publics dans des conditions dérogatoires¹⁵³ »¹⁵⁴. Toutefois, cette définition revient à confondre les causes et les effets du bénéfice de l'autonomie financière. En outre, il résulte de cette définition une énumération des pouvoirs publics qui ne correspond pas au droit positif. Celle-ci est en effet à la fois trop large en ce qu'elle comprend le Conseil économique, social et environnemental et le Conseil supérieur de la magistrature¹⁵⁵, et trop étroite dans la mesure où elle omet le Conseil constitutionnel.

58. Les tentatives de définition par la doctrine sont donc impuissantes à cerner la notion de pouvoirs publics telle qu'elle est employée par le Conseil et, partant, à saisir le champ d'application de ce principe afin de déterminer s'il bénéficie à l'ensemble des organes des pouvoirs politiques. Le recours aux éléments institutionnels n'est pas non plus d'un grand secours.

2. L'absence de définition institutionnelle univoque

59. Si le silence du constituant quant au contenu de la notion de « pouvoirs publics »¹⁵⁶ n'est pas surprenant, dans la mesure où il s'agit d'une question trop précise pour figurer dans la Constitution, il n'en va pas de même du silence du législateur organique. En effet,

¹⁵² V. Dussart, *L'autonomie financière des pouvoirs publics*, *op. cit.*

¹⁵³ L'auteur entend par là que les pouvoirs publics bénéficieraient d'une plus grande liberté vis-à-vis des grands principes budgétaires qui s'imposent à la gestion traditionnelle des fonds publics.

¹⁵⁴ V. Dussart, *ibid.*, p. 12.

¹⁵⁵ V. Dussart, *ibid.*, p. 11.

¹⁵⁶ En effet, l'expression « pouvoirs publics » figure à cinq reprises dans le texte constitutionnel, parfois telle quelle (articles 5, 11 et 62 de la Constitution), parfois suivie de l'adjectif « constitutionnel » (article 16 de la Constitution). En revanche, à aucun moment la Constitution ne précise quels sont ces pouvoirs publics.

l'expression « pouvoirs publics » apparaît dès l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances¹⁵⁷. Mais les travaux ayant précédé l'adoption de ce texte révèlent que l'attention des acteurs institutionnels – parlementaires comme membres de l'Exécutif – était alors entièrement portée sur la question de l'étendue du rôle de chacun des deux pouvoirs politiques dans le processus d'adoption du budget de l'Etat, et la question du contenu de la notion de « pouvoirs publics » n'y est ainsi aucunement abordée.

60. Ce n'est que lors de l'adoption de la L.O.L.F.¹⁵⁸, en 2001, que les auteurs de la loi vont mettre un terme à ce silence. Mais, ce faisant, les travaux parlementaires ne font que renforcer l'imprécision qui entoure la notion de pouvoir public. Car il s'agit d'énumérer – sans jamais s'accorder - plutôt que de définir. Ainsi, A. Lambert, dans le rapport rédigé au nom de la commission des finances du Sénat¹⁵⁹, estimait que les pouvoirs publics sont au nombre de quatre : le Parlement, le Président de la République, la Cour de justice de la République et le Conseil constitutionnel. De même, lors des débats en séance publique au Sénat¹⁶⁰, M. Charasse réservait cette qualification de « pouvoirs publics » aux seuls Parlement, Président de la République et Conseil constitutionnel, tout en s'interrogeant sur l'opportunité d'y ajouter le Conseil économique et social.

A une autre occasion, les parlementaires avaient pu intégrer la Haute cour de Justice à cette liste comprenant, plus largement, le Parlement, le Président de la République, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de la République¹⁶¹. Pourtant, le seul examen de l'ensemble des lois de finances depuis 2008¹⁶² témoigne d'une définition élargie de la notion de « pouvoirs publics », puisque figurent dans le Titre II de la loi réservé à ces derniers : la présidence de la République, l'Assemblée nationale, le Sénat, La Chaîne parlementaire, les représentants français au Parlement européen, le Conseil constitutionnel, la Haute Cour et, enfin, la Cour de justice de la République¹⁶³.

¹⁵⁷ L'article 6 de l'ordonnance n°59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances prévoit notamment que « Les charges permanentes de l'Etat comprennent : (...) Dotation des pouvoirs publics », sans préciser pour autant quels sont ces pouvoirs publics.

¹⁵⁸ Loi organique n°2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

¹⁵⁹ Rapport de M. Alain Lambert, fait au nom de la commission des finances du Sénat, n°343 (2000-2001), déposé le 29 mai 2001.

¹⁶⁰ Sénat, 1^{ère} lecture, séance publique du 7 juin 2001.

¹⁶¹ Voir les interventions de D. Migaud et C. de Courson lors des débats en séance publique à l'occasion de l'adoption de la loi de finances pour 2002 (loi n°2001-1275 du 28 décembre 2001), et plus précisément à l'occasion de l'examen des amendements portant articles additionnels avant l'article 57 (Assemblée nationale, 1^{ère} lecture, lundi 19 novembre, 3^{ème} séance).

¹⁶² Loi n°2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013, Etat B. Ce dernier comprend les crédits du budget général, répartis par mission et par programme.

¹⁶³ Cette liste des pouvoirs publics établie par le législateur à l'occasion de la loi de finances est stable depuis la loi de finances pour 2008 (loi n°2007-1822 du 24 décembre 2007).

61. L'approche des parlementaires ne permet donc pas de cerner davantage la notion de « pouvoirs publics ». Il peut alors être utile de se demander si le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'apporter des précisions quant au sens ou au contenu de cette notion. Mais cette démarche est problématique, car si elle peut permettre de dresser une liste des organes que le Conseil constitutionnel considère comme des pouvoirs publics, rien ne dit que cette liste sera complète. D'ailleurs, seuls l'Assemblée nationale¹⁶⁴ et le Président de la République¹⁶⁵ ont été – indirectement – qualifiés de « pouvoirs publics » par les juges de l'aile Montpensier dans une de leurs décisions.

Il convient toutefois d'aller plus loin, en examinant les documents produits par le Conseil à l'occasion de l'examen des lois ayant donné lieu à l'utilisation par les Sages du principe d'autonomie financière. A cette occasion il apparaît, d'une part, que le Conseil constitutionnel se considère avant tout comme un pouvoir public¹⁶⁶ et, d'autre part, que le juge constitutionnel retient une conception plus limitée que celle du législateur financier. Selon le juge constitutionnel, outre lui-même, seuls la Présidence de la République¹⁶⁷, le Premier ministre¹⁶⁸, les assemblées parlementaires, la Haute cour de justice et la Cour de justice de la République¹⁶⁹ semblent mériter la qualification de pouvoirs publics.

62. L'étude de l'acceptation de la notion de « pouvoirs publics » retenue par les acteurs institutionnels s'avère ainsi peu satisfaisante. Le recours du Conseil à la notion de « pouvoirs publics » emporte alors une certaine confusion quant à l'étendue du champ d'application du principe constitutionnel de l'autonomie financière. Le meilleur moyen de déterminer ce champ d'application et, partant, de déterminer si le principe d'autonomie financière constitue une véritable avancée dans la protection de l'indépendance organique des pouvoirs politiques

¹⁶⁴ Décision C.C., n°94-338 DC du 10 mars 1994, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 12 mars 1994, p. 3963, Rec. p. 71, cons. 2. Le Conseil juge que les articles 6 à 10 de la résolution soumise à son contrôle ont trait « aux modalités selon lesquelles s'exerce l'autonomie financière de l'Assemblée nationale », faisant probablement référence à l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, qui figure dans les visas de la décision, et plus précisément à son article 7, alinéa 1^{er}, qui prévoit que « Chaque assemblée parlementaire jouit de l'autonomie financière ».

¹⁶⁵ Décision C.C., n°2012-654 DC du 9 août 2012, Loi de finances rectificative pour 2012 (II), J.O. du 17 août 2012, p. 13496, Rec. p. 461.

¹⁶⁶ Voir not., sous la décision C.C., n°2001-448 DC, les « Fiches par article. Documents à propos de la décision n°2001-448 DC du mercredi 25 juillet 2001 », p. 12 et le commentaire de la décision, p. 3.

¹⁶⁷ On peut lire dans le commentaire de la décision n°2001-456 DC, préc. : « En prévoyant que sera annexé au projet de loi de finances un rapport "expliquant les crédits demandés" par les pouvoirs publics constitutionnels (Présidence de la République, Conseil constitutionnel), l'article 115 porte-t-il atteinte au principe de séparation des pouvoirs ? » (p. 7).

¹⁶⁸ « Au premier rang des pouvoirs publics constitutionnels figurent à l'évidence le Président de la République et le premier ministre ». Commentaire officiel de la décision n°2012-654 DC, préc., p. 44.

¹⁶⁹ Pour ces trois derniers organes, voir not. le commentaire officiel de la décision n°2001-456 DC, préc., p. 7.

semble donc d'adopter une méthode empirique en analysant la jurisprudence constitutionnelle.

B. La détermination nécessairement empirique de la notion de pouvoirs publics

63. Les éléments doctrinaux et institutionnels ne permettent pas, pris isolément, d'éclairer la notion de pouvoirs publics. Il convient donc d'interroger la jurisprudence constitutionnelle afin de faire la lumière sur le champ d'application du principe constitutionnel d'autonomie financière et, partant, de déterminer si l'intégralité des organes politiques en bénéficie (1.). Or, un tel examen conduit à écarter cette hypothèse. Il convient en effet, à la lumière de ces éléments, d'adopter une approche resserrée de la notion de pouvoirs publics. Ainsi, si tous les pouvoirs publics couverts par le principe de l'autonomie financière sont des organes politiques, tous les organes politiques ne sont pas pour autant des pouvoirs publics au sens du principe de l'autonomie financière, de telle sorte qu'il convient de dissocier les deux notions (2.).

1. La détermination des pouvoirs publics par le Conseil constitutionnel

64. L'énumération des pouvoirs publics telle qu'elle résulte de la jurisprudence constitutionnelle est intéressante en ce qu'elle permet de déterminer les organes dont le Conseil entend protéger l'autonomie financière. On note alors que, selon le juge constitutionnel, bénéficient de cette garantie les deux assemblées parlementaires, la Haute Cour, le Premier ministre, le Président de la République, la Cour de Justice de la République ainsi que le Conseil constitutionnel lui-même. Cette énumération, dressée à partir des décisions du Conseil et des documents annexés à ces dernières, surprend à deux égards. Elle surprend, en premier lieu, en ce qu'à côté d'organes dont il est certain qu'ils relèvent des pouvoirs politiques, figurent parmi les pouvoirs publics le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de la République. Or, ces deux organes exercent des fonctions juridictionnelles. Dès lors, et en second lieu, l'absence des autres organes juridictionnels parmi la liste des pouvoirs publics dressée par le Conseil peut également surprendre. Mais, sur ce point, l'exclusion des organes juridictionnels – à l'exception du Conseil et de la Cour de Justice de la République – semble conforme à l'intention du constituant, qui opère une distinction entre les autorités

juridictionnelles et les pouvoirs publics¹⁷⁰. En outre, une considération permet d'expliquer tant la présence du Conseil et de la Cour de Justice de la République que l'absence des autres organes juridictionnels parmi les pouvoirs publics. Car si ces deux organes relèvent, de par leur fonction, du pouvoir juridictionnel, leur inscription parmi les pouvoirs politiques se justifie d'un point de vue organique en raison des modalités éminemment politiques de nomination des membres du Conseil¹⁷¹ et de la majorité des membres de la Cour de Justice de la République¹⁷². Dès lors, le Conseil, en découvrant l'existence d'un principe dont le but est de protéger l'indépendance des pouvoirs politiques, fait le choix de privilégier le critère organique sur le critère fonctionnel. Ce faisant, il étend le champ d'application du principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics au-delà des seuls pouvoirs politiques classiques.

65. Au vu de la jurisprudence constitutionnelle, la liste des pouvoirs publics comprend donc sept organes : les deux assemblées parlementaires, la Haute Cour, le Premier ministre, le Président de la République, la Cour de Justice de la République ainsi que le Conseil constitutionnel lui-même. Celui-ci retient donc une approche plus restrictive de la notion de pouvoirs publics que le Gouvernement et le législateur qui, respectivement, élabore et vote la loi de finances chaque année¹⁷³. Cette différence d'approche n'entraîne toutefois pas de difficulté. En effet, si le principe constitutionnel de l'autonomie financière des pouvoirs publics impose que ces derniers bénéficient de l'autonomie financière, il n'a pas pour effet d'interdire au législateur financier d'étendre cette protection à d'autres organes.

En établissant une telle liste, il semble que le Conseil a souhaité limiter le champ d'application du principe d'autonomie financière aux seuls « pouvoirs publics constitutionnels ». Cette notion, qui apparaît à l'article 16 de la Constitution¹⁷⁴, n'est pas beaucoup plus précise que celle de « pouvoirs publics », mais plusieurs éléments dans la jurisprudence constitutionnelle conduisent à penser qu'elles renvoient à une même réalité.

¹⁷⁰ Le dernier alinéa de l'article 62 de la Constitution prévoit en effet que les décisions du Conseil constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

¹⁷¹ L'alinéa 1^{er} de l'article 56 de la Constitution prévoit que les neuf membres du Conseil constitutionnel sont nommés par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que par le Président de la République.

¹⁷² L'alinéa 1^{er} de l'article 68-2 de la Constitution prévoit que parmi les quinze membres de la Cour de Justice de la République, douze sont des parlementaires « élus, en leur sein et en nombre égal, par l'Assemblée nationale et par le Sénat après chaque renouvellement général ou partiel de ces assemblées ».

¹⁷³ Voir *supra*.

¹⁷⁴ Article 16 de la Constitution : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des *pouvoirs publics constitutionnels* est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel. (...) Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux *pouvoirs publics constitutionnels*, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet ».

D'abord, tout comme le Conseil estime que tous les organes politiques ne sont pas des pouvoirs publics, il estime qu'il ne suffit pas pour un organe d'être nommé expressément par la Constitution pour être un pouvoir public constitutionnel¹⁷⁵. Ensuite, le fait que le Conseil semble exclure que les pouvoirs publics constitutionnels fassent l'objet d'un contrôle de la part de la Cour des comptes¹⁷⁶ tend à les rapprocher des pouvoirs publics au sens du principe d'autonomie financière. En outre, la liste des pouvoirs publics constitutionnels telle qu'elle résulte de la jurisprudence constitutionnelle semble coïncider avec la liste des pouvoirs publics bénéficiant de l'autonomie financière¹⁷⁷. Enfin, et surtout, à moins qu'il ne s'agisse d'une erreur de plume de la part du Conseil, ce dernier semble utiliser indifféremment les deux notions. C'est en tout cas ce qui résulte d'une décision dans laquelle le Conseil affirme que « les pouvoirs publics constitutionnels déterminent eux-mêmes les crédits nécessaires à leur fonctionnement »¹⁷⁸.

66. Or, s'il est possible de reprocher à la notion de pouvoirs publics retenue par le Conseil d'être en léger décalage avec la réalité budgétaire¹⁷⁹, il convient d'admettre que, d'un point de vue juridique, la position du juge constitutionnel ne manque pas de cohérence. La liste des pouvoirs politiques bénéficiant de l'autonomie financière se caractérise en effet par une certaine unité, dans la mesure où tous les pouvoirs publics ont en commun d'être des organes

¹⁷⁵ Décision C.C., n°2011-626 DC du 29 mars 2011, Loi organique relative au Défenseur des droits, J.O. du 30 mars 2011, p. 5507, Rec. p. 165 : « Considérant (...) qu'en érigeant le Défenseur des droits en "autorité constitutionnelle indépendante", le premier alinéa de l'article 2 rappelle qu'il constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution ; que cette disposition n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels » (cons. 5).

¹⁷⁶ Décision C.C., n°2011-642 DC du 15 décembre 2011, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2012, J.O. du 22 décembre 2011, p. 21719, Rec. p. 588 : « Considérant que l'article 41 a pour objet de modifier les règles relatives aux pouvoirs de contrôle de la Cour des comptes en matière de recouvrement des cotisations et contributions sociales ; qu'à cette fin, le 2° de son paragraphe I substitue aux trois derniers alinéas de l'article L. 243-7 du code de la sécurité sociale un quatrième alinéa dont la première phrase dispose : « La Cour des comptes est compétente pour contrôler l'application des dispositions du présent code en matière de cotisations et contributions sociales aux membres du Gouvernement, à leurs collaborateurs, ainsi qu'aux organes juridictionnels mentionnés dans la Constitution » ; qu'il résulte des travaux parlementaires que le législateur a entendu viser ainsi notamment le Conseil constitutionnel ; Considérant que le Conseil constitutionnel figure au nombre des pouvoirs publics constitutionnels ; qu'en adoptant les dispositions précitées le législateur a méconnu l'étendue de sa propre compétence » (cons. 6 et 7).

¹⁷⁷ Au vu de la jurisprudence du Conseil, et bien que la liste ne soit pas exhaustive, sont considérés comme des pouvoirs publics constitutionnels le Conseil constitutionnel (décision C.C., n°2011-642 DC, préc., cons. 7) ainsi que les assemblées parlementaires (voir not. décision C.C., n°95-370 DC du 30 décembre 1995, Loi autorisant le Gouvernement à réformer la protection sociale, J.O. du 31 décembre 1995, p. 19111, Rec. p. 269, cons. 10). En revanche, ne sont pas des pouvoirs publics constitutionnels aux yeux du Conseil : le Gouvernement (décision C.C., n°2011-642 DC, préc., cons. 6 et 7), ni le Défenseur des droits (décision C.C., n°2011-626 DC, préc., cons. 5).

¹⁷⁸ Décision C.C., n°2001-456 DC, préc., cons. 47.

¹⁷⁹ A titre d'exemple, ce n'est pas tant le Président de la République qui bénéficie – dans les faits – de l'autonomie financière, mais la présidence de la République, dans la mesure où les crédits alloués au premier servent plus largement à couvrir l'ensemble des besoins du Président et de ses services.

politiques. En revanche, tous les organes politiques ne sont pas des pouvoirs publics et, partant, ne bénéficient pas de l'autonomie financière.

2. La concordance imparfaite des notions de pouvoirs publics et de pouvoirs politiques

67. Il résulte de la liste dressée à partir de la jurisprudence constitutionnelle que tous les pouvoirs publics sont des organes politiques, mais également que la qualité de pouvoir public ne s'applique pas à la totalité des organes politiques. Le Conseil semble n'avoir estimé nécessaire de conférer la protection qui découle du principe de l'autonomie financière qu'aux principaux organes de chacun des deux grands pouvoirs politiques. Il s'agirait alors de donner à l'Assemblée nationale, au Sénat, à la Haute Cour, au Premier ministre et au Président de la République – ainsi qu'au Conseil et à la Cour de Justice de la République – les moyens d'assurer pleinement, et en toute indépendance, leur mission constitutionnelle. Dès lors, en rattachant expressément le principe d'autonomie financière des pouvoirs publics au principe de séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel prend le risque de provoquer une confusion entre les « pouvoirs » qui bénéficient de la protection accordée par chacun des deux principes. Or, la notion de « pouvoirs publics » telle que nous venons de la définir est indéniablement distincte de celle de « pouvoirs ». D'abord parce que la notion de « pouvoir public » n'a de sens qu'en tant qu'elle désigne un organe, quand la notion de « pouvoirs », renvoie plus largement à un regroupement d'organes. Ensuite, parce que le champ d'application de la notion de « pouvoirs publics » ne couvre pas la totalité des organes qui bénéficient du principe de séparation des pouvoirs. Ainsi, le Gouvernement, le Congrès, les commissions parlementaires, les A.A.I, le Conseil économique, social et environnemental, ... bien qu'ils soient des organes politiques, n'ont pas la qualité de pouvoirs publics. De ce fait, ils ne bénéficient pas d'une protection constitutionnelle de leur autonomie financière.

68. L'absence de concordance entre les champs d'application du principe de séparation des pouvoirs et le principe de l'autonomie financière conduit à questionner la pertinence du premier pour fonder le second. Car selon T. Di Manno, même en l'absence de constitutionnalisation du principe d'autonomie financière, il aurait été possible pour le Conseil de censurer une disposition législative portant atteinte à l'autonomie financière d'un organe constitutionnel, au motif qu'elle aurait privé de garanties légales une exigence

constitutionnelle¹⁸⁰, à savoir l'indépendance de l'organe en question¹⁸¹. Mais il est permis d'en douter, dans la mesure où le Conseil constitutionnel n'a jamais consacré d'exigence constitutionnelle générale d'indépendance des pouvoirs. Ainsi, parce que la garantie de l'autonomie financière des organes constituant les « grands pouvoirs » relève bien – tant sur le plan intellectuel que sur le plan jurisprudentiel – du principe de séparation des pouvoirs politiques, le fondement sur lequel a choisi de s'appuyer le Conseil n'est pas dépourvu de pertinence. Car, sur un plan organique, la séparation des pouvoirs implique de donner à ces derniers les moyens d'assurer leur mission constitutionnelle, ce que confirme le Conseil en estimant qu'il existe un « lien entre nécessaire autonomie des moyens et exercice de la mission constitutionnelle », et que ce lien doit être apprécié « de manière organique, plus que matérielle »¹⁸².

69. Ainsi, bien que le juge constitutionnel estime que le principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics « garantit la séparation des pouvoirs »¹⁸³, il est évident qu'il ne la garantit, s'agissant du champ d'application de cette protection, que partiellement. Le principe de l'autonomie financière ne concerne, outre le Conseil constitutionnel et la Cour de Justice, que certains des organes de chacun des pouvoirs politiques : le président de la République et le Premier ministre pour le pouvoir exécutif, et les deux assemblées et la Haute Cour pour le Parlement. Le champ d'application du principe d'autonomie financière demeure toutefois suffisamment étendu pour permettre une protection efficace de l'indépendance financière des pouvoirs politiques.

¹⁸⁰ Voir not. décision C.C., n°2012-662 DC du 29 décembre 2012, Loi de finances pour 2013, J.O. du 30 décembre 2012, p. 20966, Rec. p. 724 : « Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait priver de garanties légales des exigences constitutionnelles (...) » (cons. 107).

¹⁸¹ T. Di Manno, « L'autonomie financière des cours constitutionnelles en Europe », in *Les budgets de la justice en Europe*, La documentation Française, Paris, 2001, p. 60. L'auteur poursuit : « En conséquence, toute loi ayant pour objet ou pour effet de réduire l'autonomie financière de la Cour constitutionnelle (mais également des autres organes nécessitant une telle autonomie) reviendrait à mettre en péril cette exigence constitutionnelle d'indépendance et violerait ainsi la Constitution ».

¹⁸² Commentaire officiel de la décision C.C., n°2012-654 DC du 9 août 2012, Loi de finances rectificative pour 2012 (II), p.42.

¹⁸³ Décision C.C., n°2001-456 DC du 27 décembre 2001, préc., cons. 47.

§2. Un champ d'application propre à assurer l'autonomie financière des organes politiques

70. Bien que le champ d'application du principe d'autonomie financière soit limité à certains des organes politiques, il bénéficie aux principaux d'entre eux. Ce faisant, il permet d'assurer l'autonomie financière des pouvoirs politiques et, partant, de contribuer à leur indépendance. Or, pour certains de ces organes, la consécration du principe d'autonomie financière n'est pas une révolution. Elle est avant tout une consolidation de l'autonomie financière dont ils bénéficiaient déjà, non pas en vertu de la Constitution, mais en vertu d'une tradition. En faisant figurer ces organes parmi les pouvoirs, publics, le Conseil ne fait donc que confirmer le champ d'application originel du principe (A.). Cette consolidation devrait alors rassurer V. Dussart qui regrettait, dans une étude parue peu de temps avant la décision du 25 juillet 2001, que le principe d'autonomie financière puisse « révéler ses limites à l'occasion d'un conflit institutionnel grave qui heureusement n'a jamais eu lieu. En effet, parce qu'il repose en grande partie sur un ensemble de pratiques et d'accords tacites, il pourrait être remis en cause à l'avenir »¹⁸⁴. Mais le Conseil, en consacrant le principe d'autonomie financière, ne s'est pas contenté de confirmer le champ d'application de l'autonomie financière tel qu'il résultait de la tradition. Il a également procédé à une extension de ce dernier à des organes qui ne bénéficiaient pas, jusque là, de la même tradition d'autonomie financière (B.).

A. La confirmation du champ d'application traditionnel

71. Afin que le principe de l'autonomie financière soit un instrument efficace du principe de séparation des pouvoirs, encore faut-il qu'il protège le plus largement possible les organes de ces pouvoirs. Or, c'est bien cette préoccupation qui semble guider le Conseil lorsqu'il consolide l'autonomie financière dont bénéficiaient déjà le Président de la République (1.) et les assemblées parlementaires (2.) en vertu d'une tradition qui trouve – certes de manière différente – son point de départ dans la liste civile¹⁸⁵.

¹⁸⁴ V. Dussart, *L'autonomie financière des pouvoirs publics*, *op. cit.*, p. 304.

¹⁸⁵ Pour V. Dussart, la création de la liste civile constitue « le fondement du régime particulier des finances du chef de l'Etat, on trouvera celui des assemblées dans le fait que leurs dépenses ne seront plus financées sur cette liste à partir d'octobre 1970 (...) C'est donc à l'origine pour le chef de l'Etat et pour le Parlement que l'autonomie financière se forge, créant une véritable tradition » (V. Dussart, *L'autonomie financière des pouvoirs publics*, *op. cit.*, p. 8)

1. L'autonomie financière constitutionnalisée du Chef de l'Etat

72. L'instauration d'une liste civile¹⁸⁶ en France¹⁸⁷, en 1789, met fin à la confusion des finances du Roi et de la Nation et marque le début de l'exorbitance du droit budgétaire applicable à la fixation des crédits du chef de l'Etat. La liste civile déroge ainsi, notamment, au principe d'annualité, dans la mesure où elle est votée une unique fois et pour la durée du règne. Par conséquent, l'Assemblée ne pouvait faire pression sur le Roi en menaçant de réduire le budget qui lui était alloué.

La liste civile devient ainsi « la pierre angulaire »¹⁸⁸ de la Constitution de 1791, et l'illustration parfaite du compromis – de courte durée - qu'incarne la monarchie constitutionnelle. Le passage à la République en 1792 signe la fin provisoire de la liste civile, qui est remplacée par les notions de « traitement », puis de « dotation » du chef de l'Etat, préférée par les républiques successives. Sous de tels régimes, la question du budget du chef de l'Etat est toujours le résultat d'un compromis entre deux préoccupations. Celle de ne pas lui laisser prendre une place excessive parmi les différentes institutions, d'une part, et celle de lui donner les moyens matériels de tenir son rang, sur la scène nationale comme internationale, d'autre part.

73. Mais c'est véritablement depuis 1870 que l'autonomie du chef de l'Etat en matière de fixation de ses crédits s'est véritablement accrue. En effet, depuis cette date, la loi de finances ne fait que reprendre le montant des crédits fixé par la présidence de la République, si bien que dès la IV^e République, les parlementaires prennent l'habitude de ne pas discuter ce point. V. Dussart estime que cette période marque l'avènement d' « une véritable tradition républicaine »¹⁸⁹.

Certains ont alors pu s'interroger sur le statut de cette règle non écrite. La libre fixation du montant de sa dotation par le président de la République, avant d'être consacrée par le juge constitutionnel, est-elle une coutume constitutionnelle¹⁹⁰ ou une convention de la

¹⁸⁶ Pour une étude plus approfondie sur la notion de liste civile, voir not. A. Gauthier, *Etudes sur la liste civile en France*, E. Plon (Ed.), Paris, 1882, 213 p.

¹⁸⁷ Selon le Littré, l'expression de « liste civile » naît en 1668 en Angleterre, où elle désigne, « outre les dépenses de la maison royale, une certaine liste d'offices civils, tels que les traitements des juges, des membres du conseil de la couronne, du corps diplomatique etc. ».

¹⁸⁸ R. Stourm, *Le Budget*, Guillaumin et Cie (Ed.), Paris, 1900, 4^{ème} édition, p. 42.

¹⁸⁹ V. Dussart, *L'autonomie financière des pouvoirs publics*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁹⁰ Pour M. Troper, la coutume constitutionnelle est une « pratique répétée et tenue pour obligatoire » (M. Troper, « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au Pr. Robert-Edouard Charlier*, Emile-Paul (Ed.), Paris, 1981, p. 311).

Constitution¹⁹¹ ? Pour la majorité des auteurs, à l'instar de D. G. Lavroff¹⁹² ou V. Dussart¹⁹³, il s'agit d'une convention de la Constitution. Mais, en tout état de cause, quel que soit le statut de cette règle non écrite¹⁹⁴ fondant l'autonomie financière du président de la République, il est peu probable que sa violation ait pu, à elle seule, justifier une censure du juge constitutionnel¹⁹⁵. Car comme l'écrit P. Avril, « par hypothèse, l'application du respect d'une règle non écrite ne peut se fonder sur l'obligation juridique, puisque cette règle n'est pas formulée et ne peut donc être invoquée en tant que telle »¹⁹⁶, avant de poursuivre en estimant que ces normes non-écrites « ne sont pas du droit et elles ne sont donc pas justiciables »¹⁹⁷.

C'est d'autant plus vrai pour les conventions de la Constitution, qui sont présentées par P. Avril comme étant issues d'un « processus quasi contractuel »¹⁹⁸. Dès lors, si l'autonomie financière du chef de l'Etat ne devait être qu'une convention de la Constitution, son maintien serait fortement menacé dans la mesure où il dépendrait du bon vouloir des autres acteurs institutionnels. L'absence de force contraignante de l'autonomie financière du chef de l'Etat est plus relative dans l'hypothèse où elle serait une coutume. En effet, à la différence des conventions de la Constitution, la coutume est une règle unilatérale mais elle est, surtout, une règle contraignante. Mais si la force de la coutume réside dans le fait que sa modification est nécessairement lente et indépendante de la volonté des acteurs institutionnels, sa faiblesse vient du fait qu'elle peut être balayée, à tout moment, par une règle écrite. Et quand bien même aucune règle écrite ne viendrait contredire cette coutume, il est peu probable que le Conseil sanctionne sa méconnaissance par le législateur financier. Dès lors que l'autonomie

¹⁹¹ Pour P. Avril, les conventions de la Constitution renvoient aux « règles non écrites portant sur la manière dont les pouvoirs juridiques attribués par la Constitution doivent être exercés conformément aux principes et convictions politiques actuellement reconnus » (P. Avril, « Les conventions de la Constitution. Une "jurisprudence organique" », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste. Mélanges en hommage à Francis Delpérée*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 136. Plus généralement, sur la notion de convention de la Constitution, voir not. Q. Camerlengo, « Entre le droit et la politique : l'actualité des conventions constitutionnelles », *R.F.D.C.*, 2015, n°1, pp. 3-25).

¹⁹² D.G. Lavroff, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, Dalloz, Paris, 1999, 3^{ème} édition, p. 462.

¹⁹³ V. Dussart, *L'autonomie financière des pouvoirs publics*, *op. cit.*

¹⁹⁴ On comprend alors mieux le point de vue de F. Savonitto qui met en avant « l'artificialité de la distinction » entre coutume constitutionnelle et convention de la Constitution, « laissant penser que seule leur terminologie les oppose » (F. Savonitto, *Les discours constitutionnels sur la « violation de la Constitution » sous la V^e République*, L.G.D.J., Paris, 2013, p. 160 et s.).

¹⁹⁵ La seule mention de la « coutume » par le Conseil n'a en effet pas produit d'effet normatif (décision C.C., n°59-5 DC du 15 janvier 1960, Résolution modifiant les articles 95 et 96 du règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 27 janvier 1960, p. 940, Rec. p. 15, cons.1).

¹⁹⁶ P. Avril, *Les conventions de la Constitution : normes non-écrites du droit politique*, PUF, Paris, 1997, p. 124.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 146.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 128. P. Avril s'appuie alors sur l'ouvrage de H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, Les Editions Yvon Blais Inc., Québec, 2^{ème} éd., 1990, p. 46 dans lequel on peut lire que la convention constitutionnelle « naît au gré des événements politiques sous la forme d'une entente. Un usage, une pratique ou une façon nouvelle de faire donne lieu à un accord. La convention est nécessairement bilatérale ou multilatérale ; elle implique plusieurs parties. Elle est une sorte de contrat ».

financière du Président de la République ait, au préalable, été une convention de la Constitution ou une coutume, sa consécration par le juge constitutionnel constitue une véritable valeur ajoutée pour le chef de l'Etat en termes d'indépendance.

74. Ainsi, et bien qu'elle ne fasse pas l'unanimité¹⁹⁹, cette « tradition républicaine » concernant le président de la République voit son aboutissement dans la constitutionnalisation du principe d'autonomie financière et devient, par le truchement du principe de séparation des pouvoirs, une norme de référence incontournable du contrôle de constitutionnalité. Cette constitutionnalisation présente en outre l'avantage, en période de cohabitation, de mettre le chef d'Etat à l'abri de potentielles tentatives de la majorité parlementaire visant à réduire le budget de la présidence de la République. Ce même mouvement peut être constaté à propos de l'autonomie financière des assemblées.

2. L'autonomie financière constitutionnalisée des assemblées parlementaires

75. Pour E. Pierre, « l'indépendance des chambres exige que chacune d'elles ait son budget propre, préparé par elle seule, voté souverainement et définitivement apuré par elle seule, sans aucune immixtion »²⁰⁰. C'est en étant distingué du budget royal dès 1790 que le budget du Parlement a connu un processus d'autonomisation à compter de la Révolution, et dont l'apogée se situe sous les III^e et IV^e Républiques grâce à l'influence du régime d'assemblée qui s'y développe. Dans un premier temps, les assemblées votent leur budget sous forme de résolution, puis le montant global de chaque budget est ensuite inscrit dans la loi de finances de l'année²⁰¹. En 1958, c'est une ordonnance portant loi ordinaire du 17 novembre²⁰² qui perpétue cette longue tradition, en prévoyant que « chaque assemblée parlementaire jouit de l'autonomie financière »²⁰³. Ainsi, la constitutionnalisation – à droit constant semble-t-il – du principe d'autonomie financière, s'agissant des assemblées parlementaires, vient couronner une indépendance budgétaire de longue date, de telle sorte que celle-ci bénéficie désormais d'une véritable protection constitutionnelle et contentieuse.

76. Historiquement, l'autonomie financière des assemblées parlementaires joue à la fois entre les assemblées et l'Exécutif, mais également entre chacune des assemblées, c'est-à-dire l'une vis-à-vis de l'autre. Toutefois, le principe de séparation des pouvoirs ne constitue un

¹⁹⁹ O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du Président de la République », art. cit. Voir *infra*.

²⁰⁰ E. Pierre, *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, *op. cit.*, p. 1171.

²⁰¹ Il s'agit là de la technique dite de « l'inscription pour ordre ».

²⁰² Ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

²⁰³ Article 7, alinéa 1^{er} de l'ordonnance n°58-1100 préc.

fondement approprié à l'autonomie financière que dans la mesure où il vient régir les rapports entre des organes du Parlement et de l'Exécutif. Le principe de séparation des pouvoirs ne saurait en effet fonder une garantie qui jouerait entre les deux assemblées, c'est-à-dire au sein d'un même pouvoir²⁰⁴. Pourtant, c'est entre les assemblées, et non à l'égard de l'Exécutif que l'autonomie financière semble présenter un véritable intérêt, dans la mesure où ce sont elles qui bénéficient, en dernier ressort, de la compétence budgétaire. Il est donc peu probable que l'Exécutif puisse porter atteinte à l'autonomie financière de l'une des deux assemblées. En revanche, il est possible d'envisager que les deux assemblées parlementaires tentent de porter atteinte à leur autonomie financière réciproque. Le cas le plus vraisemblable serait celui dans lequel l'Assemblée nationale, grâce au pouvoir de dernier mot dont elle dispose sur décision du Gouvernement²⁰⁵, déciderait de réduire le montant des crédits du Sénat. C'est certainement ce qui explique que certains auteurs, comme V. Dussart, ont jugé nécessaire de dégager un fondement alternatif à l'autonomie financière des assemblées parlementaires.

77. Certains ont en effet envisagé que l'autonomie financière des assemblées puisse être fondée sur la souveraineté parlementaire. V. Dussart va même plus loin puisqu'il estime que dans les démocraties occidentales, la seule existence d'une institution parlementaire suffit à justifier, dans une certaine mesure, l'indépendance matérielle des assemblées. Et il est vrai que même durant les régimes autoritaires qu'a connus la France, les assemblées ont continué à bénéficier d'une certaine indépendance matérielle. Mais l'analyse consistant à fonder l'autonomie financière des assemblées sur la souveraineté parlementaire semble procéder d'une confusion entre l'origine et le fondement de cette autonomie financière. Car la souveraineté parlementaire est certainement à l'origine de l'autonomie financière des assemblées. C'est bien elle qui a permis à l'Assemblée nationale, sous l'empire de la Constitution de 1791, puis au Corps législatif en 1793, d'asseoir progressivement son indépendance financière. En revanche, il convient de douter de ce que la souveraineté est un fondement pertinent de l'autonomie financière des assemblées. La souveraineté parlementaire suppose en effet la suprématie de la loi et, partant, du Parlement en tant que législateur. Or, l'autonomie financière profite aux assemblées, et non au Parlement. Il n'y a donc pas d'identité de sujet entre les deux éléments. Par ailleurs, la souveraineté parlementaire ne saurait encore moins aujourd'hui constituer un fondement acceptable à l'autonomie financière des assemblées, qui ont continué à bénéficier de cette autonomie financière après 1958, alors

²⁰⁴ Voir *supra*.

²⁰⁵ Voir l'article 45 de la Constitution.

même que la V^e République a définitivement mis fin à la souveraineté parlementaire. L'anachronisme évident de la notion de souveraineté parlementaire exclut donc qu'elle puisse constituer un fondement valable au principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics, ce qui justifie que le juge constitutionnel a choisi de se fonder, en 2001, sur le principe de séparation des pouvoirs.

78. La constitutionnalisation du principe d'autonomie financière des pouvoirs publics est donc avant tout la confirmation d'une tradition dont bénéficiaient déjà les principaux organes de chacun des pouvoirs politiques. De ce fait, le principe découvert par le Conseil permet déjà d'assurer l'indépendance financière de l'essentiel de ces derniers. Mais le juge constitutionnel ne s'arrête pas là et procède à une extension du champ d'application du principe d'autonomie financière, de telle sorte que sa constitutionnalisation présente une véritable valeur ajoutée en ce qui concerne l'indépendance des pouvoirs politiques.

B. L'extension du champ d'application traditionnel

79. Parmi les organes qui tirent parti de l'extension du champ d'application originel du principe d'autonomie financière figurent deux organes relevant des pouvoirs politiques, le Premier ministre et la Haute Cour²⁰⁶ (1.), ainsi que deux juridictions politiques, la Cour de Justice de la République et le Conseil lui-même (2.).

1. La consécration de l'autonomie financière de nouveaux organes politiques

80. Le principe de l'autonomie financière bénéficie, désormais, à un nouvel organe du Parlement, créé par la loi constitutionnelle du 23 février 2007²⁰⁷, la Haute Cour, tout comme il bénéficiait, entre 2001 et 2007, à la Haute cour de Justice, à laquelle elle a été substituée. Ici, l'autonomie financière est une garantie de nature préventive, dans la mesure où ni la Haute cour de Justice, ni la Haute Cour n'ont encore été réunies depuis 1958. Le fait de ranger ces organes parmi les pouvoirs publics permet toutefois de s'assurer que si la procédure de destitution du Président de la République devait être mise en œuvre, la Haute Cour, chargée

²⁰⁶ La nature politique de la Haute Cour se déduit de sa composition. Le Conseil en a pris acte dans la décision C.C., n°2014-703 DC du 19 novembre 2014, Loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution, J.O. du 25 novembre 2014, p. 19698. Dans cette décision, le juge constitutionnel précise en effet que la Haute Cour « ne constitue pas une juridiction chargée de juger le Président de la République pour des infractions commises par lui en cette qualité, mais une assemblée parlementaire compétente pour prononcer sa destitution en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » (cons. 5).

²⁰⁷ Loi constitutionnelle n°2007-328 du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution qui modifie l'article 68 de la Constitution.

d'examiner d'éventuels manquements du chef de l'Etat à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat, serait à même d'exercer cette fonction en toute indépendance.

81. Tout comme la Haute Cour, le Premier ministre, fait partie de ces pouvoirs publics qui bénéficient de l'extension du champ d'application du principe constitutionnel de l'autonomie financière. Etant une institution relativement récente, le Premier ministre ne saurait en effet bénéficier d'une longue tradition de ce point de vue. La question se pose toutefois de savoir si le chef du Gouvernement, quelle que soit son appellation, a pu auparavant bénéficier d'une certaine autonomie financière. Or, il y a peu d'informations sur ce sujet et, en tout état de cause, la question ne se pose que pour les douze années qu'a duré le régime de la IV^e République, puisque ce n'est qu'en 1946 que le chef du Gouvernement acquiert un véritable statut constitutionnel. Dès lors, quand bien même il aurait bénéficié de cette autonomie durant cette courte période, le fait pour le Conseil de l'inscrire parmi les pouvoirs publics n'en constitue pas moins une extension du champ d'application traditionnel du principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics.

82. Ainsi, parmi les organes politiques, peu nombreux sont ceux qui ne bénéficient pas de l'autonomie financière. L'absence la plus marquante est celle du Gouvernement, qui s'explique pourtant aisément. L'inclusion du Gouvernement dans le champ d'application du principe de l'autonomie financière serait en effet inutile, d'une part, parce que le Gouvernement n'est pas doté de l'autonomie par rapport au Premier ministre et, d'autre part, parce que la Constitution prévoit que le Parlement contrôle l'action du Gouvernement²⁰⁸, ce qui est difficilement conciliable avec une autonomie financière de ce dernier. Le Conseil a donc, logiquement, choisi de ne pas étendre le champ d'application originel de l'autonomie financière au Gouvernement. Il a, en revanche, procédé à une telle extension au profit de deux juridictions politiques par leur composition.

2. La consécration de l'autonomie financière du Conseil constitutionnel et de la Cour de Justice de la République

83. Le Conseil a étendu le champ d'application originel du principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics à deux juridictions politiques : la Cour de Justice de la République et le juge constitutionnel lui-même²⁰⁹. S'agissant de la première, créée par la loi

²⁰⁸ Article 24 de la Constitution.

²⁰⁹ Cette double qualité du Conseil a d'ailleurs été anticipée dès la rédaction de la Constitution. Ainsi, P. Coste-Floret soutenait, à l'occasion des débats du Comité consultatif constitutionnel, que « le Conseil constitutionnel

constitutionnelle du 27 juillet 1993²¹⁰ afin de connaître de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement²¹¹, le choix d'en faire un pouvoir public répond peu ou prou à la même logique que pour la Haute Cour. En effet, bien que la Cour de Justice de la République soit peu fréquemment saisie²¹², son inclusion dans le champ d'application du principe de l'autonomie financière permet de s'assurer qu'elle puisse, le cas échéant, juger les membres du Gouvernement en toute indépendance.

84. Il en va quelque peu différemment du Conseil constitutionnel. En effet, celui-ci bénéficie d'une autonomie financière naissante depuis sa création, dans la mesure où l'ordonnance du 7 novembre 1958²¹³ prévoyait déjà que « les crédits nécessaires au fonctionnement du Conseil constitutionnel sont inscrits au budget général »²¹⁴. Cette formulation lapidaire porte en germe l'autonomie financière de la Haute juridiction, qui se manifeste tant au moment de la détermination des crédits placés à sa disposition²¹⁵ que dans le cadre de l'exécution de sa dotation budgétaire, qui déroge à un certain nombre de règles de droit commun²¹⁶ et reste presque exclusivement dans les mains du Conseil²¹⁷. A ce titre, T. Di

est un organe politico-juridique qui a qualité pour statuer d'un point de vue juridique et du point de vue de l'opportunité politique » (*Travaux préparatoires de la Constitution. Avis et débats du comité consultatif constitutionnel*, La Documentation française, 1960, p. 57). Il est en cela suivi, peu de temps après, par B. Chenot, qui affirme n'avoir « jamais pensé une seconde que le Conseil constitutionnel fût un organe juridictionnel, c'est un corps politique par son recrutement et par les fonctions qu'il remplit » (B. Chenot, *in in Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, L. Favoreu (dir.), Economica, Paris, 1981, p. 178). F. Luchaire met toutefois un coup d'arrêt à ce questionnement : « La qualification de l'organe ne présente pas d'intérêt juridique, car un même organe peut exercer tantôt une fonction juridictionnelle et tantôt une autre fonction. (...) Ce qui importe, c'est donc bien la fonction. Quelle que soit sa composition, un organisme devient juridictionnel lorsqu'il exerce une fonction juridictionnelle » (F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1980, p. 41).

²¹⁰ Loi constitutionnelle n°93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVIII, art. 4.

²¹¹ Article 68-1 de la Constitution, al. 1 et 2 : « Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis. Ils sont jugés par la Cour de justice de la République ».

²¹² A ce jour, elle ne s'est prononcée qu'à quatre reprises (arrêts des 9 mars 1999, 16 mai 2000, 7 juillet 2004 et 30 avril 2010).

²¹³ Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

²¹⁴ Article 16 de l'ordonnance n°58-1067, préc.

²¹⁵ Pour la détermination de ses crédits, le Conseil bénéficie de la même liberté que les assemblées et le Président de la République. Concrètement, les services compétents de la rue Montpensier décident librement du montant de la dotation nécessaire au fonctionnement du Conseil constitutionnel, sans qu'aucune instance extérieure ne s'imisce dans ce processus. Une fois le montant fixé, il est transmis pour approbation au président de l'institution, puis inscrit sans modification dans le projet de loi de finances et, enfin, voté par le Parlement sans discussion.

²¹⁶ Le président du Conseil est en effet désigné comme l'ordonnateur des dépenses (art. 16 de l'ordonnance n°58-1067 préc. : « Les crédits nécessaires au fonctionnement du Conseil constitutionnel sont inscrits au budget général. Le président est ordonnateur des dépenses », précisé par l'article 4, alinéa 1^{er}, du décret n°59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel : « Les dépenses de fonctionnement du Conseil constitutionnel, sont mandatées par le président, ou, en application de l'article 2, alinéa 2, ci-dessus, par le secrétaire général ») et nommé un comptable, responsable devant le président du Conseil, et qui n'est autre que le trésorier du Conseil (art. 4, alinéa 2 du décret n°59-1293, préc.). Dans la mesure

Manno note que la V^e République a fait le choix original d'une conception stricte de l'autonomie financière pour sa juridiction constitutionnelle, en limitant au maximum les interventions extérieures dans l'exécution de son budget²¹⁸. Etant une « jeune » institution, le Conseil ne bénéficie pas, en ce qui concerne son autonomie financière, de la même assise historique que le Président de la République et les assemblées parlementaires. La constitutionnalisation de son autonomie financière constitue donc une garantie non-négligeable d'indépendance. D'ailleurs, l'examen attentif des décisions du 25 juillet²¹⁹ et du 27 décembre 2001²²⁰ qui, respectivement, consacre et confirme le principe d'autonomie financière des pouvoirs publics, dévoile deux éléments laissant penser que le Conseil constitutionnel était avant tout guidé par la préoccupation de renforcer les garanties relatives à sa propre autonomie financière.

La préoccupation du Conseil pour son intérêt propre résulte d'abord de ce que, dans chacune de ces deux décisions, le juge constitutionnel a examiné de son propre chef la question de la constitutionnalité des dispositions mettant en cause le principe de l'autonomie financière²²¹. Mais ce constat ne suffit pas à démontrer que la consécration du principe d'autonomie financière par le Conseil vise avant tout à protéger sa propre autonomie. Ce sont surtout les documents annexes aux décisions du Conseil qui témoignent de ce que la constitutionnalisation du principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics poursuit un but propre au Conseil. Ainsi, la reprise dans le commentaire officiel de la décision du 25 juillet 2001 de l'analyse du dispositif de l'article 7 de la L.O.L.F. est accompagnée d'une précision pour le moins étonnante. Il est en effet affirmé que « ce dispositif assure la

où le trésorier est responsable devant l'ordonnateur, il s'agit d'une dérogation à la règle de droit commun de séparation des ordonnateurs et des comptables (décret n°62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique, réaffirmé par le décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique).

²¹⁷ La seule trace d'une telle intervention réside dans l'assistance d'un conseiller-maître à la Cour des comptes (voir not. O. Schrameck, « Le secrétariat général du Conseil constitutionnel », *R.F.D.A.*, nov.-déc. 1994, p. 1212), et cette intervention ne constitue, selon T. Di Manno, qu'une « caution morale à (la) gestion financière » du Conseil (T. Di Manno, « L'autonomie financière des cours constitutionnelles en Europe », in *Les budgets de la justice en Europe*, La documentation française, Paris, 2001, p. 71).

²¹⁸ T. Di Manno, *ibid*, p. 69-70. Il s'agit selon l'auteur d'un choix original dans la mesure où la plupart des autres Etats européens ont fait le choix d'une approche souple de l'autonomie financière, selon laquelle « l'exécution du budget de la Cour constitutionnelle peut être soumise au contrôle d'une institution régulatrice extérieure. C'est la solution qui prévaut en Espagne et en Allemagne où la Cour des comptes est reconnue compétente pour contrôler l'exécution du budget de la Cour constitutionnelle. Dans ces pays, on considère que les exigences inhérentes à l'indépendance de la Cour constitutionnelle n'emportent pas dérogation à la compétence générale de la Cour des comptes quant au contrôle des comptes et de la gestion économique de l'Etat, qui est directement garantie par la Constitution ».

²¹⁹ Décision C.C., n°2001-448 DC, préc.

²²⁰ Décision C.C., n°2001-456 DC, préc.

²²¹ C'est le cas dans la décision C.C., n°2001-448 DC, préc., cons. 25 et dans la décision C.C., n°2001-456 DC, préc., cons. 46 et 47

sauvegarde du principe d'autonomie financière des pouvoirs publics concernés », puis précisé qu'« au nombre (des pouvoirs publics) *figure le Conseil constitutionnel* »²²². Le caractère intéressé de la reconnaissance du principe d'autonomie financière est confirmé par une autre annexe à la décision du 25 juillet 2001, les « Fiches par article », avant que celles-ci ne soient supprimées du site internet du Conseil. Ce document rappelait que si les « programmes », auxquels sont attachés des objectifs, sont l'unité de spécialisation des crédits de droit commun, certains crédits dérogent à cette règle en faisant l'objet de « dotations », en particulier « lorsque la définition d'objectifs serait artificielle »²²³. Il énumérait ensuite les trois catégories pour lesquelles les crédits seront spécialisés par dotation, parmi lesquelles les « pouvoirs publics, *dont le Conseil constitutionnel* »²²⁴. En tout état de cause, la présence du Conseil parmi les pouvoirs publics bénéficiant de l'autonomie financière s'inscrit de manière cohérente dans la jurisprudence de ce dernier. En effet, après avoir estimé qu'il était un « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »²²⁵, ce qui semble sous-entendre qu'il ne se considère pas comme un de ces pouvoirs, le Conseil a abandonné ce qualificatif²²⁶, de telle sorte qu'il peut désormais se qualifier de pouvoir public.

85. Ainsi, le principe d'autonomie financière des pouvoirs publics est désormais une norme constitutionnelle, dont le champ d'application, bien qu'il ne couvre pas l'intégralité des organes politiques, s'étend aux plus importants d'entre eux. Le principe de l'autonomie financière contribue donc, de manière substantielle, à la protection de l'indépendance des pouvoirs politiques. Encore faut-il, pour cela, qu'il ait une véritable portée.

²²² Commentaire officiel sous la décision C.C., n°2001-448 DC, préc., p. 3.

²²³ « Fiches par article » sous la décision C.C., n°2001-448 DC, préc., p. 12.

²²⁴ « Fiches par article », *ibid.*, p. 12.

²²⁵ Décision C.C., n°62-20 DC, préc., cons. 2.

²²⁶ Décision C.C., n°92-313 DC, préc., cons. 2.

Section 2 – La portée étendue du principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics

86. En dépit du caractère faiblement limité de son champ d'application, le principe de l'autonomie financière, de par sa portée, participe du traitement dogmatique de la séparation entre les pouvoirs politiques. En effet, le Conseil estime que le bénéfice du principe de l'autonomie financière emporte deux types de conséquences pour les organes politiques qui en bénéficient. La première conséquence, découverte quelques mois après la constitutionnalisation du principe d'autonomie financière dans la décision du 27 décembre 2001²²⁷, consiste en la mise en œuvre de ce dernier en amont du processus d'élaboration du budget, soit dès le stade de la détermination des crédits. Le juge constitutionnel a en effet estimé que les pouvoirs publics disposent, lors de l'élaboration de leur budget, d'une compétence exclusive, de telle sorte que la protection de l'autonomie financière des pouvoirs publics, à ce stade, est absolue (§1.). La seconde conséquence, découverte en même temps que le principe constitutionnel d'autonomie financière dans la décision du 25 juillet 2001²²⁸, permet de mettre en œuvre le principe en aval, au stade de l'exécution du budget des pouvoirs publics. Le Conseil a en effet jugé que la mise en œuvre des crédits de ces derniers ne saurait, en raison de l'autonomie financière dont ils bénéficient, être soumise à un objectif ou à un quelconque indicateur de performance. Lorsqu'il s'agit d'exécuter leur budget, les pouvoirs publics bénéficient ainsi d'une liberté qui, bien que moins importante qu'au stade de la détermination des crédits permet de garantir leur indépendance (§2.). Le principe d'autonomie financière est donc un instrument précieux de garantie de l'indépendance des pouvoirs politiques. Il est, de ce fait, une des modalités de mise en œuvre du dogme séparatiste dans le cadre de la jurisprudence relative à la séparation entre les pouvoirs politiques.

²²⁷ Décision C.C., n°2001-456 DC, préc.

²²⁸ Décision C.C., n°2001-448 DC, préc.

§1. Une autonomie absolue dans la définition des crédits

87. Dans la décision du 27 décembre 2001²²⁹, le Conseil constitutionnel estime que découle des principes de séparation des pouvoirs et de l'autonomie financière des pouvoirs publics « la règle selon laquelle les pouvoirs publics constitutionnels déterminent eux-mêmes les crédits nécessaires à leur fonctionnement »²³⁰ (A.). Cette règle constitue en effet la première condition de l'autonomie financière des organes bénéficiant de ce principe constitutionnel et, partant, de leur indépendance. Or, de ce point de vue, la règle découverte par le juge constitutionnel est appréciable, et ce bien qu'elle ait fait l'objet, en 2012, d'une application critiquée (B.).

A. La liberté totale de détermination par les pouvoirs publics de leurs propres crédits

88. En découvrant la règle selon laquelle chacun des pouvoirs publics est compétent, de manière exclusive, pour déterminer le montant des crédits nécessaires à son propre fonctionnement, le Conseil constitutionnel a conféré aux pouvoirs publics une prérogative qui, de manière évidente, constitue un véritable apport en ce qui concerne la protection de leur autonomie organique. Dans la décision du 27 décembre 2001, le Conseil constitutionnel examine d'office, notamment, l'article 115 de la loi de finances pour 2002²³¹, lequel prévoit, dans son premier alinéa, qu' « est joint au projet de loi de finances de l'année, pour chacun des pouvoirs publics, un rapport expliquant les crédits demandés par celui-ci »²³².

89. Il apparaît, au vu du commentaire officiel de la décision, que la formulation retenue par le législateur financier - à savoir l'information sur les crédits *demandés* par les pouvoirs publics - comporte un risque d'interprétation qui serait contraire aux principes de séparation des pouvoirs et d'autonomie financière. C'est pourquoi le juge constitutionnel décide d'écarter « une interprétation maximaliste, qui ne reflétait pas l'intention majoritaire des parlementaires »²³³, et qui aurait pu conduire à interpréter le terme « demandé » comme entraînant la faculté pour le Gouvernement et le législateur financier de modifier comme de

²²⁹ Décision C.C., n°2001-456 DC, préc.

²³⁰ Décision C.C., n°2001-456 DC, préc., cons. 47.

²³¹ Loi n°2001-1275 du 28 décembre 2001 de finances pour 2002.

²³² L'article 115 de la loi de finances pour 2002 prévoit également : « II. Est jointe au projet de loi de règlement une annexe explicative développant, pour chacun des pouvoirs publics, le montant définitif des crédits ouverts et des dépenses constatées et présentant les écarts avec les crédits initiaux. III. Les dispositions du présent article sont applicables pour la première fois aux lois de finances pour l'année 2003 ».

²³³ Commentaire officiel de la décision C.C., n°2001-456 DC, préc., p. 7.

refuser le montant des crédits déterminé par chacun des pouvoirs publics. Une telle interprétation aurait en effet été contraire aux principes précités et, plus précisément, à la règle selon laquelle les pouvoirs publics doivent déterminer librement le montant de leurs crédits. Le Conseil jugule ainsi le risque d'atteinte à l'autonomie financière des pouvoirs publics qui résultait de la formulation hasardeuse retenue par le législateur.

C'est toutefois à raison que le commentaire officiel de la décision rappelle que l'intention des parlementaires n'était en aucun cas de donner au Gouvernement ou à eux-mêmes, pris en tant que législateur financier, la faculté de s'opposer à la « demande » des pouvoirs publics²³⁴. Les parlementaires aspiraient en effet davantage à instaurer une transparence qu'ils jugeaient insuffisante²³⁵. Cette précision n'est pas sans importance, puisque dans l'hypothèse où les parlementaires auraient expressément formulé le souhait de s'octroyer le pouvoir de s'opposer aux « demandes » des pouvoirs publics, le Conseil constitutionnel aurait dû renoncer à la formulation d'une réserve d'interprétation et prononcer la censure de la disposition. La réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel témoigne donc de l'attention toute particulière de ce dernier à l'égard du respect du principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics, ainsi que de la mise en œuvre du dogme séparatiste. Cette attention se traduit alors par la volonté de faire produire des effets concrets à ce principe, ici en consacrant la liberté inconditionnelle de chacun des pouvoirs publics lorsqu'il s'agit de déterminer le montant de leurs crédits.

90. Cette règle apparaît alors comme une condition nécessaire à l'existence d'une véritable autonomie financière des pouvoirs publics, ceux-ci étant seuls maîtres de la détermination des crédits nécessaires à leur fonctionnement. Il en résulte une garantie majeure de l'indépendance organique des pouvoirs qui bénéficient de cette règle, puisque ceux-ci ne pourront pas se voir menacés en raison de la détermination de leurs crédits. Il n'est donc pas surprenant que cette règle ait fait l'objet d'un certain nombre de critiques de la part d'une partie de la doctrine.

²³⁴ L'article 115 de la loi défermée est le résultat de l'amendement n°215, déposé en première lecture par D. Migaud au nom de la commission des finances, et adopté lors de la discussion en séance publique lors de la 3^e séance du lundi 19 novembre 2001 à l'Assemblée nationale.

²³⁵ Cette volonté est notamment exprimée par le rapporteur général de la commission des finances de l'Assemblée nationale, pour lequel la disposition « participe d'une initiative commune visant à accroître la transparence des institutions et à permettre une meilleure appréciation de l'utilisation des deniers publics » (Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2002 (n°3262), Tome III, p. 270). Le même rapport poursuit en estimant qu'« il est hautement souhaitable d'appliquer des règles d'information aussi homogènes que possible à l'ensemble des pouvoirs publics (...). Il va de soi qu'aux yeux des signataires de l'amendement, chaque pouvoir public est seul responsable du rapport explicatif qui lui est propre » (p. 271).

B. Une liberté bénéfique à l'indépendance des pouvoirs publics

91. Dégagée et appliquée en 2001 par le Conseil constitutionnel, la règle de la compétence exclusive des pouvoirs publics pour déterminer les crédits nécessaires à leur fonctionnement ne fera l'objet d'une seconde application que tardivement, en 2012, à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité de la deuxième loi de finances rectificative pour 2012²³⁶. La règle de la liberté de détermination des crédits nécessaires au fonctionnement des pouvoirs publics est alors appliquée au profit de deux d'entre eux, le Premier ministre et le Président de la République (1.). Bien que prévisible, l'application de cette règle au profit du chef de l'Etat a fait l'objet d'un certain nombre de critiques, dont la pertinence semble parfois incertaine (2.).

1. Une application prévisible

92. Dans sa décision en date du 9 août 2012²³⁷, le haut Conseil décide d'examiner l'une des dispositions de la loi. L'article 40 de la loi de finances rectificative prévoyait une réduction de la majoration – de 50% à 5% - des traitement brut mensuel, indemnité de résidence et indemnité de fonction du président de la République et du Premier ministre. En vertu d'une loi du 6 août 2002²³⁸, ceux-ci sont indexés « au traitement des fonctionnaires occupant les emplois de l'Etat classés dans la catégorie dite "hors échelle" »²³⁹. La disposition examinée devait permettre de traduire dans le droit positif une promesse de campagne du candidat F. Hollande, devenu président de la République : la baisse significative de la rémunération des membres de l'exécutif²⁴⁰. Hautement symbolique, cette disposition n'avait fait l'objet d'aucun grief de la part des requérants. Pourtant, le juge constitutionnel, après avoir rappelé l'article 16 de la Déclaration de 1789 ainsi que les articles 5 et 20 de la Constitution estime, sans plus de précision, qu' « en modifiant le traitement du président de la

²³⁶ Loi n°2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012.

²³⁷ Décision C.C., n°2012-654 DC du 9 août 2012, Loi de finances rectificative pour 2012 (II), J.O. du 17 août 2012, p. 13496, Rec. p. 461, cons. 79 à 83.

²³⁸ Loi n°2002-1050 du 6 août 2002 de finances rectificatives pour 2002.

²³⁹ Loi n°2002-1050, préc., article 14, I.

²⁴⁰ Pendant longtemps, aucun texte n'est venu régir le montant du traitement du Président de la République, qui était indexé sur le traitement de base du Vice-président du Conseil d'Etat. Les successeurs du Général De Gaulle ont progressivement revalorisé ce traitement, dont le mode de calcul a été pour la première fois inscrit dans un texte en 2002 (loi n°2002-1050, préc.). La disposition examinée par le Conseil constitutionnel le 9 août 2012 met un terme à cette hausse incessante du traitement du chef de l'Etat – ainsi qu'au traitement du Premier ministre -, le traitement des membres du Gouvernement ayant déjà été revu à la baisse avec un décret du 17 mai 2012 (décret n°2012-766 du 17 mai 2012 relatif au traitement des membres du Gouvernement).

République et du Premier ministre, l'article 40 de la loi déferée méconnaît le principe de la séparation des pouvoirs »²⁴¹.

Il s'agit alors de savoir en quoi la fixation par le législateur financier du traitement du président de la République et du Premier ministre est contraire à ce principe. La décision du 9 août 2012 témoigne des limites de la distinction entre séparation fonctionnelle et séparation organique des pouvoirs. Le Conseil constitutionnel semblait en effet avoir le choix entre deux raisonnements relatifs à la constitutionnalité de la disposition, selon qu'il se plaçait sur le terrain de l'une ou de l'autre.

93. En faisant le choix de la séparation fonctionnelle, le Conseil constitutionnel aurait dû trancher la question de savoir si le législateur, en adoptant une disposition modifiant la rémunération des membres de l'exécutif, avait ou non outrepassé ses compétences. Et dans la mesure où le Parlement tient traditionnellement « les cordons de la bourse »²⁴², comme le confirme l'article 34 de la Constitution²⁴³, il aurait été peu probable que le haut Conseil conclue à la contrariété de la disposition au principe de la séparation des pouvoirs²⁴⁴.

Mais, ainsi qu'il résulte non de la décision elle-même, mais du commentaire officiel, le Conseil choisit de se placer sur le terrain de la séparation organique afin d'examiner la constitutionnalité de l'article 40 de la loi déferée. En effet, pour justifier la censure de la disposition, le commentaire officiel estime que « la décision fait suite à celles dans lesquelles le Conseil constitutionnel avait déjà reconnu le lien entre nécessaire autonomie des moyens et exercice de la mission constitutionnelle », avant d'ajouter que « le Conseil apprécie ce lien de manière organique, plus que matérielle »²⁴⁵. Certains, à l'instar d'O. Beaud, ont d'ailleurs pu regretter ce choix²⁴⁶.

Il est donc évident, bien que le Conseil ne le mentionne pas explicitement, que la jurisprudence relative au principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics est

²⁴¹ Décision C.C., n°2012-654 DC, préc., cons. 82.

²⁴² C. Eisenmann, « Pouvoir de la bourse », in *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, t. 2, Sirey, Paris, 1906, p. 693.

²⁴³ L'article 34 de la Constitution prévoit, en son 18^e alinéa : « Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique ».

²⁴⁴ Voir not. M. Clorenec-Thys, « Le Conseil constitutionnel et l'inscription du traitement du Président de la République en loi de finances », *D.A.*, 2013, n°3, pp. 27-28. Il aurait été d'autant moins probable que le Conseil conclue à l'absence de conformité de la décision que la jurisprudence Blocage des prix (voir *infra*) aurait probablement trouvé à s'appliquer.

²⁴⁵ Commentaire officiel sous la décision C.C., n°2012-654 DC, préc., p. 42 et s.

²⁴⁶ « Mais ce n'est pas du tout sur le plan de la compétence du législateur (...) que le Conseil constitutionnel s'est placé. Il n'a pas davantage énoncé que le pouvoir réglementaire aurait été compétent en la matière. Il a "placé la barre très haut", si l'on peut utiliser cette métaphore sportive, en invoquant une violation du "principe de la séparation des pouvoirs" » (O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus politicum*, 2012, <http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP-Beaud.pdf>, pp. 4-5).

« directement à l'origine »²⁴⁷ de la décision du 9 août 2012. La censure de l'article 40 de la loi déferée²⁴⁸ n'est donc qu'une application de la règle selon laquelle les pouvoirs publics déterminent eux-mêmes les crédits nécessaires à leur fonctionnement. Selon cette règle, le Parlement ne saurait décider de modifier – à la hausse aussi bien qu'à la baisse – les crédits de ceux des organes de l'Exécutif qui sont des pouvoirs publics, à savoir le Président de la République et le Premier ministre.

94. Le fait que la diminution des traitements des deux têtes de l'Exécutif ait été un engagement pris par le candidat F. Hollande, et soutenu ensuite par le Premier ministre J.-M. Ayrault, aurait pu conduire le Conseil à tenir compte de cette volonté exprimée par l'Exécutif, et ce d'autant plus qu'elle a été formalisée avec le projet de loi de finances rectificative²⁴⁹ que contrôle le Conseil dans la décision du 9 août 2012. Au vu de cet élément, le Conseil aurait en effet pu considérer que c'était l'Exécutif lui-même qui avait souhaité fixer – à la baisse – ses crédits, et ce bien qu'il ait eu recours à l'intermédiaire du législateur. Mais ce n'est pas ce qu'a choisi de faire le juge constitutionnel, qui s'est attaché à ce que l'origine exécutive de la détermination des crédits de l'Exécutif se manifeste non seulement politiquement²⁵⁰, mais aussi juridiquement, par l'élaboration d'un acte réglementaire. La censure prononcée n'est donc finalement que l'application de la règle dégagée par le Conseil en 2001, selon laquelle les pouvoirs publics bénéficient d'une totale liberté dans la détermination des crédits nécessaires à leur fonctionnement.

2. Une application critiquable ?

95. Le fait que ce soit le Président de la République qui bénéficie, dans la décision du 9 août 2012²⁵¹, de la première véritable application de la règle selon laquelle les pouvoirs publics disposent d'une liberté totale dans la disposition de leurs crédits a suscité une vague de critiques²⁵². La plus véhémente a sans doute été formulée par O. Beaud, qui va jusqu'à

²⁴⁷ O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », art. cit., p. 11.

²⁴⁸ Le Conseil, à cette occasion, a également censuré la disposition de la loi du 6 août 2002 portant sur le même objet, suite au contrôle incident opéré par le juge constitutionnel.

²⁴⁹ Article 28 du projet de loi de finances rectificative pour 2012 n°71, enregistré à l'Assemblée nationale le 4 juillet 2012

²⁵⁰ L'Exécutif a rapidement pris acte de la censure prononcée par le Conseil constitutionnel en adoptant un décret pour revoir à la baisse le traitement du Président de la République et du Premier ministre. Ce décret prévoit par ailleurs que cette diminution est rétroactive. Voir le décret n°2012-983 du 23 août 2012 relatif au traitement du Président de la République et des membres du Gouvernement.

²⁵¹ Décision C.C., n°2012-654 DC, préc.

²⁵² Voir not. M. Clorennec-Thys, « Le Conseil constitutionnel et l'inscription du traitement du Président de la République en loi de finances », art. cit., p. 28.

qualifier la solution du Conseil d'« hérésie constitutionnelle ». Pour cet auteur, la censure prononcée par le Conseil en 2012 est critiquable à deux égards. La première critique formulée par O. Beaud porte, de manière générale, sur la règle selon laquelle les pouvoirs publics bénéficient d'une liberté totale dans la fixation de leurs crédits. Cette règle serait le signe d'une « absolutisation »²⁵³ de la conception de la séparation organique et, de ce fait, serait en décalage par rapport à la jurisprudence classique du Conseil constitutionnel en matière de séparation des pouvoirs. Pourtant, sur ce point, il n'est pas possible de suivre l'éminent auteur. En effet, en matière de séparation organique des pouvoirs, le Conseil constitutionnel a fait le choix, dès 2001, d'une interprétation séparatiste du principe de la séparation des pouvoirs, particulièrement dans le cadre de leur autonomie financière, de telle sorte que les principaux organes des pouvoirs politiques bénéficient de la garantie constitutionnelle d'une véritable autonomie. O. Beaud semble d'ailleurs admettre ce point, puisqu'il regrette qu'« un changement de la jurisprudence en fonction des circonstances »²⁵⁴ n'ait pas eu lieu. L'objection relative à l'absence de cohérence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel doit donc être écartée.

96. La seconde critique formulée par O. Beaud porte sur les conséquences de la décision du 9 août 2012 et, plus précisément, sur les conséquences de l'application de la règle de la liberté dans la détermination des crédits au Président de la République. C'est d'ailleurs surtout ce point qui semble susciter l'ire de l'auteur, lequel estime que la censure a pour résultat de renforcer un mouvement déplorable : la présidentialisaiton du régime de la V^e République. En concluant qu'« il reviendra à l'exécutif de fixer le traitement du président de la République, du Premier ministre et des membres du Gouvernement »²⁵⁵, le Conseil constitutionnel irait « à rebours de l'évolution qui a abouti à "dé-sanctuariser" l'Élysée pour ce qui concerne les comptes publics »²⁵⁶, et tendrait à donner plus de pouvoir au président de la République qui est déjà, il est vrai, l'organe prépondérant de la V^e République. Mais, tout comme la première, cette seconde critique doit également être écartée, dans la mesure où la décision du 9 août 2012 ne fait qu'appliquer la règle selon laquelle les pouvoirs publics doivent déterminer librement les crédits nécessaires à leur fonctionnement. Le juge constitutionnel aurait adopté

²⁵³ O. Beaud utilise en fait l'expression d'« interprétation séparatiste » (*Ibid.*, p. 24) pour désigner cette « absolutisation » de la séparation opérée par le Conseil constitutionnel.

²⁵⁴ O. Beaud, *ibid.*, p. 14.

²⁵⁵ Communiqué de presse de la décision C.C., n°2012-654 DC, préc.

²⁵⁶ O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », art. cit., p. 13. Pour l'auteur, « l'immixtion du Parlement et de la Cour des comptes dans les comptes de la Présidence de la République est une des principales innovations institutionnelles des cinq dernières années et on ajoutera, une innovation dont les citoyens peuvent se féliciter » (p. 13).

une solution analogue si la loi déferée avait concerné la détermination des crédits de n'importe quel autre pouvoir public bénéficiant du principe d'autonomie financière. Une même règle ne saurait donc faire l'objet d'une appréciation différente en fonction de l'organe auquel elle est appliquée, et la critique de la solution du Conseil au simple motif qu'elle profite au Président de la République, s'avère doublement infondée. Elle est infondée en période de convergence, car l'introduction du fait majoritaire rend indifférent le fait que le Parlement dispose ou non de la compétence de modifier le traitement du chef de l'Etat. Elle est plus infondée encore en période de cohabitation. En effet, dans cette hypothèse, la solution retenue par le Conseil devient plus qu'appréciable, dans la mesure où la majorité parlementaire ne pourra pas porter atteinte à l'indépendance du Président de la République en modifiant le montant de son traitement.

97. Le principe de l'autonomie financière emporte ainsi une première conséquence bénéfique aux pouvoirs publics, à savoir la liberté totale de ces derniers dans la détermination de leurs crédits. De ce fait, il contribue à la protection de l'indépendance des pouvoirs politiques par le Conseil et traduit l'application d'un dogme séparatiste dans le cadre de la jurisprudence relative à la séparation entre les pouvoirs politiques.

§ 2. Une autonomie faiblement limitée dans l'utilisation des crédits

98. Le principe d'autonomie financière des pouvoirs publics ne produit pas seulement des effets au stade de la détermination des crédits, il en produit également afin de protéger l'indépendance des pouvoirs publics au stade de l'exécution du budget des pouvoirs publics. Dans sa décision du 25 juillet 2001²⁵⁷, le Conseil a en effet estimé que découle du principe constitutionnel précité la règle selon laquelle les crédits des pouvoirs publics ne sauraient être spécialisés que par dotation, de telle sorte qu'ils ne peuvent se voir imposer ni objectif ni indicateur de performance. Ce faisant, le Conseil constitutionnalise la règle posée par le législateur organique dans la L.O.L.F. (A.). Mais le dogme séparatiste alors déployé par le Conseil se heurte aux limites constitutionnelles de l'autonomie dont peuvent bénéficier les pouvoirs publics au stade de l'exécution de leur budget. Il n'en demeure pas moins que ces limites sont peu importantes, de telle sorte que la portée du principe d'autonomie financière demeure conséquente (B.).

²⁵⁷ Décision C.C., n°2001-448 DC, préc.

A. La constitutionnalisation de la garantie de l'autonomie dans l'utilisation des crédits

99. Le législateur organique est à l'origine de la distinction entre les unités de spécialisation des crédits que sont la dotation et le programme. C'est en effet la L.O.L.F. qui, faisant en sorte que les pouvoirs publics ne se voient pas attribuer d'indicateurs de performance et d'objectifs dans le cadre de l'exécution de leur budget, amorce cette protection de l'autonomie financière (1.). Or, si le Conseil a choisi de constitutionnaliser le principe de l'autonomie financière, c'est dans le but de lui faire produire certains effets, parmi lesquels la liberté dans l'usage des crédits. Il n'est donc pas étonnant que, à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité du dispositif, le Conseil ait estimé que le dispositif contenu dans l'article 7 de la loi « assure la sauvegarde du principe d'autonomie financière des pouvoirs publics concernés, lequel relève du respect de la séparation des pouvoirs »²⁵⁸, de telle sorte que le législateur organique ne peut plus, désormais, revenir sur ce principe (2.)

1. Une garantie créée par le législateur organique

100. L'article 7 de la L.O.L.F. est relatif à la nomenclature budgétaire. Les modifications qui affectent cette dernière constituent l'un des apports majeurs de la « nouvelle constitution financière de la France ». En effet, pour beaucoup, « la loi organique du 1^{er} août 2001 marque une rupture avec la vision administrative qui avait continué à prévaloir dans l'ordonnance de 1959, en dépit des efforts pour développer une ventilation fonctionnelle des crédits »²⁵⁹. Pour ce faire, la disposition examinée prévoit que les crédits sont spécialisés par mission. Celles-ci peuvent relever « d'un ou plusieurs services d'un ou plusieurs ministères »²⁶⁰, et constituent l'unité de vote des crédits pour le Parlement²⁶¹. Chaque mission est ensuite ventilée en plusieurs programmes, qui constituent la nouvelle unité budgétaire. Qualifié de véritable progrès, un programme regroupe ainsi « les crédits destinés à mettre en œuvre une action ou un ensemble cohérent d'actions relevant d'un même ministère et auquel sont associés des objectifs précis, définis en fonction de finalités d'intérêt général, ainsi que des résultats attendus et faisant l'objet d'une évaluation »²⁶². Comme le soulignent M. Bouvier, M.-C. Esclassan et J.-P. Lassale dans leur manuel de finances publiques, « la portée de la mesure est

²⁵⁸ Décision C.C., n°2001-448 DC, préc., cons. 25.

²⁵⁹ M. Bouvier, M.-C. Esclassan, J.-P. Lassale, *Finances publiques*, 10^{ème} édition, Paris, 2010, p. 350.

²⁶⁰ Premier alinéa du I de l'article 7 de la L.O.L.F.

²⁶¹ Article 43, alinéa 3 de la L.O.L.F. : « La discussion des crédits du budget général donne lieu à un vote par mission. Les votes portent à la fois sur les autorisations d'engagement et sur les crédits de paiement ».

²⁶² Alinéa 4 du I de l'article 7 de la L.O.L.F.

claire. Au classique budget de moyens succède (...) un budget de résultats, dans lequel les crédits ne sont plus présentés par nature de dépenses, mais par objectifs et selon une démarche qui met au premier plan la notion de performance de la dépense publique »²⁶³. Il n'est en effet plus question d'attribuer des crédits sans s'assurer de la pertinence de leur utilisation, tant prévisionnelle que passée.

101. Pourtant, l'article 7 de la L.O.L.F. prévoit que, exceptionnellement, certains crédits ne feront pas l'objet d'une spécialisation par programme, mais par dotation. Contrairement au premier, la seconde n'implique pas que soit fixé un objectif à l'emploi des crédits définis, ni que leur usage fera l'objet d'une évaluation. Dès lors, les organes dont les crédits seront spécialisés par dotations bénéficieront d'une liberté nettement plus importante, tant au moment de l'exécution de leur budget que lors d'un éventuel contrôle portant sur cette exécution. Dérogeant à la logique de création d'un « budget de résultats », la spécialisation par dotation est marginale. Elle n'est prévue que dans trois hypothèses : pour les dépenses accidentelles²⁶⁴, pour les « mesures générales en matière de rémunération dont la fixation par programme ne peut être déterminée avec précision au moment du vote des crédits »²⁶⁵ et, enfin, pour les pouvoirs publics²⁶⁶. Sur ces trois hypothèses, seule la dernière relève d'un véritable choix du législateur organique. En effet, dans les deux premiers cas, il est impossible d'opter pour une spécialisation des crédits par programme, précisément en raison du caractère incertain et indéterminé de ces dépenses. En revanche, les crédits des pouvoirs publics sont stables et déterminés à l'avance. Il était donc possible de leur fixer un objectif et de les évaluer en fonction de leur utilisation. La lecture des travaux parlementaires révèle par ailleurs que cette option a été envisagée, notamment par le Gouvernement. Ainsi, lors des débats au Sénat, F. Parly, secrétaire d'Etat, s'exprimait ainsi : « il me paraît dommage que les crédits des pouvoirs publics ne fassent plus l'objet de programmes, comme c'est le cas dans le texte adopté par l'Assemblée nationale. Encore une fois, loin de moi l'idée d'exiger des comptes rendus aussi détaillés que pourraient l'être d'autres comptes rendus de programme. Je comprends très bien que l'on s'en tienne à des comptes rendus allégés, adaptés à la nature spécifique des pouvoirs publics. Il me semble néanmoins utile, pour le bon fonctionnement de notre démocratie, qu'ils soient fournis »²⁶⁷. C'est donc, avant tout, une logique de

²⁶³ M. Bouvier, M.-C. Esclassan, J.-P. Lassale, *Finances publiques*, *op. cit.*, p. 356.

²⁶⁴ Article 7, I, 1^o de la L.O.L.F.

²⁶⁵ Article 7, I, 2^o de la L.O.L.F.

²⁶⁶ Article 7, I, 3^{ème} alinéa : « Toutefois, une mission spécifique regroupe les crédits des pouvoirs publics, chacun d'eux faisant l'objet d'une ou plusieurs dotations ».

²⁶⁷ Sénat, 1^{ère} lecture, séance du 7 juin 2001.

transparence qui est opposée à la logique de liberté dont bénéficieraient les pouvoirs publics grâce à la dotation²⁶⁸.

102. Les parlementaires ont toutefois préféré maintenir l'idée d'une spécialisation par dotation pour les pouvoirs publics, estimant que la création et l'application d'indicateurs de performance aux crédits des pouvoirs publics, en plus d'être inadaptés²⁶⁹, contribueraient à limiter l'autonomie de ces derniers. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 25 juillet 2001, est venu faire de ce choix législatif une véritable prescription constitutionnelle.

2. Une garantie consolidée par la jurisprudence constitutionnelle

103. Dans la décision du 25 juillet 2001, le Conseil constitutionnel examine la constitutionnalité de l'article 7 de la L.O.L.F.²⁷⁰, et plus précisément le dispositif de ventilation des missions en programme ou dotation. Il estime alors que celui-ci « assure la sauvegarde du principe d'autonomie financière des pouvoirs publics concernés, lequel relève du principe de la séparation des pouvoirs » (cons. 25). En raisonnant *a contrario*, il semble falloir déduire de cette affirmation que la spécialisation des crédits des pouvoirs publics par programme et, par suite, l'existence d'objectifs attachés à ces crédits auraient été contraires aux principes de l'autonomie financière et de la séparation des pouvoirs. C'est, par ailleurs, ce qui ressort des travaux parlementaires²⁷¹ et des annexes de la décision du 25 juillet 2001²⁷². Il faut donc en déduire, d'une part, qu'en vertu du principe d'autonomie financière des pouvoirs publics, la seule unité budgétaire envisageable pour les pouvoirs publics est la dotation. D'autre part, le principe constitutionnel d'autonomie financière fait également obstacle à ce que les crédits des pouvoirs publics soient accompagnés d'objectifs fixés préalablement. Il en

²⁶⁸ La contradiction entre ces deux logiques (transparence, d'une part, et liberté absence de fixation d'objectifs, d'autre part) est développée plus longuement dans le rapport rédigé par D. Migaud au nom de la commission spéciale de l'Assemblée nationale à l'occasion du rapport rendu en 2^{ème} lecture (Rapport n°3150 (2000-2001), déposé le 19 juin 2001). La rapporteur D. Migaud y souligne les inconvénients de la notion de « dotation » au vu des objectifs de transparence et d'information du Parlement, pour finalement décider qu'« il est proposé de restreindre les dotations aux crédits des pouvoirs publics soumis au principe de la séparation des pouvoirs difficilement conciliable avec l'obligation d'objectifs et d'indicateurs ».

²⁶⁹ Sur ce point, voir not. le rapport n°343 (2000-2001), rédigé par A. Lambert au nom de la commission des finances de l'Assemblée nationale, et déposé le 29 mai 2001 sur le bureau de cette dernière : « comment imaginer leur associer des objectifs, et en mesurer la performance. (...) S'agit-il, (...) pour les pouvoirs publics, du nombre d'amendements définitivement adoptés au Parlement, du nombre de communiqués de presse du Président de la République, du nombre d'arrêts rendus par la Cour de Justice de la République, ou des annulations prononcées par le Conseil constitutionnel ? De toute évidence, ces critères sont inopérants parce que ces types de dépenses se prêtent mal à une budgétisation orientée vers les résultats ».

²⁷⁰ Décision C.C., n°2001-448 DC, préc., cons. 22-29.

²⁷¹ Voir le rapport n°3150 de D. Migaud, préc.

²⁷² Voir le commentaire et les « Fiches par article » sous la décision C.C., n°2001-448 DC, préc.

résulte une grande liberté pour les bénéficiaires de cette autonomie, qui semblent libérés de toute contrainte à l'occasion de l'exécution de leurs crédits.

104. En estimant que le principe constitutionnel d'autonomie financière implique que les crédits des pouvoirs publics doivent être spécialisés par dotation, le Conseil constitutionnel élève au rang de norme constitutionnelle le choix opéré par le législateur organique, de telle sorte que celui-ci ne pourra, à l'avenir, être remis en cause que par une révision constitutionnelle. Cette possibilité est d'ailleurs envisageable, dans la mesure où la Constitution prévoit déjà certains tempéraments à l'autonomie financière des pouvoirs publics au stade de l'exécution du budget. Le Conseil ne saurait donc assurer mieux qu'il ne le fait, sur ce point, l'autonomie financière des pouvoirs publics et, partant, assurer, suivant le dogme séparatiste, une véritable indépendance des pouvoirs politiques.

B. La relativité des limites à l'autonomie constitutionnelle dans l'utilisation des crédits

105. Le Conseil entendrait manifestement donner une large portée à la règle de la liberté dont bénéficient les pouvoirs publics dans l'utilisation des crédits, si la Constitution ne prévoyait pas expressément certains mécanismes limitant cette autonomie. C'est dans cette unique hypothèse qu'il admet l'existence de limites à l'autonomie dans l'utilisation des crédits des pouvoirs publics (1.). Plus tardivement, le Conseil a découvert le principe de bon usage des deniers publics, lequel est également susceptible de constituer une limite à l'autonomie financière dont bénéficient les pouvoirs publics au stade de l'utilisation de leurs crédits (2.).

1. Les limites actuelles

106. L'autonomie des assemblées parlementaires dans l'utilisation de leurs crédits est très faiblement limitée par la Constitution. Celle-ci est quasiment absolue, et ce en dépit de l'article 47-2 de la Constitution qui prévoit notamment l'assistance de la Cour des comptes « dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et de l'application des lois de financement de la sécurité sociale ainsi que dans l'évaluation des politiques publiques »²⁷³.

²⁷³ Cette mission a été élargie avec la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008. Avant cette modification, la mission constitutionnelle de la Cour des comptes se limitait à l'assistance du Parlement et du Gouvernement dans le contrôle de l'application des lois de finances et de financement de la sécurité sociale (anciens articles 47, alinéa 5 et 47-1, alinéa 5 de la Constitution). Désormais, la Constitution prévoit expressément que la Cour des comptes assiste le Parlement dans le contrôle de l'action du Gouvernement, et

Mais cette disposition ne saurait constituer une véritable limite car, comme le souligne C. Bazy-Malaurie, il s'agit d'une simple « assistance ». « En effet, nous transmettons de l'information au Parlement en fonction d'un mandat législatif ou de demandes particulières et il est alors possible de dire qu'on "l'assiste" »²⁷⁴. Ce mode d'intervention ne saurait donc être interprété comme une limite à l'autonomie dont bénéficient les assemblées parlementaires dans l'utilisation de leurs crédits.

107. S'agissant de l'autonomie du Premier ministre au stade de l'exécution de son budget, la situation est plus complexe. En effet, la Constitution ne prévoit aucune limite à cette autonomie. En revanche, de nombreuses dispositions constitutionnelles prévoient un contrôle de l'action du Gouvernement dans l'exécution des lois de finances et de financement de la sécurité sociale et limitent, *in fine*, l'autonomie financière dont il serait susceptible de bénéficier. Ainsi, l'article 24 de la Constitution habilite le Parlement à contrôler l'action du Gouvernement, notamment dans le domaine budgétaire²⁷⁵. Le rôle de la Cour des comptes à l'égard du Gouvernement, et contrairement au rôle qu'elle remplit à l'égard du Parlement, constitue également une véritable limite à son autonomie financière²⁷⁶. A première vue, cela n'a rien d'étonnant, et c'est d'ailleurs peut être là ce qui a poussé le Conseil à ne pas considérer le Gouvernement comme un pouvoir public. Mais l'absence d'autonomie, y compris financière, du Gouvernement est susceptible de constituer, indirectement, une limite

qu'elle assiste l'un et l'autre dans l'évaluation des politiques publiques (art. 22 de la loi constitutionnelle n°2008-724).

²⁷⁴ C. Bazy-Malaurie, « Les rapports de la Cour des comptes au Parlement : synthèse », R.F.F.P., 2007, n°99, pp. 53-54.

²⁷⁵ Ce sont les commissions des finances de chacune des deux assemblées qui jouent ici un rôle majeur, et ce d'autant plus depuis que la L.O.L.F. a renforcé ce rôle. Son article 57 donne en effet compétence à ces commissions pour le suivi et le contrôle de l'exécution des lois de finances, ainsi que pour « l'évaluation de toute question relative aux finances publiques », en précisant les moyens mis à la disposition des membres des commissions pour y parvenir. Ainsi, l'intervention du Parlement dans l'exécution du budget se décompose en deux éléments : l'information et le droit de statuer sur les comptes en votant la loi de règlement (art. 37 L.O.L.F.). S'agissant de l'information, le Gouvernement est tenu de fournir au Parlement un certain nombre de documents à l'occasion des différents débats budgétaires, afin de rendre compte de l'utilisation des crédits dont il dispose (art. 10, 12, 14, 15 et 21 de la L.O.L.F.). En outre, le Parlement dispose, par le biais des commissions des finances, de certains pouvoirs d'investigation (art. 57 et 59 de la L.O.L.F.). S'agissant du vote de la loi de règlement, qui a « pour objet de constater et de ratifier les résultats financiers de l'exercice » (H. M. Crucis, *Finances publiques*, Montchrestien, 2009, Paris, 2ème édition, p. 152), elle est l'occasion pour les chambres d'exercer un certain pouvoir sur l'exécution des crédits du pouvoir exécutif en ratifiant et en régularisant certaines opérations de l'exécutif (not. les décrets d'avance ou les reconnaissances d'utilité publique des gestions de fait des deniers de l'Etat).

²⁷⁶ C. Bazy-Malaurie souligne d'ailleurs cette différence de nature de l'intervention de la Cour des comptes à l'égard du Parlement et du Gouvernement « le terme d' "assistance" ne recouvre pas la même réalité pour le Parlement et pour le Gouvernement. En effet, nous transmettons de l'information au Parlement en fonction d'un mandat législatif ou de demandes particulières et il est alors possible de dire qu'on "l'assiste". En revanche nous contrôlons le travail des administrations en décidant librement de nos contrôles. (...) Il faut bien dire que notre travail de base, notamment au regard de l'exécution de la loi de finances, est bien un travail *a posteriori* reposant sur le contrôle ».

à l'autonomie dont devrait jouir le Premier ministre. La Constitution ampute ainsi l'autonomie financière du Premier ministre au stade de l'exécution de ses crédits, dont il ne bénéficie qu'en tant qu'entité autonome, et non en tant que chef du Gouvernement.

108. Enfin, et bien que la Constitution ne le prévoise pas, la Cour des comptes, depuis 2008, contrôle les services du Président de la République²⁷⁷ et le Parlement se voit adresser un certain nombre de documents relatifs aux dépenses effectuées tant par celui-ci que par ses services²⁷⁸. Cette limitation de l'autonomie du chef de l'Etat dans l'usage de ses crédits est le fruit de sa propre volonté²⁷⁹ de mettre fin à une longue tradition²⁸⁰. Ainsi, et bien qu'il s'agisse d'une autolimitation à laquelle le Président de la République est susceptible de mettre fin à tout moment, le Conseil, s'il était amené à en connaître, la jugerait certainement contraire aux principes de séparation des pouvoirs et d'autonomie financière des pouvoirs publics.

109. La Constitution ne prévoit donc, de manière expresse, que de faibles limites à la liberté dont bénéficient les pouvoirs publics au stade de l'utilisation de leurs crédits. Il est toutefois possible d'envisager qu'une nouvelle limite soit prochainement dégagée par le Conseil, dans l'hypothèse où ce dernier serait amené à concilier le principe d'autonomie financière des pouvoirs publics avec une norme découverte récemment par le Conseil, le principe de bon usage des deniers publics.

²⁷⁷ Voir la lettre du Président de la République, N. Sarkozy, en date du 14 mai 2008, demandant à la Cour des comptes de procéder au contrôle des comptes et de la gestion des services de la présidence de la République. Depuis, la Cour des comptes rend régulièrement des rapports relatifs aux comptes et à la gestion des services de la présidence de la République.

²⁷⁸ Sur ce point, voir not. la note adressée par E. Mignon, directrice de cabinet du Président de la République, le 22 octobre 2007, en réponse au questionnaire budgétaire portant sur les perspectives de la dotation de la présidence de la République.

²⁷⁹ N. Sarkozy a exprimé, pour la première fois, cette volonté à l'occasion d'un discours prononcé à Epinal, le 12 juillet 2007 : « Il y a débat sur l'étendue des pouvoirs du Président de la République ? Eh bien mettons le sujet sur la table et je prendrai des initiatives dans quelques jours pour que le budget de l'Elysée et de la présidence de la République obéisse à des conditions de transparence indispensables dans notre pays. Je demanderai au président de la Cour des comptes de contrôler le budget de la présidence de la République, ce qui n'a jamais été fait jusqu'à présent ». Elle a par la suite été confirmée dans un discours prononcé à Paris, le 5 novembre 2007, puis par une lettre adressée par le Président de la République au premier président de la Cour des comptes le 14 mai 2008.

²⁸⁰ A l'occasion de la première « présentation des résultats du contrôle de la Cour des comptes sur les comptes et la gestion 2008 des services de la présidence de la République », publiée le 15 juillet 2009, Philippe Seguin, alors premier président de la Cour des comptes, se félicite de cette initiative : « Il convient de rappeler que la Cour des comptes n'avait jusqu'ici jamais contrôlé les services de la présidence. Rien, formellement, dans les textes, ne l'en empêchait puisqu'elle est fondée à contrôler l'emploi de tout argent public, mais elle respectait ainsi une très vieille tradition, issue, pour ce qui la concernait, du Premier Empire, et reconduite de régime en régime. ».

2. Une limite virtuelle

110. En estimant qu'il n'était pas possible d'adjoindre des objectifs ou des indicateurs de performance à l'exécution des crédits des pouvoirs publics, le juge constitutionnel a considéré que les crédits de ces derniers ne doivent pas être considérés selon le mouvement actuel de type « néo-managérial »²⁸¹, dont la L.O.L.F. est l'illustration, et qui se traduit par l'introduction d'une logique de la performance à tous les niveaux de l'Etat. Ce mouvement incarne, par ailleurs, la mise en œuvre d'un double souci de bon usage des deniers publics et de transparence du budget de l'Etat, qui sont la conséquence de la situation de déficit et des exigences européennes d'équilibre budgétaire²⁸².

Or, si la plupart de ces considérations ne sauraient être opposées, sur un plan contentieux, aux effets produits par les principes de séparation des pouvoirs et d'autonomie financière des pouvoirs publics, il n'en va pas de même pour la préoccupation relative au « bon usage des deniers publics », dont le Conseil constitutionnel a jugé, en 2003, qu'il s'agissait d'une exigence de valeur constitutionnelle²⁸³ puis, en 2012, d'un objectif de valeur constitutionnelle²⁸⁴. Or, « dès lors qu'elle est consacrée par la jurisprudence, la notion de bonne utilisation des deniers publics ne peut plus être considérée comme une simple vue de l'esprit, dénuée de caractère normatif »²⁸⁵. Il s'agit alors de montrer en quoi l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics pourrait potentiellement s'opposer, au stade de l'exécution des crédits, à ce que soit conférée par le juge constitutionnel une autonomie

²⁸¹ « La loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 est une réforme de première importance parce qu'elle impose effectivement de nouvelles règles et de nouveaux instruments pour l'allocation, la gestion et le contrôle des crédits budgétaires. Ce faisant, elle met fin aux modalités de type bureaucratique (...) qu'avait mis en place l'ordonnance du 2 janvier 1959 pour leur substituer des recettes néo-managériales déjà largement utilisées dans les pays étrangers. En ce sens, la L.O.L.F. impose bien un changement "paradigmatique", au sens de Peter Hall, c'est-à-dire une transformation simultanée des objectifs poursuivis, des principes et des instruments » (P. Bezes, *Réinventer l'Etat. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, Paris, 2009, p. 447)

²⁸² Le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance, dit « Pacte budgétaire européen », entré en vigueur au 1^{er} janvier 2013, est une des meilleures illustrations de cette préoccupation de l'Union européenne et de ses membres.

²⁸³ Voir not. les décisions C.C., n°2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, J.O. 3 juillet 2003, p. 11205, Rec. p. 382 (cons. 18) et C.C., n°2003-489 DC du 29 décembre 2003, Loi de finances pour 2004, J.O. 31 décembre 2003, p. 22636, Rec. p. 487 (cons. 33). Le Conseil constitutionnel attendra pourtant 2006 avant d'identifier précisément le fondement textuel de cette nouvelle exigence constitutionnelle : les articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (décision C.C., n°2006-545 DC du 28 décembre 2006, J.O. 31 décembre 2006, p. 20320, Rec. p. 138).

²⁸⁴ Décision C.C., n°2012-651 DC du 22 mars 2012, Loi de programmation relative à l'exécution des peines, J.O. du 28 mars 2012, p. 5605, Rec. p. 155, cons. 9 ; décision C.C., n°2014-434 QPC du 5 décembre 2014, Société de laboratoires de biologie médicale Bio Dômes Unilabs SELAS [Tarif des examens de biologie médicale], J.O. du 7 décembre 2014, p. 20465, cons. 7.

²⁸⁵ D. Boiteux, « Le bon usage des deniers publics », *R.D.P.*, 2011, n°5, p. 1101.

financière absolue aux pouvoirs publics. Pour cela, deux éléments complémentaires doivent être pris en compte.

111. En premier lieu, il convient de s'interroger sur le contenu de l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics. Si, pour D. Boiteux, le recours à cette dernière « permet dans une certaine mesure de garantir la personne publique contre ses propres faiblesses, de sorte que la jurisprudence du Conseil constitutionnel doit être interprétée à cet égard dans le sens d'une restriction de la liberté d'action des personnes publiques »²⁸⁶, il est possible de regretter que le juge constitutionnel n'ait pas précisé ce qu'il entend par « bon usage des deniers publics ».

A première vue, ce principe induit, d'une part, des exigences d'efficacité et d'efficience de l'usage des deniers publics et, d'autre part, comme le suggère D. Boiteux, une certaine limitation de la liberté des pouvoirs publics en matière de gestion de leurs crédits. Il devient donc envisageable que le Conseil soit amené, dans l'avenir, à concilier le principe constitutionnel de l'autonomie financière des pouvoirs publics, qui découle du principe de séparation des pouvoirs, avec l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics.

En second lieu, un autre élément vient confirmer l'éventualité et la pertinence d'une telle conciliation. Dans une décision du 29 décembre 2003²⁸⁷, le juge constitutionnel a examiné une disposition²⁸⁸ créant une obligation d'information des collectivités territoriales à destination de l'Etat pour toute opération affectant les comptes du Trésor. Il a alors estimé que cette obligation d'information « participe au bon usage des deniers publics, qui est une exigence de valeur constitutionnelle », et qu'elle est le résultat d'une « conciliation qui n'apparaît pas manifestement déséquilibrée » entre, notamment, cette exigence constitutionnelle et les principes de libre administration des collectivités locales et de libre disposition de leurs ressources²⁸⁹.

112. Ainsi, et par analogie, il est possible de considérer que le Conseil constitutionnel puisse également estimer nécessaire de concilier, au stade de l'exécution du budget, l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics et l'autonomie financière des pouvoirs publics. Il n'en demeure pas moins que l'autonomie dont disposent les pouvoirs publics au stade de la détermination de leurs crédits demeure, malgré ces quelques limitations

²⁸⁶ D. Boiteux, *ibid.*, p. 1126.

²⁸⁷ Décision C.C., n°2003-489 DC, préc.

²⁸⁸ Il s'agissait de l'article 117 de la loi de finances pour 2004 (loi n°2003-1311 du 30 décembre 2003).

²⁸⁹ Articles 72 et 72-2 de la Constitution. Décision C.C., n°2003-489 DC, préc., cons. 33.

– avérées ou virtuelles – largement suffisante à assurer l'indépendance des organes politiques qui en bénéficient.

114. Conclusion de Chapitre. En découvrant le principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics le 25 juillet 2001, le Conseil constitutionnel a consacré un véritable instrument de garantie de l'indépendance de certains des organes politiques. D'abord, et bien qu'il ne bénéficie pas à la totalité des organes politiques, le principe d'autonomie financière dispose, au vu de la jurisprudence constitutionnelle, d'un champ d'application relativement large. Il permet en effet de consolider l'autonomie financière dont bénéficiaient déjà les principaux organes politiques, à savoir le Président de la République et les assemblées parlementaires – en vertu de traditions plus ou moins anciennes, mais également d'assurer l'autonomie financière de « jeunes » institutions, à savoir la Haute Cour, la Cour de Justice de la République et le Conseil constitutionnel. Ensuite, le principe de l'autonomie financière revêt une portée suffisamment large, en ce qu'il permet aux organes politiques qui en bénéficient de disposer d'une autonomie absolue dans la fixation et quasi-absolue dans l'utilisation de leurs crédits.

115. Dès lors, le principe de l'autonomie financière, tel qu'il est développé dans la jurisprudence constitutionnelle, témoigne de l'existence d'un dogme séparatiste qui guide le Conseil dans l'application jurisprudentielle du principe de séparation des pouvoirs et participe de l'existence d'une séparation organique étanche entre les pouvoirs politiques. Mais il n'est pas la seule norme constitutionnelle à permettre au Conseil d'assurer cette indépendance organique. En effet, celui-ci a également développé un ensemble de garanties relatives à l'indépendance structurelle des organes politiques.

Chapitre 2 – La protection de l'indépendance structurelle des pouvoirs politiques

116. L'indépendance structurelle des organes de chacun des pouvoirs est fondamentale. « Elle signifie que chaque autorité doit être à l'abri de toute influence des autres (...). L'indépendance provient avant tout de l'absence de pouvoir de révocation d'une autorité sur une autre, mais accessoirement une autorité est aussi indépendante si elle ne doit pas sa nomination à une autre (...) ou encore si des poursuites judiciaires ne peuvent être exercées contre elle par l'une des autres»²⁹⁰. M. Troper évoque ici plusieurs facettes de la séparation organique des pouvoirs, et plus précisément de l'indépendance des organes, qui se retrouvent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Néanmoins, toutes les exigences d'indépendance organique ne relèvent pas du principe de séparation des pouvoirs. En sont en effet exclues celles qui prônent l'indépendance des organes politiques vis-à-vis d'entités extérieures au champ d'application de la séparation des pouvoirs²⁹¹. Ainsi, seule l'indépendance d'un organe vis-à-vis d'un organe relevant d'un autre pouvoir politique et les exigences qui en découlent relèvent du principe de séparation des pouvoirs.

117. Ainsi comprise, l'indépendance absolue des organes n'est pas envisageable. Une telle autarcie de la part de chacun des organes conduirait à ce que ceux-ci ne puissent plus « aller de concert ». D'une telle absence de cohésion entre les organes et, partant, entre les pouvoirs, résulterait un fonctionnement anarchique de l'Etat. Cette indépendance absolue des pouvoirs est d'autant moins envisageable que la V^e République emprunte des traits au régime parlementaire, de telle sorte que la Constitution comporte un certain nombre de dispositions organisant des relations entre les pouvoirs politiques. Pour autant, le Conseil n'est pas amené à se prononcer sur la mise en œuvre de ces mécanismes. En revanche, lorsqu'aucune disposition constitutionnelle n'instaure une telle perméabilité de la séparation des pouvoirs, le Conseil doit faire un choix entre retenir une conception séparatiste, étanche, ou une conception plus perméable de la séparation des pouvoirs. Dans le premier cas, il censurera toute disposition législative qui permettrait à un organe de porter atteinte à l'indépendance d'un autre pouvoir, alors que dans le second cas il fera une application plus nuancée du principe de séparation des pouvoirs. Or, le dogme séparatiste qui guide le Conseil dans le

²⁹⁰ M. Troper, « Séparation des pouvoirs », in *Dictionnaire Montesquieu*, <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376427308/fr/>.

²⁹¹ On pense notamment aux médias, groupes de pression, syndicats...

traitement jurisprudentiel du principe de séparation des pouvoirs le conduit à adopter la première approche et à assurer, autant qu'il le peut, l'indépendance structurelle des organes.

118. L'indépendance structurelle d'un organe se décompose en deux exigences qui, « au point parfois de se superposer, (...) sont loin de se confondre »²⁹². La première de ces exigences concerne la composition de l'organe. L'indépendance doit alors s'entendre comme l'absence de dépendance vis-à-vis d'un autre pouvoir. Pour assurer cette indépendance, il faut que la composition d'un organe ne puisse être déterminée que par le pouvoir dont il relève. Dès lors, le Conseil, lorsqu'il contrôle des dispositions relatives à la composition des organes politiques, fait en sorte de préserver l'indépendance des ces derniers (**Section 1.**). La seconde exigence, relative à leur autonomie, concerne les garanties propres à assurer le fonctionnement autonome de l'organe. En cela, elle est, plus encore que l'indépendance au stade de la nomination et de la révocation des membres, un préalable nécessaire à la séparation fonctionnelle. Le Conseil s'emploie alors, lorsqu'il est saisi de dispositions relatives au fonctionnement des organes politiques, à faire en sorte que ces derniers puissent exercer leur fonction sans subir de pressions de la part d'un organe relevant d'un autre pouvoir (**Section 2.**).

Section 1 – Une indépendance garantie par la composition des organes

119. L'indépendance structurelle d'un organe tient d'abord aux modalités relatives à sa composition. La séparation des pouvoirs proscrit, en principe, qu'un organe puisse influencer sur la composition d'un autre organe s'ils ne relèvent pas du même pouvoir. En effet, dans la mesure où le principe de séparation ne joue qu'entre deux pouvoirs distincts, il n'interdit pas que deux organes relevant d'un même pouvoir interviennent dans leur composition respective. Il faut alors admettre que la séparation des pouvoirs ne permet d'assurer qu'une indépendance vis-à-vis de certaines entités. Elle ne permet d'abord pas d'assurer l'indépendance d'un organe vis-à-vis des entités extérieures au champ d'application du principe de séparation des pouvoirs²⁹³. Elle ne permet pas non plus d'assurer l'indépendance d'un organe vis-à-vis de la totalité des organes relevant de ce champ d'application, puisque sera admise l'influence d'un

²⁹² R. Hertzog, « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de signification ? », in *Mélanges Paul Amselek*, G. Cohen-Jonathan (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 459.

²⁹³ Voir *supra*.

organe dans la nomination ou la révocation des membres d'un autre organe s'ils relèvent d'un pouvoir identique. Il devient alors évident que le principe de séparation des pouvoirs ne peut, à lui seul, assurer la pleine indépendance des organes politiques. Pour autant, seule l'indépendance d'un organe vis-à-vis des organes relevant d'un pouvoir distinct relève de cette étude. Et, de ce point de vue, le traitement jurisprudentiel du principe de séparation des pouvoirs continue d'être guidé par le dogme séparatiste, dont le but est d'assurer une indépendance la plus absolue possible des organes politiques.

120. Ces précisions faites, l'analyse de la jurisprudence montre que le Conseil exploite toutes les potentialités du principe de séparation des pouvoirs afin de s'assurer que les modalités de composition d'un organe ne portent pas atteinte à son indépendance. Pour ce faire, le juge constitutionnel doit effectuer le contrôle de deux types de dispositions relatives à la composition des organes. Il doit en effet contrôler, d'une part, les dispositions qui régissent la nomination de leurs membres (§1.) et, d'autre part, les dispositions qui régissent leur révocation (§2.). Le Conseil s'assure alors qu'un pouvoir ne peut intervenir dans la composition d'un organe relevant d'un autre pouvoir, de telle sorte que l'indépendance de ce dernier serait menacée.

§1. Indépendance et nomination

121. L'examen de la jurisprudence révèle un traitement différent de la garantie de l'indépendance des organes politiques classiques et de l'indépendance des A.A.I. au stade de la nomination de leurs membres. S'agissant des premiers, c'est par son silence que se caractérise la jurisprudence constitutionnelle. Pour autant, l'indépendance des pouvoirs politiques classiques n'en est pas moins assurée, et ce par la Constitution. Il n'est toutefois pas exclu que, dans l'avenir, le juge constitutionnel examine une disposition législative relative à la nomination des membres d'un organe politique à la lumière du principe de séparation des pouvoirs afin de s'assurer qu'il n'est pas porté atteinte à l'indépendance de l'organe. Il ferait alors une nouvelle application du dogme séparatiste (A.).

122. En revanche, c'est la loi, et non des dispositions constitutionnelles spécifiques, qui régit les modalités de nomination des membres des A.A.I.²⁹⁴. Dès lors, il n'est pas étonnant que le Conseil ait eu recours au principe de séparation des pouvoirs afin de contrôler que ces

²⁹⁴ Il existe une exception, les modalités de nomination du Défenseur des droits étant fixées par l'article 71-1 de la Constitution, lequel a été instauré par la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

dispositions législatives ne portent pas atteinte à l'indépendance des A.A.I. Ce faisant, le Conseil se départit du dogme séparatiste pour retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs. Il semblerait alors qu'il renonce à protéger l'indépendance des A.A.I. Mais il n'en est rien. Car si le traitement jurisprudentiel du principe de séparation entre les pouvoirs politiques se caractérise par l'application d'un dogme séparatiste, c'est parce que c'est le seul moyen de protéger l'indépendance des organes politiques. En effet, le dogme séparatiste et l'indépendance des organes politiques vont presque toujours de concert. La seule exception à cette convergence concerne la nomination des membres des A.A.I. Pour le contrôle des dispositions qui y sont relatives, le Conseil continue d'assurer leur indépendance. Mais, pour y parvenir, il est contraint de renoncer à l'application du dogme séparatiste, qui conduirait à exiger une composition « endogène » des A.A.I., ce qui n'est pas envisageable **(B.)**.

A. L'indépendance des pouvoirs politiques assurée par la Constitution

123. Les modalités de nomination des membres des organes du Parlement et de l'Exécutif sont en grande partie régies par des dispositions de la Constitution. Ces dispositions prévoient tantôt que les membres seront élus, au suffrage universel direct ou indirect, tantôt qu'ils seront nommés. La première catégorie de dispositions échappe au principe de séparation des pouvoirs, le peuple n'étant pas un « pouvoir » aux yeux du Conseil constitutionnel²⁹⁵. Il n'en demeure pas moins que l'élection est une modalité qui assure de manière certaine l'indépendance de l'organe dont les membres sont élus vis-à-vis des autres pouvoirs²⁹⁶. En revanche, la seconde catégorie de dispositions intéresse la séparation des pouvoirs. Lorsque la Constitution prévoit la nomination des membres d'un organe, elle fait application du principe de séparation des pouvoirs interprété à la lumière du dogme séparatiste, puisque les nominations ont toujours lieu au sein d'un même pouvoir, de telle sorte que son indépendance est préservée **(1.)**. Il est toutefois possible d'envisager que le législateur adopte une disposition afin de régir les modalités de nomination des membres de certains organes

²⁹⁵ Voir *supra*.

²⁹⁶ Par extension, échappent également au champ du principe de séparation des pouvoirs les dispositions législatives qui complètent l'article 71 de la Constitution afin de prévoir les modalités de composition du Conseil économique, social et environnemental, dans la mesure où elles font intervenir des entités relevant de la société civile. Voir l'article 7 de l'ordonnance n°58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique et social, modifié par l'article 7 de la loi organique n°2010-704 du 28 juin 2010 relative au Conseil économique, social et environnemental.

politiques dans une hypothèse qui n'est pas expressément prévue par la Constitution, et d'anticiper l'approche contentieuse que pourrait en avoir le Conseil au regard du principe de séparation des pouvoirs (2.).

1. Une indépendance essentiellement assurée par des dispositions constitutionnelles spécifiques

124. La Constitution prévoit les modalités de nomination de la plupart des organes politiques. Elle prévoit ainsi, en premier lieu, que le Président de la République²⁹⁷, les députés²⁹⁸ et les sénateurs²⁹⁹ sont élus par le peuple, au suffrage universel, direct ou indirect. La séparation des pouvoirs n'est donc pas ici en cause, et ces dispositions sont l'expression du caractère démocratique du régime, qui veut que le pouvoir soit attribué au peuple qui l'exerce soit directement, soit par l'intermédiaire de ses représentants, ainsi que le prévoit l'article 3 de la Constitution³⁰⁰. C'est cette dernière option, la démocratie représentative, qui a été privilégiée par la Constitution de 1958, comme dans la plupart des Etats européens. Ainsi, l'élection des membres des principaux organes politiques, tout en échappant au champ d'application du principe de séparation des pouvoirs, s'insère donc parfaitement dans la logique du régime de la V^e République.

La Constitution prévoit également, en second lieu, la nomination du Premier ministre et des membres du Gouvernement. Son article 8 énonce, d'une part, que les membres du Gouvernement sont nommés par le Président de la République « sur proposition du Premier ministre »³⁰¹ et, d'autre part, que ce dernier est nommé par le Président de la République³⁰². P. Blachère explique ainsi ce choix : « influencé par le courant révisionniste qui, sous la III^e République, plaidait pour libérer le Président de la République de toute entrave en matière de nomination des membres du Gouvernement, le constituant de 1958 réserve une compétence discrétionnaire au Président dans la nomination du Premier ministre. Dispensé de prendre quelque avis que ce soit, maître du moment de la nomination, le Président de la République exerce une compétence totalement discrétionnaire dans ce domaine »³⁰³. Il est toutefois

²⁹⁷ Art. 6 de la Constitution.

²⁹⁸ Art. 24, al. 3 de la Constitution.

²⁹⁹ Art. 24, al. 4 de la Constitution.

³⁰⁰ Art. 3, al 1^{er} de la Constitution : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

³⁰¹ Art. 8, al. 2 de la Constitution : « Sur proposition du Premier ministre, (le Président de la République) nomme les autres membres du Gouvernement ».

³⁰² Art. 8, al. 1^{er} de la Constitution : « Le Président de la République nomme le Premier ministre ».

³⁰³ P. Blachère, « Les pouvoirs discrétionnaires du chef de l'Etat, sources de la présidentialisation du régime », *L.P.A.*, 2008, n°138, n.p.d.a. 5.

permis de douter de cette dernière affirmation, dans la mesure où l'article 8, « typique du compromis de 1958 »³⁰⁴, ne saurait être lu indépendamment de l'article 49 de la Constitution, qui prévoit que le Gouvernement est responsable devant l'Assemblée nationale. Dès lors, bien que la Constitution de 1958 ne soit pas allée jusqu'à reprendre le principe de l'investiture existant sous la IV^e République³⁰⁵, en prévoyant que le Gouvernement doit bénéficier de la confiance de l'Assemblée nationale, elle lie le choix du Président de la République à la conjoncture politique, laquelle s'incarne dans la composition de la chambre basse. L'étude des choix effectués par les Présidents de la République successifs confirme d'ailleurs l'existence d'un lien entre la majorité parlementaire et le choix du Premier ministre, ainsi que le prévoyait déjà De Gaulle en 1946 à l'occasion du discours de Bayeux³⁰⁶. Il en va de même de la pratique conduisant tous les gouvernements à solliciter la confiance de l'Assemblée dans les quelques jours qui suivaient leur nomination, devenue systématique depuis 1993³⁰⁷. Ainsi, s'agissant de la nomination des membres du Gouvernement et du Premier ministre, le constituant a fait le choix d'une conception perméable de la séparation des pouvoirs. Mais cette perméabilité demeure limitée, dans la mesure où le Parlement n'intervient pas directement dans la nomination des membres de l'Exécutif.

125. Dès lors, la Constitution ne prévoit pas les modalités de nomination des membres de la totalité des organes politiques. Il n'est donc pas exclu que le Conseil puisse être, à terme, saisi d'une disposition législative organisant, dans le silence de la Constitution, les modalités de nomination des membres de l'un des organes politiques.

³⁰⁴ P. Avril, « Article 8 », in *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, F. Luchaire, G. Conac et X. Prétot (dir.), Economica, Paris, 3^{ème} édition, 2009, p. 353. J. Gicquel estime également que l'article 8 de la Constitution traduit « l'idée constamment affirmée depuis Bayeux que le Gouvernement émane du chef de l'Etat et non de la représentation parlementaire » (J. Gicquel, *Essai sur la pratique de la Ve République*, LGDJ, Paris, 2^{ème} édition, 1977, p. 121).

³⁰⁵ L'article 45 de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoyait en effet que « le Président de la République nomme le président du Conseil » (al. 1^{er}), mais également que « le président du Conseil et les ministres ne peuvent être nommés qu'après que le président du Conseil ait été investi de la confiance de l'Assemblée au scrutin public et à la majorité absolue des députés, sauf cas de force majeure empêchant la réunion de l'Assemblée nationale » (al. 3).

³⁰⁶ « C'est donc du chef de l'État, placé au-dessus des partis, élu par un collège qui englobe le Parlement mais beaucoup plus large et composé de manière à faire de lui le président de l'Union française en même temps que celui de la République, que doit procéder le pouvoir exécutif. Au chef de l'État la charge d'accorder l'intérêt général quant au choix des hommes avec l'orientation qui se dégage du Parlement ».

³⁰⁷ Il y a quelque chose de paradoxal dans cette pratique dans la mesure où il n'a pas été donné suite à la proposition du Comité Vedel de modifier l'article 20 de la Constitution pour prévoir que « Dans les quinze jours qui suivent sa nomination, le Premier ministre engage la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale, selon la procédure prévue au premier alinéa de l'article 49 » (« Rapport remis au Président de la République, le 15 février 1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution », *J.O.*, 16 février 1993, p. 2542). Sur le débat tenant au caractère juridiquement contraignant ou non de l'investiture, voir F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2009, 31^{ème} édition, p. 637-638.

2. Une indépendance virtuellement assurée par le principe de la séparation des pouvoirs

126. Il est deux hypothèses dans lesquelles le Conseil pourrait avoir recours au principe de séparation des pouvoirs afin de contrôler des dispositions législatives relatives à la nomination de membres d'un organe politique.

Il serait susceptible de le faire, en premier lieu, en ce qui concerne les modalités de nomination du Conseil économique, social et environnemental (C.E.S.E.). Celui-ci, souvent présenté comme la « "troisième assemblée constitutionnelle" aux cotés de l'Assemblée nationale et du Sénat »³⁰⁸, et malgré l'indétermination de son statut, semble devoir être rattaché au pouvoir exécutif, et ce pour deux raisons. D'abord, il semble exclu que le C.E.S.E. soit rattaché au Parlement, dans la mesure où l'article 24 de la Constitution prévoit que le Parlement « comprend l'Assemblée nationale et le Sénat »³⁰⁹. Ensuite, le rattachement du C.E.S.E. au pouvoir exécutif semble la solution la plus pertinente dans la mesure où le texte originel de la Constitution de 1958 réserve la saisine de cet organe au seul Gouvernement³¹⁰. Enfin, dans une décision du 13 décembre 2012, le Conseil qualifie le C.E.S.E. d'« autorité administrative »³¹¹. Les modalités de nomination des membres du C.E.S.E. confirment d'ailleurs cette idée puisqu'en l'état actuel du droit³¹², lorsque les membres de cet organe ne sont pas désignés par « les organisations professionnelles les plus représentatives »³¹³, ils le sont par décret³¹⁴. Dans la mesure où l'article 71 de la Constitution renvoie à une loi

³⁰⁸ L. Touzeau, « Le Conseil économique, social et environnemental après la loi organique du 28 juin 2010 : une assemblée constitutionnelle mal identifiée », *R.D.P.*, 2011, n°3, p. 637.

³⁰⁹ Il est d'ailleurs possible de noter que les tentatives de révision de la Constitution dans le but de fusionner le C.E.S. et le Sénat ont échoué (voir le projet de révision de la Constitution, rejeté à l'occasion du référendum du 27 avril 1969, repris récemment par deux propositions de loi constitutionnelle, n°4432 déposée à l'Assemblée nationale le 6 mars 2012 par L. Luca, E. Blanc, C. Gatignol, A. Wojciechowski, E. Straumann, B. Depierre et J.-P. Dupont, et n°936 déposée à l'Assemblée nationale le 17 avril 2013 par L. Luca et P. Labaune).

³¹⁰ Le texte originel de la Constitution de 1958 prévoyait en effet que le C.E.S.E. est saisi par le Gouvernement pour donner son avis « sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret ainsi que sur les propositions de loi qui lui sont soumis » (art. 69, al. 1^{er} C.), et « peut être également consulté par le Gouvernement sur tout problème de caractère économique ou social intéressant la République ou la Communauté. Tout plan ou tout projet de loi de programme à caractère économique ou social lui est soumis pour avis » (art. 70 C.). Ce n'est qu'en 2008 qu'une révision de la Constitution modifie son article 70 afin de permettre au Parlement de consulter le C.E.S.E. (art. 34 de la loi constitutionnelle n°2008-724, préc.). Il est possible de noter que la révision du 23 juillet 2008 a également aménagé la possibilité pour le C.E.S.E. d'être saisi par voie de pétition (art. 69 al. 3 C.).

³¹¹ Décision C.C., n°2012-658 DC du 13 décembre 2012, Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques, J.O. du 18 décembre 2012, p. 19856, Rec. p. 667, cons. 39.

³¹² La composition du C.E.S.E. est actuellement régie par l'ordonnance n°58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique et social, modifiée par la loi organique n°2010-704 du 28 juin 2010 relative au Conseil économique, social et environnemental.

³¹³ Art. 7, II, al. 1^{er} de la loi organique n°2010-704, préc.

³¹⁴ C'est le cas par exemple des deux représentants des associations syndicales d'étudiants, désignés par le ministre chargé de l'enseignement supérieur (art. 12 du décret n°84-558 du 4 juillet 1984 fixant les conditions de

organique le soin de fixer la composition du C.E.S.E., il est possible d'imaginer que le législateur organique décide, dans l'avenir, de modifier ces règles afin de désigner lui-même certains membres du C.E.S.E, ou de conférer cette prérogative à un organe parlementaire. Il ferait alors intervenir un organe du Parlement dans la nomination de membres d'un organe relevant de l'Exécutif.

Saisi d'une telle disposition, le Conseil devrait choisir parmi plusieurs solutions. Il pourrait en effet décider que, dans la mesure où l'article 71 de la Constitution renvoie au législateur le soin de fixer les modalités de composition du C.E.S.E., rien n'interdit que le Parlement, sous quelque forme que ce soit, intervienne dans le choix des membres du C.E.S.E. Il refuserait alors de contrôler la disposition législative à la lumière du principe de séparation des pouvoirs. Ensuite, le Conseil pourrait également choisir de contrôler la disposition au regard de cette norme, tout en en retenant une approche relativement perméable, de telle sorte qu'il conclurait à la conformité de la disposition. Enfin, le Conseil pourrait retenir une approche étanche de la séparation des pouvoirs, conformément au dogme séparatiste, et conclure à l'inconstitutionnalité de la disposition, au motif qu'un organe ne saurait procéder, même partiellement, d'un organe qui relève d'un pouvoir distinct sans porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs.

127. En second lieu, il est possible d'imaginer que l'une des deux chambres du Parlement décide, dans une résolution modifiant son règlement intérieur, de faire nommer certains membres d'un organe parlementaire par l'Exécutif. Il est vrai que cette hypothèse est pour le moins fantaisiste, dans la mesure où cela reviendrait pour l'assemblée concernée à porter elle-même atteinte à son indépendance. Il n'en demeure pas moins que, là encore, le Conseil aurait le choix entre ne pas contrôler la disposition à la lumière de la séparation des pouvoirs, retenir une approche perméable de cette dernière et juger la résolution conforme à la Constitution, ou retenir une approche étanche de la séparation des pouvoirs et censurer la résolution au motif qu'elle porte atteinte à l'indépendance de l'organe parlementaire dont la résolution prévoit la nomination de certains membres par l'Exécutif.

128. Dans le premier comme dans le second cas, et bien qu'il s'agisse de « droit fiction », c'est la troisième solution qui semble la plus cohérente, à la fois au vu de la théorie de la séparation des pouvoirs et au vu de l'attachement manifeste du Conseil à l'indépendance organique. Ainsi, dans l'hypothèse où celui-ci se trouverait confronté à une disposition faisant

désignation des membres du Conseil économique, social et environnemental modifié par le décret n°2010-886 du 29 juillet 2010 et de certaines personnalités qualifiées, désignées par décret en Conseil des ministres pris sur le rapport du Premier ministre (art. 14 du décret n°84-558, préc., modifié par le décret n°2010-886, préc.).

intervenir un organe dans la nomination des membres d'un organe relevant d'un pouvoir distinct, il est plus qu'envisageable qu'il retiendrait une conception étanche de la séparation des pouvoirs afin de préserver l'indépendance des organes politiques de l'Exécutif et du Parlement au stade de leur composition. Cette solution devient d'autant plus envisageable que c'est ce que fait le Conseil lorsqu'il s'agit d'assurer l'indépendance des A.A.I.

B. L'indépendance des A.A.I. assurée par le Conseil grâce à l'abandon circonstanciel du dogme séparatiste

129. L'identification du fondement constitutionnel de l'indépendance des A.A.I. a eu lieu en plusieurs étapes. Dans un premier temps, le juge constitutionnel n'a pas semblé s'interroger sur le fondement de l'indépendance de ces autorités. Au gré des décisions, lorsque l'indépendance ne résultait pas d'une disposition constitutionnelle³¹⁵, elle semblait découler tantôt de l'intention du législateur de conférer une certaine indépendance à l'autorité administrative³¹⁶, tantôt de l'importance du rôle ou de la mission de celle-ci³¹⁷. Puis, en 2012, le juge constitutionnel a affirmé que le principe constitutionnel d'indépendance des A.A.I. découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Il estimait alors que, lorsqu'un pouvoir de sanction est dévolu à celles-ci, « doivent être (...) respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »³¹⁸. Il restait donc, pour plus de précision, à identifier lequel des deux volets de l'article 16 de la Déclaration – séparation des pouvoirs ou garantie des droits - fonde le principe d'indépendance des A.A.I. La formulation déployée par le Conseil à partir de 2012, en ce qu'elle semblait réserver la

³¹⁵ Décision C.C., n°2011-626 DC du 29 mars 2011, Loi organique relative au Défenseur des droits, J.O. du 30 mars 2011, p. 5507, Rec. p. 165, cons. 5 : « Considérant, d'une part, qu'en érigeant le Défenseur des droits en "autorité constitutionnelle indépendante", le premier alinéa de l'article 2 rappelle qu'il constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution ».

³¹⁶ Décision C.C., n°86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, J.O. du 19 septembre 1986, p. 11294, Rec. p. 141, cons. 96 ; décision C.C., n°93-324 DC du 3 août 1993, Loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, J.O. du 5 août 1993, p. 11014, Rec. p. 208, cons. 18 ; décision C.C., n°2011-192 QPC du 10 novembre 2011, Mme Ekaterina B., épouse D., et autres [Secret défense], J.O. du 11 novembre 2011, p. 19005, Rec. p. 528, cons. 27 et 28.

³¹⁷ Décision C.C., n°94-352 DC du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, J.O. du 21 janvier 1995, p. 1154, Rec. p. 170, cons. 6 et décision C.C., n°2013-676 DC, préc., cons. 47.

³¹⁸ Décision C.C., n°2012-280 QPC du 12 octobre 2012, Société du Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction], J.O. du 13 octobre 2012, p. 16031, Rec. p. 529, cons. 16 ; décision C.C., n°2013-331 QPC du 5 juillet 2013, Société Numéricâble SAS et autre [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes], J.O. du 7 juillet 2013, p. 11356, cons. 10 ; décision C.C., n°2013-678 DC du 14 novembre 2013, Loi organique portant actualisation de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O. du 16 novembre 2013, p. 18634, cons. 8 ; décision C.C., n°2013-359 QPC du 13 décembre 2013, Société Sud Radio Services et autre [Mise en demeure par le Conseil supérieur de l'audiovisuel], J.O. du 15 décembre 2013, p. 20432, cons. 3.

protection constitutionnelle de l'indépendance des A.A.I. aux seules d'entre elles exerçant un pouvoir de sanction pouvait conduire à rattacher cette protection à la garantie des droits. Or, le Conseil a écarté cette interprétation dans une décision du 9 octobre 2013³¹⁹. En effet, saisi de la disposition relative aux garanties d'indépendance de la Haute autorité de transparence de la vie publique, le Conseil estimait ces garanties suffisantes, et jugeait la disposition conforme au principe de séparation des pouvoirs³²⁰. C'est donc bien le principe de séparation des pouvoirs qui fonde l'exigence constitutionnelle d'indépendance des A.A.I.

130. Le caractère désormais systématique du rattachement de l'indépendance des A.A.I. au principe de séparation des pouvoirs permet de renforcer cette exigence d'indépendance des A.A.I. et témoigne, à lui seul, de l'attachement du Conseil à cette dernière. Il n'est donc pas étonnant que le juge constitutionnel s'emploie à garantir l'indépendance des A.A.I. au stade de la nomination de leurs membres. Mais, pour ce faire, la spécificité des A.A.I. oblige à abandonner le dogme séparatiste et à retenir une approche perméable de la séparation des pouvoirs (1.). Ce n'est qu'au prix de cet abandon que le Conseil peut exercer un contrôle destiné à s'assurer que les dispositions qui lui sont soumises assurent pleinement l'indépendance des A.A.I. (2.).

1. Le caractère spécifique de la protection de l'indépendance des A.A.I.

131. Les A.A.I. semblent être progressivement érigées par le Conseil constitutionnel en un pouvoir indépendant, autonome des trois pouvoirs classiques. Dès lors, en toute logique, la règle découlant du dogme séparatiste, selon laquelle aucun organe relevant d'un autre pouvoir ne saurait nommer leurs membres, devrait s'appliquer. Pourtant, cette règle est inadaptée dans la mesure où elle supposerait que les membres des A.A.I. ne peuvent être nommés que par d'autres A.A.I., et ainsi de suite. Or, en plus d'être impraticable, cette idée présente le risque de créer une sorte d' « aristocratie administrative dépourvue de tout lien avec le pouvoir politique »³²¹, ce qui, comme le notent G. Eckert et J.-P. Kovar, est difficilement conciliable avec le système démocratique³²².

³¹⁹ Décision C.C., n°2013-676 DC du 9 octobre 2013, Loi relative à la transparence de la vie publique, J.O. du 12 octobre 2013, p. 16847, Rec. p. 972.

³²⁰ Décision C.C., n°2013-676 DC, préc., cons. 47.

³²¹ G. Eckert et J.-P. Kovar, « Introduction », *R.F.A.P.*, 2012, n°143, p. 625.

³²² « Les autorités de régulation ne peuvent être légitimées que par la délégation qui leur est consentie par des institutions procédant de l'élection et, plus encore, par l'obligation qui pèse sur elles de rendre compte de leurs activités devant les autorités démocratiquement élues » (G. Eckert, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *R.F.A.P.*, 2012, n°143, p. 640).

132. Ainsi, à moins d'avoir recours à l'élection pour la désignation des membres des A.A.I., il est nécessaire que celle-ci soit effectuée par un ou plusieurs organes relevant *de facto* d'un ou plusieurs autres pouvoirs. Par conséquent, la perméabilité de la séparation des pouvoirs s'impose. L'indépendance des A.A.I. doit donc être garantie autrement que par une séparation étanche. Deux éléments semblent alors contribuer à cette indépendance. C'est, d'une part, « la collégialité (qui) apparaît comme une garantie essentielle de l'indépendance »³²³ des A.A.I., puisqu'elle assure « une délibération collective sur des sujets sensibles ou des questions complexes »³²⁴. C'est probablement pour cette raison que la quasi-totalité des A.A.I. est formée par un collège, et non par un membre unique³²⁵. D'autre part, et surtout, c'est la pluralité des sources de désignation des membres qui permet de garantir l'indépendance des A.A.I. Cette diversification des sources de désignation permet en effet de « réduire l'influence des autorités de nomination » et renforce l'indépendance des A.A.I. vis-à-vis du pouvoir politique³²⁶. A titre d'exemple, pour J.-P. Kovar, c'est précisément l'existence d'une pluralité et d'un équilibre des sources de désignation qui a conduit le Conseil constitutionnel à considérer, en 1989, que la Commission des opérations de bourse était indépendante³²⁷.

133. Dès lors, dans la mesure où la perméabilité de la séparation des pouvoirs s'impose dans le cadre de la nomination des membres des A.A.I., c'est l'équilibre dans la répartition des autorités de nomination qui va permettre d'assurer l'indépendance de ces organes. Dès lors, l'indépendance des A.A.I. semble être, du point de vue de la nomination de leurs membres, une « indépendance dans l'interdépendance »³²⁸. Le législateur, compétent pour

³²³ *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) de P. Gélard, fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, déposé le 15 juin 2006 au Sénat, p. 107.

³²⁴ *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public du Conseil d'Etat, 2001, La Documentation française, Paris, 2001, p. 291.

³²⁵ A l'exception notable du Défenseur des droits (art. 71-1 de la Constitution), qui est nommé par décret en conseil des ministres après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution (art. 1 al. 1^{er} de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits), et bien que cette exception soit tempérée par l'existence d'adjoints, lesquels sont nommés par le Premier ministre sur proposition du Défenseur des droits, et de collègues qui « assistent pour l'exercice de ses attributions » (art. 11, I de la loi organique n°2011-333, préc.). Sur le statut du Défenseur des droits, voir not. J.-L. Autin, « Le statut du Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, n°139, pp. 421-431.

³²⁶ J.-P. Kovar, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », *R.F.A.P.*, 2012, n°143, p. 659.

³²⁷ Décision C.C., n°89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, J.O. du 1^{er} août 1989, p. 9676, Rec. p. 71, cons. 10 : « que tant le mode de désignation des membres que la durée fixe de leur fonction sont à même de garantir l'indépendance de la commission dans l'exercice de ses missions ».

³²⁸ C'est à E. Faure qu'on doit l'expression d' « indépendance dans l'interdépendance » à l'occasion de la visite de Mohammed V en Espagne en avril 1956. L'expression était alors destinée à qualifier l'évolution de la situation du Maroc.

créer des A.A.I. et prévoir les modalités de désignation de leurs membres, ainsi que le Conseil constitutionnel, l'ont bien compris.

2. Une protection efficace de l'indépendance des A.A.I.

134. « Dans la mesure où la catégorie des Autorités administratives indépendantes n'existe guère en tant que telle, il est difficile d'affirmer de manière très générale s'il s'agit d'une compétence exclusive du législateur ou si le pouvoir réglementaire peut créer une Autorité administrative indépendante. Cela tient au fait que pour l'instant, c'est davantage la mission des Autorités administratives indépendantes qui prévaut sur leur forme »³²⁹. Ainsi, la compétence de création des A.A.I. ne relève du législateur qu'en tant que les missions qui leur sont confiées se rattachent à la liste de l'article 34 de la Constitution, ce qui a toujours été le cas jusqu'à présent³³⁰. Dès lors, le législateur doit prévoir les modalités de désignation des membres des A.A.I. Depuis l'instauration du premier organisme expressément qualifié d'A.A.I. en 1978³³¹, la totalité des textes instituant ce type d'autorités prévoit la pluralité des organes de désignation. Ainsi, les membres des A.A.I. peuvent être désignés par des autorités juridictionnelles³³², des autorités parlementaires comme le président d'une assemblée³³³ ou une commission permanente³³⁴ - il s'agit le plus souvent de nominations de parlementaires *ex*

³²⁹ *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) de P. GÉLARD, fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, déposé le 15 juin 2006, p. 28. Dans le même sens, le Conseil d'Etat estime que « Eu égard aux domaines dans lesquels elles sont appelées à intervenir et aux droits que leurs décisions sont susceptibles d'affecter, la définition des compétences, des pouvoirs et des principales règles constitutives des autorités administratives indépendantes relève essentiellement de la loi » (avis C.E., n°383.316 du 22 décembre 2009).

³³⁰ Il convient toutefois de noter que depuis peu, l'idée selon laquelle seul le législateur serait compétent pour créer une A.A.I. est appelée à évoluer. En effet, la loi prévoit désormais la possibilité pour certaines collectivités à statut particulier, à savoir la Polynésie française (art. 8 de la loi organique n°2011-918 du 1^{er} août 2011 relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française) et la Nouvelle-Calédonie (art. 1^{er} de la loi organique n°2013-1027 du 15 novembre 2013 portant actualisation de la loi organique n°99-209 relative à la Nouvelle-Calédonie). Toutefois, le législateur continue d'encadrer fortement les conditions de création de ces A.A.I. et les modalités de nomination de leurs membres. Voir J.J. Menuret, « Bientôt des autorités administratives indépendantes (AAI) territoriales », *J.C.P.G.*, n°49, 2 décembre 2013, pp. 2231-2238.

³³¹ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

³³² A titre d'exemple, on peut citer les quatre magistrats de la Cour des comptes, désignés par le Premier président de cette dernière, qui siègent au Haut Conseil des finances publiques (art. 11, 2° de la loi organique n°2012-1403, préc. et décision C.C., n°2012-658 DC, préc., cons. 37 et s.) ou encore le rôle des vice-présidents du Conseil d'Etat et Premier président de la Cour de cassation dans le choix de certains des membres de la Commission consultative du secret de la défense nationale (art. L. 2312-2, 1° du Code de la défense, décision C.C., n°2011-192 QPC, préc., cons. 10).

³³³ C'est le cas notamment de la Commission d'accès aux documents administratifs (art. 23, b. de la loi n°78-753 préc.) ou de la Commission consultative du secret de la défense nationale (art. 2312-2, 2° et 3° du code de la défense).

³³⁴ Le Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement fait partie de ces autorités administratives indépendantes, puisqu'il est composé, entre autres, d'« un député et d'un sénateur désignés par

officio – ou par l'Exécutif. Pour les nominations effectuées par ce dernier, le législateur permet au Président de la République³³⁵, au Premier ministre³³⁶, aux ministres³³⁷ et, parfois, au président du C.E.S.E.³³⁸ de nommer des membres d'une A.A.I. Le plus souvent, au moins deux des trois pouvoirs interviennent dans la nomination des membres d'une A.A.I., de telle sorte que la pluralité des sources de nomination est assurée.

Mais ce n'est pas le seul moyen déployé par le législateur afin de garantir l'indépendance des A.A.I. Comme le note J.-P. Kovar, « la pluralité des dispositions (...) s'accompagne d'une diversification des modes de nomination qui ont pour caractéristique commune de limiter le pouvoir d'appréciation des autorités de nomination »³³⁹. Il s'agit alors d'imposer à l'autorité de nomination de choisir parmi des personnes proposées par une autre autorité³⁴⁰, d'imposer une consultation préalable³⁴¹, ou de respecter certains critères de compétence³⁴². Enfin, les textes instituant ces dernières prévoient parfois l'existence de membres de droit, issus d'autres autorités, et qui siègent *ès qualité*³⁴³. Il semble donc que le constat dressé par G. Eckert, selon lequel « la législation française s'avère très protectrice de l'indépendance du régulateur » soit exact pour les autorités de régulation, mais puisse également être étendu à l'ensemble des

la commission permanente compétente en matière d'enseignement supérieur et de recherche de chaque assemblée » (art. L. 114-3-3, 5° du code de la recherche).

³³⁵ A titre d'exemple, le Président de la République nomme le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel (art. 4, alinéa 3 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication).

³³⁶ A titre d'exemple, trois membres de la Commission de l'énergie sont nommés par décret (art. L.132-2, al. 3, 3° à 5° du code de l'énergie). Le premier ministre nomme également les adjoints du Défenseur des droits (art. 11, I, al. 2 de la loi organique n°2011-333, préc.).

³³⁷ A titre d'exemple, il est possible de citer la compétence du ministre chargé de l'économie dans la désignation de six des membres de l'Autorité des marchés financiers (art. L.621-2, 8° du code monétaire et financier) ou celle des ministres chargés des communications électroniques, de la consommation et de la culture dans la désignation de trois des membres de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (art. L.331-16, 5° du code de la propriété intellectuelle).

³³⁸ A titre d'exemple, le président du C.E.S.E. nomme deux membres de la Haute autorité de santé (art. L.161-42, al. 1^{er}, 4° du code de sécurité sociale).

³³⁹ J.-P. Kovar, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », art. cit., p. 660.

³⁴⁰ Voir par exemple la nomination des membres de l'Autorité de contrôle prudentiel, trois d'entre eux étant nommés par le ministre de l'Economie sur proposition du vice-président du Conseil d'Etat, du premier président de la Cour de cassation et du premier président de la Cour des comptes (art. L.612-5, al. 1^{er}), ou encore la nomination de certains membres de l'Agence d'évaluation et de la recherche et de l'enseignement supérieur, qui se fait par décret sur proposition des présidents ou directeurs d'organismes de recherche ou sur proposition des associations d'étudiants en fonction du nombre de voix obtenues par ces associations lors de l'élection des représentants des étudiants au Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche (art. L.114-3-3, II, 2° et 3° du code de la recherche).

³⁴¹ Voir par exemple l'Autorité des marchés financiers dont un membre est désigné par le ministre chargé de l'économie après consultation des organisations syndicales et des associations représentatives (art. L.621-2, II, 9° du code monétaire et financier).

³⁴² Voir par exemple la Commission nationale de l'informatique et des libertés, pour laquelle la loi oblige le Premier ministre et les présidents des assemblées à nommer des membres parmi les « personnalités qualifiées pour leur connaissance de l'informatique » (art. 13, I, 6° et 7° de la loi n°78-17, préc.).

³⁴³ C'est le cas notamment du président de l'Autorité des normes comptables pour l'Autorité des marchés financiers (Art. L.621-2, II, art. 1^{er}, 6° du Code monétaire et financier).

A.A.I. C'est d'ailleurs certainement ce qui explique que le Conseil constitutionnel n'a jamais censuré une disposition législative relative aux modalités de désignation des membres d'une A.A.I. au motif qu'elle méconnaîtrait l'indépendance de cette dernière et, partant, le principe de séparation des pouvoirs.

135. En réalité, dans un premier temps, le juge constitutionnel n'a pas été saisi de la question de la conformité de la composition des A.A.I. à la Constitution et, plus précisément, au principe de séparation des pouvoirs. Les griefs invoqués par les requérants à l'encontre de ces autorités ont d'abord uniquement concerné les pouvoirs qui leur étaient dévolus. C'est le cas dans les décisions du 26 juillet 1984³⁴⁴ et du 11 octobre de la même année³⁴⁵. Durant cette période, le Conseil n'a pas non plus soulevé ce moyen d'office. Il a fallu attendre 1986 pour que le juge constitutionnel se prononce sur la conformité à la Constitution des modalités de désignation des membres de la Commission nationale de la communication et des libertés (C.N.I.L.)³⁴⁶. Les députés requérants estimaient alors que, s'il n'était pas question de « contester le droit qu'a le législateur de modifier la dénomination de cette instance, de changer sa composition, ou encore de redéfinir ses attributions », il importait, en revanche, de contester la constitutionnalité des dispositions législatives relatives à l'indépendance de cette autorité. Pourtant, malgré la volonté évidente des saisissants de ne pas mettre en cause la composition de la C.N.I.L., le Conseil constitutionnel décidait de contrôler l'article 4 de la loi qui y était relatif³⁴⁷, et qui organise une grande diversité dans les autorités de nomination³⁴⁸. Il formulait alors une réserve d'interprétation en estimant que « l'indépendance ainsi conférée à cet organisme (...) implique, dans l'intention même du législateur, que ceux des membres de

³⁴⁴ Décision C.C., n°84-173 DC du 26 juillet 1984, Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé, J.O. du 28 juillet 1984, p. 2496, Rec. p. 63, cons. 4. Dans cette décision, les requérants contestaient la compétence octroyée par le législateur à la Haute autorité de la communication audiovisuelle en matière d'autorisation d'exploitation du service de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé. Le Conseil constitutionnel, estimant que cette prérogative est une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique, a ainsi censuré la disposition législative, sans avoir à statuer sur la question de la composition de la Haute autorité, qui par ailleurs avait été instaurée un an plus tôt (art. 23 de la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle).

³⁴⁵ Décision C.C., n°84-181 DC du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, J.O. du 13 octobre 1984, p. 3200, Rec. p. 78. A l'occasion de la saisine, les requérants invoquaient l'atteinte portée au principe de la séparation des pouvoirs « du fait que les attributions de la commission empièteraient sur le domaine réservé à l'autorité judiciaire ». Aucun grief n'était soulevé à l'encontre de l'article 16 de la loi déferée, relatif à la composition de la commission pour la transparence et le pluralisme de la presse.

³⁴⁶ Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 dite Léotard relative à la liberté de communication. Cette loi modifie la loi n°82-652 préc., sur un certain nombre de points concernant la Haute autorité de la communication audiovisuelle, et rebaptise cette dernière.

³⁴⁷ Décision C.C., n°86-217 DC, préc., cons. 94 à 96.

³⁴⁸ La loi prévoit en effet que les treize membres de la C.N.I.L. sont nommés par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation, la Cour des comptes, le Président de la République, l'Académie française, le président de chacune des chambres et le Conseil des ministres.

la commission désignés par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et la Cour des comptes, soient élus uniquement par ceux des membres de ces institutions qui sont, à la date de l'élection, en service dans leur corps »³⁴⁹. Bien que le Conseil ne le précise pas, il semble que, par cette réserve, il entende exclure du vote pour désigner les membres de la C.N.I.L. ceux des magistrats qui sont en détachement dans l'administration, et donc placés sous le pouvoir hiérarchique de l'Exécutif. Le juge constitutionnel assure donc bien le respect de l'indépendance des A.A.I. au stade de la désignation de leurs membres.

136. Depuis cette décision de 1986, lorsque le Conseil constitutionnel est saisi d'une disposition législative relative aux modalités de désignation des membres d'une A.A.I., il déploie un raisonnement identique. Après avoir rappelé les dispositions législatives relatives aux modalités de désignation des membres d'une A.A.I., il estime désormais qu'en adoptant « cette disposition, le législateur a entendu garantir l'indépendance » de l'organe dans l'exercice de ses missions et conclut systématiquement à la conformité de la disposition à la Constitution. S'il est alors possible d'interpréter le caractère systématique des constats de conformité comme une marque du laxisme du Conseil dans la protection de l'indépendance des A.A.I., la réserve d'interprétation formulée dans la décision de 1986 conduit à écarter cette interprétation. Il résulte en effet de la réserve que l'absence de censure des dispositions organisant les modalités de désignation des membres des A.A.I. est due au respect de l'indépendance des A.A.I. par le législateur.

137. L'indépendance des pouvoirs politiques et des A.A.I. au stade de la désignation de leurs membres est donc correctement assurée. Il en va de même au stade de la révocation de leurs membres.

§2. Indépendance et révocation

138. Pour que l'indépendance d'un organe soit assurée au stade de la révocation de ses membres, il convient de mettre en place une séparation étanche des pouvoirs en excluant qu'il puisse être mis fin aux fonctions des membres d'un organe par un organe qui ne relève pas du même pouvoir. Il est en effet évident que si un pouvoir dispose de la faculté de révoquer les membres d'un organe relevant d'un autre pouvoir, il pourra faire pression sur ces membres, de telle sorte que leur indépendance et, partant, la séparation des pouvoirs, ne sera plus assurée. Pourtant, s'agissant des organes de l'Exécutif et du Parlement, la Constitution organise une certaine perméabilité de la séparation entre ces deux pouvoirs. Conformément à

³⁴⁹ Décision C.C., n°86-217 DC, préc., cons. 96.

la logique du régime parlementaire, elle permet en effet à un organe de chacun des pouvoirs politiques de révoquer l'ensemble des membres d'un organe relevant de l'autre pouvoir. Ce faisant, la Constitution instaure une certaine interdépendance, dont il semble qu'elle débouche finalement sur une situation d'indépendance (A.). En revanche, le Conseil constitutionnel a estimé que la règle selon laquelle il ne saurait être mis fin au mandat des membres d'un organe par un organe relevant d'un pouvoir différent s'applique pleinement aux A.A.I. Ce faisant, il est venu conforter la position retenue par le législateur (B.).

A. Une indépendance indirectement assurée pour les pouvoirs politiques

139. En reprenant certains mécanismes propres au régime parlementaire, la Constitution de 1958 instaure une certaine perméabilité de la séparation entre l'Exécutif et le Parlement. Cette perméabilité, sur laquelle le Conseil constitutionnel n'a pas de prise, se manifeste essentiellement au stade de la révocation des organes de ces deux pouvoirs. Elle a pour effet de limiter l'indépendance des pouvoirs politiques (1.). La réciprocité de ces mécanismes de perméabilité conduit toutefois à assurer une certaine interdépendance des pouvoirs qui, *in fine*, préserve l'indépendance des pouvoirs au stade de la révocation de leurs membres (2.).

1. Le régime parlementaire comme limitation de l'indépendance organique des pouvoirs politiques au stade de la révocation

140. La Constitution ne prévoit pas la possibilité de mettre un terme aux fonctions de membre de tous les organes politiques. Ainsi, aucune possibilité n'est prévue pour mettre un terme au mandat d'un parlementaire pris individuellement, en dehors de la compétence du Conseil en tant que juge électoral. Tout au plus le règlement de chacune des assemblées prévoit-il la possibilité d'exclure temporairement un parlementaire³⁵⁰ sur décision du Bureau de l'assemblée, ce que le Conseil a jugé conforme à la Constitution³⁵¹. Il est d'ailleurs difficile

³⁵⁰ Art. 95 du règlement du Sénat et art. 73 du règlement de l'Assemblée nationale. Les motifs d'exclusion temporaire sont identiques dans les deux cas. Ainsi, un parlementaire peut être exclu temporairement s'il a résisté à la censure prononcée à son encontre ou subi deux fois cette sanction, s'il a fait appel à la violence en séance publique, s'il s'est rendu coupable d'outrages envers l'Assemblée à laquelle il appartient ou envers son président, ou s'il s'est rendu coupable d'injures, provocations ou menaces envers le Président de la République, le Premier ministre, les membres du Gouvernement et les différentes assemblées prévues par la Constitution.

³⁵¹ Décision C.C., n°59-2 DC du 24 juin 1959, Règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 3 juillet 1959, p. 6642, Rec. p. 58 et décision C.C., n°59-3 DC du 25 juin 1959, Règlement du Sénat, J.O. du 3 juillet 1959, p. 6643, Rec. p. 61.

d'imaginer qu'il put en être autrement au vu de la tradition ancrée de l'autonomie des assemblées parlementaires³⁵². De même, la Constitution ne prévoit pas la possibilité de mettre un terme aux fonctions des membres du C.E.S.E. Pour ce dernier, la loi prévoit que seule la survenance d'un élément objectif – la perte de la qualité au titre de laquelle ils ont été désignés³⁵³ – est susceptible de mettre un terme à leur mandat. En revanche, la Constitution organise une perméabilité de la séparation des pouvoirs en prévoyant la possibilité de mettre fin au mandat des membres du Gouvernement – et du Premier ministre –, des membres de l'Assemblée nationale, et, depuis 2007, à celui du Président de la République.

141. Deux dispositions constitutionnelles régissent les modalités selon lesquelles il peut être mis fin au mandat des membres du Gouvernement ainsi que de son chef, le Premier ministre. L'article 8 de la Constitution, d'abord, en ce qu'il prévoit que le Premier ministre est seul à pouvoir décider de mettre un terme à ses fonctions en présentant la démission de son Gouvernement au Président de la République. Ainsi, cette disposition – comme la pratique qui en est faite³⁵⁴ – est conforme au principe de séparation des pouvoirs, dans la mesure elle ne prévoit pas la possibilité pour un pouvoir extérieur de mettre un terme au mandat des membres du Gouvernement. Ce n'est pas le cas, en revanche, des articles 49 et 50 de la Constitution, qui permettent à un organe parlementaire, l'Assemblée nationale, sous certaines conditions³⁵⁵ de provoquer la démission du Gouvernement³⁵⁶, que ce soit en refusant de lui accorder sa confiance³⁵⁷ ou en adoptant une motion de censure³⁵⁸. Ces mécanismes, qui incarnent l'un des « fondements » du régime parlementaire³⁵⁹, sont autant de dérogations instaurées par la Constitution à la conception étanche de la séparation des pouvoirs.

³⁵² Le principe d'autonomie des assemblées était rappelé dès 1958 par l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958.

³⁵³ Art. 9, al. 3 de l'ordonnance n°58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique et social.

³⁵⁴ L'alinéa 1^{er} de l'article 8 de la Constitution prévoit en effet notamment que le Président de la République met fin aux fonctions du Premier ministre « sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement ». La pratique s'écarte toutefois quelque peu de la règle fixée par la Constitution. En effet, il existe une « coutume » qui permet au Président de la République « de mettre fin aux fonctions du Premier ministre, contrairement à la lettre de l'article 8 de la Constitution » (« Une Ve République plus démocratique », Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, La Documentation française, Paris, 2007, p. 10.

³⁵⁵ Sur ce point, voir not. F. Satchivi, « L'avenir mouvementé de l'article 49, alinéa 3 », *L.P.A.*, 1994, n°84, n.p.d.a. 12.

³⁵⁶ Ces mécanismes sont au nombre de trois : le mécanisme dit « de la question de confiance » (art. 49 al. 1^{er} C.), et celui du vote bloqué (art. 49 al. 3 de la Constitution), tout deux à l'initiative du Gouvernement, ainsi que la motion de censure (art. 49 al. 2 de la Constitution), à l'initiative de l'Assemblée nationale.

³⁵⁷ Art. 49 al. 1^{er} de la Constitution.

³⁵⁸ Art. 49 al. 2 et 3 de la Constitution.

³⁵⁹ J. Bénetti, « L'impact du fait majoritaire sur la nature du régime (Réflexions sur le régime parlementaire de la V^e République », *L.P.A.*, 2008, n°138, p. 20.

De même, s'agissant de la révocation des membres de l'Assemblée nationale, l'article 12 de la Constitution prévoit que le Président peut, après consultation du Premier ministre et des présidents des assemblées, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale. Il s'agit donc là d'un second élément de perméabilité de la séparation entre les pouvoirs politiques, puisque le Président de la République, qui relève de l'Exécutif, peut décider de mettre un terme au mandat de l'ensemble des membres de l'une des chambres du Parlement.

S'agissant, enfin, du Président de la République, il est désormais prévu qu'il peut être destitué en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat »³⁶⁰ par la Haute Cour. Or, cette dernière, n'est autre que la réunion des deux chambres. Elle est clairement un organe parlementaire. La procédure de destitution du Président de la République constitue donc un troisième élément constitutionnel de perméabilité de la séparation entre les pouvoirs politiques au stade de la révocation de leurs membres.

142. L'instauration de mécanismes constitutionnels de perméabilité de la séparation des pouvoirs, permettant à un pouvoir de révoquer les membres de l'un des organes d'un autre pouvoir, semble donc à première vue limiter l'indépendance des organes concernés. Cette limitation apparaît alors d'autant plus importante que le Conseil est impuissant à l'encadrer. Pourtant, il convient d'admettre que ces dispositions constitutionnelles, qui sont autant de dérogations à la conception étanche de la séparation des pouvoirs, ne limitent finalement qu'assez peu l'indépendance des organes politiques concernés. Car la réciprocité de ces mécanismes de révocation instaure paradoxalement un certain équilibre.

2. Une limitation de l'indépendance neutralisée

143. L'existence de mécanismes de perméabilité de la séparation des pouvoirs ne saurait suffire à prouver l'existence d'une remise en cause de l'indépendance des organes visés par ces mécanismes. Cette remise en cause se trouve en effet tempérée par deux éléments. En premier lieu, le caractère réciproque de ces mécanismes semble minimiser, voire neutraliser les risques existants d'une atteinte à l'indépendance du Gouvernement et de l'Assemblée nationale. En effet, la réciprocité de ces mécanismes crée une sorte d' « équilibre de la terreur ». Puisque tant l'Exécutif que le Parlement dispose, par le biais de l'un de leurs organes, de la faculté de mettre un terme au mandat des membres d'un organe adverse, aucun

³⁶⁰ Art. 68 C, modifié par la loi constitutionnelle n°2007-238 du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution.

d'eux ne tentera, sauf dans de rares hypothèses, d'utiliser le mécanisme mis à sa disposition. Il s'agit là d'une application de la théorie de l'équilibre, inspirée des travaux de Nash³⁶¹, selon laquelle les différents acteurs adaptent leurs comportements et décisions en fonction de ceux des autres joueurs afin de trouver la meilleure solution. Comme les deux blocs lors de la Guerre froide, le Parlement et l'Exécutif « se dissuadent mutuellement d'entrer en guerre car ils disposent tous les deux de l'arme absolue. Le dispositif est très fragile, puisqu'il repose sur la peur réciproque et le bluff »³⁶².

144. En second lieu, l'atteinte que ces mécanismes de pression réciproques seraient susceptibles de porter à l'indépendance des organes visés par ces mécanismes est amplement neutralisée par un second élément, de nature politique : le fait majoritaire. En effet, celui-ci repose sur « une solidarité entre le Gouvernement et sa majorité dont les destins politiques sont fondamentalement liés. Dans un tel système, sauf dérèglement exceptionnel du fait majoritaire, il ne peut y avoir par définition de crise ministérielle »³⁶³, ni d'ailleurs de dissolution de l'Assemblée nationale. J.-C. Colliard notait, à ce sujet, que « bien qu'elle soit encore souvent considérée comme l'issue normale, en raison de la définition même du régime parlementaire, la chute devant le Parlement apparaît statistiquement comme une situation rare »³⁶⁴. L'indépendance des organes, à condition que l'on considère qu'elle conserve un sens en période de fait majoritaire, est donc tout à fait préservée.

145. Ainsi, la Constitution assure un certain équilibre dans le pouvoir de révocation qu'elle confère à l'un des organes de chacun des deux pouvoirs politiques classiques. Dès lors, s'il n'est pas possible de dire que les organes politiques sont, au stade de la révocation de leurs membres, parfaitement indépendants, il convient d'admettre qu'ils bénéficient *d'une certaine indépendance*, même si celle-ci ne doit rien évidemment à la jurisprudence du Conseil. En revanche, ce dernier participe pleinement à assurer l'indépendance des A.A.I. au stade de la révocation de leurs membres.

³⁶¹ Plus précisément, cette théorie, renommée « équilibre de Nash », puise sa source dans la thèse de J. Nash, *Non-cooperative games*, soutenue en 1950 (disponible sur https://www.princeton.edu/mudd/news/faq/topics/Non-Cooperative_Games_Nash.pdf). « Thus an equilibrium point (...) such that each player's mixed strategy maximizes his pay-off if the strategies of the others are fixed » (p. 3).

³⁶² J.-V. Holeindre, « Les deux guerres justes. L'éthique de la guerre face aux évolutions récentes de la conflictualité internationale », *Raisons politiques*, 2012, n°45, p. 86.

³⁶³ J. Bénetti, « L'impact du fait majoritaire sur la nature du régime (Réflexions sur le régime parlementaire de la V^e République) », *L.P.A.*, 2008, n°138, n.p.d.a. 20.

³⁶⁴ J.-C. Colliard, *Les régimes parlementaires contemporains*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1978.

B. Une indépendance directement assurée pour les A.A.I.

146. La compétence du législateur en matière de création d'A.A.I. le conduit à prévoir les modalités de composition de ces dernières ainsi que la possibilité de mettre un terme aux fonctions de leurs membres. L'examen des dispositions législatives qui y concourent montre que le législateur retient une conception séparatiste afin de garantir l'indépendance des A.A.I. **(1.)**. Le Conseil constitutionnel, bien qu'il ne se soit prononcé qu'une fois sur la conformité d'une disposition relative à la possibilité de mettre fin aux fonctions de membre d'une telle autorité, a choisi de constitutionnaliser le choix du législateur. Ce faisant, il conforte l'existence d'un dogme séparatiste dans la jurisprudence constitutionnelle en exigeant le respect d'une nette séparation des pouvoirs et montre une nouvelle fois l'importance qu'il accorde à l'indépendance des A.A.I. **(2.)**.

1. Une indépendance mise en œuvre par le législateur

147. L'examen des dispositions législatives relatives à la possibilité de mettre fin aux fonctions de membre d'une A.A.I. confirme le constat de G. Eckert selon lequel la législation s'avère protectrice de l'indépendance de ces organes³⁶⁵. En effet, dans le meilleur des cas, la loi prévoit que les membres de l'autorité ne sont pas révocables³⁶⁶. Mais, le plus souvent, la loi réserve aux A.A.I. la possibilité de mettre un terme aux fonctions d'un de leurs membres, et sous certaines conditions seulement. La loi prévoit alors que l'autorité ne peut mettre un terme au mandat de l'un de ses membres qu'« en cas d'empêchement constaté par celle-ci »³⁶⁷, ou lorsque le membre a manqué à ses obligations³⁶⁸. Dès lors, en prévoyant que seule l'autorité peut mettre un terme au mandat de l'un de ses membres³⁶⁹, le législateur adopte une conception étanche de la séparation des pouvoirs, puisque la décision appartient uniquement à l'A.A.I. concernée. Son indépendance est donc préservée de manière satisfaisante.

³⁶⁵ Voir *supra*.

³⁶⁶ C'est le cas notamment pour l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (art. L.130 du code des postes et des communications électroniques), ou pour la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (art. L.331-16, al. 5 du code de la propriété intellectuelle).

³⁶⁷ C'est le cas notamment pour la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (art. L.243-3 du code de la sécurité intérieure), pour la Commission nationale de l'informatique et des libertés (art. 13 de la loi n°78-17), ou encore pour le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (art. 2 de la loi n°2007-1545).

³⁶⁸ C'est le cas notamment de la Commission des participations et des transferts (art. 3 de la loi n°86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des décisions de privatisation décidées par la loi n°86-793). En l'espèce, le membre sera déclaré démissionnaire d'office lorsqu'il a manqué au secret professionnel ou qu'il se trouve dans une des situations d'incompatibilité énoncées par la loi. La décision est prise par la commission statuant à la majorité de ses membres.

³⁶⁹ La loi prévoit également la possibilité pour les membres des A.A.I. de démissionner, ce qui ne pose bien entendu aucune difficulté au regard du principe de séparation des pouvoirs.

148. Il convient toutefois de souligner que deux des dispositifs relatifs à la possibilité de mettre un terme au mandat des membres d'une A.A.I. s'écartent quelque peu de l'approche étanche de la séparation des pouvoirs qui semble guider le législateur. En premier lieu, la loi prévoit qu'un membre de la Commission de régulation de l'énergie (C.R.E.) peut être révoqué en cas de « manquement grave à ses obligations »³⁷⁰, et poursuit en précisant que la décision de révocation est prise « par décret en conseil des ministres sur proposition du président d'une commission du Parlement compétente en matière d'énergie ou sur proposition du collègue » de la C.R.E. Il en résulte qu'un membre de cette autorité peut être révoqué à l'initiative exclusive et combinée des pouvoirs politiques classiques, sans que la C.R.E. ne puisse s'y opposer. Par conséquent, cette disposition déroge clairement à la séparation étanche des pouvoirs et est susceptible de permettre au Parlement et à l'Exécutif, conjointement, de porter atteinte à l'indépendance d'une A.A.I.³⁷¹

En second lieu, c'est le dispositif normatif relatif au Défenseur des droits qui est susceptible de poser problème. En effet, la loi organique renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de définir les modalités selon lesquelles il peut être mis fin aux fonctions du Défenseur des droits en cas d'empêchement de celui-ci³⁷². Or, le décret en question prévoit que « sauf démission, il ne peut être mis fin aux fonctions du Défenseur des droits avant l'expiration de leur durée normale qu'en cas d'empêchement constaté par un collège composé du vice-président du Conseil d'Etat, président, du premier président de la Cour de cassation et du premier président de la Cour des comptes »³⁷³, et ce sur saisine du Président de la République³⁷⁴. Dès lors, le dispositif déroge à la conception étanche de la séparation des pouvoirs. Toutefois, et contrairement au premier cas concernant la C.R.E., cette dérogation peut ici s'expliquer par le fait que le Défenseur des droits est une A.A.I. « personnelle ». De ce fait, la faculté de mettre un terme aux fonctions du Défenseur des droits ne saurait être confiée à ce dernier et doit donc être confiée à un organe tiers. L'exception à l'approche étanche de la séparation des pouvoirs était donc inévitable. En outre, le pouvoir de révocation est confié à un triumvirat

³⁷⁰ Art. L.132-5, al. 2, 3° du code de l'énergie créé par l'ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011.

³⁷¹ Voir *infra*.

³⁷² Art. 1, al. 2nd de la loi organique n°2011-333, préc.

³⁷³ Art. 3 du décret n°2011-905 du 29 juillet 2011 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits.

³⁷⁴ Art. 4 du décret n°2011-905, préc.

« irréprochable », ce qui suffit certainement à expliquer que le Conseil constitutionnel n'a pas jugé bon de censurer la loi organique sur ce point³⁷⁵.

149. Ainsi, et à l'exception de la possibilité pour les pouvoirs politiques de mettre un terme au mandat d'un membre de la C.R.E., en réservant de manière quasi-systématique la possibilité de révoquer un membre au collège de l'A.A.I. dont il fait partie, le législateur adopte bien une législation protectrice de l'indépendance des A.A.I. Le Conseil constitutionnel, conformément au dogme séparatiste, est venu constitutionnaliser cette approche.

2. Une indépendance confirmée par le Conseil constitutionnel

150. A l'occasion du contrôle de la loi organique relative au Défenseur des droits, le Conseil constitutionnel est venu conforter la conception étanche de la séparation des pouvoirs retenue jusque là par le législateur à propos de la possibilité de mettre un terme aux fonctions de membre d'une A.A.I. Dans sa décision, le Conseil, examinant le premier alinéa de l'article 11 de la loi organique qui prévoit que le Premier ministre nomme les adjoints du Défenseur des droits sur proposition de ce dernier, a formulé une réserve d'interprétation constructive. Il a en effet estimé que l'indépendance conférée au Défenseur des droits implique qu'il ne peut être mis fin aux fonctions de ses adjoints que si le Défenseur lui-même en fait la proposition au Premier ministre. Cette réserve d'interprétation est intéressante à plusieurs titres.

151. Elle montre d'abord que l'indépendance conférée au Défenseur des droits doit être entendue comme revêtant une large portée, puisque le Conseil constitutionnel estime qu'elle doit également bénéficier à ses adjoints. Deux éléments sont susceptibles de justifier cette extension. D'une part, le Défenseur des droits présente une spécificité importante, en ce qu'il est une « autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution »³⁷⁶. Il est donc possible que ce fondement constitutionnel soit à l'origine du choix du Conseil d'étendre la protection dont bénéficie le Défenseur des droits en matière de révocation à ses adjoints. Mais, d'autre part, il est surtout probable que le Conseil estime que le caractère personnel d'une A.A.I. exige que celle-ci ait le monopole du pouvoir de révocation de ses collaborateurs, qui bénéficient dès lors d'une protection de leur

³⁷⁵ Décision C.C., n°2011-626 DC, préc., cons. 3 à 7. Le Conseil n'examine pas expressément l'article 1, alinéa 2nd de la loi organique, et estime que cet article participe à la protection de l'indépendance du Défenseur des droits.

³⁷⁶ Décision C.C., n°2011-626 DC, préc., cons. 5.

indépendance au stade de leur révocation au même titre que les membres des A.A.I. collégiales.

Ensuite, et par extension, cette réserve d'interprétation montre que, comme le législateur, le Conseil constitutionnel retient une approche étanche de la séparation des pouvoirs lorsqu'il s'agit de révoquer un membre d'une A.A.I. Plus précisément la réserve d'interprétation prévoit que l'accord de l'autorité conditionne la possibilité de révoquer l'un de ses adjoints, de telle sorte que le pouvoir exécutif – en la personne du Premier ministre – ne pourra prendre seul cette décision.

Enfin, cette réserve d'interprétation révèle l'importance particulière que le juge constitutionnel semble accorder à l'indépendance des A.A.I. En effet, la loi ne prévoyait aucune possibilité de mettre un terme au mandat des adjoints du Défenseur des droits. Mais le Conseil, manifestement soucieux de préserver l'indépendance des A.A.I., a préféré prévenir tout risque en neutralisant la possibilité pour le Premier ministre de révoquer seul un adjoint du Défenseur des droits. Il est toutefois possible de regretter que le Conseil n'ait pas eu à se prononcer sur la disposition de l'ordonnance permettant au Gouvernement et à l'Exécutif de mettre un terme au mandat d'un membre de la C.R.E.³⁷⁷. Une censure prononcée à l'encontre de cette disposition aurait en effet permis de confirmer l'idée selon laquelle le Conseil retient une séparation étanche afin de protéger l'indépendance des A.A.I. au stade de la révocation de leurs membres.

152. Il n'en demeure pas moins que le Conseil applique le dogme séparatiste lorsqu'il s'agit de s'assurer que l'indépendance des A.A.I. est garantie par les dispositions qui organisent les modalités de révocation de leurs membres. Cette indépendance est garantie, pour les A.A.I., grâce à une attention toute particulière du Conseil constitutionnel se traduisant par l'exigence de la pluralité des sources de nomination de leurs membres et par le respect d'une séparation étanche au stade de leur révocation. L'indépendance organique est également assurée pour l'Exécutif et le Parlement en dépit du texte constitutionnel et de l'absence d'intervention du Conseil constitutionnel. La protection de l'indépendance organique procède ainsi d'une source différente dans le premier et dans le second cas, puisque si la protection de l'indépendance des A.A.I. est imputable au Conseil constitutionnel, l'implication de ce dernier dans la protection de l'indépendance des organes du Parlement et de l'Exécutif est, de fait, plus négligeable. Cette dualité de traitement des pouvoirs politiques classiques, d'une part, et des A.A.I., d'autre part, se retrouve dans l'étude des garanties

³⁷⁷ Art. L.132-5, al. 2, 3° du code de l'énergie, préc.

relatives non plus à l'indépendance, mais à l'autonomie des organes, c'est-à-dire dans le cadre des règles régissant leur fonctionnement.

Section 2 – Une autonomie garantie dans le fonctionnement des organes

153. Une fois l'indépendance des organes politiques et des A.A.I. assurée du point de vue de leur composition, la séparation organique des pouvoirs exige également que les organes politiques bénéficient d'une autonomie fonctionnelle certaine. Pour ce faire, les règles qui régissent le fonctionnement – et non les fonctions – des organes ne doivent pas permettre aux autres pouvoirs d'exercer une influence telle que serait mise en cause l'indépendance de l'organe. Ainsi, le Conseil doit, lorsqu'il est saisi, examiner les dispositions législatives qui régissent le fonctionnement de ces organes afin de vérifier qu'elles ne permettent pas à un pouvoir d'influencer un organe – ou les membres d'un organe – relevant d'un autre pouvoir. C'est ce qu'il fait visiblement s'agissant des pouvoirs politiques classiques (§1.). Il en va de même pour l'autonomie fonctionnelle des A.A.I., à laquelle le Conseil confère – certes plus discrètement – un important niveau de protection (§2.).

§1. L'autonomie dans le fonctionnement des pouvoirs politiques

154. La Constitution limite déjà l'autonomie des organes de l'Exécutif et du Parlement en instaurant un certain nombre de mécanismes inhérents au régime parlementaire³⁷⁸. Mais à côté de ces dispositions constitutionnelles, le Conseil semble avoir lui-même admis une autre limitation de l'autonomie des pouvoirs politiques en validant un dispositif législatif tendant à mettre en cause l'autonomie des membres de l'un des organes politiques. Ce dispositif, en instaurant des obligations à la charge des parlementaires au nom de l'objectif de transparence de la vie publique, constitue en effet une limitation de leur autonomie (A.). Pourtant, le Conseil ne semble pas pour autant se départir complètement du dogme séparatiste qu'il a instauré. En effet, s'il valide, dans l'ensemble, le dispositif législatif, cette déclaration de

³⁷⁸ On peut citer l'alinéa 1^{er} de l'article 31 de la Constitution, d'abord, en ce qu'il prévoit que « les membres du Gouvernement ont accès aux deux assemblées. Ils sont entendus quand ils le demandent », ou encore le dernier alinéa de l'article 48 de la Constitution ensuite, qui prévoit qu' « une séance par semaine au moins, y compris pendant les sessions extraordinaires (...) est réservée par priorité aux questions des membres du Parlement et aux réponses du Gouvernement ».

conformité s'accompagne de deux réserves d'interprétation qui permettent d'assurer, de manière convenable, l'autonomie des parlementaires (B.).

A. Une autonomie faiblement limitée

155. Le Conseil, à l'occasion du contrôle des lois organique³⁷⁹ et ordinaire³⁸⁰ relatives à la transparence de la vie publique, dans deux décisions du 9 octobre 2013³⁸¹, semble avoir admis une limite à l'autonomie des membres de l'un des pouvoirs politiques, à savoir les parlementaires. Il était en effet saisi du nouveau dispositif visant à « rénover le cadre de la lutte contre les conflits d'intérêts dans la vie publique »³⁸², deux commissions³⁸³ constituées afin d'étudier cette matière ayant conclu à l'insuffisance du droit positif. C'est ce constat qui a conduit le législateur à créer, par le biais des lois déferées au juge constitutionnel, une Haute autorité pour la transparence de la vie publique³⁸⁴ (H.A.T.P.), dotée du statut d'A.A.I.³⁸⁵. Les deux textes de loi prévoyaient notamment la compétence de cette nouvelle autorité, qui se substitue à la Commission pour la transparence financière de la vie politique³⁸⁶, pour recevoir, vérifier et contrôler les déclarations de situation patrimoniale et les déclarations d'intérêts et d'activités des membres du Gouvernement, des parlementaires³⁸⁷ et des collaborateurs des

³⁷⁹ Loi organique n°2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

³⁸⁰ Loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

³⁸¹ Décision C.C., n°2013-675 DC du 9 octobre 2013, Loi organique relative à la transparence de la vie publique, J.O. du 12 octobre 2013, p. 16838, Rec. p. 956, et décision C.C., n°2013-676 DC du 9 octobre 2013, Loi relative à la transparence de la vie publique, J.O. du 12 octobre 2013, p. 16847, Rec. p. 972.

³⁸² Exposé des motifs du projet de loi organique relatif à la transparence de la vie publique, A.N., n°1004.

³⁸³ Il s'agit de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, créée par le décret n°2010-1072 du 10 septembre 2010 et présidée par J.-M. Sauvé, ainsi que de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, créée par le décret n°2012-875 du 16 juillet 2012, présidée par L. Jospin.

³⁸⁴ Art. 1^{er}, I, 2° de la loi organique n°2013-906, préc.

³⁸⁵ Art. 19, I, al. 1^{er} de la loi n°2013-907, préc. : « La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique est une autorité administrative indépendante ».

³⁸⁶ Cette commission, instaurée par l'article 3 de la loi n°88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, a reçu sa dénomination de l'article unique de la loi n°96-5 du 4 janvier 1996 modifiant la loi n°88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, qui prévoit dans son paragraphe I, alinéa 1^{er} qu'« il est institué une commission pour la transparence financière de la vie politique ».

³⁸⁷ S'agissant des députés, cette obligation est désormais prévue par l'article L.O. 135-1, I, alinéa 1^{er} du code électoral, qui prévoit que : « (...) le député adresse personnellement au président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique une déclaration exhaustive, exacte, sincère et certifiée sur l'honneur de sa situation patrimoniale. (...) Dans les mêmes conditions, il adresse au président de la Haute Autorité ainsi qu'au bureau de l'Assemblée nationale une déclaration faisant apparaître les intérêts détenus à la date de son élection et dans les cinq années précédant cette date, ainsi que la liste des activités professionnelles ou d'intérêt général, même non rémunérées, qu'il envisage de conserver ». Le champ d'application de cette disposition est étendu aux sénateurs par l'article L.O. 296, alinéa 2 du code électoral.

présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat³⁸⁸, ainsi que sa compétence pour enjoindre aux collaborateurs des présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat de mettre fin à une situation de conflit d'intérêts³⁸⁹.

156. Dans les observations adressées au Conseil constitutionnel, certains sénateurs contestaient la conformité des pouvoirs de la H.A.T.P. à l'égard des parlementaires au principe de séparation des pouvoirs³⁹⁰. Les pouvoirs de la H.A.T.P. à l'égard des membres de l'Exécutif, pourtant peu distincts de ceux à l'égard des parlementaires, avaient fait l'objet de peu de contestations³⁹¹, ce qui s'explique certainement par le fait que les pouvoirs de contrôle soient dévolus à une A.A.I., encore trop souvent assimilée, à tort, à l'Exécutif. Plus précisément, les requérants craignaient que les lois relatives à la transparence de la vie publique portent atteinte à l'autonomie des membres du Parlement et des collaborateurs des présidents des Assemblées. A l'occasion des travaux parlementaires relatifs à l'élaboration de ces lois, certains parlementaires n'avaient d'ailleurs pas manqué de dénoncer ce qu'ils estiment être une atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Ainsi, le sénateur Y. Pozzo di Borgo considérait que si « la transparence est devenue une nécessité de la vie publique pour rétablir la confiance entre les citoyens et les élus, cette nécessité ne saurait pour autant remettre en cause l'ensemble de nos institutions et le principe de séparation des pouvoirs, qui reste la clé de voûte de la protection de nos concitoyens face à l'arbitraire et l'opacité du

³⁸⁸ Art. 11 de la loi n°2013-907, préc. : « Adressent également au président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique une déclaration de situation patrimoniale et une déclaration d'intérêts (...) 5° Les collaborateurs du Président de l'Assemblée nationale et du Président du Sénat ».

³⁸⁹ Cette faculté d'injonction résultait de la combinaison de l'article 20, I, 2° et de l'article 11, I, 5° du projet de loi relative à la transparence de la vie publique.

³⁹⁰ On peut en effet lire dans les observations de sénateurs adressées au Conseil à l'occasion du contrôle de la loi organique relative à la transparence de la vie publique que « Cette loi porte également atteinte, selon nous à la séparation des pouvoirs. (...) Or, l'article 12 de la loi relative à la transparence de la vie publique dispose que la Haute autorité de la transparence de la vie publique chargée de contrôler les évolutions inexplicables du patrimoine des parlementaires et d'identifier d'éventuels conflits d'intérêts. (...) La Haute autorité sera donc composée de membres nommés par le pouvoir exécutif, de membres issus du pouvoir judiciaire, de membres issus de l'administration, n'ayant pas le pouvoir de régler, au titre du pouvoir judiciaire, la question des conflits d'intérêts et des enrichissements inexplicables. En d'autres termes, les parlementaires qui (...) sont une émanation de la souveraineté populaire (...) seront soumis à un contrôle de probité par des personnes non élues et liées à des pouvoirs et autorités extérieures au Parlement ».

³⁹¹ Seule la lettre de saisine par 60 députés du Conseil à propos de la loi relative à la transparence de la vie publique conteste de manière générale les pouvoirs de la Haute autorité en ces termes : « Or, la création de la Haute Autorité et les pouvoirs qui lui sont conférés conduisent à ce qu'une autorité de nature administrative exerce un contrôle sur certains éléments relevant du pouvoir législatif, tels que les collaborateurs des présidents des Assemblées parlementaires, sur des élus des collectivités territoriales, sur des membres de l'Exécutif, sans que des garanties suffisantes soient apportées au regard de la séparation des pouvoirs ».

pouvoir politique. (...) Les dispositions actuelles du texte remettent en cause les droits des parlementaires et, donc, l'indépendance du Parlement et du pouvoir législatif »³⁹².

157. La décision du Conseil était donc attendue. En effet, un jugement de conformité du dispositif législatif relatif aux pouvoirs de la H.A.T.P. à l'égard des sénateurs au principe de séparation des pouvoirs indiquerait que ce dernier n'interdit pas que soit portée atteinte à l'autonomie d'organes qui pourtant relèvent de son champ d'application. A l'inverse, une censure de ce dispositif confirmerait la thèse selon laquelle le principe de séparation des pouvoirs a, au plan organique, pour corollaire l'indépendance des organes, mais également leur autonomie, et que de ce point de vue, le Conseil exige une séparation étanche entre les pouvoirs. Nombreuses étaient alors les dispositions susceptibles d'être interprétées par Y. Pozzo di Borgo et, plus généralement, par l'ensemble des parlementaires, comme des remises en cause de leur autonomie et, partant, comme des atteintes au principe de séparation des pouvoirs. Car la loi organique contrôlée par le Conseil constitutionnel permet notamment à la Haute autorité de contrôler les variations de la situation patrimoniale des députés et sénateurs³⁹³, d'adresser des injonctions à ces derniers pour qu'ils complètent leurs déclarations ou apportent des explications suite aux questions qu'elle leur aurait posées³⁹⁴, de saisir le parquet des manquements des parlementaires³⁹⁵, ou encore de rendre publique son appréciation sur les variations des situations patrimoniales des parlementaires³⁹⁶.

La loi ordinaire, quant à elle, prévoit que les collaborateurs des présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat doivent se plier aux mêmes obligations déclaratives que les parlementaires³⁹⁷. Ils doivent donc fournir une déclaration d'intérêts et d'activités ainsi qu'une déclaration patrimoniale, dont la H.A.T.P. contrôle l'exactitude et la sincérité³⁹⁸. La loi permet également à la H.A.T.P. de se prononcer sur une situation susceptible de constituer un conflit d'intérêts³⁹⁹ concernant les collaborateurs, et de porter à la connaissance des présidents des assemblées d'éventuels manquements⁴⁰⁰.

³⁹² Projet de loi organique n°1004 relatif à la transparence de la vie publique, Sénat, 1^{ère} lecture, séance publique du 12 juillet 2013.

³⁹³ Art. L.O. 135-5 du code électoral créé par l'art. 1, IV, de la loi organique n°2013-906 préc.

³⁹⁴ Art. L.O. 135-4 du code électoral créé par l'art. 1, IV, de la loi organique préc.

³⁹⁵ Art. L.O. 135-5 du code électoral créé par l'art. 1, IV, de la loi organique préc.

³⁹⁶ Art. L.O. 135-2 du code électoral modifié par l'art. 1, II de la loi organique préc.

³⁹⁷ Art. 11, I, 5° de la loi n°2013-907, préc.

³⁹⁸ Art. 5, I de la loi préc.

³⁹⁹ Art. 20, I, 2° de la loi préc.

⁴⁰⁰ Art. 22, 5° de la loi préc.

158. Dans chacune des décisions du 9 octobre 2013, le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé l'article 16 de la Déclaration de 1789⁴⁰¹, a estimé que toutes ces dispositions étaient conformes au principe de séparation des pouvoirs⁴⁰². Ce faisant, il semble avoir accepté une certaine perméabilisation de la séparation organique des pouvoirs, dans la mesure où l'ensemble de ces prérogatives conférées à une A.A.I. est susceptible d'être interprété comme autant d'atteintes à l'autonomie des parlementaires et des collaborateurs des présidents de chaque chambre. C'est la nécessité de concilier le principe de séparation des pouvoirs, dont découle l'autonomie des organes en cause, avec l'objectif de transparence de la vie publique qui conduit le Conseil à relativiser quelque peu le dogme séparatiste. En estimant que cet objectif de transparence de la vie publique est un motif d'intérêt général, le Conseil consent à un assouplissement de la séparation des pouvoirs politiques. Il est alors étonnant qu'il n'effectue pas ouvertement le contrôle du caractère proportionné de la conciliation opérée, en premier lieu, par le législateur, entre ces deux éléments. Dès lors, c'est vraisemblablement davantage une volonté latente du Conseil d'encourager la poursuite de l'objectif de transparence par le législateur qui justifie la perméabilisation du principe de séparation des pouvoirs. Le juge constitutionnel a donc, dans les décisions du 9 octobre 2013, fait sienne une préoccupation qui n'est pas nouvelle. En effet, P. Bérégovoy estimait déjà, à l'occasion de son discours de politique générale en 1992, que « dans nos sociétés d'information, les exigences de transparence sont fortes. Si le pays veut retrouver confiance en lui-même, il faut d'abord qu'il retrouve confiance en ceux qui le représentent et en ceux qui le dirigent »⁴⁰³. Il est donc peu surprenant que le Conseil ait estimé que le renforcement des « garanties de probité et d'intégrité (...) de prévention et de lutte contre ceux-ci » constitue « un motif d'intérêt général »⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ Décision C.C., n°2013-675 DC, préc., cons. 37 et décision C.C., n°2013-676 DC, préc., cons. 42.

⁴⁰² « Considérant que le principe de séparation des pouvoirs ne fait pas obstacle à ce qu'une autorité administrative soit chargée de contrôler la variation de la situation patrimoniale des députés et des sénateurs et puisse, à cette fin, être investie du pouvoir de leur adresser des injonctions afin qu'ils complètent leur déclaration ou apportent les explications nécessaires et, le cas échéant, de saisir le parquet des manquements constatés ; que ce principe ne fait pas davantage obstacle à ce que cette autorité puisse rendre publique son appréciation sur la variation de la situation patrimoniale d'un député ou d'un sénateur ou puisse saisir le parquet » (décision C.C., n°2013-675 DC, préc., cons. 38) ; « Considérant que le principe de séparation des pouvoirs ne fait obstacle ni à ce que la loi soumette les collaborateurs du Président de l'Assemblée nationale et du Président du Sénat à l'obligation de déclarer à une autorité administrative indépendante leur situation patrimoniale ainsi que leurs intérêts publics et privés ni à ce que cette autorité contrôle l'exactitude et la sincérité de ces déclarations, se prononce sur les situations pouvant constituer un conflit d'intérêts et porte à la connaissance du Président de l'Assemblée nationale ou du Président du Sénat les éventuels manquements » (décision C.C., n°2013-675 DC, préc., cons. 45).

⁴⁰³ *J.O.A.N.*, 8 avril 1992, p. 370.

⁴⁰⁴ Décision C.C., n°2013-675 DC, préc., cons. 28.

159. Il serait pourtant inexact de déduire de ces décisions que le Conseil renonce à appliquer le dogme séparatiste à la séparation entre les pouvoirs politiques et, partant, à protéger leur indépendance.

B. Une autonomie relativement assurée

160. Face à la pression médiatique et populaire, le Conseil n'a pas perdu de vue le dogme séparatiste qu'il a établi dans le cadre de la séparation organique entre les pouvoirs politiques. Dans les deux décisions du 9 octobre 2013, le juge constitutionnel formule en effet deux réserves d'interprétation qui doivent conduire à tempérer considérablement l'impression générale de perméabilité qui pouvait résulter de l'ensemble des décisions.

161. S'agissant de la loi ordinaire relative à la transparence de la vie publique, le Conseil a jugé que les dispositions permettant à la Haute Autorité, d'une part, de se prononcer sur les situations pouvant constituer des conflits d'intérêts dans lesquelles pourraient se trouver les collaborateurs des présidents des assemblées parlementaires et, d'autre part, d'enjoindre à ces personnes d'y mettre fin⁴⁰⁵ ne sauraient, « sans méconnaître les exigences de la séparation des pouvoirs, autoriser la Haute autorité à adresser (aux collaborateurs des présidents des assemblées), lesquelles relèvent de la seule autorité du Président de l'Assemblée nationale ou du Président du Sénat, une injonction de mettre fin à une situation de conflits d'intérêts »⁴⁰⁶.

S'agissant de la loi organique relative à la transparence de la vie publique, à propos de la déclaration d'intérêts et d'activités des parlementaires, le Conseil a estimé que dans la mesure où cette dernière « porte notamment sur les activités et liens "susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts" avec l'exercice du mandat parlementaire (...) les dispositions de l'article L.O. 135-4 ne sauraient, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, permettre à la Haute Autorité d'adresser à un député ou un sénateur une injonction dont la méconnaissance est pénalement réprimée, relative à ses intérêts ou ses activités, ou portant sur la déclaration qui s'y rapporte »⁴⁰⁷.

En formulant ces deux réserves d'interprétation, le Conseil constitutionnel a voulu rappeler que l'autonomie des pouvoirs politiques est bel et bien protégée par le principe de séparation des pouvoirs. Le législateur ne saurait donc y porter atteinte, quand bien même les dispositions législatives remettraient uniquement en cause sa propre autonomie.

⁴⁰⁵ Art. 20, I, 2° de la loi n°2013-907 préc.

⁴⁰⁶ Décision C.C., n°2013-676 DC, préc., cons. 45.

⁴⁰⁷ Décision C.C., n°2013-675 DC, préc., cons. 39.

162. On peut toutefois regretter que l'une de ces réserves d'interprétation soit fondée sur un raisonnement douteux. En effet, la réserve formulée dans la décision relative à la loi organique repose sur un *distinguo*⁴⁰⁸ opéré par le Conseil entre les pouvoirs de la H.A.T.P. selon qu'ils concernent la déclaration d'intérêts ou la déclaration de patrimoine. Ce faisant, le juge constitutionnel semble reprendre l'argumentation déployée par les députés dans leurs observations effectués à l'appui de la saisine, dans lesquelles ces derniers estiment que le choix du législateur de soumettre « l'appréciation de la déontologie des élus (...) à des personnes n'ayant pas exercé de mandats » en leur demandant « de juger si une situation relève ou non du conflit d'intérêts » pose problème. Pour les députés, « l'appréciation des déclarations d'intérêts par la Haute autorité est constitutionnellement contestable. Car si la Haute autorité peut être compétente sur des déclarations de patrimoine qui ne comportent que des données objectives, le fait qu'elle interprète des déclarations d'intérêt méconnaît le principe de séparation des pouvoirs ». Or, cette argumentation ne saurait emporter la conviction, et ce pour deux raisons. D'abord, la séparation des pouvoirs n'a pas pour but de séparer les « pouvoirs élus » des « pouvoirs non élus » ; le recours à ces notions doit donc être abandonné. Ensuite, si la marge d'appréciation laissée à la Haute Cour est si importante que les députés le prétendent, c'est que la loi n'est pas suffisamment précise quant à la définition du conflit d'intérêt⁴⁰⁹. Dès lors, cela ne met pas en cause la conformité de la disposition au principe de séparation des pouvoirs, mais plutôt aux normes constitutionnelles protégeant la qualité de la loi⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ Voir le commentaire officiel des décisions C.C., n°2013-675 DC et 2013-676 DC, p. 30.

⁴⁰⁹ La loi, en son article 2, définit le conflit d'intérêt comme « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

⁴¹⁰ Il s'agit de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, consacré dans la décision C.C., n°99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, J.O. du 22 décembre 1999, p. 19041, Rec. p. 136 (cons. 13) et du principe de clarté de la loi, consacré par la décision C.C., n°98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, J.O. du 14 juin 1998, p. 9033, Rec. p. 258 (cons. 7 à 10). Mais en réalité, le problème résulte de ce que le législateur a souhaité que la définition du conflit d'intérêts prévue par la loi ne s'applique pas aux parlementaires, au motif que cela serait contraire au principe de l'autonomie des assemblées parlementaires. Sur ce point, voir not. le rapport n°1008 et 1009 rédigé par J.-J. Urvoas au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique (n°1004) et le projet de loi (n°1005) relatif à la transparence de la vie publique : « Les membres du Parlement, quant à eux, n'entrent pas dans le champ de cette disposition, en raison du principe d'autonomie des assemblées parlementaires. Chacune des deux chambres a, on l'a vu, d'ores et déjà pris des dispositions en la matière. (...) Cela témoigne de la spécificité du mandat parlementaire, qui suppose de son titulaire la capacité, sinon le devoir, de se prononcer sur tout sujet – à la différence d'un fonctionnaire ou même d'un ministre, dont le champ d'intervention est nécessairement limité à un sujet d'attribution en particulier. Cette "universalité" du mandat parlementaire a ainsi pour conséquence que (...) les conflits d'intérêts des parlementaires sont d'une nature différente de ceux des personnes qui ressortissent du pouvoir exécutif » (pp. 40-41).

163. En réalité, le caractère douteux de la motivation du Conseil n'est pas véritablement surprenant. En effet, dans les deux décisions du 9 octobre 2013, le juge constitutionnel semble tiraillé entre, d'une part, la garantie de l'autonomie des parlementaires, qui résulte du principe de séparation des pouvoirs et de la lecture séparatiste qui en est faite et, d'autre part, la volonté de satisfaire à l'objectif de transparence de la vie publique. Les solutions dégagées dans ces décisions apparaissent donc comme des compromis, bien qu'ils ne soient pas présentés – ni assumés – comme tels par le Conseil. Celui-ci tente donc de préserver, autant que possible, l'autonomie des organes politiques, ce qu'il fait de manière relativement satisfaisante dans la mesure où les prérogatives conférées à la Haute Autorité ne semblent pas menacer effectivement l'autonomie des parlementaires.

§2. L'autonomie dans le fonctionnement des A.A.I.

164. Les A.A.I. ne sauraient être absolument autonomes. Dans le cadre d'un régime démocratique, elles ne peuvent en effet se soustraire ni à l'existence d'un contrôle juridictionnel de leurs actes, ni à un contrôle parlementaire⁴¹¹. Pour autant, l'autonomie dont bénéficient les A.A.I. est importante et doit être respectée par le législateur lorsqu'il élabore les textes relatifs à ces dernières. En effet, si ce n'était pas le cas, ces autorités perdraient le qualificatif d'« indépendantes » et devraient être à nouveau considérées comme de simples démembrements de l'Exécutif. C'est le législateur qui, en premier lieu, confère les garanties d'autonomie aux A.A.I. (A.). Or, l'absence de censure de ces dispositions au regard du principe de séparation des pouvoirs témoigne du niveau constant et suffisant de garantie de l'autonomie des A.A.I. par le législateur, mais également par le Conseil constitutionnel (B.).

⁴¹¹ Voir E. Debaets., « Les autorités administratives indépendantes et le principe démocratique : recherches sur le concept d'"indépendance" », contribution au VIIIe Congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel, Mexico, 6-10 décembre 2010, disponible sur <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/14/254.pdf>. Voir également l'arrêt de la Cour de justice du 9 mars 2010 (décision C.J.U.E., Grande chambre, 9 mars 2010, Comm. c/ R.F.A., C-518/07) dans lequel on peut lire que, bien que la directive exige que l'autorité compétente en matière de protection des données exerce ses fonctions « en toute indépendance », « ce qui implique un pouvoir décisionnel soustrait à toute influence extérieure à l'autorité de contrôle » (§19), il n'est pas concevable d'exclure « toute influence parlementaire » (§43).

A. Une autonomie conférée par le législateur

165. L'autonomie d'un organe exige l'existence d'un certain nombre de garanties. Celles-ci concernent à la fois l'organe en tant que tel, lorsqu'il s'agit d'une A.A.I. collégiale, (1.) ainsi que le ou les membres de celle-ci (2.).

1. L'autonomie du collège de l'A.A.I.

166. Les garanties relatives à l'autonomie des organes sont de deux types. Il s'agit, en premier lieu, du choix du mode de financement⁴¹². Sans bénéficier du principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics⁴¹³, les A.A.I. se voient accorder certaines garanties par le législateur et le juge constitutionnel afin d'être relativement autonomes sur le plan financier⁴¹⁴. Le Conseil a par exemple jugé que le fait qu'une A.A.I. bénéficie d'une autonomie de gestion financière participe de son indépendance. Sur ce point, l'examen de la jurisprudence constitutionnelle est toutefois pauvre en enseignements. En effet, seule une décision du Conseil en date du 28 juillet 1989⁴¹⁵ permet de participer à l'identification des modes de financement compatibles avec l'exigence d'autonomie des A.A.I. Dans cette décision, le juge de l'aile Montpensier a en effet estimé que le choix du législateur de financer la Commission des opérations de bourse grâce au produit de redevances perçues sur des personnes publiques ou privées n'est pas « incompatible » avec l'indépendance d'une telle autorité dans la mesure où ces personnes rendent nécessaire ou utile l'intervention de la commission ou dans la mesure où elles y trouvent leur intérêt⁴¹⁶.

167. En deuxième lieu, la protection de l'autonomie des A.A.I. exige de limiter les immixtions d'autorités extérieures dans leur fonctionnement. Le Conseil constitutionnel a ainsi regardé d'un œil bienveillant l'interdiction faite par le législateur aux ministres ainsi qu'aux autorités et agents publics de s'opposer à l'action de la Commission consultative de la défense nationale, ainsi que l'obligation faite aux mêmes autorités de prendre toutes les mesures utiles pour faciliter l'action de ladite commission⁴¹⁷. De même, le juge constitutionnel a estimé que la participation du ministre chargé de l'Economie et du Premier ministre aux séances du Conseil de la politique monétaire n'entraînait pas une insuffisance

⁴¹² Pour une position originale sur ce point, voir J. Mouchette, « L' "autonomie budgétaire" du défenseur des droits : complément ou obstacle à son indépendance ? », *R.F.D.C.*, 2014, n°3, pp. 557-580.

⁴¹³ Voir *supra*.

⁴¹⁴ Sur la question de l'autonomie financière des A.A.I., voir V. Amalric, *L'autonomie financière des autorités indépendantes. Contribution à la notion d'autonomie financière en droit public*, th. dact., Université Toulouse 1, 2014, 605 p.

⁴¹⁵ Décision C.C., n°89-260 DC, préc.

⁴¹⁶ Décision C.C., n°89-260 DC, préc., cons. 14.

⁴¹⁷ Décision C.C., n°2011-192 QPC, préc., cons. 14 et 27.

des garanties d'autonomie de ce dernier, dans la mesure où les membres du Gouvernement concernés ne disposaient que d'une voix délibérative – non décisionnelle – et de la possibilité de soumettre des délibérations à l'A.A.I.⁴¹⁸.

168. Une question demeure toutefois en suspens. En effet, les textes prévoient parfois qu'il existe un commissaire du Gouvernement placé auprès de certaines A.A.I. Comme l'explique P. Gélard, la présence de cette autorité au sein d'une A.A.I. se justifie, d'une part, par la nécessité de concilier le pouvoir réglementaire des A.A.I. et du pouvoir exécutif en favorisant la prise en compte, pour les premières, des intérêts nationaux ou de considérations de politique générale et, d'autre part, par la nécessité de prévenir des situations de crise dans un secteur réglementé par une A.A.I. susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat⁴¹⁹. Dans le rapport rédigé par l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, le sénateur proposait ainsi de généraliser la présence d'un commissaire du Gouvernement dans toutes les A.A.I. dotées d'un pouvoir réglementaire. Bien que cette proposition soit restée lettre morte, il n'est pas inopportun de s'interroger sur la compatibilité d'une telle présence au sein d'une A.A.I. avec l'exigence d'autonomie de ces dernières.

Les prérogatives du commissaire sont variables : il assiste aux séances sans voix délibérative, rédige des rapports, a la possibilité de faire inscrire une question à l'ordre du jour et la faculté de demander une seconde délibération à l'A.A.I. Ces prérogatives peuvent poser problème, puisqu'elles permettent à l'Exécutif, par le biais du commissaire du Gouvernement, d'intervenir dans le travail de l'A.A.I. et donc, potentiellement, de nuire à l'autonomie de cette dernière. Il est alors regrettable que le Conseil constitutionnel ne se soit jamais prononcé sur la conformité d'une disposition relative à la présence d'un commissaire du Gouvernement près de l'une de ces autorités au principe de séparation des pouvoirs. Dans cette hypothèse, afin de confirmer le caractère effectif de la protection de l'autonomie des A.A.I., il conviendrait que le Conseil constitutionnel conclue à l'absence de conformité au principe de séparation des pouvoirs et, partant, à la Constitution. S'il est peu probable que le Conseil soit un jour saisi d'une disposition relative à la présence du commissaire du Gouvernement, en raison du caractère consensuel de cette dernière, il n'est pas impossible qu'il soulève d'office le grief de méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs. Ce faisant, il permettrait de confirmer – ou d'infirmer – l'application du dogme séparatiste aux fins de protection de l'autonomie des A.A.I. et, plus généralement, des pouvoirs politiques.

⁴¹⁸ Décision C.C., n°93-324 DC, préc., cons. 5.

⁴¹⁹ *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, op. cit., p. 55.

2. L'autonomie des membres de l'A.A.I.

169. Les garanties d'autonomie des membres des A.A.I. sont diverses. Au stade de l'exercice du mandat, ces garanties consistent essentiellement dans la durée et le caractère renouvelable ou non-renouvelable du mandat. En effet, un mandat peu long assure un renouvellement de l'organe qui est favorable à son autonomie, dans la mesure où il sera plus difficile pour l'Exécutif et le Parlement de créer des liens durables avec les membres d'une A.A.I. Le législateur semble avoir pris en compte cet élément en fixant le mandat des membres d'une A.A.I. à une durée généralement comprise entre quatre⁴²⁰ et neuf ans⁴²¹. Lorsque la durée du mandat est supérieure à 6 ans, il est communément prévu un renouvellement échelonné, qui favorise tant la continuité que l'indépendance de l'organe⁴²². De même, « le caractère non renouvelable des mandats constitue également un facteur d'indépendance, en réduisant le risque de pression par l'autorité de nomination »⁴²³. Il ressort ainsi des textes législatifs que le mandat des membres des A.A.I., lorsqu'il est renouvelable⁴²⁴, ne l'est qu'une seule fois, et alors la durée du mandat est inférieure à cinq ans⁴²⁵. Le Conseil juge généralement que ces dispositions contribuent à garantir l'indépendance des A.A.I. et de leurs membres⁴²⁶, sans jamais avoir eu à se prononcer sur le non-respect de ces règles, que le législateur semble avoir intériorisées.

170. Ensuite, le Conseil constitutionnel a été confronté, plus ponctuellement, à d'autres dispositions législatives destinées à garantir l'autonomie des membres des A.A.I. Il a estimé, à propos du Défenseur des droits et de ses collaborateurs, que l'immunité pénale était, dans une certaine mesure, un moyen d'assurer l'autonomie de ces autorités dans l'exercice de leurs

⁴²⁰ A l'exception du président, les membres de la C.O.B. sont nommés pour une durée de quatre ans (art. 2 alinéa 5 de la loi n°89-531, préc., et décision C.C., n°89-260 DC, préc., cons. 10).

⁴²¹ Le mandat des membres du Conseil de la politique monétaire est de neuf ans (art. 8 alinéa 2 de la loi n°93-980, préc., et décision C.C., n°93-324 DC, préc., cons. 5).

⁴²² Les membres du Conseil de la politique monétaire sont renouvelés par tiers tous les trois ans art. 8 al. 3de la loi n°93-980, préc.).

⁴²³ *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié, op. cit.*, p. 108. Le rapport souligne toutefois que lorsque le législateur fait le choix d'un mandat non-renouvelable, il est souhaitable que le renouvellement de fasse « par moitié ou par tiers, afin de préserver la "mémoire" de l'autorité » (p. 108). Mais, devant l'hétérogénéité des règles régissant le mandat de membre d'une A.A.I., le rapport énonce la recommandation suivante : « L'Office (...) préconise que la durée du mandat des membres des A.A.I. soit fixée à 6 ans, non renouvelable et que le collège de chaque A.A.I. soit renouvelé par tiers tous les trois ans » (recommandation n°22, p. 110).

⁴²⁴ Comme en témoigne le rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation sur les autorités administratives indépendantes (préc.), le plus souvent, le mandat de membres d'une A.A.I. est non renouvelable.

⁴²⁵ A titre d'exemple, le mandat des membres de la C.O.B., à l'exception de celui du président, est renouvelable.

⁴²⁶ Voir également les décisions C.C., n°2011-192 DC, préc., cons. 10 et 27 ; décision C.C., n°2013-676 DC, préc., cons. 47.

fonctions⁴²⁷. En outre, le juge constitutionnel semble faire des conditions dans lesquelles sont choisis et recrutés les adjoints ou collaborateurs des membres des A.A.I. un des éléments favorisant l'autonomie de ces dernières⁴²⁸.

171. Il arrive, plus rarement, que l'autonomie ne soit pas seulement assurée par les garanties dont bénéficient les membres des A.A.I., mais par des obligations mises à la charge de ces dernières ou de leurs membres. Les décisions du Conseil offrent deux exemples de ce type d'obligations : l'interdiction faite aux membres du Haut conseil des finances publiques de solliciter le Gouvernement en vue d'obtenir des instructions⁴²⁹ et l'obligation de dépôt d'une déclaration patrimoniale et d'une déclaration d'intérêts qui s'impose aux membres de la H.A.T.P.⁴³⁰.

Ces éléments, que le Conseil constitutionnel semble considérer comme des indices de l'autonomie des membres des A.A.I., sont la preuve de ce que cette autonomie n'est pas toujours menacée directement par l'Exécutif ou le Parlement. Elle est en effet susceptible d'être mise en cause par le comportement des membres eux-mêmes vis-à-vis de l'extérieur. Il est donc pertinent de regarder les obligations faites aux membres des A.A.I. comme des facteurs de garantie de leur autonomie.

172. Les garanties concernant l'autonomie du collège de l'A.A.I. et l'autonomie de ses membres trouvent systématiquement leur origine dans la loi. Le Conseil constitutionnel ne fait toujours qu'accueillir favorablement les dispositions législatives qui en sont le support, sans jamais censurer la loi au motif qu'elle ne prévoit pas suffisamment de garanties de l'autonomie des A.A.I. Ce faisant, il consacre le niveau d'autonomie mis en œuvre par le législateur et en fait le standard de conformité au principe de séparation des pouvoirs.

⁴²⁷ Le Conseil constitutionnel a en effet tenu à préciser que l'étendue de cette immunité ne saurait être trop importante, puisqu'elle doit concilier « le but ainsi poursuivi avec le respect des autres règles et principes de valeur constitutionnelle et, en particulier, le principe d'égalité » (décision C.C., n°2011-626 DC, préc., cons. 6). Pour ce faire, le juge constitutionnel a estimé que l'immunité accordée au Défenseur des droits et à ses collaborateurs devait être limitée « aux opinions qu'ils émettent et aux actes qu'ils accomplissent pour l'exercice de leurs fonctions ».

⁴²⁸ Décision C.C., n°2011-626 DC, préc., cons. 11 et décision C.C., n°2013-676 DC, préc., cons. 47. Dans cette dernière décision, le Conseil a estimé que les modalités de désignation du secrétaire général et des rapporteurs de la H.A.T.P. – nomination par le Premier ministre sur proposition du président de la Haute autorité pour le premier, nomination parmi les magistrats de la Cour des comptes et de la Cour de cassation par les présidents de ces juridictions pour les seconds) sont conformes au principe de séparation des pouvoirs.

⁴²⁹ Art. 11 alinéa 12 de la loi n°2012-1403 du 17 décembre 2012, préc., décision C.C., n°2012-658 DC, préc., cons. 44.

⁴³⁰ Art. 19, paragraphe IV, alinéas 3 et 4 de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013, préc., décision C.C., n°2013-676 DC, préc., cons. 47.

B. Un niveau d'autonomie consacré par le Conseil

173. L'absence de censure d'une disposition législative au motif qu'elle ne prévoit pas suffisamment de garanties permettant d'assurer l'autonomie des A.A.I. et, partant, la séparation des pouvoirs, peut être interprétée de deux manières. Selon la première interprétation, le Conseil n'opère pas de censure de ce type de dispositions parce qu'il estime que le principe de séparation des pouvoirs n'exige pas que soit garantie l'autonomie des A.A.I., ou parce qu'il exige un faible niveau de cette garantie. La jurisprudence du Conseil serait donc permissive vis-à-vis des atteintes susceptibles d'être portées à l'autonomie des A.A.I. La seconde interprétation, marquée du sceau de l'optimisme, consiste à interpréter l'absence de censure de la part du juge constitutionnel comme la conséquence logique d'une « bonne conduite » du législateur. En effet, lorsque des dispositions législatives sont systématiquement jugées conformes à une norme constitutionnelle, il est possible d'en déduire soit que le niveau de protection exigé par la norme constitutionnelle est tellement bas que toute disposition législative y est conforme, soit que le législateur s'efforce constamment d'adopter des dispositions respectant le standard de protection conféré par la norme constitutionnelle.

174. Dès lors, laquelle de ces deux interprétations retenir à propos de la validation systématique par le juge constitutionnel des dispositions qui sont susceptibles d'affecter l'autonomie des A.A.I. ? Un premier argument œuvre en faveur de la première interprétation. En effet, les différents éléments identifiés comme étant des garanties de l'autonomie des A.A.I. – modes de financement, absence d'immixtion d'autorités extérieures lors des réunions, type de mandat, ... - n'apparaissent jamais de manière concomitante dans les dispositifs législatifs relatifs aux A.A.I. Autrement dit, le Conseil constitutionnel valide ces dispositifs en les jugeant conformes au principe de séparation des pouvoirs alors même que ceux-ci ne présentent pas le même niveau de garantie de l'autonomie des A.A.I. Il est donc possible d'en déduire que le niveau de garantie nécessaire pour satisfaire au principe de séparation des pouvoirs en termes d'autonomie des A.A.I. est relativement bas.

Pourtant, c'est la seconde interprétation de la jurisprudence qu'il semble falloir privilégier. En effet, l'absence de constance dans les garanties de l'autonomie des A.A.I. établies par le législateur et jugées conformes par le Conseil au principe de séparation des pouvoirs peut résulter non pas de la tolérance – voire du laxisme – du juge constitutionnel, mais de l'application par ce dernier d'une méthode de contrôle particulière : le faisceau d'indices.

Cette méthode, employée tant par les juges ordinaires⁴³¹ que par le Conseil constitutionnel lui-même⁴³², sert généralement soit de méthode de preuve, soit de méthode visant à déterminer la qualification juridique d'un élément ou d'une situation. En l'espèce, le juge semble apprécier les différents éléments fixés par le législateur comme autant d'indices de la garantie de l'autonomie de l'A.A.I. Dès lors, pour que le dispositif législatif soit jugé conforme au principe de séparation des pouvoirs, le Conseil n'exige pas la réunion de l'intégralité des garanties propres à assurer l'autonomie des A.A.I. mais recherche si le cumul des différentes garanties instaurées par le législateur offre un niveau de protection suffisant de l'autonomie de ces autorités.

175. La protection jurisprudentielle de l'autonomie des A.A.I. est ainsi marquée par la faiblesse inhérente à la méthode du faisceau d'indices : l'indétermination. La jurisprudence constitutionnelle s'en trouve alors nécessairement affectée. En outre, du fait de l'utilisation de cette méthode, l'appréciation du caractère suffisant de la protection constitutionnelle de l'autonomie des A.A.I. devient délicate. L'examen de la jurisprudence du Conseil semble toutefois indiquer que cette autonomie fait l'objet d'une protection importante de la part du Conseil. Car, à l'exception de leur autonomie financière, qui mérite d'être encore renforcée⁴³³, les A.A.I. bénéficient d'un certain nombre de garanties de leur autonomie : leur collège est globalement préservé contre les immixtions d'autorités extérieures, et leurs membres bénéficient de garanties qui leur permettent d'exercer leurs fonctions en toute indépendance. Cette impression est d'ailleurs confirmée par l'étude du « standard d'indépendance » des régulateurs exigé par la Cour de Justice de l'Union européenne. Cette dernière, à l'occasion d'un arrêt du 9 mars 2010⁴³⁴, a estimé que l'exigence faite par une directive⁴³⁵ de permettre à une autorité de régulation d'assurer ses fonctions « en toute indépendance », dans la mesure où elle n'est pas définie par le texte, devait être interprétée « selon leur sens habituel ». Et la

⁴³¹ A titre d'exemple, on peut citer le recours à cette méthode par le juge administratif lorsqu'il s'agit d'identifier un service public (C.E., Sect., 22 février 2007, A.P.R.E.I.) et, pour le juge judiciaire, afin de caractériser l'élément moral du recel (Cass., crim., 24 novembre 1977, n°76-91.866).

⁴³² Le Conseil constitutionnel a notamment recours à la méthode du faisceau d'indices afin de déterminer si une loi a pour objet la transposition d'une directive (décision C.C., n°2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, J.O. du 26 juin 2008, p. 10228, Rec. p. 313 et commentaire officiel de la décision C.C., n°2014-694 DC du 28 mai 2014, p. 10 et s.).

⁴³³ C'est ce que note le Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation, préc., p. 88 et s. Pour ce faire, il formule plusieurs recommandations, comme l'adaptation du logiciel comptable de l'Etat à la dispense de contrôle financier dont bénéficient les A.A.I., la réévaluation progressive des moyens financiers alloués à certaines A.A.I. ou encore le rassemblement des A.A.I. au sein d'une mission budgétaire spécifique.

⁴³⁴ Décision C.J.U.E., 9 mars 2010, n°C-518/07, préc.

⁴³⁵ Il s'agissait en l'espèce de l'art. 28, 1°, al. 2 de la directive 95/46/CE du Parlement et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Cour de préciser qu' « en matière d'organe public, le terme "indépendance" désigne normalement un statut qui assure à l'organe concerné la possibilité d'agir en toute liberté, à l'abri de toute instruction et de toute pression »⁴³⁶. La Cour a enfin conclu qu' « il y a lieu d'interpréter (l'expression "en toute indépendance") en ce sens que les autorités de contrôle (...) doivent jouir d'une indépendance qui leur permette d'exercer leurs missions sans influence extérieure. Cette indépendance exclut non seulement toute influence exercée par les organismes contrôlés, mais aussi toute injonction et toute autre influence extérieure, que cette dernière soit directe ou indirecte, qui pourrait remettre en cause l'accomplissement, par lesdites autorités, de leur tâche»⁴³⁷. Dès lors, et malgré l'absence de censure opérée par le juge constitutionnel, il convient d'admettre que les garanties d'autonomie conférées aux A.A.I. – telles que présentées ci-avant – satisfont ces exigences.

⁴³⁶ Décision C.J.U.E., n°C-518/07, préc., §18.

⁴³⁷ Décision C.J.U.E., n°C-518/07, préc., §30.

177. Conclusion de Chapitre. Pour que les organes des pouvoirs politiques soient réellement indépendants, ainsi que le suppose la séparation des pouvoirs, il ne suffit pas qu'ils bénéficient d'une simple autonomie financière. Il faut également qu'ils bénéficient d'une autonomie structurelle. Il est pour cela nécessaire, d'une part, que les modalités relatives à la composition des organes soient propres à assurer cette indépendance, en écartant la possibilité pour un organe relevant d'un autre pouvoir d'intervenir en participant à la nomination ou à la révocation de certains de leurs membres. D'autre part, il faut que les dispositions qui régissent le fonctionnement des organes ne mettent pas en cause leur autonomie. Car l'indépendance ne doit pas seulement être préservée au moment de la nomination et de la révocation des membres d'un organe, elle doit aussi l'être entre ces deux « moments clés » de la vie de l'organe et, pour cela, il convient de s'assurer que chaque organe est régi par des règles de fonctionnement qui lui permettent d'agir en toute liberté, sans aucune pression de la part des autres pouvoirs.

178. La jurisprudence constitutionnelle révèle que le Conseil entend assurer pleinement ces deux volets de l'indépendance structurelle, que ce soit pour les organes politiques classiques ou pour les A.A.I. Pour ce faire, il applique globalement le dogme séparatiste, et retient une conception étanche de la séparation des pouvoirs lorsqu'il contrôle une disposition susceptible de mettre en cause l'indépendance ou l'autonomie de ces deux catégories d'organes. L'examen de la jurisprudence révèle toutefois une exception au dogme séparatiste, laquelle ne remet pas en cause la validité de ce dernier. Car le Conseil ne se départit du dogme séparatiste que pour mieux assurer l'indépendance des A.A.I., la spécificité de ces dernières conduisant à retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs.

180. Conclusion de Titre. Que ce soit grâce au principe de l'autonomie financière ou à un ensemble de garanties visant à assurer l'indépendance structurelle des organes politiques, le Conseil s'assure toujours que les dispositions législatives qu'il contrôle ne méconnaissent pas le principe de séparation des pouvoirs. Il applique ce dernier en retenant une conception étanche de la séparation, et ce afin d'assurer une indépendance la plus absolue possible aux organes des pouvoirs politiques. Une hypothèse oblige toutefois le Conseil à renoncer au dogme séparatiste, en raison de la spécificité des A.A.I., lors du contrôle des dispositions relatives à la nomination des membres de ces dernières. Il n'est en effet pas envisageable d'appliquer ici le dogme séparatiste, dans la mesure où il impliquerait une constitution endogène des collèges des différentes A.A.I., ce qui n'empêche pas le Conseil de continuer de protéger l'indépendance de ces dernières en s'assurant de ce que les deux pouvoirs politiques participent, de manière équilibrée, à la détermination de leur composition.

181. Dès lors, la logique de la jurisprudence constitutionnelle en matière de séparation organique entre les pouvoirs politiques se fait jour. La séparation étanche entre les organes politiques est érigée en fil d'Ariane de la jurisprudence par le Conseil, qui ne s'en écarte que lorsque l'application d'une telle conception étanche n'est pas possible. Dès lors, le fait que la jurisprudence constitutionnelle semble s'articuler autour de l'existence d'un dogme séparatiste trouve tout son sens. Conscient que la création de dérogations à la séparation organique des pouvoirs n'appartient qu'au pouvoir constituant, le Conseil remplit le rôle qui est le sien en s'assurant que lorsque de telles dérogations ne sont pas constitutionnellement prévues, la séparation étanche entre les organes politiques demeure le principe. A une exception près, le même constat semble pouvoir être formulé s'agissant de la séparation de leurs fonctions.

Titre 2 – Le dogme séparatiste comme facteur de protection des fonctions des pouvoirs politiques

183. « Dans tout Etat aspirant à un fonctionnement démocratique, l'application du principe de séparation des pouvoirs implique la spécialisation des fonctions de l'Etat et leur exercice par différents organes, indépendants »⁴³⁸. Le principe de séparation des pouvoirs implique ainsi, en principe, une séparation des organes, mais également une répartition et une séparation des différentes compétences qu'ils exercent et qui, regroupées selon la nature de l'activité à laquelle elles se rattachent, constituent une fonction⁴³⁹. Il est toutefois fréquent que les constitutions choisissent de déroger à la spécialisation des fonctions en organisant une collaboration entre les pouvoirs, basée sur une séparation plus ou moins perméable des fonctions. De la dichotomie spécialisation – collaboration des pouvoirs découle traditionnellement la classification des régimes politiques ; la séparation étanche des fonctions est présentée comme la caractéristique du régime présidentiel, la séparation perméable comme celle du régime parlementaire.

Or, malgré les incertitudes qui pèsent sur la nature précise du régime de la V^e République, il est évident que le constituant a exclu toute idée de spécialisation absolue des fonctions. Pour s'en convaincre, il suffit par exemple d'un examen rapide du processus d'adoption de la loi, dans lequel intervient le Parlement, mais également l'Exécutif⁴⁴⁰, ou encore de l'article 24 de la Constitution, qui prévoit notamment que le Parlement contrôle l'action du Gouvernement. Toutefois, le constituant de 1958 n'a pas non plus rejeté toute idée de séparation fonctionnelle dans la mesure où il a déterminé, avec plus ou moins de précision, un domaine de compétence pour chacun des deux pouvoirs politiques. Ce faisant, il se démarque des régimes précédents, où le législateur n'avait d'autres limites que celles qu'il choisissait de s'imposer, privant l'Exécutif de toute capacité autonome d'action normative⁴⁴¹. Comme le note R. Janot, la délimitation des fonctions législatives du Parlement et des fonctions de l'Exécutif opérée par la Constitution de 1958 est la conséquence de cette situation : « l'expérience prouvant qu'il

⁴³⁸ P. Turk, *Le contrôle parlementaire en France*, LGDJ, Paris, 2011, p. 20.

⁴³⁹ « La notion de fonction permet de répartir les actes qu'accomplissent (les organes) selon la nature de l'activité à laquelle ils se rattachent », P. Avril et J. Gicquel, *Droit parlementaire*, Montchrestien, Paris, 2010, 4^{ème} édition, p. 158.

⁴⁴⁰ Voir par exemple l'article 39 de la Constitution dont le premier alinéa prévoit que « l'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement ».

⁴⁴¹ Combinée aux autres caractéristiques de la IV^e République, notamment le recours au scrutin proportionnel pour les élections législatives, cette omnipotence du Parlement avait alors entraîné une succession de crises ministérielles. « Faute de pouvoir gouverner, le gouvernement démissionnait » (F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2009, 31^{ème} édition, p. 447.

n'y avait pas de remède législatif possible, il fallait donc un remède constitutionnel »⁴⁴². La répartition constitutionnelle nouvelle des compétences entre le Parlement et l'Exécutif procède donc de la volonté de redéployer la théorie de la séparation des pouvoirs en renouvelant l'équilibre entre ces pouvoirs. C'est en cela que « la séparation des compétences législatives et réglementaires paraît être une composante de l'ensemble plus vaste que constitue la théorie de la séparation des pouvoirs »⁴⁴³. La Constitution de la V^e République a opté pour une collaboration fonctionnelle modérée. Dès lors, le Conseil poursuit-il, dans le cadre de sa jurisprudence relative à la séparation fonctionnelle des pouvoirs, l'application du dogme séparatiste pour lequel il a opté dans le cadre de la séparation organique, ou y renonce-t-il en raison de la collaboration des fonctions que semble organiser la Constitution ?

184. L'examen de la jurisprudence révèle que face à une disposition législative susceptible d'affecter la séparation fonctionnelle des pouvoirs, le Conseil continue d'appliquer généralement le dogme séparatiste. Ce faisant, il s'assure qu'aucun des pouvoirs n'empiète sur les fonctions qui relèvent des organes de l'autre pouvoir (**Chapitre 1.**). Il est toutefois des cas dans lesquels le Conseil ne fait pas application du dogme séparatiste, le plus souvent parce que la Constitution organise expressément une perméabilité de la séparation des pouvoirs que le Conseil ne peut pas ignorer (**Chapitre 2.**).

⁴⁴² R. Janot, « L'origine des articles 34 et 37 », in *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, L. Favoreu (dir.), Economica, Paris, 1981, p. 64.

⁴⁴³ E. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958 : initiative législative et Constitution*, Economica, Paris, 1997, p.13.

Chapitre 1 – L’application effective du dogme séparatiste à la séparation des fonctions politiques

186. Lorsque la Constitution ne prévoit pas de mécanismes autorisant un pouvoir politique à intervenir dans les fonctions des organes de l’autre pouvoir politique et que le Conseil est saisi d’une disposition mettant en cause la séparation des fonctions des pouvoirs politiques, la jurisprudence a recours au principe de séparation des pouvoirs et fait application du dogme séparatiste. Il en découle une interdiction pour ces pouvoirs de s’immiscer dans leurs fonctions respectives. L’application du dogme séparatiste aurait pu bénéficier uniquement à l’Exécutif, dans la mesure où le contrôle exercé par le Conseil porte sur les lois, et qu’il était envisageable que le juge constitutionnel ait le plus souvent à sanctionner des immixtions du législateur – et, plus généralement, du Parlement – dans les fonctions de l’Exécutif. L’examen de la jurisprudence dément toutefois cette intuition. En effet, l’application du dogme séparatiste protège les fonctions tant de l’Exécutif (**Section 1.**) ainsi que du législateur (**Section 2.**).

Section 1 – L’application effective du dogme séparatiste au service de la protection des fonctions de l’Exécutif

187. La Constitution attribue à l’Exécutif un certain nombre de compétences qui découlent, pour la plupart, des articles 13, 20, 21 et 37 de la Constitution. L’Exécutif se voit alors attribuer un certain nombre de prérogatives, qui lui sont entièrement réservées par la Constitution. Dès lors, tant ces dispositions constitutionnelles particulières que le principe de séparation des pouvoirs, interprété à la lumière du dogme séparatiste, font globalement obstacle à ce que le Parlement s’immisce dans l’exercice par l’Exécutif de ses propres fonctions, en prononçant des injonctions à l’encontre de ce dernier. Le contrôle exercé par le Conseil permet d’assurer une protection relative des fonctions de l’Exécutif lorsque l’injonction a pour objet de permettre une intervention *indirecte* du Parlement dans ces dernières (§1.), et une protection absolue lorsque l’injonction vise à permettre une intervention *directe* du Parlement dans les fonctions de l’Exécutif (§2.).

§1. L'interdiction relative des ingérences indirectes du Parlement dans les fonctions de l'Exécutif

189. Le Conseil est régulièrement saisi de dispositions qui constituent des injonctions adressées par le législateur à l'un des organes de l'Exécutif. Certaines de ces injonctions ont pour objet ou pour effet de permettre au Parlement d'intervenir indirectement dans les fonctions de l'Exécutif. Il s'agit alors soit d'enjoindre à l'Exécutif d'informer l'un des organes du Parlement, soit de lui enjoindre de consulter l'un d'eux. D'un côté, l'attachement manifeste du Conseil à l'égard du principe de séparation des pouvoirs se traduit essentiellement par l'application du dogme séparatiste, ce qui laisse penser que le juge constitutionnel devrait censurer l'ensemble de ces injonctions. Mais d'un autre côté, l'intervention du Parlement dans les fonctions de l'Exécutif résultant de ces deux types d'injonction n'est qu'indirecte. En effet, ni le fait de se voir communiquer des informations, ni celui de formuler un avis – lorsque celui-ci n'est pas contraignant – ne permet véritablement au Parlement d'empiéter sur les fonctions de l'Exécutif. C'est probablement pour cette raison que le juge constitutionnel a choisi d'opérer une distinction en fonction de l'objet de l'injonction. Il considère, ainsi, d'une part, que le principe de séparation des pouvoirs ne s'oppose pas à ce que le Parlement intervienne indirectement dans les fonctions de l'Exécutif lorsque cette intervention prend la forme d'une simple information (A.). D'autre part, et bien que la frontière ne soit pas toujours très nette, le Conseil estime en revanche que le principe de séparation des pouvoirs s'oppose à ce type d'intervention lorsqu'elle prend la forme d'une obligation de consulter l'un des organes du Parlement (B.).

A. L'admission des injonctions visant à contraindre l'Exécutif à informer le Parlement

190. Il arrive régulièrement que le Conseil soit saisi de dispositions prévoyant l'obligation pour l'Exécutif, dans le cadre de ses fonctions, d'informer le Parlement. Le Conseil juge alors ces dispositions conformes à la Constitution et, partant, au principe de séparation des pouvoirs (1.). Mais en admettant qu'une telle obligation pèse sur l'Exécutif, le Conseil ne renonce pas pour autant au dogme séparatiste (2.).

1. La constitutionnalité des injonctions

192. Le Conseil estime qu'une disposition faisant obligation à l'Exécutif, dans le cadre de ses fonctions, de délivrer des informations au Parlement est conforme à la Constitution et, partant, au principe de séparation des pouvoirs. Ainsi, dans une décision du 25 juillet 2001⁴⁴⁴, le Conseil a examiné d'office l'article 66-II de la L.O.L.F. pour estimer que celui-ci a pu, « sans porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs, prévoir qu'au cours de la préparation du projet de loi de finances (...), les commissions du Parlement chargées des finances seront informées de la nomenclature envisagée par le Gouvernement pour les missions et les programmes »⁴⁴⁵. Cette décision est d'autant plus intéressante que ni la lettre de saisine du Premier ministre ni l'avis du Conseil d'Etat⁴⁴⁶, bien que soulevant un certain nombre de difficultés potentielles à propos de certaines des dispositions de la L.O.L.F. au regard du principe de séparation des pouvoirs, ne faisaient état de difficultés qu'aurait pu entraîner l'article 66-II au regard de la Constitution.

193. Plus généralement, le Conseil a admis qu'il soit fait obligation au Gouvernement d'informer un organe parlementaire dans deux cas : les lois de finances ou de financement de la sécurité sociale et les lois de planification⁴⁴⁷. S'agissant des premières, le Conseil constitutionnel a très tôt jugé qu'il « appartient au Parlement de prescrire, pour sa propre information, dans les lois de finances, des mesures de contrôle sur la gestion des finances publiques et sur les comptes des établissements et des entreprises fonctionnant avec des fonds publics »⁴⁴⁸. Par la suite, il a toujours estimé conforme à la Constitution toute disposition faisant obligation au Gouvernement de remettre des documents⁴⁴⁹ – rapports, annexes, questionnaires complétés... - au Parlement dans le cadre des lois de finances ou de financement de la sécurité sociale⁴⁵⁰, sous certaines conditions, que le Conseil a

⁴⁴⁴ Décision C.C., n°2001-448 DC du 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances, J.O. du 2 août 2001, p. 12490, Rec. p. 99, cons. 111.

⁴⁴⁵ Décision C.C., n°2001-448 DC, préc., cons. 111.

⁴⁴⁶ C.E., avis n°365.546 du 21 décembre 2000.

⁴⁴⁷ Sur ce point, voir not. E. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958. Initiative législative et Constitution*, Economica, Paris, 1997, p. 428-429

⁴⁴⁸ Décision C.C., n°64-27 DC du 18 décembre 1964, Loi de finances pour 1965, J.O. du 24 décembre 1964, p. 11593, Rec. p. 29, cons. 7.

⁴⁴⁹ Le Conseil va même plus loin en estimant qu'il « incombe au Gouvernement de donner au Parlement des indications substantielles sur l'orientation générale et la politique qu'il entend suivre » en ce qui concerne l'utilisation de fonds, et que les opérations de gestion de fonds peuvent être menées par le Gouvernement « à condition toutefois que lesdites opérations fassent l'objet de comptes rendus complets de nature à permettre au Parlement d'exercer son contrôle au moment où il vote les crédits de l'année suivante » (décision C.C., n°76-73 DC du 28 décembre 1976, Loi de finances pour 1977, J.O. du 29 décembre 1976, p. 7580, Rec. p. 41, cons. 6).

⁴⁵⁰ Ces dispositions ont toutefois été censurées lorsqu'elles ont été adoptées selon une procédure non conforme à la Constitution (décision C.C., n°2013-684 DC du 29 décembre 2013, Loi de finances rectificative pour 2013,

progressivement explicitées. Ainsi, les documents doivent nécessairement avoir pour objet ou pour effet d'améliorer l'information du Parlement sur l'application de ces dernières⁴⁵¹, le non-respect de l'obligation de transmettre ces documents ne peut en aucun cas faire obstacle à la mise en discussion d'un projet de loi⁴⁵² et, enfin, ces documents ne sauraient porter atteinte à la liberté d'appréciation que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution⁴⁵³. S'agissant des lois de planification, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions imposant au Gouvernement de fournir des documents au Parlement dans le cadre de l'élaboration des lois de plan étaient conformes à la Constitution⁴⁵⁴.

2. Une solution compatible avec le dogme séparatiste

194. Le choix du Conseil de permettre au Parlement d'enjoindre au Gouvernement de lui délivrer des informations est bienvenu. En effet, les informations ainsi délivrées, sans pour autant permettre au Parlement d'empiéter sur les fonctions de l'Exécutif, n'en sont pas moins précieuses. Car il est évident que les informations communiquées par ce biais facilitent l'exercice par le Parlement de ses propres fonctions. Le fait que cette forme d'injonction apparaisse essentiellement dans les lois de finances et de financement de la sécurité sociale ainsi que dans les lois de planification est parlant de ce point de vue, ces deux types de lois nécessitant une information particulièrement importante du Parlement. La collaboration entre ce dernier et l'Exécutif est alors bénéfique.

195. En outre, le fait que le Conseil ne censure pas une injonction adressée par le Parlement à l'Exécutif, quand bien même elle ne permettrait au premier que d'intervenir très indirectement dans les fonctions du second, paraît, à première vue, peu compatible avec l'idée selon laquelle le Conseil appliquerait un dogme séparatiste. Ce dernier semble en effet exiger que le Conseil censure indifféremment toute méconnaissance de la séparation – en l'espèce,

J.O. du 30 décembre 2013, p. 22232, cons. 23 et 38) ou qu'elles ne relèvent pas du domaine des lois de finances tel que le définit la L.O.L.F. (décision C.C., n°2010-622 DC du 28 décembre 2010, Loi de finances pour 2011, J.O. du 29 décembre 2010, p. 23190, Rec. p. 416, cons. 51 et 55 ; décision C.C., n°2008-574 DC du 29 décembre 2008, Loi de finances rectificatives pour 2008, J.O. du 31 décembre 2008, p. 20567, Rec. p. 386, cons. 10, 12 et 14) ou du domaine des lois de financement de la sécurité sociale tel que le définit l'article L.O. 111-3 du code de la sécurité sociale (décision C.C., n°2013-682 DC du 19 décembre 2013, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, J.O. du 24 décembre 2013, p. 21069, Rec. p. 1094, cons. 85 et 88).

⁴⁵¹ Décision C.C., n°2005-528 DC du 15 décembre 2005, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006, J.O. du 20 décembre 2005, p. 19561, Rec. p. 157, cons. 30 ; décision C.C., n°2004-508 DC du 16 décembre 2004, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2005, J.O. du 21 décembre 2004, p. 21663, Rec. p. 225, cons. 20)

⁴⁵² Décision C.C., n°2001-448 DC du 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances, J.O. du 2 août 2001, p. 1290, Rec. p. 99, cons. 89.

⁴⁵³ Décision C.C., n°2001-448 DC, préc., cons. 90.

⁴⁵⁴ Décision C.C., n°82-142 DC du 27 juillet 1982, Loi portant réforme de la planification, J.O. du 29 juillet 1982, p. 2424, Rec. p. 52, cons. 13 à 16.

de la séparation fonctionnelle – des pouvoirs. Il s’agit pourtant là d’une vision caricaturale de ce que serait la jurisprudence du Conseil. Ce dernier n’applique ce qu’il est possible de désigner sous le terme de « dogme séparatiste » que dans le but de protéger l’indépendance et les fonctions des pouvoirs politiques des atteintes qu’ils sont susceptibles de se porter mutuellement. Or, le fait pour l’Exécutif de devoir informer le Parlement ne permet pas à ce dernier d’empiéter sur les fonctions de l’Exécutif, et encore moins de se substituer à lui dans leur exercice. Dès lors, ni le principe de séparation des pouvoirs ni le dogme séparatiste qui guide l’interprétation que le Conseil en retient ne prescrivent de censurer une telle injonction.

196. C’est toutefois la seule obligation de l’Exécutif vis-à-vis du Parlement que le Conseil juge acceptable au regard du principe de séparation des pouvoirs. Toutes les injonctions ayant pour effet de permettre au Parlement d’intervenir indirectement dans les fonctions de l’Exécutif autrement que par l’information, sont en effet censurées par le juge constitutionnel.

B. Le rejet des injonctions visant à contraindre l’Exécutif à consulter le Parlement

197. Le Conseil juge que l’obligation pour l’Exécutif d’informer le Parlement est conforme à la Constitution et, partant, au principe de séparation des pouvoirs. Il estime cependant qu’il n’en va pas de même lorsque les injonctions ont pour objet de contraindre l’Exécutif à consulter le Parlement sur un projet d’acte réglementaire (1.). De même, le Conseil exclut, au nom du principe de séparation des pouvoirs, que le pouvoir de nomination d’une autorité administrative soit subordonné à l’audition par les assemblées parlementaires de la personne dont la nomination est envisagée (2.). Dans ces deux hypothèses, le Conseil se montre particulièrement intransigeant quant au respect du principe de séparation des pouvoirs, et applique strictement le dogme séparatiste.

1. La non-conformité au principe de séparation des pouvoirs de la faculté offerte au Parlement d'émettre un avis sur un projet d'acte réglementaire

198. A deux reprises, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions qui prévoyaient la faculté pour les assemblées d'émettre un avis sur un projet d'acte réglementaire. Dans la première décision, en date du 30 décembre 1970⁴⁵⁵, le Conseil constitutionnel se prononçait sur la loi de finances rectificative pour 1970⁴⁵⁶ et, plus précisément, sur la conformité à la Constitution de son article 6-1. Cette disposition prévoyait que les conditions de gestion d'un établissement public⁴⁵⁷ seraient fixées par un règlement d'administration publique⁴⁵⁸, après consultation de la commission permanente chargée des finances de chacune des deux assemblées. Chose peu courante, la saisine du juge constitutionnel avait été déclenchée par une lettre du Premier ministre, dans laquelle ce dernier développait de nombreux arguments afin de convaincre le Conseil de la contrariété de la disposition⁴⁵⁹ au principe de séparation des pouvoirs. Dans la seconde décision, en date du 3 mars 2009⁴⁶⁰, le Conseil décidait d'examiner l'article 25 de la loi relative à la communication audiovisuelle. Celui-ci prévoyait, d'une part, que tout nouveau projet de cahier des charges de la société nationale de programme en charge de l'audiovisuel devait être transmis aux commissions chargées des affaires culturelles de l'Assemblée et du Sénat. La disposition prévoyait, d'autre part, que lesdites commissions avaient la possibilité de formuler un avis sur le projet de cahier des charges dans un délai de six semaines.

⁴⁵⁵ Décision C.C., n°70-41 DC du 30 décembre 1970, Loi de finances rectificatives pour 1970, J.O. du 31 décembre 1970, p. 12322, Rec. p. 29.

⁴⁵⁶ Loi n°70-1283 du 31 décembre 1970 de finances rectificative pour 1970.

⁴⁵⁷ Il s'agissait en l'espèce de l'Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat, créée par la loi n°70-1283 (préc.) en remplacement du Fonds national d'amélioration de l'habitat. Elle a le statut d'établissement public administratif.

⁴⁵⁸ Les règlements d'administration publique étaient, jusqu'en 1980, des actes réglementaires portant sur l'organisation des institutions et des administrations publiques. Depuis la loi n°80-514 du 7 juillet 1980 portant suppression du renvoi au règlement d'administration publique dans les lois, ils ont été remplacés par les décrets pris en Conseil d'Etat.

⁴⁵⁹ Le Premier ministre estimait alors notamment que « si, en dehors des procédures fixées par la Constitution elle-même, le Gouvernement et le Parlement pouvaient intervenir dans leurs domaines respectifs, il n'y aurait évidemment plus de séparation des pouvoirs effective. On note enfin que certaines dispositions permettent au Gouvernement de suivre et de conduire le déroulement de la procédure législative, mais que, par contre la Constitution ne prévoit, aucune modalité permettant au Parlement de jouer un rôle dans l'exercice du pouvoir réglementaire. Or, l'article 6-1 de la loi de finances rectificative pour 1970 en subordonnant l'intervention d'un règlement à la consultation des commissions a bien pour effet, en violation du principe de séparation des pouvoirs, de permettre l'intervention des Assemblées dans un domaine ne relevant pas de leur compétence constitutionnelle ».

⁴⁶⁰ Décision C.C., n°2009-577 DC, préc.

199. Le juge constitutionnel a développé un raisonnement similaire dans chacune de ces décisions. Il a d'abord estimé, à propos de chacune de ces dispositions, que « la Constitution attribue au Gouvernement d'une part, et au Parlement d'autre part, des compétences qui leur sont propres »⁴⁶¹. Le juge constitutionnel a ensuite décidé que, dans la mesure où, d'une part, la disposition comporte une injonction faite au Gouvernement d'avoir à consulter les commissions permanentes alors que le texte faisant l'objet de la consultation « relève exclusivement d'une procédure réglementaire » et, d'autre part, elle insère « l'intervention d'une instance législative dans la mise en œuvre du pouvoir réglementaire », la disposition devait être censurée pour méconnaissance « de la séparation des compétences législative et réglementaire »⁴⁶². La seule différence entre les deux décisions réside dans la mention de l'article 16 de la Déclaration de 1789, qui n'apparaît que dans la décision du 3 mars 2009.

200. Malgré cette différence, le principe de séparation des pouvoirs est, de manière évidente, à l'origine de la censure opérée en 1970 et en 2009. Le principe de séparation des pouvoirs interdit donc qu'il soit fait obligation à l'Exécutif, dans le cadre de ses fonctions, d'avoir à consulter un organe parlementaire. Il est alors possible de se demander quel est l'élément qui, dans les dispositions censurées à l'occasion des décisions de 1970 et 2009, méconnaît le principe de séparation des pouvoirs. Car ce sont en réalité deux injonctions à l'égard de l'Exécutif que comporte chacune de ces dispositions. La première injonction – implicite dans la disposition contrôlée en 1970, mais explicite dans celle contrôlée en 2009 – vise à contraindre l'Exécutif à transmettre le projet d'acte réglementaire. La seconde injonction, explicite dans chacune des dispositions contrôlées par le juge constitutionnel, fait obligation à l'Exécutif de consulter les commissions permanentes. Il est donc possible de se demander si le principe de séparation des pouvoirs fait obstacle à la seconde de ces injonctions, à chacune d'entre elles, ou si c'est leur combinaison qui entraîne la censure prononcée par le Conseil. La jurisprudence fournit quelques pistes de réflexion. Il est en effet peu pertinent d'envisager que le seul premier volet de l'injonction contenue dans les dispositions censurées en 1970 – à savoir l'obligation de transmettre un projet d'acte réglementaire à un organe parlementaire – soit contraire au principe de séparation des pouvoirs. Car cette obligation diffère peu de l'obligation de transmettre des informations recueillies, pour la plupart, dans l'exercice de la fonction primo-ministérielle d'initiative des lois, que le Conseil juge conforme à la Constitution⁴⁶³. Ensuite, il est peu pertinent

⁴⁶¹ Décision C.C., n°70-41 DC, préc., cons. 1 et décision C.C., n°2009-577 DC, préc., cons. 30.

⁴⁶² Décision C.C., n°70-41 DC, préc., cons. 3 et décision C.C., n°2009-577 DC, préc., cons. 31.

⁴⁶³ Voir *supra*.

d'envisager le potentiel « attentatoire » du second volet de l'injonction au principe de séparation des pouvoirs de manière autonome. C'est donc la combinaison de ces deux injonctions qui méconnaît le principe de séparation des pouvoirs et provoque la censure de la disposition qui les prévoit.

201. Le choix de censurer les dispositions contrôlées dans les décisions de 1970 et de 2009 révèle une application particulièrement rigoureuse du dogme séparatiste. Ces dispositions sont certes porteuses d'une injonction à l'Exécutif de consulter un organe parlementaire. Mais, dans l'une comme dans l'autre, l'avis émis par les commissions permanentes n'est pas revêtu d'un caractère contraignant. Il en résulte que cet avis ne permet pas au Parlement de participer directement à la prise de décision dans une matière qui relèverait du domaine réglementaire, et encore moins de se substituer à l'Exécutif dans l'exercice de ses fonctions. Si ces dispositions permettent au Parlement d'intervenir dans le processus décisionnel du pouvoir réglementaire, c'est uniquement de manière diffuse, indirecte et aléatoire, rien n'indiquant que l'Exécutif aurait pris connaissance de l'avis émis par les commissions. Cela a pourtant suffi au Conseil pour estimer que ces dispositions méconnaissent le principe de séparation des pouvoirs.

202. Un second élément montre que le Conseil applique de manière particulièrement rigoureuse le dogme séparatiste. Dans la décision du 3 mars 2009, la disposition censurée par le Conseil prévoyait expressément – contrairement à la disposition censurée dans la décision du 30 décembre 1970 – deux obligations à la charge de l'Exécutif. La transmission du projet de cahier des charges, d'abord, et la possibilité pour les commissions permanentes d'émettre un avis sur ce projet d'acte réglementaire ensuite. Or, la première obligation semble pouvoir être assimilée à une injonction d'avoir à informer le Parlement, que le Conseil ne censure traditionnellement pas. Pourtant, le Conseil décide de censurer l'intégralité de la disposition⁴⁶⁴. Plusieurs analyses sont susceptibles d'expliquer la raison pour laquelle le Conseil décide de censurer l'intégralité de la disposition, au lieu de ne censurer que la possibilité pour les commissions d'émettre un avis.

⁴⁶⁴ Il est d'ailleurs possible de noter, au préalable, que l'amendement à l'origine de la disposition, lorsqu'il a été déposé à l'Assemblée (Amendement n°84, déposé par M. Kert, rapporteur au nom de la commission spéciale le 20 novembre 2008), allait plus loin que la simple possibilité pour les commissions d'émettre un avis, puisqu'il prévoyait la tenue d'un débat devant le Parlement sur le projet de cahier des charges de l'audiovisuel, de telle sorte que le Parlement serait « pleinement informé de l'état des relations entre le Gouvernement et France Télévisions » (Intervention de J.-F. Copé à l'occasion du débat relatif à l'adoption de l'amendement n°84 au projet de loi n°1209, A.N., 1ère lecture, 1ère séance du 8 décembre 2008. J.-F. Copé poursuivait alors en affirmant qu'« il est essentiel, aux yeux de tous les parlementaires, de pouvoir s'assurer de la qualité de (la relation entre le Gouvernement et France Télévision) et de la crédibilité des engagements de l'Etat vis-à-vis de France Télévision »).

D'abord, le Conseil pourrait réserver un traitement distinct à l'obligation faite à l'Exécutif d'avoir à informer le Parlement selon que l'information concerne ou non le pouvoir réglementaire. Toutes les fois où le Conseil a jugé une telle injonction conforme au principe de séparation des pouvoirs, l'information que l'Exécutif se voit contraint de délivrer concerne la compétence d'initiative des lois qu'il détient au titre de l'article 39 de la Constitution. La disposition censurée dans la décision du 3 mars 2009 faisait en revanche obligation à l'Exécutif de transmettre un projet de document réglementaire. Il était donc possible d'en déduire que c'est cette différence qui justifie la censure de l'intégralité de la disposition. Le Conseil constitutionnel exercerait dès lors une protection renforcée des fonctions réglementaires par rapport aux fonctions non-réglementaires de l'Exécutif. Cette explication n'emporte toutefois pas la conviction, dans la mesure où la jurisprudence relative à l'incompétence positive du législateur⁴⁶⁵ suffit à montrer que le Conseil est loin d'accorder une protection particulièrement importante à la fonction réglementaire.

Ensuite, le Conseil aurait pu ne juger conforme au principe de séparation des pouvoirs l'obligation faite à l'Exécutif d'informer le Parlement que lorsque l'information délivrée à ce dernier est rattachable à un fondement constitutionnel. Car dans les décisions où cette obligation d'information est jugée conforme à la Constitution, il s'agit toujours pour l'Exécutif de permettre au Parlement, par l'information qu'il est sommé de lui délivrer, d'accomplir l'une de ses fonctions⁴⁶⁶. Certaines décisions semblent confirmer cette idée⁴⁶⁷, puisque le Conseil y cite les premiers alinéas des articles 47 et 47-1 de la Constitution comme étant à l'origine de la possibilité de prévoir l'obligation pour le Gouvernement de remettre des documents informatifs aux instances parlementaires⁴⁶⁸. Mais cette explication n'emporte pas

⁴⁶⁵ Voir *infra*.

⁴⁶⁶ A titre d'exemple, dans la décision du 25 juillet 2001 (décision C.C., n°2001-448 DC, préc.), l'obligation faite au Gouvernement d'informer le Parlement de la nomenclature envisagée pour les missions et les programmes de la loi de finances est susceptible d'être doublement rattachée à une fonction du Parlement : le vote de la loi de finances, qui relève de l'article 34 de la Constitution, mais également le contrôle de l'exécution des lois de finances, prévu par l'article 47-2 de la Constitution.

⁴⁶⁷ Décision C.C., n°2001-448 DC, préc., cons. 88 et décision C.C., n°2005-519 DC du 29 juillet 2005, Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale, J.O. du 3 août 2005, p. 12661, Rec. p. 129, cons. 21.

⁴⁶⁸ Cette idée vaut également s'agissant des lois de plan, qui contiennent également des dispositions faisant obligation au Gouvernement d'informer le Parlement qui ont été jugées conformes à la Constitution. Cette idée ressort particulièrement bien d'une décision du 27 juillet 1982, dans laquelle le juge constitutionnel estime que les obligations faites au Gouvernement ne sont en réalité que des mesures d'organisation du travail législatif nécessaires à l'élaboration de la loi de plan (Décision C.C., n°82-142 DC, préc., cons. 14 et 15 : Considérant que, si les règles selon lesquelles la loi est proposée, votée et promulguée sont déterminées par la Constitution et les lois organiques, il n'est pas interdit au législateur lui-même, dans le respect de ces règles, d'organiser le travail législatif dans les matières où il est expédient d'assurer pendant des années la régularité, la périodicité et la continuité de ce travail, nécessaires à la réalisation du but poursuivi ; Considérant que les lois de plan concernent un vaste domaine économique et social et sont établies en principe pour plusieurs années ; que leur

plus la conviction que la précédente, dans la mesure où l'obligation faite à l'Exécutif de transmettre le cahier des charges aux commissions permanentes peut être rattachée à l'une des fonctions du Parlement, que ce soit la fonction de contrôle de l'action du Gouvernement ou celle d'évaluation des politiques publiques.

C'est donc une troisième explication qu'il convient d'envisager. Selon cette dernière, le Conseil aurait censuré l'intégralité de la décision au motif que ses deux volets, information et émission d'un avis, ne sont pas séparables et que la censure du second entraîne inexorablement celle du premier⁴⁶⁹. Le caractère dissociable de ces deux dispositions ne fait aucun doute, et la transmission du cahier des charges pouvait être envisagée isolément dans un but d'information du Parlement. Ainsi, le Conseil considère que la transmission du cahier des charges de l'audiovisuel aux commissions permanentes n'a ici de sens que si elle permet aux commissions d'émettre un avis. Dès lors, la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs par ce dernier volet de la disposition est telle qu'elle va jusqu'à vicier l'obligation d'informer le Parlement, qui est pourtant conforme à la Constitution lorsqu'elle n'est pas le support de la possibilité pour un organe parlementaire d'émettre un avis. Cette interprétation, qui est par ailleurs confirmée par le commentaire officiel de la décision⁴⁷⁰ montre alors à quel point le Conseil protège les fonctions de l'Exécutif des interventions indirectes du Parlement, lorsque celles-ci vont au-delà d'une simple information.

préparation exige le rassemblement en temps utile de nombreuses données venant de sources très diverses ; que toute solution de continuité d'un plan à un autre doit être évitée ; que l'exécution du plan en cours doit être suivie tant pour les rectifications dont la nécessité se révélerait que pour la préparation du plan suivant ; qu'il résulte de là que la fixation par le législateur lui-même, à l'initiative d'ailleurs du Gouvernement, d'un programme systématique de travail législatif assorti de dates et de délais précis ne contrevient en elle-même à aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle sous réserve, d'une part, du droit du législateur de modifier à tout moment la législation ainsi édictée ou d'y déroger et, d'autre part, des droits du Gouvernement en ce qui concerne notamment le domaine qui lui est réservé, les procédures dont il dispose pour le protéger et les conditions de sa propre organisation et de son fonctionnement interne »

⁴⁶⁹ La technique de la « séparabilité » des dispositions a été très tôt adoptée par le Conseil constitutionnel. Voir not. la décision C.C., n°63-21 DC du 12 mars 1963, Loi portant réforme de l'enregistrement, du timbre et de la fiscalité immobilière, J.O. du 16 mars 1963, p. 2568, Rec. p. 23, cons. 5 : « Considérant qu'il ne résulte ni de l'amendement dont il s'agit, tel qu'il a été rédigé et adopté, ni des débats auxquels la discussion du projet de loi a donné lieu devant le Parlement, que la disposition de l'article 38 précité soit *inséparable de l'ensemble du texte de loi* ». (Nous soulignons).

⁴⁷⁰ « En effet, dès lors que le cahier des charges était "fixé" par décret, tout projet de cahier des charges constituait un projet d'acte réglementaire. Par conséquent, en imposant la transmission de ces documents aux commissions parlementaires pour leur permettre de donner un avis, les dispositions en cause méconnaissaient le principe de séparation des pouvoirs et la répartition des compétences telle que fixée par la Constitution entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif » (commentaire officiel de la décision C.C., n°2009-577 DC, préc., p. 17).

2. La non-conformité au principe de séparation des pouvoirs de la faculté offerte au Parlement d'émettre un avis sur un projet de nomination

203. De même que le Conseil censure la faculté offerte à un organe parlementaire de prononcer, même de manière non décisionnelle, sur un projet d'acte réglementaire, il estime que le principe de séparation des pouvoirs exclut qu'un de ces organes auditionne les personnes dont la nomination est envisagée par une autorité administrative – ou juridictionnelle. Plus précisément, le Conseil estime qu' « en l'absence de disposition constitutionnelle le permettant », une telle formalité procédurale est contraire au principe de séparation des pouvoirs⁴⁷¹. Or, la Constitution ne prévoit explicitement qu'une seule intervention de ce type des commissions permanentes, et ce dans le pouvoir de nomination du Président de la République⁴⁷². En dehors de cette possibilité, toute intervention d'un organe parlementaire dans le pouvoir de nomination d'un autre pouvoir est contraire au principe de séparation des pouvoirs et, plus précisément, à la séparation des fonctions. C'est ce que le Conseil a jugé à plusieurs reprises. Dans la première décision, la disposition contrôlée concernait le Haut conseil des finances publiques, dont certains membres sont nommés par le C.E.S.E. et par le Premier président de la Cour de cassation⁴⁷³. La disposition prévoyait que les personnes dont ces autorités envisageaient la nomination devraient être auditionnées publiquement par les commissions des finances de chacune des assemblées. Dans la seconde décision, il s'agissait de nomination par décret en Conseil des ministres du président du conseil d'administration d'un établissement public à caractère industriel et commercial⁴⁷⁴. La disposition prévoyait que la nomination a lieu après « audition par les commissions permanentes compétentes ». Enfin, une autre disposition prévoyait que le président du conseil

⁴⁷¹ Décision C.C., n°2012-658 DC du 13 décembre 2012, Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques, J.O. du 18 décembre 2012, p. 19856, Rec. p. 667, cons. 39 et décision C.C., n°2015-718 DC du 13 août 2015, Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, J.O. du 18 août 2015, p. 14376, cons. 65.

⁴⁷² L'article 13, alinéa 5 de la Constitution, prévoit en effet qu' « Une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés ».

⁴⁷³ Décision C.C., n°2012-658 DC, préc., cons. 37 et s.

⁴⁷⁴ Décision C.C., n°2015-718 DC, préc., cons. 64 et s.

d'administration du centre scientifique et technique du bâtiment est nommé en conseil des ministres « après audition par les commissions permanentes compétentes du Parlement »⁴⁷⁵

204. La censure opérée dans chacune de ces décisions démontre une nouvelle fois la conception rigoureuse que le Conseil retient du principe de séparation des pouvoirs lorsqu'il est appliqué entre les pouvoirs politiques. Le dogme séparatiste conduit en effet le Conseil à censurer une disposition qui permet seulement aux commissions permanentes d'entendre les candidats à la nomination, que ce soit publiquement ou non. Cette audition ne se soldait, dans les deux dispositions, par aucun avis – contraignant ou non contraignant – de la part des commissions, de telle sorte qu'il est possible de considérer qu'il ne s'agit pas d'une véritable intervention des organes parlementaires dans le pouvoir de nomination d'un organe administratif ou juridictionnel. Et, même en admettant que cet élément procédural constitue une intervention des commissions dans le pouvoir de nomination d'un organe relevant d'un autre pouvoir, il s'agit d'une intervention minimale. Il est certes possible que, par le truchement des médias et de l'opinion publique, l'audition par les commissions parlementaires de la personne pressentie à un poste influence l'organe qui détient le pouvoir de nomination. Toutefois, l'audition par les commissions permanentes de la personne dont la nomination est envisagée n'emporte aucune conséquence juridique. Il en découle que le choix du Conseil de censurer ces dispositions, alors même qu'elles ne prévoient qu'une audition par les commissions permanentes non suivie d'un avis, témoigne de l'application particulièrement rigoureuse du dogme séparatiste par le Conseil.

205. Le Conseil applique donc le dogme séparatiste de manière particulièrement rigoureuse, jugeant contraire au principe de séparation des pouvoirs toute disposition prévoyant que le Parlement est susceptible d'intervenir, même très indirectement, dans les fonctions de l'Exécutif. Par la force des choses, il ne saurait être plus complaisant à l'égard des injonctions ayant pour effet de permettre au Parlement d'intervenir *directement* dans les fonctions de l'Exécutif.

⁴⁷⁵ Décision C.C., n°2015-718 DC du 13 août 2015, Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, J.O. du 18 août 2015, p. 14376, cons. 64-66.

§2. L'interdiction absolue des ingérences directes du Parlement dans les fonctions de l'Exécutif

206. Le Conseil estime que les injonctions formulées par un organe parlementaire et conduisant à une intervention *directe* du Parlement dans les fonctions de l'Exécutif sont contraires au principe de séparation des pouvoirs, que cet organe parlementaire se prononce hors du cadre de sa fonction législative (A.) ou dans le cadre de cette dernière⁴⁷⁶ (B.). Ce faisant, il fait une nouvelle fois application du dogme séparatiste afin de s'assurer du respect de la répartition constitutionnelle des compétences et, plus précisément, afin de protéger les fonctions de l'Exécutif des atteintes que pourraient leur porter les organes du Parlement.

A. La protection de l'Exécutif contre les injonctions des instances parlementaires non-législatives

207. Le principe de séparation des pouvoirs et la répartition constitutionnelle des fonctions qui en découle interdisent qu'un organe adresse une injonction à un autre organe qui ne relève pas du même pouvoir afin de le contraindre à agir – ou à agir d'une certaine manière – dans l'exercice de ses fonctions. C'est donc conformément au dogme séparatiste que le Conseil a estimé que les dispositions qui permettraient une telle intervention d'un organe parlementaire dans les fonctions de l'Exécutif doivent être censurées. Le juge constitutionnel a ainsi, d'une part, censuré les dispositions qui permettaient aux présidents des assemblées de se substituer au haut-commissaire de la République (1.). D'autre part, il a précisé que les commissions d'enquête ne sauraient se substituer au Gouvernement en lui adressant des injonctions (2.).

1. L'interdiction faite aux présidents des assemblées d'adresser une injonction au haut-commissaire de la République

208. Depuis 1999, la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie prévoit que la décision de consulter le Congrès de cette collectivité relève du haut-commissaire de la

⁴⁷⁶ Il convient toutefois de noter que la différence n'est pas toujours particulièrement claire dans l'esprit du Conseil au vu des termes qu'il emploie. Le juge constitutionnel utilise en effet parfois le terme d' « instance législative » à propos des commissions permanentes des assemblées alors qu'elles n'interviennent pas au titre de la procédure législative (décision C.C., n°70-41 DC du 30 décembre 1970, Loi de finances rectificative pour 1970 et notamment son article 6-1 relatif à l'agence nationale pour l'amélioration de l'habitat, J.O. du 31 décembre 1970, p. 12322, Rec. p. 29, cons. 3 et décision C.C., n°2009-577 DC du 3 mars 2009, Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, J.O. du 7 mars 2009, p. 4336, Rec. p. 64, cons. 31).

République⁴⁷⁷ qui peut, en outre, demander à cette assemblée de se prononcer en respectant un délai réduit en cas d'urgence⁴⁷⁸. Or, dans une décision du 30 juillet 2009⁴⁷⁹, le Conseil constitutionnel examinait d'office une disposition modifiant la loi organique de 1999 et prévoyant que les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, après information du haut-commissaire, pouvaient également consulter le Congrès de Nouvelle-Calédonie. Sans plus de précision, la disposition examinée prévoyait également que le délai d'un mois dont dispose normalement le Congrès pour répondre « est réduit à quinze jours, en cas d'urgence, à la demande du président de l'Assemblée nationale ou du président du Sénat ». Le Conseil constitutionnel a alors jugé qu'« il résulte de l'article 77 de la Constitution que le législateur organique peut fixer les conditions dans lesquelles les institutions de Nouvelle-Calédonie sont consultées »⁴⁸⁰. Il en a ensuite déduit qu'était contraire au principe de séparation des pouvoirs non pas l'intégralité de la disposition, mais seulement la faculté offerte aux présidents des assemblées de raccourcir le délai de réponse imparti au Congrès de Nouvelle-Calédonie⁴⁸¹.

La censure formulée par le Conseil peut faire l'objet de deux interprétations. Le recours au principe de séparation des pouvoirs pour censurer une disposition mettant en cause, d'une part, un organe national – les présidents des assemblées – et, d'autre part, un organe local – le Congrès de Nouvelle-Calédonie –, peut être lu comme un indice de l'existence de la séparation verticale des pouvoirs dans la jurisprudence constitutionnelle. Or, il semble falloir écarter cette interprétation pour deux raisons. D'abord, parce que rien dans la jurisprudence constitutionnelle ne laisse entrevoir que le Conseil accueillerait favorablement l'existence d'une séparation des pouvoirs⁴⁸². Cette interprétation ne convainc pas, ensuite, parce que l'examen d'une autre décision du juge constitutionnel conduit à adopter une seconde interprétation de la décision.

⁴⁷⁷ Article 90, al. 1^{er} de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

⁴⁷⁸ Dans ce cas, le délai n'est plus d'un mois, mais de 15 jours (art. 90, al.5 de la loi organique n°99-209, préc.).

⁴⁷⁹ Décision C.C., n°2009-587 DC du 30 juillet 2009, Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte, J.O. du 6 août 2009, p. 13125, Rec. p. 152.

⁴⁸⁰ Cette affirmation a de quoi surprendre, dans la mesure où si l'article 77 de la Constitution prévoit bien la compétence du législateur organique pour déterminer certains éléments énumérés afin d'« assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies (par l'accord de Nouméa) et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre », la consultation du Congrès de Nouvelle-Calédonie sur « les projets de loi et propositions de loi et les projets d'ordonnance qui introduisent, modifient ou suppriment des dispositions particulières à la Nouvelle-Calédonie » (art. 90, 1° de la loi organique n°99-209, préc.) ne fait pas partie de ces éléments.

⁴⁸¹ Décision C.C., n°2009-587 DC, préc., cons. 16.

⁴⁸² Voir introduction.

209. Dans une décision rendue le 6 décembre 2007⁴⁸³, le Conseil examinait une disposition proche de celle contrôlée dans la décision du 30 juillet 2009, puisqu'il s'agissait pour le juge de se prononcer sur la constitutionnalité de la possibilité pour les présidents des assemblées d'enjoindre au haut-commissaire de consulter l'assemblée de Polynésie française. Le Conseil avait alors formulé une réserve d'interprétation afin de préciser que, pour ne pas être jugée contraire à la Constitution, la disposition « ne saurait avoir pour effet de permettre au président de l'Assemblée nationale ou du Sénat d'enjoindre au haut-commissaire de la République de déclarer l'urgence (...) pour réduire le délai de consultation de un mois à quinze jours »⁴⁸⁴. Le Conseil ne précisait toutefois pas à quelle norme constitutionnelle se heurtait cette interprétation de la disposition. Le rapprochement avec la décision du 30 juillet 2009 est ici utile. En effet, le principe de séparation des pouvoirs, tel qu'il est invoqué dans cette dernière, est tout à fait à même de justifier la réserve d'interprétation de 2007.

Il résulte alors de la combinaison de ces deux décisions l'affirmation suivante : le principe de séparation des pouvoirs fait obstacle à ce que les présidents des assemblées aient la faculté de prescrire l'urgence dans le cadre de la consultation d'autorités locales en lieu et place du haut-commissaire. Il est toutefois possible de regretter l'imprécision qui résulte de la lecture croisée des décisions du 6 décembre 2007 et du 30 juillet 2009, et ce pour deux raisons. D'une part, aucun fondement ne vient étayer l'idée selon laquelle le haut-commissaire de la République serait le titulaire exclusif de la compétence visant à prononcer l'urgence dans le cadre de la consultation des assemblées locales. D'autre part, la formulation de ces décisions laisse quelque peu perplexe quant à l'absence d'unité du raisonnement développé par le Conseil alors même que les dispositions contrôlées présentent de fortes similitudes.

210. Il n'en demeure pas moins que, là encore, le Conseil fait application du dogme séparatiste afin de délimiter strictement les fonctions des instances parlementaires et les fonctions non-réglementaires de l'Exécutif, ce qui a pour effet d'interdire aux présidents des assemblées d'intervenir dans ce que le Conseil semble considérer comme étant une fonction réservée au haut-commissaire de la République.

⁴⁸³ Décision C.C., n°2007-559 DC du 6 décembre 2007, Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française, J.O. du 8 décembre 2007, p. 19905, Rec. p. 439.

⁴⁸⁴ Décision C.C., n°2007-559 DC, préc., cons. 32-33.

2. L'interdiction faite aux commissions d'enquête d'adresser une injonction au Gouvernement

211. De même que le Conseil interdit aux présidents des assemblées de se substituer au haut-commissaire de la République, il censure toute disposition qui aurait pour objet ou pour effet de permettre aux commissions d'enquête de se substituer au Gouvernement en lui imposant des actions par le biais des rapports qu'elles établissent. Il en va ainsi, par exemple, dans une décision du 26 février 2004⁴⁸⁵, à l'occasion du contrôle de la disposition d'une résolution prévoyant qu'un député serait désigné pour effectuer une mission de suivi de la mise en œuvre des « conclusions » soumises à l'Assemblée par une commission d'enquête⁴⁸⁶. Le Conseil estimait alors que, « s'agissant des commissions d'enquête, dont les conclusions sont dépourvues de tout caractère obligatoire, le rapport présenté ne saurait en aucun cas adresser une injonction au Gouvernement »⁴⁸⁷.

212. La condamnation de toute tentative de substitution des commissions d'enquête au Gouvernement se manifeste doublement. Elle résulte, d'abord, et de manière expresse, de la réserve d'interprétation formulée par le Conseil. Mais elle résulte également, et plus subtilement, de la terminologie retenue par le Conseil pour désigner les rapports des commissions d'enquête. En effet, comme le note S. de Cacqueray, le Conseil a choisi de ne pas réutiliser le terme retenu par l'Assemblée dans la résolution, à savoir le terme de « recommandations »⁴⁸⁸, et lui préfère celui de « conclusions ». Selon l'auteur, « le Conseil constitutionnel a sans doute considéré que les recommandations d'une commission d'enquête peuvent s'apparenter à une exhortation incitant le Gouvernement à leur mise en œuvre tandis que les conclusions ressemblent davantage à des propositions ou à un avis qui ne lient pas le Gouvernement »⁴⁸⁹. Le principe de séparation des pouvoirs constitue dès lors le fondement idéal pour justifier tant la formulation de la réserve d'interprétation que l'interdiction pour les commissions d'enquête de se substituer au Gouvernement lorsqu'il s'agit de prendre des décisions dans le cadre des fonctions qui sont les siennes. Il est alors possible de regretter que le Conseil ne mentionne pas expressément ce principe.

⁴⁸⁵ Décision C.C., n°2004-493 DC du 26 février 2004, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 29 février 2004, p. 4164, Rec. p. 64.

⁴⁸⁶ Décision C.C., n°2004-493 DC, préc., cons. 2.

⁴⁸⁷ Décision C.C., n°2003-493 DC, préc., cons. 3.

⁴⁸⁸ Résolution A.N. du 12 février 2004 modifiant le Règlement en vue d'informer l'Assemblée nationale sur la mise en application des lois et sur la mise en œuvre des recommandations de ses commissions d'enquête.

⁴⁸⁹ S. de Cacqueray, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 2004, n°58, p. 385-386.

213. Saisi d'une disposition permettant à un organe parlementaire d'intervenir, directement, et de manière importante, dans les fonctions de l'Exécutif en se substituant à lui, le Conseil prononce systématiquement une censure. Ce faisant, il retient une conception étanche – et attendue – du principe de séparation des pouvoirs, conforme au dogme séparatiste. Or, le Conseil adopte la même position lorsqu'il s'agit de juger de la constitutionnalité d'une disposition prévoyant l'intervention du législateur dans les fonctions de l'Exécutif.

B. La protection de l'Exécutif contre les injonctions des instances législatives

214. En s'assurant que le législateur ne peut adresser d'injonctions de faire aux membres de l'Exécutif, le Conseil fait en sorte que le premier n'outrepasse pas sa compétence en empiétant sur les fonctions dévolues au second. Plus précisément, dans les deux catégories de décisions relatives à la protection de l'Exécutif contre les injonctions du législateur, ce sont les fonctions non-réglementaires du Premier ministre qui bénéficient de la protection du Conseil. Celui-ci interdit en effet au législateur de contraindre le chef du Gouvernement, d'une part, à user du pouvoir d'initiative des lois qui lui est conféré (1.) et, d'autre part, à répondre à une sollicitation émanant d'une collectivité territoriale dans la mesure où la Constitution ne le prévoit pas (2.).

1. L'interdiction des injonctions législatives visant à contraindre le Premier ministre à user de son pouvoir d'initiative des lois

215. En prévoyant que le Premier ministre et les membres du Parlement disposent conjointement de la fonction d'initiative des lois, la Constitution place cette fonction au confluent de la séparation et de la collaboration des pouvoirs. L'article 39 de la Constitution prévoit en effet que l'initiative des lois appartient « concurremment » au Premier ministre et aux membres du Parlement⁴⁹⁰. A première vue, dans ce domaine, le constituant aurait donc entendu organiser une collaboration entre les deux pouvoirs. Cette analyse mérite toutefois d'être nuancée, puisqu'il s'agit davantage d'un dédoublement de la fonction d'initiative des lois, qui appartient en propre à un organe de chacun des deux pouvoirs, plutôt que de véritable

⁴⁹⁰ L'alinéa 1^{er} de l'article 39 de la Constitution prévoit en effet que « L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement ».

collaboration fonctionnelle. Toutefois, la Constitution ne tranche pas expressément la question de l'existence d'un rapport entre les deux titulaires de la fonction et, le cas échéant, de la nature de ce rapport. Ce silence devrait alors entraîner l'application du principe de séparation des pouvoirs. Chacun des deux titulaires de la fonction d'initiative des lois devrait être libre d'exercer cette fonction quand il le souhaite, et selon les procédures prévues. Il en découle que l'Exécutif ne saurait contraindre les parlementaires à user de leur droit d'initiative des lois, mais également que le législateur ne saurait contraindre le Premier ministre à faire de même sans méconnaître tant la portée de l'article 39 que le principe de séparation des pouvoirs tel qu'interprété à la lumière du dogme séparatiste. Or, si la première hypothèse ne saurait être un jour tranchée par le Conseil, il n'en va pas de même de l'adoption d'une disposition législative visant à contraindre le Premier ministre à user du « droit d'initiative général »⁴⁹¹ que lui confère la Constitution. Le Conseil a d'ailleurs plusieurs fois dû se prononcer sur ce type de dispositions législatives pour les juger contraires à la Constitution.

216. Le plus souvent, la disposition législative prévoit que devra être déposé un projet de loi portant réforme d'un domaine particulier, et ce dans un délai déterminé. C'est le cas notamment de la loi contrôlée dans la décision du 22 janvier 1990⁴⁹², dans laquelle le législateur prévoyait qu'il devrait être saisi d'un projet de loi mettant en œuvre une réforme des conditions de prise en charge des personnes âgées avant une date donnée⁴⁹³. C'est également le cas dans la décision du 4 mai 2000⁴⁹⁴, dans laquelle le législateur prévoyait qu'un projet de loi devrait être déposé dans un délai déterminé afin de tenir compte du résultat de la consultation réalisée à Mayotte en vue de recueillir l'avis de la population quant à l'accord sur l'avenir de Mayotte, signé à Paris le 27 janvier 2000⁴⁹⁵. Enfin, c'est le cas dans la décision du 12 novembre 2015, dans laquelle le législateur prévoyait que le Premier ministre serait tenu de prendre un décret d'approbation ou de refus d'approbation d'actes dans le domaine du droit pénal dans un délai déterminé⁴⁹⁶.

⁴⁹¹ Décision C.C., n°76-73 DC du 28 décembre 1976, Loi de finances pour 1977, J.O. du 29 décembre 1976, p. 7580, Rec. p. 41, cons. 8.

⁴⁹² Décision C.C., n°89-269 DC du 22 janvier 1990, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, J.O. du 24 janvier 1990, p. 972, Rec. p. 33.

⁴⁹³ Décision C.C., n°89-269 DC, préc., cons. 37 et 38.

⁴⁹⁴ Décision C.C., n°2000-428 DC du 4 mai 2000, Loi organisant une consultation de la population de Mayotte, J.O. du 10 mai 2000, p. 6976, Rec. p. 70.

⁴⁹⁵ Décision C.C., n°2000-428 DC, préc., cons. 11 à 13.

⁴⁹⁶ Décision C.C., n°2015-721 DC du 12 novembre 2015, Loi organique portant diverses dispositions relatives à la collectivité de Saint-Barthélemy, J.O. du 18 novembre 2015, p. 21459, cons. 14 et 15.

De telles dispositions législatives sont invariablement jugées contraires à la Constitution par le Conseil. Pour ce faire, le juge constitutionnel déploie une motivation en deux temps. D'abord, il remarque que ni l'article 34 ni aucune autre disposition de la Constitution ne donne compétence au législateur pour adresser une telle injonction au Premier ministre. Il note ensuite que la disposition est contraire à l'article 39 de la Constitution, lequel réserve le droit d'initiative des projets de lois au Premier ministre. Malgré le caractère constant de l'ordre dans lequel ces deux arguments figurent dans les décisions, le raisonnement déployé par le Conseil semble être le suivant : dans la mesure où l'article 39 de la Constitution réserve au Premier ministre l'initiative des projets de loi, le législateur ne saurait déposséder le chef du Gouvernement de cette fonction que si une autre disposition constitutionnelle l'y autorisait en dérogeant expressément à l'article 39, ce qui n'est pas le cas dans ces décisions. Bien que le principe de séparation des pouvoirs ne soit expressément mentionné dans aucune de ces décisions, il est indéniable qu'il est à l'origine du raisonnement déployé par le Conseil. Le commentaire officiel de l'une de ces décisions confirme d'ailleurs cette idée en affirmant qu'au « nom de la séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel censure les injonctions adressées par le Parlement au pouvoir exécutif s'agissant du dépôt d'un projet de loi »⁴⁹⁷.

217. L'interdiction faite au législateur de s'immiscer dans la fonction d'initiative des lois dévolue au Premier ministre confère une double protection à ce dernier. En premier lieu, la censure de ces injonctions législatives permet de s'assurer que le législateur ne peut contraindre le Premier ministre à user de la prérogative qu'il détient en vertu de l'article 39 de la Constitution, et ne peut donc pas non plus lui imposer un moment auquel il doit en user. En second lieu, la censure d'une telle disposition législative est également l'occasion pour le Conseil d'affirmer que le Premier ministre, lorsqu'il choisit d'exercer sa fonction d'initiative législative, doit pouvoir le faire en toute liberté. Car les dispositions législatives censurées ne se contentent généralement pas de prévoir que le Premier ministre devra déposer un projet de loi. Elles vont généralement jusqu'à orienter le contenu général du projet de loi à venir, et définissent le plus souvent le délai dans lequel celui-ci doit être déposé. A titre d'exemple, on peut citer la disposition censurée dans une décision du 28 décembre 1976⁴⁹⁸. Celle-ci prévoyait qu'un projet de loi serait déposé avant le 31 décembre de la même année, afin de « compléter dans certaines conditions les mesures prévues audit article »⁴⁹⁹, relatif à la

⁴⁹⁷ Commentaire officiel de la décision C.C., n°99-423 DC du 13 janvier 2000, p. 3.

⁴⁹⁸ Décision C.C., n°76-73 DC du 28 décembre 1976, Loi de finances pour 1977, J.O. du 29 décembre 1976, p. 7580, Rec. p. 41.

⁴⁹⁹ Décision C.C., n°76-73 DC, préc., cons. 8.

réévaluation des immobilisations non amortissables par les personnes physiques ou morales exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale.

218. Dès lors, la censure de ces dispositions législatives a bien pour effet de s'assurer du respect de la délimitation des fonctions législatives et des fonctions non-réglementaires de l'Exécutif. Il en va quelque peu différemment d'une autre interdiction prononcée par le Conseil constitutionnel.

2. L'interdiction des injonctions législatives visant à contraindre le Premier ministre à répondre à une collectivité locale

219. Dans deux décisions rendues les 9 mai 1991⁵⁰⁰ et 7 décembre 2000⁵⁰¹, le Conseil constitutionnel décidait de censurer un second type d'injonction. Les dispositions contrôlées ne faisaient pas injonction au Premier ministre de déposer un projet de loi, mais lui imposaient de répondre à une proposition de modification législative ou réglementaire formulée par l'organe délibérant d'une collectivité locale. Dans la décision du 9 mai 1991, la disposition législative soumise au Conseil constitutionnel prévoyait que le Premier ministre devrait répondre aux propositions de modification de la législation ou de la réglementation émanant de l'organe délibérant de l'Assemblée de Corse dans un délai déterminé. La disposition examinée dans la décision du 7 décembre 2000 est relativement similaire, puisqu'elle prévoyait que les délibérations des conseils généraux et régionaux relatives aux propositions d'évolution institutionnelle adoptées par le congrès des élus départementaux et régionaux des D.R.O.M.⁵⁰² « sont transmises au Premier ministre », lequel « en accuse réception dans les quinze jours et fixe le délai dans lequel il apportera une réponse »⁵⁰³. Chacune de ces dispositions a fait l'objet d'une censure de la part du Conseil.

Dans les deux cas, il s'agissait pour le législateur de donner à certaines collectivités territoriales la faculté de prendre part à l'évolution de leur statut en adressant des propositions au Premier ministre, au motif qu'en tant que titulaire du droit d'initiative et du pouvoir réglementaire de droit commun, il a la possibilité de faire aboutir ces propositions. La seule

⁵⁰⁰ Décision C.C., n°91-290 DC du 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, J.O. du 14 mai 1991, p. 6350, Rec. p. 50.

⁵⁰¹ Décision C.C., n°2000-435 DC du 7 décembre 2000, Loi d'orientation pour l'outre-mer, J.O. du 14 décembre 2000, p. 19830, Rec. p. 164.

⁵⁰² Il s'agit des départements et régions d'outre-mer. Le code général des collectivités territoriales prévoit, en vertu de l'article 73 de la Constitution, un certain nombre d'adaptations pour ces collectivités en raison de leur spécificité.

⁵⁰³ Article L. 5915-3 du C.G.C.T. tel qu'il résulte du T.A. n°460, voté le 12 avril 1991 par l'Assemblée nationale.

distinction entre ces deux dispositions résidait dans le délai laissé au Premier ministre pour répondre aux organes des collectivités territoriales concernées. En effet, dans le premier cas, le délai était fixé par la disposition législative, alors que dans le second cas, le législateur laissait ce délai à la discrétion du chef du Gouvernement. La lecture des travaux parlementaires de la seconde loi montre d'ailleurs que cette évolution est due à la prise en compte par les parlementaires de la censure prononcée par le Conseil dans le cadre de la première décision⁵⁰⁴.

220. La question du fondement invoqué par le Conseil pour conclure à l'absence de constitutionnalité des dispositions législatives se pose nécessairement. Or, de ce point de vue, les décisions sont plus que lapidaires. Il aurait été possible d'imaginer que le fondement de ces censures soit à rechercher dans l'existence d'une séparation verticale des pouvoirs. En effet, les dispositions obligeaient le Premier ministre à répondre à un organe territorial, et la décision du Conseil de censurer les dispositions en cause pourrait constituer un premier pas vers la reconnaissance d'une telle séparation. Or, il convient d'écarter cette interprétation puisque, dans les deux cas, le Conseil précise que « la Constitution attribue au Gouvernement, d'une part, et au Parlement, d'autre part, des compétences qui leur sont propres ; que le législateur ne saurait, sans excéder la limite de ses pouvoirs, enjoindre au Premier ministre »⁵⁰⁵ de donner une réponse aux propositions de modifications législatives émanant d'organes délibérants de collectivités territoriales. Si le Conseil ne s'est donc pas appuyé – expressément – sur une disposition constitutionnelle en particulier, il semble que le principe de séparation des pouvoirs soit le véritable fondement de cette interdiction, et ce pour deux raisons.

D'une part, la censure opérée semble être une parfaite application du principe de séparation des pouvoirs. En effet, la Constitution attribue des fonctions aux organes de chacun des pouvoirs et le principe de séparation des pouvoirs interdit que ces fonctions soient exercées par un autre pouvoir que celui dont relève leur titulaire. D'autre part, l'interdiction formulée par le Conseil constitutionnel s'insère parfaitement dans l'ensemble de la jurisprudence relative au principe de séparation des pouvoirs. Elle est en effet conforme au dogme

⁵⁰⁴ « La Commission a ensuite *rejeté* un amendement de M. Léo Andy prévoyant que les délibérations du congrès sont directement transmises au Premier ministre, celui-ci devant en accuser réception dans un délai de quinze jours et y apporter une réponse dans les trois mois, après que le rapporteur eut rappelé que le Conseil constitutionnel avait déjà censuré une disposition similaire qui imposait un délai au Gouvernement pour répondre aux délibérations d'une collectivité territoriale » (A.N., Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, compte-rendu n°47, séance du jeudi 4 mai 2000, examen du projet de loi d'orientation pour l'outre-mer n°2322).

⁵⁰⁵ Décision C.C., n°91-290 DC, préc., cons. 50 et décision C.C., n°2000-435 DC, préc., cons. 41.

séparatiste appliqué par le Conseil, puisqu'il s'agit d'empêcher le législateur de pouvoir imposer un comportement à un organe relevant de l'Exécutif.

221. Les décisions du 9 mai 1991 et du 7 décembre 2000 font donc une application tout à fait classique du volet fonctionnel du principe de séparation des pouvoirs qui prescrit, à la lumière du dogme séparatiste, une parfaite spécialisation des fonctions des pouvoirs politiques lorsque la Constitution n'instaure pas de mécanisme de collaboration. Le législateur ne saurait donc aller au-delà du domaine qui lui est imparti par la Constitution. Mais, de la même manière, le Conseil s'assure que le législateur ne reste pas en-deçà de ce que prévoit la Constitution. Ce faisant, le juge constitutionnel fait en sorte que le principe de séparation des pouvoirs ainsi que le dogme séparatiste ne soient pas uniquement des instruments destinés à protéger les fonctions de l'Exécutif.

Section 2 – L'application effective du dogme séparatiste au service de la protection de la fonction législative

222. Le Conseil constitutionnel a estimé, dès 1967⁵⁰⁶, que l'incompétence négative du législateur doit être jugée contraire à la Constitution. Depuis lors, il estime que doit être censurée toute disposition législative par laquelle « le législateur n'a pas épuisé toute l'étendue de sa compétence qu'il détient au sein du bloc de constitutionnalité »⁵⁰⁷, dans le cadre du contrôle *a priori* ainsi que dans le cadre du contrôle *a posteriori* lorsqu'un droit ou une liberté que la Constitution garantit s'en trouve affecté⁵⁰⁸. Cette solution est pour le moins

⁵⁰⁶ Décision C.C., n°67-31 DC du 26 janvier 1967, Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, J.O. du 19 février 1967, p. 1793, Rec. p. 19, cons. 4 et 5.

⁵⁰⁷ F. Priet, « L'incompétence négative du législateur », *R.F.D.C.*, 1994, n°17, p. 59.

⁵⁰⁸ Bien que l'invocabilité de l'incompétence négative soit limitée, dans le cadre de la QPC, par le champ d'application de cette dernière, le Conseil a très tôt admis la possibilité de soulever ce grief au titre de l'article 61-1 de la Constitution. Voir la décision C.C., n°2010-5 QPC du 18 juin 2010, SNC KIMBERLY CLARK, [Incompétence négative en matière fiscale], J.O. du 19 juin 2010, p. 11149, Rec. p. 114, cons. 3 : « Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé » ; que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit » (Nous soulignons). La formulation du considérant de principe a cependant évolué, le Conseil estimant que « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte *par elle-même* un droit ou une liberté que la Constitution garantit » (Nous soulignons. Voir not. la décision C.C., n°2012-254 QPC du 18 juin 2012, Fédération de l'énergie et des mines – Force ouvrière FNEM FO [Régimes spéciaux de sécurité sociale], J.O. du 19 juin 2012, p. 10179, Rec. p. 292, cons. 3 et, plus récemment, la décision C.C., n°2014-445 QPC du 29 janvier 2015, Société Thyssenkrupp

conforme au principe de séparation des pouvoirs, dans la mesure où le non-épuisement de sa compétence par le législateur a pour conséquence de permettre aux titulaires du pouvoir réglementaire d'intervenir dans le domaine législatif. En adoptant cette position, le Conseil a donc choisi de faire application du dogme séparatiste au traitement jurisprudentiel des incompétences négatives du législateur (§1.). Pourtant, l'incompétence négative du législateur n'est pas en elle-même une méconnaissance de la séparation des fonctions, puisqu'elle ne fait que réaliser les conditions de survenance d'une telle méconnaissance, de sorte que l'application du dogme séparatiste paraît ici poussée à son point ultime, pour des raisons qui ne sont pas étrangères à l'intérêt du Conseil constitutionnel (§2.).

§1. L'application du dogme séparatiste aux incompétences négatives du législateur

223. La censure des incompétences négatives du législateur relève d'une interprétation séparatiste de la Constitution (A.), à laquelle la jurisprudence du Conseil fait largement écho (B.)

A. Le choix d'une interprétation séparatiste de la Constitution

224. En censurant les incompétences négatives du législateur, le Conseil constitutionnel exige que ce dernier exerce pleinement la fonction qui lui est dévolue par la Constitution. Autrement dit, le législateur doit, lorsqu'il intervient dans les domaines qui sont constitutionnellement réservés à la loi, épuiser sa compétence.

225. La politique jurisprudentielle visant à censurer toute incompétence négative n'est pas surprenante. Elle est prévisible, d'une part, d'un point de vue juridique, puisqu'elle apparaît

Electrical Steel Ugo SAS [Exonération de taxes intérieures de consommation pour les produits énergétiques faisant l'objet d'un double usage], J.O. du 31 janvier 2015, p. 1502, cons. 7). Dès lors, l'incompétence négative ne sera pas invocable dans le cadre de la QPC lorsque n'est pas en cause un droit ou une liberté que la Constitution garantit, comme c'est le cas par exemple avec le principe du consentement à l'impôt, garanti par l'article 14 de la Déclaration de 1789 (voir décision C.C., n°2010-5 du 18 juin 2010, SNC KIMBERLY CLARK, [Incompétence négative en matière fiscale], préc., cons. 4). La recevabilité du grief tiré de l'incompétence négative du législateur est également limitée aux dispositions postérieures à 1958 (décision C.C., n°2010-28 QPC du 17 décembre 2010, Association sportive Football Club de Metz [Taxe sur les salaires], J.O. du 18 septembre 2010, p. 16953, Rec. p. 233, cons. 9.

d'abord conforme à l'esprit de la Constitution. En effet, l'article 38 de ce texte⁵⁰⁹ prévoit une procédure spécifique permettant au législateur de déléguer sa compétence à l'Exécutif – et, plus précisément, au Gouvernement. Il est alors aisé d'en déduire que toute délégation de la fonction législative à l'Exécutif, si elle ne passe pas par la procédure déterminée par la Constitution, doit être jugée contraire à cette dernière. Cette position du Conseil n'est pas surprenante, ensuite, au vu du principe traditionnel de droit public de l'indisponibilité des compétences, qui devient enfin opposable au législateur⁵¹⁰. Enfin, cette position est conforme à l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle relative au principe de séparation des pouvoirs lu à la lumière du dogme séparatiste, et ce bien que le Conseil ne mentionne pas expressément ce fondement. En effet, le dogme séparatiste implique que l'organe d'un pouvoir politique ne puisse pas abandonner ou déléguer sa compétence au profit d'un organe relevant d'un autre pouvoir politique. Par conséquent, chacun des pouvoirs politiques doit exercer pleinement la compétence qui lui est dévolue. La répartition des fonctions conserve ainsi tout son sens et fait office de principe, auquel il ne peut être dérogé que selon la procédure aménagée par le pouvoir constituant.

226. D'autre part, la censure des incompétences négatives apparaît cohérente dans une logique de stratégie jurisprudentielle. Autrement dit, l'intérêt du Conseil lui imposait d'adopter une telle solution car, ainsi que l'écrit C.-M. Pimentel : « le juge de l'habilitation aura directement intérêt à accroître le champ de compétences de l'organe contrôlé, de façon à accroître sa propre compétence dans des proportions équivalentes »⁵¹¹. Dans la mesure où, s'agissant des incompétences négatives du législateur, l'intérêt stratégique du Conseil recoupe les considérations et arguments juridiques qui conduisent également à censurer ces incompétences, la démarche ne saurait être critiquée⁵¹².

227. Le choix du Conseil de retenir une interprétation séparatiste et de censurer les incompétences négatives du législateur a donné lieu à un contentieux abondant dans la jurisprudence constitutionnelle.

⁵⁰⁹ L'article 38, al. 1^{er} de la Constitution prévoit que « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ».

⁵¹⁰ J. Trémeau, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, op. cit., p. 301.

⁵¹¹ C.-M. Pimentel, « De l'Etat de droit à l'Etat de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in *La séparation des pouvoirs, Théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2007, p. 21.

⁵¹² Ce ne sera pas toujours le cas. Dans l'hypothèse des incompétences positives du législateur apparaît une divergence entre la solution dictée par les considérations juridiques, conduisant à censurer les dispositions qui en sont porteuses, et l'intérêt du Conseil de voir – au moins sur le plan formel – s'étendre les interventions du législateur (voir *infra*).

B. L'application jurisprudentielle de l'interprétation séparatiste

228. « Aujourd'hui largement utilisée, cette jurisprudence est très fréquemment invoquée par les requérants, parfois relevée d'office⁵¹³ et souvent sanctionnée par le Conseil constitutionnel. Elle apparaît même tentaculaire »⁵¹⁴, à tel point que l'incompétence négative apparaît comme une notion polymorphe au contenu hétéroclite⁵¹⁵. Toutefois, quelles que soient les décisions dans lesquelles le Conseil censure une disposition en ce qu'elle constitue une incompétence négative du législateur, il s'agit toujours de défendre le domaine de la loi. « La ligne directrice de l'action du juge constitutionnel est en effet celle-là, comme l'atteste le considérant de principe sur l'incompétence négative, dont la rédaction a pu varier en ce qui concerne son fondement, mais pas sa finalité. Il revient au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non-équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer les règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi⁵¹⁶, sauf à ce que sa carence, que le Conseil qualifie d'omission⁵¹⁷ ou d'abandon⁵¹⁸ soit alors sanctionnée »⁵¹⁹.

229. Cette incompétence négative du législateur censurée par le juge constitutionnel peut, selon la distinction proposée par P. Rrapi⁵²⁰, être explicite, lorsque le législateur se décharge explicitement sur une autorité de l'exercice de la compétence qui lui revient⁵²¹, ou implicite, lorsque la disposition législative n'épuise pas la compétence du législateur sans pour autant opérer de renvoi à une autorité non-législative. Dans le premier cas, la disposition législative

⁵¹³ Voir par exemple la décision C.C., n°2014-388 QPC du 11 avril 2014, Confédération Générale du Travail Force Ouvrière et autre [Portage salarial], J.O. du 13 avril 2014, p. 6692, ou encore la décision C.C., n°2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, Société Natixis Asset Management [Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques], J.O. du 4 août 2013, p. 13317, Rec. p. 918.

⁵¹⁴ A. Vidal-Naquet, « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », C.C.C., 2015, n°46, p. 7-8.

⁵¹⁵ *Ibid*, p. 8 et 10.

⁵¹⁶ Décision C.C., n°2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, J.O. du 24 avril 2005, p. 7173, Rec. p. 72, cons. 9.

⁵¹⁷ Décision C.C., n°2000-433 DC du 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O. du 2 août 2000, p. 11922, Rec. p. 121, cons. 61.

⁵¹⁸ Décision C.C., n°84-173 DC du 26 juillet 1984, Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé, J.O. du 28 juillet 1984, p.2496, Rec. p. 63, cons. 4.

⁵¹⁹ G. Bergougnous, « L'incompétence négative vue du Parlement », C.C.C., 2015, n°46, p. 47.

⁵²⁰ P. Rrapi, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel. Etude du discours sur la "qualité de la loi"*, Dalloz, Paris, 2014, p. 176. Cette distinction est par ailleurs amorcée dans l'article de F. Priet, « L'incompétence négative du législateur », art. cit., p. 67 et apparaît également dans A.-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Paris, 2005, p. 268.

⁵²¹ Ainsi que le note F. Priet, le plus souvent – dans environ deux tiers des cas – il s'agit d'opérer un renvoi au décret.

est jugée conforme à la Constitution à condition que le renvoi au pouvoir réglementaire soit suffisamment encadré par le législateur. A titre d'exemple, on peut citer la décision du 17 janvier 1989⁵²², dans laquelle le Conseil a examiné une disposition qui renvoyait au pouvoir réglementaire le soin de fixer les « principes généraux définissant les obligations concernant (...) la publicité, (...) la diffusion (...) d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles en majorité d'expression originale française et originaires de la Communauté économique européenne, la contribution au développement de la production cinématographique et audiovisuelle et les dépenses minimales consacrées à l'acquisition de droits de diffusion d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles ainsi que l'indépendance des producteurs à l'égard des diffuseurs ». Le Conseil constate alors que la loi a « fixé elle-même des dispositions qui limitent la compétence dévolue (...) au Gouvernement agissant par voie de décret en Conseil d'État », qu'elle a défini « les règles générales applicables à la diffusion des œuvres cinématographiques par les services de communication audiovisuelle ainsi qu'à l'interruption publicitaire dont cette diffusion peut faire l'objet » et, enfin, qu'elle a « circonscrit le domaine d'application des mesures réglementaires » et « subordonne leur élaboration au respect de garanties »⁵²³, de telle sorte que le législateur n'est pas resté en-deçà de sa compétence. En opérant ce contrôle, le Conseil constitutionnel semble vouloir s'assurer que le législateur, s'il choisit de laisser aux autorités réglementaires le soin de préciser les modalités de mise en œuvre des dispositions législatives, ne leur laisse pas pour autant un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de préciser les règles ou principes fondamentaux déterminés par le législateur. Il découle en effet de la Constitution que le législateur doit fixer les règles et les principes fondamentaux dans les matières énumérées par le texte constitutionnel. Par conséquent, pour toutes ces matières, les autorités réglementaires ne

⁵²² Décision C.C., n°88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O. du 18 janvier 1989, p. 754, Rec. p. 18.

⁵²³ Voir également la décision C.C., n°90-277 DC du 25 juillet 1990, Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux, J.O. du 27 juillet 1990, p. 9021, Rec. p. 70, cons. 26, cons. 13 : « Considérant que la loi du 30 septembre 1986 a fixé elle-même des dispositions qui limitent la compétence dévolue dans son article 27, alinéa 1, au Gouvernement agissant par voie de décret en Conseil d'État (...) qu'en outre, l'article 70 de la loi du 30 septembre 1986 et l'article 73, tel qu'il est modifié par l'article 12 de la loi présentement examinée, définissent les règles générales applicables à la diffusion des œuvres cinématographiques par les services de communication audiovisuelle ainsi qu'à l'interruption publicitaire dont cette diffusion peut faire l'objet ; que l'article 27, alinéa 1, de la loi du 30 septembre 1986, dans sa rédaction résultant de la loi déferée, circonscrit le domaine d'application des mesures réglementaires qu'il énonce ; qu'au surplus, il subordonne leur élaboration au respect de garanties essentielles ; que, dans les hypothèses mentionnées au premier alinéa de l'article 27 nouveau, le Gouvernement devra se prononcer en Conseil d'État après avoir recueilli l'avis public et motivé du Conseil supérieur de l'audiovisuel comme il est dit au deuxième alinéa du même article ; qu'il suit de là que les dispositions des premier et deuxième alinéas de l'article 27 de la loi du 30 septembre 1986, dans leur rédaction résultant de l'article 11 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, ne méconnaissent ni l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ni l'article 34 de la Constitution ».

sauraient intervenir qu'à titre secondaire, afin de préciser les modalités d'application de ces règles⁵²⁴.

230. Dans le second cas, s'agissant des incompétences négatives implicites, le Conseil s'assure que le législateur exerce pleinement sa compétence. A titre d'exemple, il est possible de citer la décision du 5 janvier 1988⁵²⁵. Parmi les dispositions examinées par le Conseil figurait l'augmentation de trois à six mois du « délai dans lequel il doit être procédé à une élection cantonale partielle en cas de vacance d'un siège de conseiller général survenue au cours du premier trimestre de l'année 1988 »⁵²⁶ en raison de sa proximité avec l'élection présidentielle. Les requérants estimaient que « prolonger ces délais au lieu de les suspendre (...) même en prenant le prétexte légitime de l'élection présidentielle, c'est commettre une erreur manifeste dans l'appréciation de la latitude que le législateur peut accorder à l'autorité administrative. Le principe même de cette prolongation, de ce premier chef, ne peut manquer d'être déclaré non-conforme à la Constitution ». Le Conseil décidait alors de leur donner raison en jugeant « qu'en prévoyant (...) un délai dérogatoire d'une aussi longue durée sans en préciser les conditions ni les limites de son application, le législateur est resté en-deçà de sa compétence et a méconnu la Constitution »⁵²⁷. C'est alors la volonté de réduire l'arbitraire des autorités d'application de la loi qui poussait le Conseil à censurer la disposition porteuse d'incompétence négative. Plus récemment, c'est la préoccupation du Conseil vis-à-vis de la qualité de la loi⁵²⁸ qui a semblé conduire à la censure des incompétences négatives implicites⁵²⁹. « Ainsi a-t-elle permis, très tôt, de censurer l'insuffisante clarté ou précision de la loi, bien avant que ce grief ne soit individualisé dans la jurisprudence du Conseil »⁵³⁰. Ce dernier a par exemple estimé dans une décision du 19 novembre 2009, « qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier,

⁵²⁴ Pour cette raison, J. Trémeau estime que la jurisprudence constitutionnelle en matière d'incompétence négative diminue le champ du règlement et consacre l'existence d'un pouvoir réglementaire de stricte exécution des lois (J. Trémeau, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, Economica, Paris, 1997, p. 271).

⁵²⁵ Décision C.C., n°85-191 DC du 10 juillet 1985, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, J.O. du 12 juillet 1985, p. 7888, Rec. p. 46, cons. 5.

⁵²⁶ Décision C.C., n°85-191 DC, préc., cons. 6.

⁵²⁷ Décision C.C., n°85-191 DC, préc., cons. 6.

⁵²⁸ Voir not. la décision C.C., n°2009-592 DC du 19 novembre 2009, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, J.O. du 25 novembre 2009, p. 20223, Rec. p. 193.

⁵²⁹ A cet égard, G. Bergougnous note que, « lorsque les travaux parlementaires ont été insuffisants ou révèlent qu'une disposition a été adoptée sans réel débat, souvent par un amendement de séance, sans que les commissions aient pu se prononcer, le Conseil sera moins tenté de la sauver par une réserve d'interprétation, et ira plus aisément à la censure pour incompétence négative, une telle jurisprudence faisant apparaître un lien étroit entre clarté de la loi et clarté du débat parlementaire » (G. Bergougnous, « L'incompétence négative vue du Parlement », art. cit., p. 50).

⁵³⁰ A. Vidal-Naquet, « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », art. cit., p. 12.

son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (...) lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »⁵³¹. Dès lors, le dogme séparatiste, en ce qu'il conduit le Conseil à censurer toute disposition dont découlerait une intervention du pouvoir réglementaire dans la fonction législative, a pour effet de protéger la fonction législative – et son détenteur –, mais également d'améliorer la qualité de la loi.

231. La lecture – prévisible – de la Constitution à la lumière du dogme séparatiste a conduit le Conseil à censurer les incompétences négatives du législateur, quelle que soit leur forme. Si elle s'insère harmonieusement dans la jurisprudence constitutionnelle relative au volet fonctionnel du principe de séparation des pouvoirs politiques, l'interdiction ainsi formulée par le Conseil présente toutefois une certaine spécificité par rapport aux autres hypothèses contentieuses qui relèvent de cette catégorie.

§2. Une application particulière du dogme séparatiste en raison de la spécificité des incompétences négatives du législateur

232. En dehors de l'incompétence négative, les hypothèses contentieuses présentées dans ce chapitre et jugées contraires à la séparation fonctionnelle des pouvoirs avaient en commun de constituer, en elles-mêmes, des méconnaissances du principe de séparation des pouvoirs. C'est en effet parce que le Conseil estime qu'une disposition législative porte en elle-même une atteinte à ce dernier, en prévoyant qu'un organe de l'un des pouvoirs politiques intervient dans les fonctions relevant de l'autre pouvoir politique que le Conseil censure cette disposition. Le cas de l'incompétence négative est différent. En effet, aucune disposition porteuse d'une incompétence négative ne méconnaît directement le principe de séparation des pouvoirs. Elle contient, en revanche, la potentialité d'une telle méconnaissance. Car en opérant un renvoi aux autorités réglementaires ou en n'épuisant pas l'étendue de sa compétence, le législateur ne porte pas directement atteinte au principe de séparation des pouvoirs, il ne fait que créer la faculté pour les autorités réglementaires d'agir et, partant, de concrétiser la méconnaissance dudit principe. Autrement dit, ce n'est pas l'abstention du législateur qui méconnaît le principe de séparation des pouvoirs, mais bien la conséquence potentielle de cette abstention. Ce n'est que dans un second temps que les autorités réglementaires, amenées à intervenir dans le domaine de la loi afin de palier les lacunes du

⁵³¹ Décision C.C., n°2009-592 DC, préc., cons. 6.

législateur, sont susceptibles de méconnaître le principe de séparation des pouvoirs. C'est d'ailleurs certainement ce caractère médiat de l'atteinte qui justifie que le Conseil ne s'appuie pas expressément sur le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs afin de censurer les incompétences négatives du législateur.

Le Conseil, en censurant les incompétences négatives, intervient donc en amont de la méconnaissance de la séparation des fonctions législative et réglementaire. Il ne sanctionne les incompétences négatives du législateur que pour prévenir une atteinte à la séparation des pouvoirs, laquelle ne survient que lorsque le pouvoir réglementaire se saisit du vide normatif laissé par le législateur, accomplissant une incompétence positive. Il en résulte que, lorsqu'une incompétence négative du législateur apparaît dans l'ordre juridique – soit que le Conseil ne la censure pas, soit qu'il n'en est pas saisi – c'est le juge administratif qui constate et sanctionne l'existence d'une méconnaissance de la répartition des fonctions législative et réglementaire. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs rempli ce rôle dès 1967⁵³², et continue de le faire aujourd'hui même lorsqu'il s'agit d'une incompétence négative explicite, et bien qu'il se borne à annuler l'acte administratif pour incompétence sans se fonder sur le principe de séparation des pouvoirs. Le Conseil d'Etat précise en effet que « la circonstance que la loi ait renvoyé au décret le soin de définir ses modalités ou ses conditions d'application n'a ni pour objet, ni pour effet d'habiliter le pouvoir réglementaire à intervenir dans le domaine de la loi pour définir ces éléments »⁵³³.

233. De cette première spécificité, il en découle une seconde. Habituellement, le principe de séparation des pouvoirs est conçu comme un instrument de protection d'un pouvoir contre les actions des autres pouvoirs. Ici, le caractère indirect de la méconnaissance engendrée par l'incompétence négative modifie quelque peu ce schéma. En effet, lorsque le Conseil censure une incompétence négative, il ne protège en rien le législateur d'une intervention de l'Exécutif qui, tant que la disposition législative n'est pas entrée en vigueur, ne saurait agir. S'il protège le législateur, il le protège essentiellement de lui-même⁵³⁴ en défendant son « pré-carré »⁵³⁵. A ce propos, G. Bergougous relève que l'incompétence négative n'est pas la seule

⁵³² Décision C.E., ass., 3 février 1967, Confédération générale des vignerons du Midi, n°62045 ; décision C.E., 3^e et 5^e S.S.R., 2 décembre 1983, Association scolaire P.F. Jamet, n°34046. Voir également décision C.E., 1^{ère} et 6^e S.S.R., 21 novembre 2008, Association Faste Sud Aveyron, n°293960.

⁵³³ Décision C.E., sect. cont., 18 juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, n°300304.

⁵³⁴ Voir G. Drago, « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », *R.D.P.*, 2006, n°1, n.p.d.a. 45, et F. Galetti, « Existe t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur l'incompétence négative du législateur dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 2004/2, n°58, p. 388. Selon J. Trémeau, la protection de la compétence législative n'est pas la seule motivation du Conseil constitutionnel. En effet, en s'assurant que seul le législateur puisse édicter des normes dans les domaines qui lui sont réservés, le Conseil préserverait l'intention du constituant de faire participer la minorité politique à la prise de décision dans

hypothèse dans laquelle le Conseil protège le législateur de lui-même⁵³⁶. Le domaine de la loi n'est donc pas un domaine maximal, mais minimal, « une sorte de domaine inexpugnable dont le législateur ne peut être délogé, fût-ce avec son consentement »⁵³⁷. Toutefois, cette spécificité de l'incompétence négative au regard des autres hypothèses contentieuses jugées contraires au principe de séparation des pouvoirs s'explique aisément par la particularité de l'office du juge constitutionnel. En effet, ce dernier ne peut être saisi d'un acte réglementaire ni, le cas échéant, juger que cet acte est contraire au principe de séparation des pouvoirs en ce qu'il intervient dans le domaine constitutionnellement réservé au législateur. Il n'est donc que peu surprenant qu'il ait développé une arme afin de lutter, certes indirectement, contre ce type d'interventions de l'Exécutif dans les fonctions législatives du Parlement.

Par ailleurs, la politique jurisprudentielle en matière d'incompétences négatives du législateur remet en cause l'idée selon laquelle le principe de séparation des pouvoirs serait aujourd'hui inopérant face au phénomène politique du fait majoritaire. En effet, la censure de l'incompétence négative permet au Conseil d'endiguer la toute-puissance de la majorité en s'assurant que la prise de décision dans les domaines fondamentaux réservés à la loi s'effectue dans le cadre du Parlement. Dès lors, la minorité politique bénéficie de la possibilité de participer à la délibération, de faire valoir ses arguments, ce qui ne serait pas le cas si le Conseil laissait cette compétence glisser entre les mains de l'Exécutif. Le principe de séparation des pouvoirs demeure ainsi un instrument efficace de répartition des compétences, et ce même en période de convergence entre le Président de la République et la majorité parlementaire.

234. Malgré ses spécificités, l'incompétence négative s'intègre pleinement dans la jurisprudence du Conseil. Car comme toutes les hypothèses contentieuses pour lesquelles la

les domaines fondamentaux (J. Trémeau, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, op. cit., p. 271)

⁵³⁵ G. Bergougnous, « L'incompétence négative vue du Parlement », art. cit., p. 48.

⁵³⁶ G. Bergougnous, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *N.C.C.C.*, 2013, n°1, n.p.d.a. 5. Parmi les autres hypothèses dans lesquelles le Conseil protège le législateur de lui-même, G. Bergougnous évoque la jurisprudence relative au droit d'amendement : « Auparavant en effet, l'exercice quasiment illimité du droit d'amendement était du même ordre que la liberté du loup dans la bergerie, permettant l'insertion tardive de dispositions sans que les parlementaires eux-mêmes aient pu en prendre réellement connaissance. La nouvelle jurisprudence a depuis lors trouvé son plein épanouissement dans le cadre plus vaste de l'action engagée par le Conseil en faveur de la qualité de la législation et qui s'est traduite par la référence, dans l'énoncé des normes constitutionnelles applicables, à l'article 6 de la Déclaration de 1789 et par la constitutionnalisation des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Le Conseil se montre particulièrement attentif au respect des droits de l'ensemble des parlementaires de manière à ce que les travaux législatifs puissent se dérouler dans une sérénité propre à garantir ces exigences. Ainsi, une limitation du temps de parole ou la fixation d'une durée maximale pour l'examen de l'ensemble d'un texte doivent-elles les respecter pour être conformes à la Constitution, tandis qu'une mesure de clôture automatique les méconnaît, car elle pourrait avoir pour effet d'interdire aux membres d'un groupe d'opposition d'intervenir dans la discussion d'un article ».

⁵³⁷ T. Renoux, « Le principe de légalité en droit constitutionnel français », *L.P.A.*, 1992, n°31, p. 21.

Constitution ne prévoit pas de dérogation, elle est examinée par le Conseil à la lumière du dogme séparatiste, de telle sorte que toute disposition législative porteuse d'une atteinte – actuelle ou différée – à la séparation des fonctions est jugée contraire à la Constitution.

236. Conclusion de Chapitre. Lorsque la Constitution ne prévoit pas d'aménagements ou de dérogations au principe de séparation des fonctions des pouvoirs politiques, le Conseil applique rigoureusement le dogme séparatiste. Ce dernier lui permet alors, d'une part, de protéger les fonctions de l'Exécutif des interventions, directes ou indirectes auxquelles pourrait procéder le Parlement par le biais des injonctions. Le Conseil estime en effet que la seule injonction que tolère le principe de séparation des pouvoirs est l'obligation faite à l'Exécutif d'informer le Parlement. Le principe s'oppose en revanche à toute autre injonction faite à l'Exécutif, quand bien même celle-ci n'aurait que pour effet de permettre à un organe parlementaire de formuler un avis non-contraignant sur un projet d'acte réglementaire. D'autre part, le Conseil fait également usage d'une lecture séparatiste du principe de séparation des pouvoirs pour préserver l'intégrité de la fonction législative. Le Conseil censure ainsi toute incompétence négative du législateur qui permettrait au pouvoir réglementaire d'empiéter sur cette dernière.

Dès lors, la jurisprudence relative à la séparation fonctionnelle des pouvoirs se situe dans la continuité de la jurisprudence du Conseil en matière de séparation organique des pouvoirs politiques, chacune d'entre elles étant caractérisée par l'application du dogme séparatiste et la volonté du Conseil d'assurer une véritable indépendance et une pleine autonomie fonctionnelle aux organes politiques. Et ce n'est que lorsque la Constitution apporte expressément des aménagements ou des dérogations à la séparation des fonctions des pouvoirs politiques ou lorsque ses intérêts semblent l'exiger que le Conseil nuance ou abandonne purement et simplement l'application du dogme séparatiste.

Chapitre 2 – L’application écartée du dogme séparatiste à la séparation des fonctions politiques

237. La Constitution de 1958 instaure un certain nombre de mécanismes qui constituent autant d’aménagements, voire de dérogations à la séparation fonctionnelle des pouvoirs. Ils ont pour effet de permettre à un organe d’intervenir – de manière plus ou moins importante – dans les fonctions d’un organe qui ne relève pas du même pouvoir. Le Conseil doit alors s’assurer que la disposition met correctement et pleinement en œuvre le mécanisme, mais il doit également vérifier qu’elle ne va pas au-delà de ce que la Constitution prévoit, sous peine de porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Ainsi, en dépit de l’existence de ces mécanismes, le Conseil ne renonce pas totalement au dogme séparatiste. Lorsqu’il existe des mécanismes constitutionnels de perméabilité de la séparation des pouvoirs, le Conseil renonce en effet à l’application du dogme séparatiste, mais seulement dans la mesure exacte que lui impose la Constitution (**Section 1.**). Il est tout de même une hypothèse, l’incompétence positive du législateur, dans laquelle le Conseil renonce au dogme séparatiste sans que la Constitution ne l’y contraigne véritablement, en s’appuyant sur une interprétation contestable de cette dernière (**Section 2.**).

Section 1 – L’application partiellement écartée du dogme séparatiste par la Constitution

238. La Constitution, en attribuant certaines fonctions au Parlement, instaure des dérogations à la séparation des fonctions entre les pouvoirs politiques. En effet, ces fonctions du Parlement ont essentiellement pour objet de lui permettre d’intervenir dans les fonctions de l’Exécutif, que ce soit pour contrôler son action ou évaluer les politiques qui en résultent. Dès lors, s’agissant de dérogations constitutionnelles à un principe de même valeur, il est possible de se demander quelles sont les modalités de contrôle retenues par le Conseil. Saisi d’une disposition mettant en œuvre ces mécanismes dérogatoires à la séparation des fonctions, le Conseil devait faire un choix. Il pouvait, d’une part, décider que les dérogations à la séparation des fonctions permettant au Parlement d’intervenir dans les fonctions de l’Exécutif, doivent être interprétées largement. Dans la mesure où le constituant a prévu ces dérogations, le Conseil ne saurait en limiter la mise en œuvre. D’autre part, le Conseil pouvait également estimer que, dans la mesure où ces dispositions constitutionnelles constituent des dérogations

au principe de séparation des pouvoirs tel qu'il le conçoit, elles doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. L'analyse de la jurisprudence montre que c'est cette dernière démarche qui a reçu la préférence du Conseil.

239. Comme bon nombre de dispositions constitutionnelles, les dérogations constitutionnelles au principe de séparation des pouvoirs appellent des précisions ou une mise en œuvre législatives. Lorsque le Conseil contrôle ces dispositions, il s'assure qu'elles ne méconnaissent pas la portée des dispositions constitutionnelles qu'elles ont pour objet de préciser ou d'appliquer en allant au-delà de ce que ces dispositions constitutionnelles prévoient, sous peine de méconnaître le principe de séparation des pouvoirs. Dès lors, que ce soit dans le cadre de l'exercice des fonctions parlementaires de contrôle de l'action du Gouvernement et d'évaluation des politiques publiques (§1.) ou dans le cadre de l'exercice d'une fonction de contrôle sur les actes du Président de la République par la Haute Cour (§2.), le Conseil n'écarte l'application du dogme séparatiste que dans la stricte mesure de ce que la Constitution prévoit.

§1. La mise à l'écart du dogme séparatiste dans la stricte mesure requise par les fonctions constitutionnelles d'évaluation et de contrôle du Parlement

240. P. Avril et J. Gicquel estiment que « l'usage courant de désigner le Parlement par le terme de "pouvoir législatif" est (...) impropre. Cela revient (...) à confondre la partie avec le tout, puisque le Parlement ne se borne pas à faire la loi, d'autant qu'en privilégiant cette activité on escamote paradoxalement celle qui caractérise le régime parlementaire »⁵³⁸. En outre, cette désignation ne prend pas complètement en compte le texte originel de la Constitution. Car si celui-ci ne fournit qu'une définition fonctionnelle du Parlement conduisant à restreindre celui-ci à son activité législative⁵³⁹, d'autres dispositions de la Constitution prévoient en effet que le Parlement exerce également une fonction de contrôle de l'action du Gouvernement⁵⁴⁰. La révision du 23 juillet 2008 a pris acte de cette pluralité de fonctions et l'a inscrite expressément à l'article 24 de la Constitution, qui prévoit désormais que « le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques

⁵³⁸ P. Avril et J. Gicquel, *Droit parlementaire*, Montchrestien, Paris, 2010, 4^{ème} édition, p. 157

⁵³⁹ Article 34 al. 1^{er} de la Constitution : « la loi est votée par le Parlement ».

⁵⁴⁰ Article 49 de la Constitution.

publiques »⁵⁴¹. Dans sa rédaction initiale, le projet de loi constitutionnelle⁵⁴² prévoyait de modifier le premier alinéa de l'article 24 de la Constitution afin de préciser que « le Parlement vote la loi et contrôle l'action du Gouvernement »⁵⁴³. Mais c'était sans compter l'intervention de J.-L. Warsmann, rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale. Celui-ci a en effet déposé, en première lecture, un amendement⁵⁴⁴ visant à inscrire dans la Constitution une troisième fonction du Parlement, arguant de ce que le rôle de ce dernier est « certes de voter la loi et de contrôler l'action du Gouvernement, mais aussi de concourir à l'évaluation des politiques publiques. C'est une fonction essentielle, qui va se développer considérablement »⁵⁴⁵. La nouvelle formulation de l'article 24 de la Constitution prend donc acte de l'existence des fonctions de contrôle et d'évaluation des politiques publiques, qui constituent une des caractéristiques du régime parlementaire.

241. Le Conseil doit alors prendre en compte ces fonctions du Parlement, qui sont autant de dérogations à la conception séparatiste de la séparation des pouvoirs, lorsqu'il contrôle une disposition qui les met en œuvre (**A.**). Mais le juge constitutionnel n'abandonne pas pour autant complètement le dogme séparatiste, qu'il applique en s'assurant que les dispositions qu'il contrôle ne dérogent pas davantage au principe de séparation des pouvoirs que la Constitution ne les y autorise (**B.**).

A. Les fonctions parlementaires d'évaluation et de contrôle comme dérogations à la conception séparatiste

242. Les fonctions parlementaires de contrôle de l'action du Gouvernement et d'évaluation des politiques publiques se sont développées progressivement sous la V^e République, et sont liées de manière inextricable, de telle sorte qu'il n'est pas toujours aisé de les distinguer (**1.**). Il est en revanche certain que ces fonctions, en permettant aux organes parlementaires de s'immiscer dans les fonctions de l'Exécutif, constituent une dérogation à la séparation des fonctions (**2.**).

⁵⁴¹ Article 24, alinéa 1^{er} de la Constitution.

⁵⁴² Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République n°820 (2007-2008), déposé le 23 avril 2008 à l'Assemblée nationale.

⁵⁴³ Article 9 du projet de loi constitutionnelle n°820, préc.

⁵⁴⁴ Amendement n°52, présenté par J.-L. Warsmann au nom de la commission des lois le 16 mai 2008.

⁵⁴⁵ Intervention de J.-L. Warsmann à l'occasion du débat relatif à l'adoption du projet de loi constitutionnelle n°820, préc., A.N., 1^{ère} lecture, 2^{ème} séance du lundi 26 mai 2008.

1. Une distinction malaisée entre les fonctions de contrôle et d'évaluation du Parlement⁵⁴⁶

243. « Au cœur des théories sur la démocratie et la séparation des pouvoirs naît la réflexion sur l'existence et les conditions d'exercice de la fonction de contrôle du Parlement »⁵⁴⁷. Et pourtant, le contrôle et l'évaluation des politiques publiques ont longtemps été considérés comme les « parents pauvres de la Constitution »⁵⁴⁸. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁵⁴⁹ met fin à cette situation en inscrivant ces deux fonctions aux côtés de la fonction législative à l'article 24 de la Constitution. Il s'agit là d'une évolution naturelle, dans la mesure où le contrôle parlementaire est souvent perçu comme la « seconde nature » du Parlement⁵⁵⁰ voire, à l'instar de W. Bagehot, comme sa fonction première⁵⁵¹.

244. Certains auteurs soulignent « la différence intrinsèque »⁵⁵² entre les fonctions parlementaires de contrôle et d'évaluation. Mais la grande majorité de la doctrine peine à les distinguer. Deux raisons semblent être à l'origine de la confusion entre ces deux fonctions. D'abord, le lien « ontologique »⁵⁵³ qui les unit, que J.-P. Duprat va jusqu'à qualifier de « dépendance fonctionnelle »⁵⁵⁴, surtout lorsqu'il s'agit d'envisager la mise en œuvre concrète de ces fonctions⁵⁵⁵. Ensuite, c'est l'expression « évaluation des politiques publiques » qui, par sa très grande imprécision, contribue à brouiller la frontière entre les deux fonctions nouvellement reconnues au Parlement, et ce d'autant plus que les débats constitutifs à l'occasion de la révision de 2008 sont peu éclairants sur ce point⁵⁵⁶. La doctrine a proposé

⁵⁴⁶ Pour des précisions sur l'historique de la fonction de contrôle, voir not. P. Turk, *Le contrôle parlementaire en France*, LGDJ, Paris, 2011, 256 p. Pour des précisions sur le développement de la fonction d'évaluation des politiques publiques, voir not. B. Perret, *L'évaluation des politiques publiques*, La Découverte (Ed.), Paris, 2001, 120 p. et J.-F. Amédéo, « L'évaluation des politiques publiques : structure et portée constitutionnelle d'une nouvelle fonction parlementaire », *R.D.P.*, 2013, n°5, pp. 1137-1178.

⁵⁴⁷ P. Turk, *Le contrôle parlementaire en France*, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁴⁸ G. Carcassonne, *La Constitution*, Ed. du Seuil, Paris, 2009, 3^{ème} édition, p. 140.

⁵⁴⁹ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

⁵⁵⁰ C. Poncelet à l'occasion du discours du 7 octobre 1998. Cité par J.-L. Héryn, « L'ordre du jour réservé. Sept années de gestion sénatoriale de l'article 48-3 de la Constitution », *Pouvoirs*, 2003, n°105, p. 168.

⁵⁵¹ Voir not. W. Bagehot, *The English Constitution*, Fontana Press, Londres, 1993, 320 p. et A. Delcamp, « Problématique du contrôle parlementaire sur l'Administration », in *Le contrôle parlementaire de l'administration*, B. Seiller (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 9.

⁵⁵² A. Pariente, « Evaluation parlementaire et responsabilité politique du gouvernement », *L.P.A.*, 2000, n°14, p. 10.

⁵⁵³ J.-F. Calmette, « L'évaluation des politiques publiques : un moyen de contrôle de l'action du gouvernement ? », in *Un Parlement renforcé ? Bilan et perspectives de la réforme de 2008*, Dalloz, Paris, 2012, p. 119.

⁵⁵⁴ J.-P. Duprat, « Le Parlement évaluateur », *R.I.D.C.*, 1998, n°2, p. 553.

⁵⁵⁵ J.-P. Duprat, « Présentation générale », in *Le contrôle parlementaire de l'administration*, B. Seiller (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 30.

⁵⁵⁶ A. Delcamp, « Problématique du contrôle parlementaire sur l'Administration », art. cit., p. 23 et X. Vandendriessche, « Une revalorisation du Parlement à principes constants », *J.C.P.G.*, 2008, n°31, p. 106 : «

certaines clés destinées à permettre de les distinguer. La première d'entre elles réside dans le temps. J.-F. Calmette estime ainsi qu'il « existe certainement une différence de temporalité entre l'activité de contrôle et celle d'évaluation. Le contrôle (de l'application de la loi, des décrets d'application mais surtout de la responsabilité du Gouvernement) se fait plus ou moins en temps réel. Le travail d'évaluation des politiques publiques demande, lui, un peu plus de recul et ne peut s'exécuter qu'une fois que la loi sera définitivement appliquée »⁵⁵⁷. La deuxième clé à avoir été envisagée par la doctrine réside dans la distinction du champ d'application de ces deux fonctions. Celle-ci résulte d'une attention focalisée sur l'objet de chacune des deux fonctions, puisque la Constitution précise que le Parlement contrôle *l'action du gouvernement* et évalue *les politiques publiques*. Par conséquent, le champ d'application de la fonction d'évaluation est nécessairement plus large que celui de la fonction de contrôler⁵⁵⁸. Enfin, c'est la démarche employée pour exercer chacune de ces fonctions et sa finalité qui a été mise en avant pour distinguer ces dernières. P. Dautry estime par exemple qu'« au lieu d'être orientée vers le contrôle et la sanction, l'évaluation est, pour sa part, une démarche ouverte, de recherche de connaissances, pluraliste, orientée vers le progrès dans l'action, et appuyée en principe sur les acteurs chargés de la mettre en œuvre »⁵⁵⁹.

245. Toutefois, aucune de ces clés ne permet de lever toute la difficulté que soulève la distinction entre ces deux fonctions, laquelle est parfaitement exprimée par T. Pez. « Dans les textes relatifs au Parlement, le contrôle est affublé de deux frères, ou plutôt de deux sœurs siamoises : l'information et l'évaluation. Cela souligne l'approximation dans laquelle les termes sont employés. Contrôle, *information*, évaluation, les trois mots se distinguent malaisément. (...) En témoignent surtout les intitulés des titres et parties du règlement de l'Assemblée nationale. Le titre III du règlement, qui est consacré au "contrôle parlementaire", comporte une première partie intitulée "information, évaluation et contrôle". On retrouve le contrôle dans le titre et dans l'une des parties du titre. Si un étudiant commettait une telle maladresse, on soulignerait le défaut de construction du plan. (...) Il y a des liens entre le

Reste que le constituant n'a pas souhaité entrer dans le débat d'une définition de la notion d'évaluation parlementaire ni des méthodes applicables, ce qui peut paraître d'autant plus regrettable que l'évaluation reste en France, certes un thème à la mode, mais aussi une démarche assez floue, dispersée et peu efficace ».

⁵⁵⁷ J.-F. Calmette, « L'évaluation des politiques publiques : un moyen de contrôle de l'action du gouvernement ? », art. cit, p. 131. L'élément temporel trouve également un écho dans les travaux d'A. Delcamp, « Problématique du contrôle parlementaire sur l'Administration », art. cit., p. 23.

⁵⁵⁸ Voir not. J.-F. Calmette, « L'évaluation des politiques publiques : un moyen de contrôle de l'action du gouvernement ? », art. cit, p. 116 et O. Dord, « Vers un rééquilibrage des pouvoirs publics en faveur du Parlement », R.F.D.C., 2009, n°77, p. 105.

⁵⁵⁹ P. Dautry, « Un nouvel organe de l'Assemblée nationale consacré à l'évaluation : le Comité permanent d'évaluation et de contrôle des politiques publiques », in *Les nouvelles frontières de l'évaluation. 1989-2009 : Vingt ans d'évaluation des politiques publiques en France, et demain ?*, L'Harmattan, Paris, 2010, p. 44.

contrôle et l'information. L'information sert au contrôle autant qu'elle est produite par le contrôle. Le Parlement contrôle l'administration pour obtenir d'elle des informations. Parallèlement, la plupart des contrôles résultent dans la publication de rapports, rapports d'information. L'information est également nécessaire au Parlement pour l'exercice de son autre fonction, de sa fonction législative. Le pouvoir de décision et le pouvoir d'information sont souvent imbriqués. (...) Qu'en est-il des liens entre le contrôle et l'évaluation ? La science administrative enseigne la nécessité de les distinguer⁵⁶⁰. Le contrôle porte sur l'exécution, l'évaluation sur les résultats de ce que l'on exécute. Contrôler l'administration répond à une question : l'administration a-t-elle exécuté ? L'évaluation de l'administration répond à une autre question : quels sont les effets, les résultats de ce que l'administration a évalué ? Toutefois, l'évaluation malgré sa spécificité n'en demeure pas moins une forme de contrôle. Le contrôle, c'est la vérification : tout dépend de ce que l'on vérifie. Si l'on ne vérifie que l'exécution, on parlera de contrôle de l'exécution. L'évaluation va plus loin, elle vérifie les effets. Mais parce que l'évaluation cherche toujours à vérifier, elle est une forme de contrôle. Le contrôle de l'exécution ou de la mise en œuvre d'une politique ou de la mise en œuvre d'une politique et son évaluation diffèrent en raison de ce que l'on vérifie. Mais il s'agit dans les deux cas de vérifier. Donc de contrôler »⁵⁶¹.

246. Au vu de ces éléments, on retiendra une définition large de la fonction de contrôle, à l'instar de P. Avril et J. Gicquel, pour qui « le terme de contrôle désigne les activités politiques des assemblées par opposition à leur activité législative et recouvre une grande diversité d'opérations, qui vont de la mise en jeu de la responsabilité du Gouvernement aux activités purement informatives »⁵⁶². Quant à la définition de la fonction d'évaluation, il est possible de se référer à un décret du 18 novembre 1998 qui prévoit que « l'évaluation d'une politique publique (...) a pour objet d'apprécier (...) l'efficacité de cette politique en comparant ses résultats aux objectifs assignés et aux moyens mis en œuvre »⁵⁶³. En cela, elle

⁵⁶⁰ J. Chevallier, *Science administrative*, PUF, Paris, 2002, 3^{ème} éd., p. 548 et s.

⁵⁶¹ T. Pez, « Le contrôle parlementaire de l'administration ; les éléments du contrôle », in *Le contrôle parlementaire de l'administration*, B. Seiller (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 37-38.

⁵⁶² P. Avril et J. Gicquel, *Droit parlementaire*, Montchrestien, Paris, 2010, 4^{ème} édition, p. 281. A. Delcamp retient une définition similaire, puisqu'il définit le contrôle parlementaire comme l' « ensemble des moyens, juridiques ou non, mis en œuvre par les assemblées pour amener le Gouvernement à s'expliquer sur les choix qu'il propose, l'adéquation des moyens affectés aux fins qu'il dit poursuivre, le mode d'emploi des fonds qui lui sont accordés par les assemblées, l'examen du fonctionnement des services publics qu'il dirige, les anomalies ou les dysfonctionnements dont ils peuvent être le théâtre et qui justifieraient des investigations particulières » (A. Delcamp, « La perception du contrôle parlementaire. Comment le rendre plus attractif ? », *Pouvoirs*, 2010/3, n°134, p.111).

⁵⁶³ Décret n°98-1048 du 18 novembre 1998 relatif à l'évaluation des politiques publiques. La doctrine retient généralement une définition proche. Ainsi, C. Braud estime qu' « évaluer un principe consiste à en mesurer et en

semble bien, comme le soulignait T. Pez, être une composante du contrôle de l'action du Gouvernement. Quoi qu'il en soit, les fonctions d'évaluation des politiques publiques et de contrôle de l'action du Gouvernement ont en commun de conduire une instance parlementaire à porter un jugement sur la mise en œuvre des fonctions de l'Exécutif.

2. Des fonctions dérogatoires à la séparation des pouvoirs

247. Avant même que les fonctions parlementaires d'évaluation et de contrôle aient été expressément prévues par la Constitution, il existait certains instruments et mécanismes constitutionnels destinés à mettre en œuvre ces fonctions⁵⁶⁴. Dès 1958, l'article 49 de la Constitution prévoyait les mécanismes qui constituent l'apogée du contrôle, en ce qu'ils permettent de mettre en jeu la responsabilité du Gouvernement, tout en encadrant strictement les conditions de recours à ces mécanismes. Le caractère contraignant de cet encadrement s'explique, d'une part, par le recours abusif des parlementaires aux instruments de mise en jeu de la responsabilité du Gouvernement sous les III^e et IV^e Républiques⁵⁶⁵ et, d'autre part, parce qu'« un champ aussi largement défini (que l'est celui des fonctions parlementaires d'évaluation et de contrôle) est de nature à poser un certain nombre de difficultés au regard d'autres principes constitutionnels »⁵⁶⁶, au premier rang desquels figure le principe de séparation des pouvoirs⁵⁶⁷. Car les fonctions d'évaluation et de contrôle permettent aux organes parlementaires qui les exercent de s'immiscer dans les fonctions de l'Exécutif. Plus encore, comme le souligne T. Pez, « contrôler, ce n'est pas que vérifier. C'est aussi conclure, influencer, diriger. Contrôler, c'est dominer, orienter »⁵⁶⁸. Dès lors, seul le constituant est en

analyser les effets. L'analyse de ces effets peut être opérée de façon rétrospective, en portant sur les effets réels enregistrés (évaluation *ex post*) ou être réalisée de manière prospective, à partir des effets potentiels prévisibles (évaluation *ex ante*) » (C. Braud, « L'évaluation des lois et des politiques publiques, *L.P.A.*, 1996, n°95, n.p.d.a. 7).

⁵⁶⁴ Ce qui a pu faire dire à A. Delcamp que « la révision constitutionnelle n'introduit donc pas, dans le domaine du contrôle, des innovations aussi grandes que l'on pourrait le penser. Elle consacre plutôt une évolution progressive, assez silencieuse (tel fut peut être son principal défaut) et pragmatique. Le contrôle parlementaire est d'abord une création des parlementaires eux-mêmes qui ont montré, au cours de toutes ces années, que le véritable moteur du contrôle n'était pas les textes, mais bien la volonté politique » (A. Delcamp, « Problématique du contrôle parlementaire sur l'Administration », art. cit., p. 23).

⁵⁶⁵ Sur ce point, voir P. Turk, *Le contrôle parlementaire en France*, op. cit., p. 20.

⁵⁶⁶ X. Vandendriessche, « Une revalorisation du Parlement à principes constants », art. cit., n.p.d.a. 40.

⁵⁶⁷ Parmi les dispositions constitutionnelles qui constituent une limite aux fonctions parlementaires d'évaluation et de contrôle figure également l'article 49 de la Constitution qui prévoit les seules procédures susceptibles d'engager la responsabilité du Gouvernement.

⁵⁶⁸ T. Pez, « Le contrôle parlementaire de l'administration ; les éléments du contrôle », art. cit., p. 37. Au vu de la décision du 24 juin 1959, le Conseil semble partager cette analyse, puisqu'il estime que les propositions de résolutions des assemblées « tendraient à orienter ou à contrôler l'action gouvernementale » (décision C.C., n°59-2 du 24 juin 1959, Règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 3 juillet 1959, p. 6642, Rec. p. 58).

droit de prévoir de telles dérogations à la séparation des pouvoirs et, ce faisant, il tente de parvenir à un équilibre qu'il juge satisfaisant entre les pouvoirs politiques. L'exemple de la Constitution de 1958, élaborée afin de prendre acte des échecs passés et de mettre un terme au déséquilibre institutionnel qui caractérisait les régimes précédents, est sur ce point éclairant. A titre d'exemple, l'encadrement rigoureux des mécanismes prévus par l'article 49 de la Constitution était destiné à « briser les mauvaises habitudes par de rigoureux impératifs »⁵⁶⁹ et à établir un nouvel équilibre entre l'Exécutif et le Parlement.

248. Afin de permettre au Parlement d'exercer ses fonctions d'évaluation et de contrôle, la Constitution a donc mis à sa disposition un certain nombre d'instruments, tels que le temps réservé à l'ordre du jour pour l'exercice de ces deux missions par les assemblées⁵⁷⁰, les commissions d'enquête parlementaires⁵⁷¹, ou encore l'assistance de la Cour des comptes⁵⁷². Mais c'est en marge du texte constitutionnel que s'est développée la majorité des mécanismes de contrôle et d'évaluation. Il en résulte que le principe de séparation des pouvoirs constitue la « ligne rouge »⁵⁷³ que ne saurait franchir le Parlement lorsqu'il se dote d'instruments et de procédures destinés à lui permettre d'exercer ces deux fonctions. Le plus souvent, ce sont les règlements des assemblées qui sont à l'origine d'une telle création, comme c'est le cas pour les missions d'information⁵⁷⁴, les questions écrites⁵⁷⁵, l'audition des membres du Gouvernement⁵⁷⁶ ou encore le Comité permanent d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (C.E.C.)⁵⁷⁷. Il arrive également que le législateur adopte certaines dispositions destinées à développer les mécanismes d'évaluation et de contrôle⁵⁷⁸. Enfin, et de manière

⁵⁶⁹ M. Debré, Discours devant le Conseil d'Etat, 27 août 1958.

⁵⁷⁰ Article 48 alinéa 4 de la Constitution : « Une semaine de séance sur quatre est réservée par priorité et dans l'ordre fixé par chaque assemblée au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques ».

⁵⁷¹ Article 51-2, alinéa 1^{er} de la Constitution : « Pour l'exercice des missions de contrôle et d'évaluation définies au premier alinéa de l'article 24 de la Constitution, les commissions d'enquête peuvent être créées au sein de chaque assemblée pour recueillir, dans les conditions prévues par la loi, des éléments d'information ».

⁵⁷² Article 47-2, alinéa 1^{er} de la Constitution : « La Cour des comptes assiste le Parlement dans le contrôle de l'action du Gouvernement. Elle assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et de l'application des lois de financement de la sécurité sociale ainsi que dans l'évaluation des politiques publiques (...) ».

⁵⁷³ E. Thiers, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », *Pouvoirs*, 2010, n°134, p. 72.

⁵⁷⁴ Article 145 alinéa 2 R.A.N. et article 21 R.S.

⁵⁷⁵ Article 135 R.A.N.

⁵⁷⁶ Article 45 alinéa 2 R.A.N.

⁵⁷⁷ Article 146-3 R.A.N.

⁵⁷⁸ Voir not. les articles 49, 57 et 58 de la loi organique n°2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, articles 2 et s. de la loi n°2001-1246 du 21 décembre 2001 de finances pour 2002, la loi n°96-517 du 14 juin 1996 tendant à élargir les pouvoirs d'information du Parlement et à créer un Office parlementaire d'évaluation des politiques publiques, ou encore la loi n°2011-140 du 3 février 2011 tendant à renforcer les

exceptionnelle, certains de ces instruments sont organisés par l'Exécutif dans une ordonnance adoptée le 17 novembre 1958⁵⁷⁹ au titre de l'ancien article 92 de la Constitution⁵⁸⁰. A l'exception de cette dernière hypothèse, le Conseil peut donc être amené à se prononcer sur les textes qui donnent au Parlement les moyens d'assurer ses fonctions d'évaluation et de contrôle. Il devra alors s'assurer que, sauf à ce que la Constitution le permette, le Parlement ne méconnaît pas la séparation des pouvoirs en s'octroyant les moyens de s'immiscer dans les fonctions de l'Exécutif à des fins de contrôle ou d'évaluation.

249. Au plan politique, il est possible d'avoir une lecture différente de la relation entre les fonctions d'évaluation et de contrôle et la séparation des pouvoirs. Pour certains, la conception moderne de ces deux fonctions est susceptible de restaurer la séparation entre les pouvoirs politiques là où le fait majoritaire et le déclin de la fonction de contrôle – au sens de mise en jeu de la responsabilité du Gouvernement – l'avaient conduite à disparaître. Ainsi, P. Avril et J. Gicquel estiment que « dans la conception traditionnelle qui inspire la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le contrôle a pour objet de mettre en cause la responsabilité du Gouvernement et il vise la politique générale ; il conduit donc logiquement à l'affrontement de la majorité et de l'opposition. (...) En réalité, ce sont désormais les électeurs qui votent – ou refusent la confiance tous les cinq ans : ce contrôle là n'appartient plus aux députés. Le clivage politique se manifeste essentiellement dans le vote de la loi, parce qu'elle met en œuvre la politique générale du Gouvernement. En revanche, le contrôle au sens défini plus haut est l'œuvre commune de la majorité et de l'opposition, qui sont ensemble les interlocuteurs naturels du Gouvernement dans l'examen critique des politiques publiques ; ce contrôle manifeste ainsi l'identité de la représentation nationale en tant qu'institution face au Gouvernement et il désigne sa fonction spécifique au regard de l'exécutif. Ainsi le contrôle d'aujourd'hui restitue paradoxalement une réalité à la séparation des pouvoirs là où on ne l'attendait pas ! »⁵⁸¹.

250. Il n'en demeure pas moins que, d'un point de vue juridique, tout texte qui prévoit un nouveau moyen mis au service du Parlement porte potentiellement atteinte au principe de séparation des pouvoirs et, partant, doit être censuré par le Conseil, sauf à ce que la

moyens du Parlement en matière de contrôle de l'action du Gouvernement et d'évaluation des politiques publiques.

⁵⁷⁹ Ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires. L'instrument le plus marquant instauré par cette ordonnance dans sa version originelle est constitué par les commissions d'enquête (art. 6).

⁵⁸⁰ L'alinéa 1^{er} de l'article 92 de la Constitution prévoyait que « Les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions et, jusqu'à cette mise en place, au fonctionnement des pouvoirs publics seront prises en Conseil des Ministres, après avis du Conseil d'État, par ordonnances ayant force de loi ».

⁵⁸¹ P. Avril et J. Gicquel, *Droit parlementaire*, *op. cit.*, p. 67-68.

Constitution ait prévu une telle dérogation. Le Conseil doit alors encadrer les fonctions parlementaires de contrôle et d'évaluation en contrôlant les dispositions qui permettent de les mettre en œuvre, et ce à la lumière du principe de séparation des pouvoirs.

B. Le dogme séparatiste comme limite à la mise en œuvre des fonctions parlementaires d'évaluation et de contrôle

251. Saisi d'une disposition législative ou d'une disposition relative au règlement de l'une des assemblées et destinée à donner les moyens au Parlement de mettre en œuvre ses fonctions de contrôle et d'évaluation, le Conseil doit s'assurer qu'elle ne méconnaît pas la Constitution. Plus précisément, il doit vérifier qu'elle ne porte pas atteinte aux dispositions constitutionnelles relatives à ces fonctions et, éventuellement, à la mise en cause de la responsabilité du Gouvernement, mais également qu'elle ne méconnaît pas le principe de séparation des pouvoirs. Ces deux éléments constituent les jalons du contrôle opéré par le juge constitutionnel. Par conséquent, les moyens destinés à mettre en œuvre les fonctions de contrôle et d'évaluation doivent se limiter à des missions temporaires d'information, sous peine d'être censurés par le Conseil **(1.)**. Il en va de même pour toute disposition qui, sous couvert de permettre au Parlement d'exercer ses fonctions de contrôle et d'évaluation, aurait pour conséquence de mettre en cause l'Exécutif en dehors des procédures constitutionnelles spécialement prévues à cet effet **(2.)**

1. Une mise en œuvre limitée à des missions temporaires d'information

252. Les premières décisions rendues par le Conseil lui ont permis de se prononcer sur la portée de ce qui est admis en termes de mise en œuvre des fonctions parlementaires d'évaluation et de contrôle. Saisi des premiers règlements de l'Assemblée nationale et du Sénat, le Conseil a fixé une règle qui n'a pas été démentie depuis. Le juge constitutionnel a estimé que les assemblées sont libres de se doter d'organes ou de procédures destinées à leur permettre d'exercer un contrôle sur l'action du Gouvernement, si toutefois elles respectent certaines conditions, exprimées dans un considérant dont la formulation a très peu varié depuis 1959⁵⁸². Ainsi, pour être jugées conformes à la Constitution, les dispositions soumises

⁵⁸² Décision C.C., n°59-2 DC du 24 juin 1959, Règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 3 juillet 1959, p. 6642, Rec. p. 58. Les dispositions sont jugées conformes par le Conseil en tant qu'elles « n'attribuent aux commissions permanentes qu'un rôle d'information pour permettre à l'Assemblée d'exercer, pendant les sessions

au Conseil doivent se limiter à des mécanismes informatifs, revêtir un caractère temporaire, et être destinés à permettre à l'assemblée concernée d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement dans les conditions prévues par la Constitution⁵⁸³. La mise en œuvre des fonctions de contrôle et d'évaluation par les assemblées est donc soumise à quatre conditions. La disposition doit d'abord avoir pour objet de rassembler et de produire de l'information. Il peut s'agir, par exemple, de confier à un ou plusieurs membres d'une commission permanente une mission d'information relative aux conditions d'application de la législation dans une matière donnée⁵⁸⁴, ou de confier à un député une mission de suivi sur la mise en œuvre des conclusions soumises à l'Assemblée par une commission d'enquête⁵⁸⁵. Ensuite, le Conseil exige le plus souvent que cette mission d'information revête un caractère temporaire. Elle n'est donc pas amenée à s'inscrire dans la durée. Pour ne pas être censurés par le Conseil, les mécanismes de mise en œuvre des fonctions d'évaluation et de contrôle doivent donc s'accommoder d'interventions ponctuelles, bien que le Conseil ait admis l'existence d'organes permanents créés spécialement pour permettre à l'Assemblée d'exercer ces fonctions⁵⁸⁶. En troisième lieu, le Conseil ne semble pas concevoir l'information comme une fonction autonome – ce qui est cohérent au vu de l'article 24 de la Constitution, qui ne fait pas de l'information une fonction parlementaire. Le juge constitutionnel estime en effet que le rôle d'information que remplit l'organe ou la procédure créé vise à permettre à l'assemblée d'exercer sa mission de contrôle de l'action ou de la politique du Gouvernement. Enfin, le Conseil précise cette dernière condition en ajoutant que la disposition doit avoir pour but de permettre à l'Assemblée d'exercer sa fonction de contrôle de l'action du Gouvernement *dans les conditions prévues par la Constitution*.

253. Il résulte de l'ensemble de ces conditions que le juge constitutionnel considère l'information des assemblées comme la condition *sine qua non* pour que celles-ci soient en mesure d'exercer les fonctions d'évaluation et de contrôle que leur confie la Constitution.

ordinaires et extraordinaires, son contrôle sur la politique du Gouvernement dans les conditions prévues par la Constitution ».

⁵⁸³ Décision C.C., n°59-2 DC, préc. ; décision C.C., n°90-275 DC du 6 juin 1990, Résolution modifiant l'article 145 du règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 8 juin 1990, p. 6739, Rec. p. 67, cons. 2 ; décision C.C., n°96-381 DC du 14 octobre 1996, Résolution modifiant le règlement du Sénat, J.O. du 18 octobre 1996, p. 15302, Rec. p. 117, cons. 7 ; décision C.C., n°96-382 DC du 14 octobre 1996, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 18 octobre 1996, p. 15301, Rec. p. 120, cons. 10 ; décision C.C., n°2004-493 DC du 26 février 2004, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 29 février 2004, p. 4164, Rec. p. 64, cons. 3 et décision C.C., n°2009-581 DC du 25 juin 2009, Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 28 juin 2009, p. 10867, Rec. p. 120, cons. 55.

⁵⁸⁴ Décision C.C., n°90-275 DC, préc.

⁵⁸⁵ Décision C.C., n°2004-493 DC, préc.

⁵⁸⁶ La création du Comité permanent d'évaluation et de contrôle est un bon exemple, elle a été jugée conforme à la Constitution dans la décision C.C., n°2009-581 DC, préc., cons. 57 et s.

C'est précisément pour cette raison que le Conseil juge conforme à cette dernière les dispositions qui se limitent à donner les moyens au Parlement d'obtenir cette ressource nécessaire à l'exercice de ces fonctions. Ce faisant, il encadre strictement le développement des mécanismes destinés à permettre au Parlement de contrôler et d'évaluer les politiques publiques, conformément au dogme séparatiste, de manière à ce que le Parlement ne s'immisce pas davantage dans les fonctions de l'Exécutif que la Constitution ne le lui permet. Le Conseil joue alors ici parfaitement « son rôle de gardien du parlementarisme rationalisé »⁵⁸⁷. Il n'est donc pas étonnant que le Conseil censure toute disposition qui, sous couvert de contrôler l'action du Gouvernement ou d'évaluer les politiques publiques, donne la possibilité au Parlement de mettre en cause l'Exécutif en dehors des procédures prévues par la Constitution.

2. Une mise en œuvre limitée par l'interdiction de mettre en cause l'Exécutif en dehors des procédures prévues par la Constitution

254. Si le Conseil limite la mise en œuvre des fonctions de contrôle et d'évaluation du Parlement à des missions d'information, le plus souvent temporaires, et dont l'objet est clairement identifié, *a fortiori*, il doit censurer toute disposition qui permettrait aux organes parlementaires chargés de l'évaluation et du contrôle de mettre en cause l'Exécutif dans l'exercice de ses fonctions. La jurisprudence confirme l'application du dogme séparatiste à cette hypothèse, laquelle se traduit, en premier lieu, par l'interdiction faite à un organe parlementaire de convoquer, dans l'exercice de ses missions de contrôle ou d'évaluation, les membres de l'Exécutif – ou les fonctionnaires placés sous leur contrôle. Ainsi, dans une première décision, en date du 25 juin 2009⁵⁸⁸, le Conseil a décidé de censurer la disposition d'une résolution imposant « la présence des responsables administratifs des politiques publiques lors de la présentation des rapports relatifs à ces politiques »⁵⁸⁹ par le Comité permanent d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (C.E.C)⁵⁹⁰. A l'appui de cette

⁵⁸⁷ P. Turk, *Le contrôle parlementaire en France, op. cit.*, p. 129.

⁵⁸⁸ Décision C.C., n°2009-581 DC du 25 juin 2009, Résolution tendant à modifier le règlement intérieur de l'Assemblée nationale, J.O. du 28 juin 2009, p. 10867, Rec. p. 120.

⁵⁸⁹ Décision C.C., n°2009-581 DC, préc., cons. 61.

⁵⁹⁰ On ne manquera pas de rapprocher cette question de celle de l'audition des fonctionnaires par les commissions parlementaires, qui a connu un certain nombre d'évolutions, ainsi que le rappelle M. Rufin dans le rapport n°184 (1995-1996) fait au nom de la commission des lois, déposé le 30 janvier 1996 et relatif à la proposition de loi tendant à élargir les pouvoirs d'information du Parlement et à créer l'Office parlementaire d'évaluation des politiques publiques : « A l'heure actuelle, il est d'usage, en raison de la responsabilité gouvernementale, que les commissions parlementaires qui souhaitent entendre un fonctionnaire, sollicitent

censure, il a invoqué les articles 20 et 21 de la Constitution ainsi que l'article 5 *bis* de l'ordonnance du 17 novembre 1958⁵⁹¹, lequel réserve aux commissions permanentes la possibilité de convoquer toute personne dont elle estime l'audition nécessaire. De même, dans une décision du 4 décembre 2013⁵⁹², le Conseil a censuré deux dispositions⁵⁹³ prévoyant la présence du ministre chargé du budget devant les commissions permanentes chargées des finances à l'occasion de débats relatifs à la mise en œuvre de certaines politiques fiscales⁵⁹⁴, au motif qu'elles étaient contraires au principe de séparation des pouvoirs.

Les deux dispositions censurées se rapprochent de la pratique de l'interpellation. « Apparue en France sous la monarchie de juillet (...) (elle) est une procédure par laquelle un parlementaire demande au Gouvernement de s'expliquer sur sa conduite. (...) Le Gouvernement est obligé de répondre. (...) Ensuite, l'interpellation donne lieu à un débat auquel tous les parlementaires peuvent participer »⁵⁹⁵. Or, si le Conseil a fait le choix de les censurer, c'est parce le dogme séparatiste exclut que les moyens mis en œuvre par le Parlement afin de contrôler l'action du Gouvernement et d'évaluer les politiques publiques aillent au-delà de ce que prévoit la Constitution. Or, les dispositions censurées, en permettant de demander des comptes à l'Exécutif – par l'intermédiaire du ministre chargé du budget ou des fonctionnaires responsables des politiques publiques – mettaient en cause la responsabilité du Gouvernement en dehors des procédures constitutionnelles. Elles devaient donc faire l'objet d'une censure. Certains auteurs, à l'instar de P. Avril, ont pu regretter cette solution, qui conduit selon eux à réduire considérablement l'efficacité de la fonction d'évaluation et,

préalablement l'autorité hiérarchique, c'est-à-dire son ministre de rattachement. M. Pierre Mauroy, lorsqu'il était Premier ministre avait même écarté, en principe, toute audition de fonctionnaire hors la présence du ministre "parce que contraire aux principes définis par la Constitution qui régissent les rapports entre le législatif et l'exécutif". Dans une circulaire du 30 octobre 1981, adressée à ses ministres, il rappelait en outre que "l'administration ne saurait assurer la responsabilité des actes du Gouvernement devant le Parlement". On observera par ailleurs que l'obligation de discrétion professionnelle, posée par l'article 26 du statut général des fonctionnaires (loi du 12 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires), ne peut être écartée que "par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent" ». L'adoption de cette proposition de loi vient alors consacrer, à l'article 5 bis de l'ordonnance n°58-1100, préc., la possibilité d'auditionner un fonctionnaire.

⁵⁹¹ Ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

⁵⁹² Décision C.C., n°2013-679 DC du 4 décembre 2013, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, J.O. du 7 décembre 2013, p. 19958, Rec. p. 1060.

⁵⁹³ Décision C.C., n°2013-679 DC, préc., cons. 79.

⁵⁹⁴ Les dispositions prévoyaient en effet la présence du ministre chargé du Budget devant les commissions permanentes chargées des finances, d'une part, à l'occasion du débat suivant la remise par le ministre du rapport sur l'application de la politique de remises et de transactions à titre gracieux par l'administration fiscale et, d'autre part, à l'occasion du débat sur les conditions du déclenchement des poursuites pénales en matière de fraude fiscale.

⁵⁹⁵ F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 2009, 31^e édition, p. 403.

partant à empêcher le Parlement d'adapter l'exercice de ses fonctions aux évolutions de la V^e République⁵⁹⁶.

255. En second lieu, le Conseil a fait dans la même décision du 25 juin 2009 une nouvelle application du dogme séparatiste en interdisant qu'un rapport élaboré par les membres du C.E.C. donne lieu à un débat contradictoire avec les responsables de la politique administrative concernée. Le Conseil a rappelé que missions du C.E.C. « consistent en un simple rôle d'information contribuant à permettre à l'Assemblée nationale d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement et d'évaluer les politiques publiques, dans les conditions prévues par la Constitution »⁵⁹⁷. Dans la mesure où la Constitution ne la prévoit pas expressément, la tenue d'un débat contradictoire entre un organe parlementaire et des membres de l'Exécutif doit être censurée. Le Conseil a donc fait une nouvelle application du dogme séparatiste en estimant que les fonctions parlementaires d'évaluation et de contrôle, en ce qu'elles constituent des dérogations à la séparation des pouvoirs, doivent être interprétées strictement.

256. Enfin, la décision du 25 juin 2009 a également été l'occasion pour le Conseil de préciser que, dans l'exercice de ses fonctions de contrôle et d'évaluation, un organe parlementaire ne saurait bénéficier de l'aide d'experts placés sous la responsabilité du Gouvernement⁵⁹⁸. Deux interprétations peuvent être faites de cette réserve. Le Conseil pourrait juger contraire au principe de séparation des fonctions le fait que l'Exécutif participe, par l'intermédiaire de ses fonctionnaires, aux fonctions de contrôle et d'évaluation, qui appartiennent au Parlement. Toutefois, une lecture globale de la décision du 25 juin 2009 conduit à retenir une autre interprétation de la précision apportée par le Conseil. L'interdiction du recours aux experts placés sous la responsabilité du Gouvernement peut en effet être lue comme une volonté de préserver l'Exécutif d'une potentielle pression que pourraient exercer les organes parlementaires sur les experts placés sous la responsabilité du Gouvernement. Car, ce faisant, les organes parlementaires interviendraient – indirectement – dans les fonctions de l'Exécutif, ce que ne permet pas le principe de séparation des pouvoirs, sauf à ce que la Constitution le prévoie.

257. Les fonctions de contrôle de l'action du Gouvernement et d'évaluation des politiques publiques constituent ainsi des dérogations à la séparation des pouvoirs en ce qu'elles permettent au Parlement d'intervenir dans les fonctions de l'Exécutif. Mais, parce que ces

⁵⁹⁶ P. Avril, « L'introuvable contrôle parlementaire », *L.P.A.*, 2009, n°140, p. 8

⁵⁹⁷ Décision C.C., n°2009-581 DC, préc., cons. 58.

⁵⁹⁸ Décision C.C., n°2009-581 DC, préc., cons. 61.

déroghations sont prévues par la Constitution, le Conseil est contraint de les prendre en compte. En revanche, dès lors que la Constitution ne prévoit pas de tels empiètements du Parlement sur les fonctions de l'Exécutif, le Conseil est fondé à appliquer le dogme séparatiste. Il en résulte un encadrement contraignant des fonctions de contrôle et d'évaluation. La même démarche a été retenue par le Conseil à propos de l'application de l'article 68 de la Constitution, relatif à la Haute Cour.

§2. La mise à l'écart du dogme séparatiste dans la stricte mesure requise par la fonction constitutionnelle de la Haute Cour

258. Depuis 2007⁵⁹⁹, la Constitution prévoit que le Président de la République peut être destitué en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat⁶⁰⁰. L'article 68 poursuit en faisant du Parlement, constitué en Haute Cour, l'organe compétent pour prononcer la sanction. La Constitution octroie ainsi au Parlement une nouvelle fonction de « surveillance » du Président de la République et, ce faisant, instaure une dérogation supplémentaire à la séparation entre les pouvoirs politiques (A.). A cet égard, le texte constitutionnel prévoit l'intervention d'une loi organique afin de fixer les conditions d'application de l'article. Il a alors fallu attendre sept longues années pour que cette loi organique entre en vigueur, le 24 novembre 2014⁶⁰¹. Dès lors, selon le souhait émis par F. Savonitto, « après une aussi longue gestation, il reste à espérer que la qualité soit au rendez-vous. Or, les quatre dispositions censurées et les trois réserves d'interprétation permettent d'en douter »⁶⁰². La décision du 19 novembre 2014⁶⁰³ témoigne en effet de l'application du dogme séparatiste à l'occasion du contrôle de cette loi organique, illustrant une nouvelle fois l'intention du Conseil d'interpréter strictement les dérogations constitutionnelles au principe de séparation des pouvoirs (B.).

⁵⁹⁹ Loi constitutionnelle n°2007-238 du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution.

⁶⁰⁰ Plus précisément, l'article 67 de la Constitution prévoit que le Président de la République est, pendant son mandat, politiquement irresponsable, sous réserve des dispositions de l'article 53-2 de la Constitution, relatif à la compétence de la Cour pénale internationale, et de l'article 68 de la Constitution, relatif à la compétence de la Haute Cour en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat.

⁶⁰¹ Loi organique n°2014-1392 du 24 novembre 2014 portant application de l'article 68 de la Constitution.

⁶⁰² F. Savonitto, « Un Président enfin responsable politiquement. Enfin, presque... », *Constitutions*, 2014, n°4, n.p.d.a. 450.

⁶⁰³ Décision C.C., n°2014-703 DC du 19 novembre 2014, Loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution, J.O. du 25 novembre 2014, p. 19698.

A. La fonction de la Haute Cour comme dérogation à la séparation des pouvoirs

259. La nouvelle procédure de destitution prévue par l'article 68 met un terme aux incertitudes sur la nature de la responsabilité du Président de la République. Il s'agit bien d'une responsabilité politique, dont la sanction, la destitution, est prononcée par la Haute Cour, dont le Conseil a précisé qu'elle « ne constitue pas une juridiction chargée de juger le Président de la République (...), mais une assemblée parlementaire »⁶⁰⁴. En cela, le juge constitutionnel s'est conformé à l'intention des membres de la commission à l'origine de la révision du 23 février 2007, à l'instar de L. Jospin qui jugeait « nécessaire d'affirmer le caractère exclusivement politique de cette procédure »⁶⁰⁵. Dès lors, l'articulation entre les fonctions de cette dernière et celle du Président de la République relève de la séparation entre les pouvoirs politiques. Plus précisément, en conférant une telle fonction à un organe parlementaire, la Constitution entend déroger à la séparation des pouvoirs, qui veut, selon le dogme séparatiste, qu'un organe ne puisse en aucun cas exercer une fonction qui le conduit à intervenir dans les fonctions d'un organe relevant d'un pouvoir différent et encore moins, le cas échéant, prononcer sa destitution.

260. D'ailleurs, cette analyse est pleinement partagée par le Conseil, qui a précisé dans la décision du 19 novembre 2014 que les dispositions d'application de l'article 68 ne sauraient « apporter aux prérogatives du Président et au principe de séparation des pouvoirs d'autres atteintes que celles qui sont expressément prévues par cet article »⁶⁰⁶. Ce faisant, le juge constitutionnel n'a rien fait d'autre qu'annoncer son intention de faire application du dogme séparatiste à l'occasion de l'examen de la loi organique d'application de l'article 68 de la Constitution. Les développements concernant la disposition relative à la proposition de résolution visant à la réunion de la Haute Cour sont sur ce point éclairant⁶⁰⁷. En effet, la loi

⁶⁰⁴ Décision C.C., n°2014-703 DC, préc., cons. 5.

⁶⁰⁵ Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *Pour un renouveau démocratique*, La Documentation française, Paris, 2012, p. 70.

⁶⁰⁶ Décision C.C., n°2014-703 DC, préc., cons. 8.

⁶⁰⁷ L'alinéa 2 de l'article 68 de la Constitution prévoit que « la proposition de réunion de la Haute Cour adoptée par une des assemblée du Parlement est aussitôt transmise à l'autre qui se prononce dans les quinze jours ». Parmi les précisions apportées par la loi organique figure celle selon laquelle la proposition de résolution doit « être signée par au moins un dixième des membres devant laquelle elle est déposée » (art. 1, alinéa 3 de la loi organique n°2014-1392.), soit 58 députés ou 35 sénateurs. Il s'agit en réalité d'une reprise des modalités prévues, jusqu'en 2007, pour la réunion de la Haute Cour de Justice (voir les anciens articles 158 R.A.N. et 86 R.S.). Cette condition a donc fait l'objet de peu de débats devant les assemblées. A ce sujet, il est possible d'apporter deux précisions. La proposition de loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution (proposition de loi n°69, 2009-2010, déposée au Sénat par F. Patriat le 28 octobre 2009), déposée antérieurement au projet de loi organique qui sera finalement préféré, avait retenu une autre solution en prévoyant que la proposition de résolution « peut être déposée par soixante députés ou soixante sénateurs » (art. 1, al.1 de la

organique prévoit que cette proposition doit « être signée par au moins un dixième des membres devant laquelle elle est déposée »⁶⁰⁸, soit 58 députés ou 35 sénateurs⁶⁰⁹, ce seuil ayant fait l'objet de peu de débats devant les assemblées⁶¹⁰. Le Conseil, examinant cette disposition, a jugé que la condition prévue « n'a pas méconnu les exigences de l'article 68 de la Constitution », dans la mesure où ce dernier « n'a pas entendu conférer à chaque membre du Parlement un droit individuel à proposer la réunion de la Haute Cour »⁶¹¹. La procédure instaurée par l'article 68 de la Constitution ne saurait être détournée afin de permettre aux parlementaires, pris individuellement, de mettre en cause le Président de la République dans l'exercice de ses fonctions. Cette remarque est révélatrice de la démarche qui sous-tend l'ensemble de la décision du 19 novembre 2014. Le juge constitutionnel s'est en effet appliqué à circonscrire la portée de l'article 68 et de la dérogation que ce dernier apporte à la séparation des pouvoirs. Ce faisant, il a tenté d'adopter, autant que faire se peut, une démarche équilibrée. D'une part, il s'est employé à permettre à l'article 68 de produire son plein effet. La censure de la limitation du droit de chaque parlementaire à signer une proposition de résolution tendant à la réunion de la Haute Cour à une signature par mandat présidentiel comme étant une « restriction d'une ampleur telle » qu'elle méconnaît la portée de l'article 68 de la Constitution⁶¹² en est un bon exemple. Mais, d'autre part, le juge Constitutionnel n'a pas hésité à censurer toutes les atteintes au principe de séparation des pouvoirs qui ne résulteraient pas expressément de cette disposition.

proposition de loi). En outre, le seuil d'un dixième de parlementaires exigé par la loi organique a fait l'objet d'une critique de la part de J.J. Urvoas, pour lequel il « établit une différence injustifiée entre l'Assemblée et le Sénat. Conformément au souci du bicaméralisme qui anime l'ensemble du texte, il aurait été logique d'imposer la signature de soixante députés ou de soixante sénateurs » (Rapport n°3948, A.N., fait au nom de la commission des lois par P. Houillon, déposé le 16 novembre 2011, p. 22). Le Conseil, examinant cette disposition, estimait pourtant nécessaire de préciser que la condition prévue « n'a pas méconnu les exigences de l'article 68 de la Constitution », dans la mesure où ce dernier « n'a pas entendu conférer à chaque membre du Parlement un droit individuel à proposer la réunion de la Haute Cour » (décision C.C., n°2014-703 DC, préc., cons. 11).

⁶⁰⁸ Article 1, alinéa 3 de la loi organique n°2014-1392, préc.

⁶⁰⁹ Il s'agit en réalité d'une reprise des modalités prévues, jusqu'en 2007, pour la réunion de la Haute Cour de Justice (anciens articles 158 R.A.N. et 86 R.S.).

⁶¹⁰ A ce sujet, il est possible d'apporter deux précisions. La proposition de loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution (proposition de loi n°69, 2009-2010, déposée au Sénat par F. Patriat le 28 octobre 2009), déposée antérieurement au projet de loi organique qui sera finalement préféré, avait retenu une autre solution en prévoyant que la proposition de résolution « peut être déposée par soixante députés ou soixante sénateurs » (art. 1, al.1 de la proposition de loi). En outre, le seuil d'un dixième de parlementaires exigé par la loi organique a fait l'objet d'une critique de la part de J.J. Urvoas, pour lequel il « établit une différence injustifiée entre l'Assemblée et le Sénat. Conformément au souci du bicaméralisme qui anime l'ensemble du texte, il aurait été logique d'imposer la signature de soixante députés ou de soixante sénateurs » (Rapport n°3948, A.N., fait au nom de la commission des lois par P. Houillon, déposé le 16 novembre 2011, p. 22).

⁶¹¹ Décision C.C., n°2014-703 DC, préc., cons. 11.

⁶¹² Décision C.C., n°2014-703 DC, préc., cons. 12.

B. Le dogme séparatiste comme limite à la mise en œuvre de la fonction de la Haute Cour

261. L'application du dogme séparatiste à l'occasion du contrôle de la loi organique relative à l'article 68 de la Constitution a conduit le Conseil à limiter doublement la fonction de la Haute Cour. Il en a d'abord limité le champ d'application au seul Président de la République, en censurant la possibilité offerte au Premier ministre de participer aux débats devant cette instance (1.). Ensuite, le Conseil a encadré les pouvoirs de la Haute Cour ainsi que les éléments procéduraux prévus par la loi organique afin qu'ils ne portent pas au Président de la République une atteinte plus importante que ne l'autorise l'article 68 de la Constitution (2.)

1. La limitation du champ d'application des fonctions de la Haute Cour au seul Président de la République

262. Les deux premiers alinéas de l'article 7 de la loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution prévoyaient que seuls les membres de la Haute Cour peuvent participer aux débats devant cette dernière, à l'exception du Président de la République et du Premier ministre⁶¹³. C'est la commission des lois de l'Assemblée qui avait estimé qu'il était préférable que, à l'occasion des débats devant la Haute Cour, le Gouvernement s'exprime d'une seule voix, et donc par l'intermédiaire du Premier ministre⁶¹⁴. Politiquement, l'intervention de ce dernier se justifie. D'abord, parce que la procédure de destitution ayant plus de chance d'être mise en œuvre en période de cohabitation, le Premier ministre pourrait vouloir apporter des éléments d'information « à charge » contre le Président de la République intéressant la Haute Cour. Ensuite, parce-que même dans l'hypothèse où cette procédure serait mise en œuvre en période de convergence, le Premier ministre pourrait vouloir se porter au secours du Président de la République en fournissant, cette fois, des éléments d'information « à décharge ».

263. Toutefois, c'est sur le terrain juridique que le juge constitutionnel a dû examiner cette disposition. Il a alors estimé qu'« en prévoyant la participation du premier ministre aux débats devant la Haute Cour alors que la procédure de destitution de l'article 68 de la Constitution ne le met pas en cause et qu'une telle participation n'est pas prévue par cet article, ces

⁶¹³ Il est d'ailleurs possible de noter que lors de son dépôt devant l'Assemblée nationale, il n'était pas question du Premier ministre, mais du Gouvernement.

⁶¹⁴ Rapport n°3948, A.N., préc., p. 20 et 51.

dispositions sont déclarées contraires à la Constitution »⁶¹⁵. Selon F. Savonitto, par cette censure, le Conseil « poursuit l'objectif d'éviter toute tentative de mise en cause du chef du gouvernement par cette voie. Cette précaution n'est pas superflue à regarder l'histoire de la V^e République : les parlementaires n'hésitent pas à détourner de leurs buts les moyens d'action qui leur sont offerts, comme l'attestent certaines motivations de motion de censure qui visent – parfois expressément⁶¹⁶ – le Président de la République »⁶¹⁷. Ainsi, en censurant la disposition, le Conseil s'est opposé à une extension du champ d'application de la fonction de la Haute Cour qui, en ce qu'elle ne « met pas en cause »⁶¹⁸ le Premier ministre, ne saurait permettre à l'assemblée parlementaire d'entendre ce dernier. L'absence de mention du principe de séparation des pouvoirs, bien qu'il soit à l'origine de la censure opérée, s'explique doublement. D'abord, parce que lorsque le juge constitutionnel dispose d'un fondement spécial – en l'espèce l'article 68 de la Constitution – il préfère s'y référer et, ensuite, parce que le principe de séparation des pouvoirs est mentionné dans le considérant de la décision qui énonce les normes constitutionnelles de référence qui irradiant le contrôle de l'ensemble de la loi organique⁶¹⁹. C'est donc bien le dogme séparatiste qui a conduit le Conseil à circonscrire le champ d'application de la fonction de la Haute Cour au seul Président de la République.

264. De même, l'application du dogme séparatiste a amené le juge constitutionnel à encadrer tant les pouvoirs de la Haute Cour que la procédure devant être conduite devant elle.

2. L'encadrement des pouvoirs et de la procédure de la Haute Cour à l'égard du Président

265. A l'occasion du contrôle du projet de loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution, le Conseil s'est assuré de ce que les précisions procédurales apportées par le législateur organique n'ont pas pour objet ou pour effet de fausser l'équilibre établi par la Constitution entre le Président de la République, qui fait l'objet de la procédure de destitution, et la Haute Cour, et ce au profit de cette dernière. Il s'est ainsi assuré que l'atteinte portée à la

⁶¹⁵ Décision 2014-703 DC, préc., cons . 36.

⁶¹⁶ Voir par ex. motion de censure du 2 octobre 1962, in *Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la V^e République*, D. Maus (dir.), La Documentation française, Paris, 1982, 2^{ème} édition, p. 290 ; sur cet aspect, voir F. Savonitto, *Les discours constitutionnels sur la "violation cim de la Constitution" sous la V^e République*, LGDJ, Paris, 2013, pp. 323-328.

⁶¹⁷ F. Savonitto, « Un Président enfin responsable politiquement. Enfin, presque ? », préc. Voir not. la motion de censure déposée et adoptée en 1962 suite à la décision du Président de la République, C. de Gaulle, de réviser la Constitution par la voie du référendum de l'article 11.

⁶¹⁸ Commentaire officiel de la décision C.C., n°2014-703 DC, préc., p. 16.

⁶¹⁹ Décision 2014-703 DC, préc., cons . 8.

séparation des pouvoirs par la fonction dévolue à la Haute Cour n'exécède pas la portée de l'atteinte autorisée par la Constitution. En premier lieu, ce sont les pouvoirs de contrainte de la Haute Cour vis-à-vis du Président de la République qui ont fait l'objet d'un tel contrôle. Le projet de loi organique instaure une commission au sein de la Haute Cour. Constituée de six vice-présidents de chacune des deux assemblées parlementaires, elle a pour mission de « recueillir toute information nécessaire à l'accomplissement de sa mission par la Haute Cour »⁶²⁰ dans le but de rendre un rapport dans les quinze jours qui suivent l'adoption de la résolution⁶²¹. A cette fin, la loi organique prévoit que la commission dispose des prérogatives reconnues aux commissions d'enquête⁶²². C'est donc par un renvoi à l'ordonnance du 17 novembre 1958⁶²³ qu'étaient définies les prérogatives de la commission de la Haute Cour. Les membres de cette dernière ont donc la possibilité d'exercer leur mission sur pièce et sur place, de se voir communiquer tout document nécessaire à l'exception de certains documents à caractère secret, d'auditionner toutes les personnes dont l'audition est jugée utile. Les dispositions de l'ordonnance du 17 novembre 1958 rendues applicables à la commission de la Haute Cour prévoient également des sanctions pour les personnes qui refuseraient de communiquer des documents ou de déférer à la demande d'audition de la commission. Enfin, l'article 6 du projet de loi organique dispose que, « sur sa demande, le Président de la République ou son représentant est entendu par la commission » et, qu'à cette occasion, il peut se faire assister de la personne de son choix⁶²⁴. Le Conseil, examinant l'ensemble de ces dispositions, a estimé que « ces dispositions (...) ne sauraient, sans porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs ainsi qu'aux exigences constitutionnelles qui résultent du deuxième alinéa de l'article 67 de la Constitution, permettre à la commission de faire usage des prérogatives (traditionnellement dévolues aux commissions d'enquêtes par l'ordonnance du 17 novembre 1958) lorsqu'elle entend le Président de la République, son représentant ou la personne qui l'assiste »⁶²⁵.

Par cette réserve d'interprétation, le Conseil a validé les prérogatives de la commission de la Haute Cour mais a exclu qu'il en soit fait application au Président de la République, à son représentant ou à la personne qui l'assiste. Cette non-applicabilité des prérogatives de la

⁶²⁰ Article 6, alinéa 1^{er} de la loi organique n°2014-1392, préc.

⁶²¹ Article 6, alinéa 4 de la loi organique n°2014-1392, préc. La disposition poursuit en prévoyant que le rapport est distribué aux membres de la Haute Cour, au Président de la République et au Premier ministre, et qu'il est rendu public.

⁶²² Article 6, alinéa 2 de la loi organique n°2014-1392, préc.

⁶²³ Article 6, II à IV de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

⁶²⁴ Article 6, alinéa 3 de la loi organique n°2014-1392, préc.

⁶²⁵ Décision C.C., n°2014-703 DC, préc., cons. 33.

commission à ces trois personnes est fondée, selon la motivation du Conseil, sur deux éléments. Elle est d'abord fondée sur l'article 67 de la Constitution, puisque celui-ci prévoit notamment que le Président ne peut faire l'objet d'une action devant les juridictions nationales⁶²⁶. Il ne saurait donc être poursuivi, comme le prévoit l'ordonnance du 17 novembre 1958, dans l'hypothèse où il refuserait de déférer à une demande d'audition ou de transmettre des documents à la commission. La réserve d'interprétation est également fondée sur le principe de séparation des pouvoirs. Il semble alors falloir comprendre cette réserve comme interdisant à la commission de la Haute Cour d'imposer au Président de la République une action quelconque, et notamment sa présence devant la commission. Celle-ci ne saurait résulter que de la propre initiative du chef de l'Etat. En formulant cette réserve d'interprétation, le Conseil a donc entendu préserver l'équilibre entre le Président et la Haute Cour – ou l'un de ses organes – en limitant la possibilité pour la seconde de mettre en cause le premier. Une fois encore, le Conseil a fait en sorte que l'application de l'article 68, qui déroge au principe de séparation des pouvoirs, fasse l'objet d'une interprétation stricte de la disposition constitutionnelle. L'application du dogme séparatiste par le juge constitutionnel est d'autant plus manifeste que les prérogatives de la commission ne sont pas non plus applicables au représentant du Président ni à la personne qui l'assiste.

266. En second lieu, l'application du dogme séparatiste a conduit le Conseil à encadrer les éléments procéduraux applicables devant la Haute Cour, notamment ceux relatifs au temps de parole accordé au Président de la République. Sur ce point, le Conseil a choisi de retenir une solution différente selon que le Président s'exprime devant la commission de la Haute Cour, ou devant la Haute Cour. A propos de l'intervention du chef de l'Etat devant la commission de la Haute Cour, le Conseil a formulé une réserve d'interprétation, dans laquelle il a précisé que « ces dispositions n'ont pas non plus pour objet ou pour effet de permettre, dans le cadre des travaux d'élaboration du rapport par la commission, de fixer de manière réduite le temps de parole du Président de la République, de son "représentant" ou de la personne qui l'assiste »⁶²⁷. Le Conseil a en revanche retenu une solution différente s'agissant de

⁶²⁶ Article 67, alinéa 2 de la Constitution.

⁶²⁷ Décision C.C., n°2014-703 DC, préc., cons. 33. Bien que l'objet de la disposition contrôlée dans ces décisions diffère, il est possible d'évoquer la décision du 24 juin 1959 (Décision C.C., n°59-2 DC du 24 juin 1959, Règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 3 juillet 1959, p. 6642, Rec. p. 58), dans laquelle le Conseil censurait une disposition du règlement de l'Assemblée nationale. En effet, cette disposition prévoyait les modalités d'application de l'article 31 de la Constitution, qui prévoit que « les membres du Gouvernement ont accès aux deux assemblées (et qu') ils sont entendus quand ils le demandent » (art. 31, al. 1er de la Constitution), en leur assignant un temps de parole de 5 minutes. Le Conseil décidait alors de censurer cette disposition au motif que la durée de l'intervention des membres du Gouvernement devant les assemblées ne peut être limitée (décision C.C., n°59-2 DC, préc., à propos de l'article 31-5 du règlement).

l'intervention devant la Haute Cour. Il a en effet estimé que le temps de parole du chef de l'Etat peut être limité, à condition que ce soit par un règlement adopté par la Haute Cour et soumis à son contrôle, et non par le bureau de cette dernière⁶²⁸. Pour ce faire, le Conseil s'est appuyé sur le principe de séparation des pouvoirs et sur l'exigence de clarté et de sincérité des débats.

La différence de solution retenue par le Conseil s'explique par le fait que, devant la commission, le Président est *entendu*. Le principe de séparation s'oppose alors à ce que la commission de la Haute Cour empêche le Président de la République d'utiliser pleinement la possibilité dont il dispose de s'exprimer devant elle et de faire valoir le principe du contradictoire qui semble avoir inspiré le législateur organique lorsqu'il a prévu cette possibilité. En revanche, devant la Haute Cour, il s'agit d'un *débat*, de telle sorte que le Président ne peut s'exprimer indéfiniment, et ce d'autant moins que la loi organique lui confère la possibilité de « prendre ou reprendre la parole en dernier »⁶²⁹. Chacune de ces solutions est le résultat de l'application du dogme séparatiste. La censure de toute limitation du temps de parole du Président à l'occasion de son intervention devant la commission de la Haute Cour en est un premier exemple. Ensuite, c'est l'interprétation stricte de l'article 68 de la Constitution retenue par le Conseil à propos de l'intervention du Président durant les débats devant la Haute Cour qui témoigne, à deux égards, de l'application du dogme séparatiste. Celui-ci conduit en effet le Conseil, d'une part, à exiger que la limitation du temps de parole soit fixée non pas par le Bureau de la Haute Cour – dont l'existence n'est pas mentionnée à l'article 68 de la Constitution – mais par la Haute Cour elle-même dans son règlement. D'autre part, l'application du dogme séparatiste est également visible dans l'avertissement que le Conseil adresse implicitement au Parlement en lui rappelant que le temps de parole devra être fixé par le règlement de la Haute Cour, lequel sera « soumis à l'examen du Conseil constitutionnel en application de l'article 61 de la Constitution » et devra, par conséquent, respecter la Constitution et, notamment, le principe de séparation des pouvoirs⁶³⁰.

267. Ainsi, même lorsque la Constitution prévoit des dérogations au principe de séparation des pouvoirs, le Conseil n'en poursuit pas moins l'application du dogme séparatiste afin que les fonctions dévolues au Parlement ne lui permettent pas de porter une atteinte à la séparation des pouvoirs plus importante que ce qui est prévu par la Constitution. Il existe toutefois une

⁶²⁸ Décision C.C., n°2014-703 DC, préc., cons. 37. Voir not. P. Bachschmidt, « Le Conseil constitutionnel accentue son contrôle sur les règlements des assemblées parlementaires », *Constitutions*, 2015, n°1, pp. 41-42.

⁶²⁹ Article 7 de la loi organique n° n°2014-1392, préc.

⁶³⁰ Décision C.C., n°2014-703 DC, préc., cons. 37.

hypothèse contentieuse dans laquelle le doute sur l'interprétation que fait le Conseil de la Constitution est permis. Or, selon que l'on estime cette interprétation valable, l'absence d'application du dogme séparatiste apparaîtra justifiée ou, au contraire, non-justifiée.

Section 2 – L'application du dogme séparatiste totalement écartée par le Conseil constitutionnel

268. Ainsi que l'a rappelé L. Favoreu à l'occasion du colloque organisé en 1977 à Aix-en-Provence, le principe de répartition des compétences législatives et réglementaires n'est pas nouveau. « A vrai dire, les tentatives n'avaient pas abouti parce qu'elles reposaient sur une définition simplement législative du partage des compétences, définition éminemment fragile puisqu'étant à la portée du Parlement »⁶³¹. Le constituant de 1958 a donc entendu palier cette fragilité par l'adoption d'une répartition constitutionnelle des compétences législative et réglementaire. Les domaines pour lesquels le législateur est compétent sont ainsi énumérés par la Constitution⁶³², faisant de la compétence du pouvoir réglementaire une compétence de droit commun. Selon l'expression de J. Carbonnier, il faut ainsi soustraire « la colonne 34 » de « l'infini 37 »⁶³³. Il devrait ainsi suffire au Conseil, saisi d'un grief relatif à l'incompétence positive du législateur, de rechercher si le domaine dans lequel intervient la disposition relève effectivement de la compétence du législateur et, si ce n'est pas le cas, de censurer la dite disposition. C'est d'ailleurs ce qu'a fait le Conseil pendant quelques temps. L. Favoreu avait pourtant pressenti, dès 1977, que le contentieux des articles 34 et 37 de la Constitution était susceptible de ne pas se développer de manière aussi linéaire : « voilà, je crois, le nœud du problème : les premiers commentateurs ont cru qu'avait été adopté le système simple et rustique contenu dans les premières versions de l'article 37 ; et ils n'ont pas perçu que le mécanisme réellement mis en place était beaucoup plus complexe, beaucoup plus souple et susceptible de développements imprévus »⁶³⁴.

269. Et, en effet, le contrôle du respect par le législateur du domaine et de la fonction réglementaires appelle davantage de subtilité. D'abord parce qu'il convient de distinguer les

⁶³¹ L. Favoreu, « Rapport introductif », in *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, op. cit., p. 28.

⁶³² Si l'essentiel de cette énumération figure à l'article 34 de la Constitution, elle ne s'y limite toutefois pas. D'autres dispositions fondent la compétence du législateur, tels que les articles 7 à 11 de la Déclaration de 1789, l'article 7 du Préambule de 1946, les articles 3, 53 et 72 à 74-1 de la Constitution.

⁶³³ J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 8^e édition, 1995, p. 121

⁶³⁴ L. Favoreu, « Rapport introductif », in *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, L. Favoreu (dir.), Economica, Paris, 1981, p. 27.

cas dans lesquels il s'agit de la fonction réglementaire d'exécution des lois de ceux dans lesquels c'est la fonction réglementaire autonome qui est en jeu. Dans le premier cas, la Constitution elle-même interdit au Conseil de retenir une conception étanche de la séparation des pouvoirs. En effet, l'article 21, alinéa 1^{er} de la Constitution prévoit notamment que le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement et assure l'exécution des lois. Il en découle que le législateur dispose, dans le cadre de l'exécution des lois, d'un pouvoir d'injonction à l'égard du pouvoir réglementaire, ce que le Conseil a admis dans une décision du 13 janvier 2000⁶³⁵. Mais le Conseil ne s'est pas contenté d'écarter l'application du dogme séparatiste lorsqu'il s'agit de contrôler le respect par le législateur de la fonction réglementaire d'exécution des lois.

En effet, la décision du 30 juillet 1982⁶³⁶, dite « Blocage des prix », est venue donner raison au Doyen de la faculté d'Aix-en-Provence. Saisi d'une disposition que les requérants estimaient entachée d'incompétence positive, le Conseil a jugé, au prix d'un raisonnement relativement peu convaincant, que ce grief serait désormais inopérant dans le cadre du contrôle opéré au titre de l'article 61 de la Constitution. Adoptant une position aux antipodes du dogme séparatiste, il a rappelé que, si le Gouvernement souhaite agir contre les empiètements du législateur dans son domaine de compétence, il dispose d'« armes » constitutionnelles spécifiques : l'article 37, alinéa 2⁶³⁷ et l'article 41⁶³⁸ de la Constitution. Les requérants – le plus souvent les parlementaires – ont pourtant continué d'invoquer ce grief⁶³⁹, et se sont vus opposer l'inopérance jusqu'en 2005⁶⁴⁰, puis à nouveau depuis 2012⁶⁴¹.

⁶³⁵ Décision C.C., n°99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, J.O. du 20 janvier 2000, p. 992, Rec. p. 33, cons. 17 à 21.

⁶³⁶ Décision C.C., n°82-143 DC du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, J.O. du 31 juillet 1982, p. 2470, Rec. p. 57.

⁶³⁷ Art. 37 al. 2nd de la Constitution : « Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent ».

⁶³⁸ Art. 41 de la Constitution : « S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité. En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'Assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours ».

⁶³⁹ Voir par exemple les décisions C.C., n°83-162 DC, du 20 juillet 1982, Loi relative à la démocratisation du secteur public, J.O. du 22 juillet 1983, p. 2267, Rec. p. 49, cons. 97 et n°83-167 DC du 19 janvier 1984, Loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, J.O. du 20 janvier 1984, p. 351, Rec. p. 23, cons. 37.

⁶⁴⁰ Décision C.C., n°2005-512 DC, du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, J.O. du 24 avril 2005, p. 7173, Rec. p. 72.

⁶⁴¹ Décision C.C., n°2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, J.O. du 23 mars 2012, p. 5253, Rec. p. 142.

270. La position actuelle du Conseil constitutionnel, consistant à rejeter le grief de l'incompétence positive du législateur et à laisser promulguer des dispositions législatives bien qu'elles portent sur des matières réservées au règlement, repose donc sur une séparation perméable des fonctions législative et réglementaire. Or, le Conseil estime – de manière contestable – que c'est la Constitution qui lui impose de retenir une telle conception et, partant, qu'il ne saurait faire application du dogme séparatiste sans aller à l'encontre de la volonté du constituant (§1.). Pourtant, une autre interprétation de la Constitution est possible, de telle sorte que l'absence d'application du dogme séparatiste aux incompétences positives du législateur découle davantage d'un choix de la part du Conseil, lequel surprend d'autant plus qu'il se détache de l'ensemble de la jurisprudence relative à la séparation entre les pouvoirs politiques (§2.).

§1. L'exclusion délibérée du dogme séparatiste afin de neutraliser le grief d'incompétence positive du législateur

271. Bien que la position du Conseil quant à la conformité à la Constitution des incompétences positives du législateur ait varié, c'est la décision Blocage des prix qui caractérise le plus largement – temporellement et quantitativement – la position du Conseil. En effet, ce dernier a fait le choix d'écarter l'application du dogme séparatiste (A.) en se basant sur une interprétation particulière et contestable de la Constitution (B.).

A. Le choix du rejet du dogme séparatiste

272. La décision Blocage des prix s'inscrit dans le cadre d'une démarche quelque peu hésitante de la part du Conseil quand à la question de la conformité des incompétences positives du législateur à la Constitution (1.). Il n'en demeure pas moins que cette solution, consistant à estimer que ces incompétences positives ne sont pas contraires à la Constitution et, partant, au principe de séparation des pouvoirs, constitue la position la plus durable du Conseil et qu'elle semble appelée à perdurer (2.).

1. Un choix hésitant

273. La position du Conseil à propos de la conformité à la Constitution des incompétences positives du législateur est une de celles qui a connu le plus d'évolutions. Dans un premier temps, le Conseil a fait une application scrupuleuse des articles 34 et 37 de la Constitution.

Saisi d'une disposition législative intervenant hors du domaine de la loi tel que délimité par la Constitution et, partant, intervenant dans le domaine réglementaire, le juge constitutionnel n'a pas hésité à censurer cette disposition⁶⁴², ou à y apporter une précision à l'aide d'une réserve d'interprétation de manière à neutraliser tout risque d'incompétence positive du législateur⁶⁴³. Il semblait donc, d'une part, interpréter la Constitution comme prescrivant une certaine séparation des fonctions législative et réglementaire et, d'autre part, estimer que son rôle consiste à faire respecter cette répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire. Il a pourtant adopté, dans un second temps, la décision dite Blocage des prix⁶⁴⁴, dans laquelle il refuse de censurer, au titre de l'article 61 de la Constitution, les incompétences positives du législateur. De ce point de vue, la décision du 30 juillet 1982 constitue un véritable revirement, dans la mesure où le Conseil ne conçoit plus la répartition opérée par la Constitution entre les domaines de la loi et du règlement comme obligatoire, et n'interprète plus la Constitution comme prescrivant une séparation étanche entre ces deux domaines. La jurisprudence Blocage des prix a perduré jusqu'en 2005.

274. Le 21 avril 2005⁶⁴⁵, la jurisprudence du Conseil relative aux incompétences positives du législateur a connu une évolution supplémentaire. Saisi une nouvelle fois du grief d'incompétence positive à l'encontre d'un grand nombre de dispositions de la loi déferée, le Conseil a décidé de faire fi de la jurisprudence Blocage des prix en n'écartant pas ce grief pour inopérance. Sans aller toutefois jusqu'à revenir à sa jurisprudence antérieure en opérant un véritable revirement de jurisprudence le conduisant à censurer les dispositions législatives dénoncées, le juge constitutionnel a adopté une position pour le moins novatrice, en prononçant le déclassement préventif des dispositions. Ce faisant, le Conseil voulait permettre à l'Exécutif de pouvoir modifier ces dernières sans avoir à recourir à la procédure de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution. Cette décision aurait pu constituer une amorce du retour à la jurisprudence antérieure à 1982 et à la pleine application du dogme séparatiste aux incompétences positives du législateur. Mais le Conseil est finalement revenu à la solution dégagée dans la décision Blocage des prix en deux temps, en 2010⁶⁴⁶ puis en 2012⁶⁴⁷.

⁶⁴² Voir les décisions C.C., n°60-8 du 11 août 1960, Loi de finances rectificative pour 1960, J.O. du 13 août 1960, p. 7599, Rec. p. 25, cons. 4 et décision C.C., n°64-27 DC du 18 décembre 1964, Loi de finances pour 1965, J.O. du 24 décembre 1964, p. 11593, Rec. p. 29, cons. 1 à 7.

⁶⁴³ Décision C.C., n°68-35 DC du 30 janvier 1968, Loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux, J.O. du 1er février 1968, Rec. p. 19, cons 1 à 4.

⁶⁴⁴ Décision C.C., n°82-143 DC, préc.

⁶⁴⁵ Décision C.C., n°2005-512 DC, préc., cons. 22 et 23.

⁶⁴⁶ La décision C.C., n°2010-617 DC du 9 novembre 2010, Loi portant réforme des retraites, J.O. du 10 novembre 2010, p. 20056, Rec. p. 310 (cons. 5-15) serait, à en croire le commentaire officiel (p. 12-13), une application classique de la jurisprudence Blocage des prix et des revenus. Il est toutefois nécessaire de nuancer

275. Trois positions distinctes ont donc été retenues successivement par le Conseil sur la question de la conformité des compétences positives du législateur à la Constitution et, partant, au principe de séparation des pouvoirs. Une telle succession témoigne de la grande marge d'appréciation dont bénéficie parfois le Conseil lorsqu'il est amené à interpréter la Constitution. Mais elle témoigne surtout de ce que la position du Conseil sur la constitutionnalité des compétences positives du législateur résulte d'un véritable choix de sa part.

2. Un choix destiné à perdurer ?

276. Entre 1982 et 2005, la jurisprudence Blocage des prix a fait l'objet d'une application constante de la part du Conseil, qui s'est donc refusé à censurer, lorsqu'il était saisi au titre de l'article 61 de la Constitution, les empiètements du législateur dans le domaine réglementaire. Cette position du Conseil était relativement stable jusqu'à la décision du 21 avril 2005 dans laquelle le Conseil a décidé de déclasser, de manière préventive, les dispositions porteuses d'une compétence positive. Cette décision ne représente toutefois qu'un léger vacillement dans le choix du Conseil de ne pas censurer les compétences positives. En plus de ne pas donner de suite à cette décision, le Conseil a tenté par la suite d'en minimiser la portée en estimant, dans le commentaire de la décision du 15 mars 2012⁶⁴⁸, que « cette décision de 2005 constitue une décision d'espèce, rendue dans un contexte particulier d'un débat sur la "qualité de la loi". Elle n'avait pas de précédent et le Conseil *n'a pas estimé nécessaire de lui donner une suite*. La jurisprudence du Conseil reste fondée sur la décision n°82-143 DC du 30 juillet 1982. (...) Le Conseil avait d'ailleurs, en 2005, dans les commentaires de la décision, clairement limité la portée de cette dernière. Il avait pleinement conscience qu'il était impossible de "renverser" la jurisprudence "prix et revenus" »⁶⁴⁹. Ces propos sont pour le moins paradoxaux. D'un côté, le Conseil présente la jurisprudence Blocage des prix comme la seule solution envisageable, puisqu'il est « impossible » de la renverser. D'un autre côté, il a procédé à une modification importante de cette jurisprudence en 2005. D'ailleurs, pour A.

cette affirmation, dans la mesure où elle ne résulte que de la lecture combinée de la décision et du commentaire officiel de celle-ci. L'application de la jurisprudence Blocage des prix est en effet imperceptible à la seule lecture de la décision.

⁶⁴⁷ La décision C.C., n°2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, J.O. du 23 mars 2012, p. 5253, Rec. p. 142 (cons. 9 et 10) met clairement un terme à l'« égarement » que semble avoir été la décision de 2005 en rappelant sa jurisprudence Blocage des prix, d'une part, et en rejetant les demandes des requérants tendant à « requalifier d'office comme relevant du domaine réglementaire » les dispositions contestées, d'autre part (cons. 9 et 10).

⁶⁴⁸ Décision C.C., n°2012-649 DC, préc.

⁶⁴⁹ Commentaire officiel de la décision C.C., n°2012-469 DC, p. 4-5. (Nous soulignons).

Roblot-Troizier, le retour à la position déterminée en 1982 par le Conseil n'est pas surprenant. Il est l'une des manifestations du discours révérencieux du Conseil à l'égard de la loi, au même titre que l'affirmation récurrente selon laquelle le juge constitutionnel ne « dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »⁶⁵⁰.

277. Dès lors, le choix de ne pas censurer les incompétences positives du législateur semble appelé à perdurer, ce qui est d'autant plus critiquable que l'absence d'application du dogme séparatiste est fondée sur une interprétation douteuse de la Constitution.

B. Un choix fondé sur une interprétation douteuse de la Constitution

278. L'interprétation de la Constitution retenue par le Conseil afin de parvenir à la solution dégagée dans la jurisprudence Blocage des prix présente certaines spécificités. Elle est, d'abord, fondée sur une lecture systémique de la Constitution (1.). Mais, surtout, elle est contestable en ce qu'elle repose sur une motivation politique du juge constitutionnel (2.).

1. Une lecture systémique de la Constitution

279. Dans la décision Blocage des prix⁶⁵¹, le Conseil a retenu une interprétation souple des articles 34 et 37 de la Constitution. Il a en effet estimé que « *si les articles 34 et 37, alinéa 1er, de la Constitution établissent une séparation entre le domaine de la loi et celui du règlement, la portée de ces dispositions doit être appréciée en tenant compte de celles des articles 37, alinéa 2, et 41 ; que la procédure de l'article 41 permet au Gouvernement de s'opposer au cours de la procédure parlementaire et par la voie d'une irrecevabilité à l'insertion d'une disposition réglementaire dans une loi, tandis que celle de l'article 37, alinéa 2, a pour effet, après la promulgation de la loi et par la voie d'un déclassement, de restituer l'exercice de son pouvoir réglementaire au Gouvernement et de donner à celui-ci le droit de modifier une telle disposition par décret ; que l'une et l'autre de ces procédures ont un caractère facultatif ; qu'il apparaît ainsi que, par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiétements de la loi ; que, dans ces conditions, les députés auteurs de la saisine ne sauraient se*

⁶⁵⁰ Décision C.C., n°74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, J.O. du 16 janvier 1975, p. 671, Rec. p. 19, cons. 1.

⁶⁵¹ Décision C.C., n°82-143 DC, préc.

prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution »⁶⁵².

Ainsi, l'argument juridique principal sur lequel s'est appuyé le Conseil constitutionnel réside dans l'existence de procédures spécifiques destinées à permettre à l'Exécutif de protéger son domaine d'intervention contre les incompétences positives du législateur. En effet, le Conseil a décidé, « parfaitement à juste titre »⁶⁵³ selon G. Carcassonne, que les articles 34 et 37 et la délimitation qu'ils dessinent doivent être interprétés à la lumière d'autres dispositions constitutionnelles, à savoir l'article 37, alinéa 2 et l'article 41. Il a ainsi déduit de l'existence de ces procédures et, surtout, de leur caractère facultatif, que l'esprit de la Constitution ne tend pas à censurer toute incompétence positive du législateur, mais à « reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement (...) le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiétements de la loi »⁶⁵⁴.

280. Certains arguments plaident en faveur de l'interprétation retenue par le Conseil en 1982. Tout d'abord, comme le souligne E. Oliva dans sa thèse, les débats à l'occasion de la rédaction de l'actuel article 41 de la Constitution vont dans le sens de la décision Blocage des prix⁶⁵⁵. En effet, dans l'avant-projet des 26 et 29 juillet 1958, il était fait mention d'une obligation de soulever l'irrecevabilité pour toute disposition d'un projet ou d'une proposition de loi intervenant dans le domaine réglementaire. Cette obligation ayant été abandonnée au profit d'une simple faculté offerte au Gouvernement, le Conseil peut être fondé à en déduire que le constituant n'a pas entendu empêcher, de manière absolue, les incompétences positives du législateur. D'autres arguments sont fréquemment avancés par la doctrine afin de justifier cette interprétation, comme la survenance régulière de difficultés afin d'établir si une disposition relève du domaine de la loi ou du règlement⁶⁵⁶. Certains auteurs s'appuient également sur l'article 38 de la Constitution pour justifier la solution retenue dans la décision Blocage des prix. A titre d'exemple, J. Trémeau estime que la Constitution, en ce qu'elle ne prévoit de procédure que pour le dessaisissement du législateur au profit du Gouvernement⁶⁵⁷, autorise le dessaisissement du pouvoir réglementaire sans qu'il soit nécessaire de mettre en

⁶⁵² Décision C.C., n°82-143 DC, préc., cons. 11. (Nous soulignons).

⁶⁵³ G. Carcassonne, *La Constitution*, Editions du Seuil, Paris, 2005, 7^e édition, p. 183.

⁶⁵⁴ Décision C.C., n°82-143 DC, préc., cons. 11.

⁶⁵⁵ E. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958. Initiative législative et Constitution*, Economica, Paris, 1997, p. 92.

⁶⁵⁶ Sur ce point, voir not. M. Guillaume, « L'influence des articles 34 et 37 sur le travail législatif et gouvernemental », in *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, L. Favoreu (dir.), Economica, Paris, 1981, p. 191.

⁶⁵⁷ Par opposition à l'existence d'une procédure de délégation de la fonction législative au Gouvernement en vertu de l'article 38 de la Constitution.

œuvre une procédure particulière⁶⁵⁸. Ce dernier argument n'emporte toutefois pas la conviction puisque l'absence de procédure constitutionnelle de dessaisissement du pouvoir réglementaire associée à l'existence de procédures destinées à protéger le domaine réglementaire peut également être interprétée comme une interdiction absolue des compétences positives du législateur. Cela n'a toutefois pas empêché certains auteurs, à l'instar de R. Capitant, d'estimer que la solution dégagée par le Conseil dans la décision Blocage des prix est conforme à l'esprit du constituant. Pour cet auteur, « le constituant n'a pas adressé au législateur une interdiction absolue de pénétrer dans le domaine réglementaire. Il a seulement donné au Gouvernement le moyen de paralyser cette intervention »⁶⁵⁹. G. Carcassonne abondait également dans ce sens en estimant que « de ce fait, et contrairement à ce qu'imaginaient les constituants de 1958, la procédure de délégalisation, ou de déclassement, prévue par le second alinéa, a moins pour objet de défendre le pouvoir réglementaire autonome contre les incursions qu'y ferait le législateur que de permettre au gouvernement de modifier, par décret, des textes de forme législative. (...) Ainsi s'agit-il moins, à l'expérience, d'entourer la compétence du Parlement des casemates et fortins qui l'empêcheraient d'en sortir que de donner au gouvernement des facilités supplémentaires »⁶⁶⁰.

281. Mais au-delà de ces arguments juridiques, c'est surtout une motivation politique qui a semblé conduire le Conseil à renoncer à l'application du dogme séparatiste au cas des compétences positives du législateur.

2. Une motivation politique du Conseil

282. Deux facteurs politiques semblent avoir contribué au revirement opéré par le Conseil en 1982 avec la décision Blocage des prix. D'abord, le développement du fait majoritaire aurait fait perdre son utilité aux dispositions constitutionnelles relatives à la répartition des compétences législative et réglementaire⁶⁶¹. En effet, « la relation qui, dans un système majoritaire, existe entre le Gouvernement et la majorité ne peut que modifier considérablement l'application à laquelle donne lieu un mécanisme de répartition des

⁶⁵⁸ Voir not. J. Trémeau, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, Economica, Paris, 1997, p. 373 : « Cette absence de formalisme s'explique par la considération selon laquelle la réserve réglementaire n'impose aucune obligation pour le Gouvernement d'exercer pleinement sa compétence ». L'auteur en déduit que la réserve réglementaire est une faculté, quand la réserve législative est une obligation.

⁶⁵⁹ R. Capitant, *Rapport n°528 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur les articles 8, 9, 12, 23, 24, 28 et 29 du projet de loi de finances rectificatif pour 1967*, Assemblée nationale, 3^{ème} législature, 1967-1968, p. 4.

⁶⁶⁰ G. Carcassonne, *La Constitution*, op. cit., p. 183.

⁶⁶¹ J. Boulouis, « L'influence des articles 34 et 37 sur l'équilibre politique entre les pouvoirs », art. cit., p. 197.

compétences »⁶⁶². Dès lors, le Conseil constitutionnel, au lieu de continuer à assurer le respect de la répartition des compétences normatives comme c'était le cas depuis 1958, aurait renoncé à conformer la pratique politique aux prescriptions constitutionnelles. Mais, plus encore, il est possible de considérer que le refus de sanctionner les incompétences positives du législateur dans le cadre de son office principal a donné un appui juridique au développement du fait majoritaire, dans la mesure où il incite la majorité parlementaire à se substituer au pouvoir réglementaire. C'est donc à raison que P. Avril soulignait l'antinomie qui caractérise, sous la V^e République, « la solidarité entre le Gouvernement et la majorité de l'Assemblée nationale, d'une part, et la séparation de l'exécutif et du législatif, d'autre part »⁶⁶³. La lecture de la délibération du Conseil relative à la décision Blocage des prix confirme cette idée. On peut en effet y lire que G. Vedel, alors membre du Conseil constitutionnel, « estime que la censure de tout empiètement de la loi sur le domaine du règlement rendrait tout travail législatif et tout travail au Conseil constitutionnel impossible. Il faut conserver à l'esprit que l'élaboration d'une loi est le fruit de marchandage entre le Gouvernement et sa majorité, le Gouvernement acceptant en effet, consciemment, que sa majorité puisse faire adopter les dispositions de nature réglementaire. Si l'on admettait que l'opposition puisse intervenir dans ce marchandage par le biais d'une exception d'inconstitutionnalité pour empiètement de la loi sur le règlement, ce serait lui accorder une arme redoutable, une arme atomique, pourrait-on dire »⁶⁶⁴.

La décision Blocage des prix peut également être interprétée comme un encouragement – voire une semonce – adressé à l'Exécutif afin que celui-ci exerce véritablement ses prérogatives réglementaires. Car, comme le note J.-L. Pezant, les incompétences positives sont le plus souvent présentes dès le stade du projet de loi, de telle sorte que c'est l'Exécutif lui-même qui amène le législateur à empiéter sur ses propres prérogatives. Ainsi, et de manière tout à fait contestable, le Conseil semble avoir renoncé à user du droit pour condamner le développement d'une pratique politique manifestement inconstitutionnelle. Il fait ainsi appel à la volonté politique de l'Exécutif en lui rappelant que, s'il le souhaite, il a les moyens d'assurer le respect de la répartition constitutionnelle des compétences législative et réglementaire⁶⁶⁵. La décision Blocage des prix et le refus du Conseil de sanctionner les incompétences positives du législateur ont pour effet de « déconstitutionnaliser »,

⁶⁶² J.-L. Pezant, « Loi/règlement : la construction d'un nouvel équilibre », art. cit., p. 934.

⁶⁶³ P. Avril, « Renforcer le Parlement, qu'est-ce à dire ? », *Pouvoirs*, 2013, n°146, p. 9.

⁶⁶⁴ Cité in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986*, préc., p. 437.

⁶⁶⁵ Au vu du nombre de décisions rendues sur le fondement des articles 37.2 et 41 de la Constitution, il faut toutefois noter que cette tentative de la part du Conseil constitutionnel s'est soldée par un échec.

partiellement, la répartition des compétences législative et réglementaire. Dès 1982, la majorité s'est donc vue reconnaître implicitement la faculté d'étendre le domaine de la loi au détriment du domaine réglementaire. Par conséquent, le passage d'une interprétation stricte à une interprétation souple des articles 34 et 37 de la Constitution est bien le résultat d'une adaptation au contexte politique dans lequel s'inscrit la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

283. Des raisons tenant à la politique jurisprudentielle du Conseil ont également pu jouer un rôle dans le choix d'écarter l'application du dogme séparatiste. En premier lieu, la révision constitutionnelle de 1974⁶⁶⁶, permettant à 60 députés ou 60 sénateurs de saisir le juge constitutionnel est susceptible d'avoir influencé ce dernier. La crainte d'une augmentation du nombre des saisines pourrait avoir incité le Conseil à vouloir décourager les requérants – et plus précisément l'opposition parlementaire – d'invoquer systématiquement l'incompétence positive du législateur. C'est là l'opinion de G. Saccone, qui note que si le droit de saisine des parlementaires a motivé le revirement de jurisprudence du Conseil, cette motivation est peu probante la mesure où entre 1974 et 1982, seules deux saisines parlementaires ont invoqué la méconnaissance de la répartition instaurée par les articles 34 et 37 de la Constitution⁶⁶⁷.

En deuxième lieu, la décision Blocage des prix et le refus de censurer les incompétences positives du législateur peuvent également être le résultat d'un raisonnement moins avouable de la part du juge constitutionnel. Car en permettant au législateur d'empiéter sur le domaine réglementaire, le Conseil encourage *de facto* une extension du domaine législatif. Ce faisant, et dans la mesure où il est le principal juge de la loi – au moins en ce qui concerne sa constitutionnalité – le Conseil étend également le champ de son contrôle. Suite à la décision Blocage des prix, en plus de pouvoir être saisi des dispositions matériellement législatives, le Conseil peut se prononcer sur les dispositions matériellement réglementaires pourvu qu'elles aient été adoptées en la forme législative, ce que le législateur ne se prive pas de faire depuis 1982. Il est probable, pour ne pas dire certain, que le Conseil a anticipé cette réaction, et adopté cette solution à dessein. Pour autant, en ce qu'il se rattache à une question de stratégie jurisprudentielle, cet argument ne saurait contribuer à assoir le bien-fondé du rejet du dogme séparatiste. Au contraire, la fait que le Conseil sacrifie le principe de séparation des pouvoirs – et le dogme séparatiste qu'il retient traditionnellement en matière de séparation des pouvoirs

⁶⁶⁶ Loi constitutionnelle n°79-904 du 26 décembre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution.

⁶⁶⁷ G. Saccone, « La répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire », art. cit., p. 169 et 173.

politiques – dans le simple but d’accroître l’étendue de son contrôle tend plutôt à discréditer la décision Blocage des prix.

Enfin, les délibérations du Conseil révèlent un troisième argument d’opportunité qui a manifestement participé à ce que le Conseil retienne une interprétation souple des articles 34 et 37 de la Constitution. La retranscription de la présentation du rapporteur du Conseil sur la loi Blocage des prix, A. Ségalat, est très claire sur ce point. « Outre ces arguments de fond, un argument d’opportunité plaide en faveur de l’intégration souple des articles 34 et 37. Si, en effet, le Conseil constitutionnel devait adopter une attitude rigide en ce qui concerne les domaines respectifs de la loi et du règlement, les assemblées parlementaires seraient constamment obligées de se poser la question de savoir si les textes qu’elles examinent sont de nature législative ou réglementaire. Les nécessités de la vie législative commandent l’adoption par le Conseil constitutionnel d’une position souple. Il y a lieu de souligner, enfin, que si le Conseil n’adopte pas la thèse qui lui est proposée par le rapporteur, il y a fort à craindre qu’il ne soit rapidement envahi par de multiples saisines. C’est qu’en effet peu de lois, depuis 1958, ne contiennent pas de dispositions réglementaires »⁶⁶⁸. A. Ségalat en déduit qu’ « il ne peut y avoir de rideau de fer entre les domaines de la loi et du règlement ». Les propos du rapporteur peuvent surprendre. En effet, l’argument selon lequel on ne saurait censurer la méconnaissance d’une norme supérieure par une norme inférieure au motif que cela contraindrait les auteurs de cette dernière à se « poser la question » de savoir si elle respecte la norme supérieure est pour le moins curieux. Il est évident que les parlementaires doivent, à l’occasion du travail législatif, prendre en compte les différentes dispositions de la Constitution, sous peine de se voir opposer une censure par le Conseil. Toute affirmation contraire, quand bien même elle se limiterait à un petit nombre de dispositions constitutionnelles, conduit à remettre en cause l’autorité de l’ensemble de la Constitution.

284. L’interprétation de la Constitution comme prescrivant de ne pas appliquer le dogme séparatiste est donc le résultat d’un choix de la part du juge constitutionnel. Si cette interprétation était la plus pertinente, il conviendrait de regretter que le Conseil ait attendu 1982 pour s’en apercevoir. Mais dans la mesure où cette interprétation résulte d’un choix, elle est nécessairement contestable. Elle l’est d’autant plus qu’elle semble essentiellement guidée

⁶⁶⁸ Cité in B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1986)*, Dalloz, Paris, 2014, p. 435. A. Ségalat est suivi dans son raisonnement par L. Gros, pour lequel « Si le Conseil constitutionnel admettait une exception d’inconstitutionnalité sous prétexte qu’une loi empiète sur le domaine réglementaire, aucun travail législatif ne serait plus possible. Le Conseil constitutionnel doit prendre en considération les exigences pratiques de la vie publique » (cité in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1986)*, *op. cit.*, p. 437).

par des considérations de conjoncture politique et de politique jurisprudentielle et qu'une autre interprétation de la Constitution apparaît comme davantage conforme tant à l'esprit du constituant qu'au dogme séparatiste qui guide l'ensemble de la jurisprudence relative à la séparation entre les pouvoirs politiques.

§2. L'exclusion contestable du dogme séparatiste afin de neutraliser le grief d'incompétence positive du législateur

285. Comme en témoigne les variations de la jurisprudence, la position du Conseil quant à la constitutionnalité des incompétences positives du législateur à la Constitution et, partant, au principe de séparation des pouvoirs, repose sur une interprétation de la Constitution parmi d'autres. Une autre interprétation de la Constitution, conforme au dogme séparatiste, est ainsi envisageable et, plus encore, souhaitable (A.). Par ailleurs, l'argument de la qualité de la loi, souvent avancé pour justifier la jurisprudence Blocage des prix, peut également être invoqué afin de justifier l'application du dogme séparatiste aux incompétences positives du législateur (B.).

A. La possibilité d'une autre lecture de la Constitution conforme au dogme séparatiste

286. Comme en témoigne la position du Conseil entre 1968 et 1982, il est possible de retenir une interprétation de la Constitution conforme au dogme séparatiste et conduisant à censurer les incompétences positives du législateur comme étant contraires à la Constitution et au principe de séparation des pouvoirs (1.). Cette solution présente d'ailleurs un certain nombre d'avantages (2.).

1. La possibilité d'une interprétation stricte de la répartition des compétences opérée par la Constitution

287. Durant les premières années, le Conseil a retenu une interprétation stricte de la Constitution en acceptant d'examiner le grief d'incompétence positive du législateur dès lors qu'il était soulevé et, le cas échéant, de censurer une disposition qui en serait porteuse. A titre d'exemple, le juge constitutionnel a censuré la disposition de la loi de finances pour 1960

énonçant certaines règles relatives aux modalités de contrôle des comptes des établissements et des entreprises fonctionnant avec des fonds publics, matière qui relève du règlement⁶⁶⁹.

Plusieurs catégories d'arguments conduisent à privilégier une interprétation séparatiste de la délimitation opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution. Une première série d'arguments est liée au contexte historique de l'adoption de la Constitution de 1958. Succédant aux III^e et IV^e Républiques, il est clair que les rédacteurs de la Constitution ont entendu « faire en sorte que ne se perpétuent pas les errements antérieurs »⁶⁷⁰. Dès lors, il est pertinent de penser que le constituant de 1958 a entendu mettre un terme, une bonne fois pour toutes, à la propension du législateur d'adopter des normes dans tous les domaines dans lesquels il juge bon d'intervenir, laissant au pouvoir réglementaire ceux dont il ne veut pas. Cette intention est d'autant plus vraisemblable qu'elle est relayée par deux des plus illustres « artisans » du texte constitutionnel. Par M. Debré tout d'abord, qui estimait que « le domaine de la loi est précisé et tout ce qui est extérieur appartient à la fonction gouvernementale. Il faut demeurer d'une fermeté absolue sur le principe de cette division »⁶⁷¹. Par le général de Gaulle, ensuite, qui rappelait à l'envi que « ce qui est anticonstitutionnel, c'est de laisser le Parlement se mêler de ce qui relève du Gouvernement »⁶⁷². D'ailleurs, la composition du Conseil à ses débuts explique qu'ait été adoptée une position jurisprudentielle manifestement conforme aux souhaits du premier Président de la V^e République⁶⁷³.

288. Une seconde série d'arguments plaide en faveur de l'interprétation séparatiste. En effet, si le constituant a choisi d'établir une répartition et, partant, une délimitation des compétences, il faut que celles-ci soient appliquées de manière effective. Car « poser une règle, c'est s'assurer qu'elle peut jouer, si elle ne joue pas, ce n'est pas une règle de droit »⁶⁷⁴. L'instauration de mécanismes constitutionnels de défense de la sphère réglementaire – les articles 37, alinéa 2 et 41 de la Constitution – peut être interprétée comme une première preuve de l'intention du constituant d'assurer une pleine effectivité à la délimitation opérée

⁶⁶⁹ Décision C.C., n°60-8 DC, préc.

⁶⁷⁰ J. Foyer, « L'application des articles 34 et 37 par l'Assemblée nationale », in *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, L. Favoreu (dir.), Economica, Paris, 1981, p. 97.

⁶⁷¹ M. Debré, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol I, La documentation française, Paris, 1987, p. 687.

⁶⁷² Cité par A. Peyrefitte, in *C'était de Gaulle*, Fayard, Paris, 2000, p. 461.

⁶⁷³ Sur les critiques adressées à la composition du Conseil constitutionnel à ses débuts, voir not. C. Eisenmann, « Palindromes ou stupeur ? », *Le Monde*, 5 mars 1959 ; P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n°5, 2010, disponible sur http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP5_Wachsmann_Cseil-constit_corr02.pdf, ou encore J. Foyer, « Pour la suppression du Conseil constitutionnel », *R.A.*, n°301, 1998, pp. 97-101.

⁶⁷⁴ R. Janot, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol I, La documentation française, Paris, 1987, vol. II, p. 102.

par les articles 34 et 37 de la Constitution. Le constituant aurait ainsi souhaité, en plus du contrôle facultatif opéré par le Conseil au titre de l'article 61 de la Constitution, fournir au Gouvernement deux « armes » supplémentaires afin que le juge constitutionnel puisse exercer parfaitement sa mission originelle de gardien de la frontière entre les domaines de la loi et du règlement⁶⁷⁵. J.-B. Auby a également décelé, dans la tradition du droit public français, un autre indice de la nécessité d'interpréter les articles 34 et 37 selon le dogme séparatiste. Il a en effet estimé que l'interprétation souple retenue par le Conseil est « assurément discutable en droit en ce qu'elle admet que le gardien de la constitutionnalité n'avait pas à s'émouvoir de ce qui est pourtant, apparemment, une incompetence : c'est-à-dire une forme d'irrégularité que notre droit public considère habituellement comme à ce point grave qu'il lui confère un caractère d'ordre public »⁶⁷⁶.

289. En outre, le caractère souhaitable de l'application d'une séparation étanche aux compétences positives du législateur a reçu un large écho dans la doctrine⁶⁷⁷. A titre d'exemple, J. Rivero estimait avoir fait « partie (...) de ces juristes qui, au lendemain de la promulgation de la Constitution de 1958, ont cru naïvement, à la lecture des articles 34 et 37, que quelque-chose de fondamental avait changé dans notre ordre juridique. J'ai cru, comme quelques autres, à une révolution juridique, à une nouvelle définition de la loi, à l'émergence du règlement au niveau de la norme inconditionnée ; j'ai cru à une redistribution du pouvoir normatif au bénéfice du Gouvernement. (...) Rapprochée d'autres articles, la lecture des articles 34 et 37 prenait une résonance quasi-révolutionnaire »⁶⁷⁸. Il est donc possible de dire, avec G. Saccone, que « la décision Prix et revenus ne nous paraît (...) conforme ni à la lettre de la Constitution, ni même à son esprit, tel du moins que cet esprit peut se déduire de la volonté et de l'intention des rédacteurs de la Constitution »⁶⁷⁹.

290. Une interprétation de la Constitution comme prescrivant une séparation étanche entre les domaines de la loi et du règlement est donc possible, ce que le Conseil a d'ailleurs admis en censurant les compétences positives du législateur entre 1968 et 1982. En plus d'être plus en adéquation avec le reste de la jurisprudence relative à la séparation des pouvoirs, une telle

⁶⁷⁵ Sur ce point, voir not. J.L. Pezant, « Loi/règlement : la construction d'un nouvel équilibre », *R.F.S.P.*, 1984, n°4-5, p. 929.

⁶⁷⁶ J.-B. Auby, « Loi et règlement », *C.C.C.*, 2005, n°19, p. 105.

⁶⁷⁷ Pour des opinions contraires, voir not. R. Chapus, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.*, 1960, p. 23 et P. Marcihacy, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol I, La documentation française, Paris, 1987, vol. II, p. 281.

⁶⁷⁸ J. Rivero, « Rapport de synthèse », in *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, L. Favoreu (dir.), Economica, Paris, 1981, p. 261.

⁶⁷⁹ G. Saccone, « La répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire », *A.I.J.C.*, 1985, p. 172.

interprétation permet de palier certains inconvénients qui découlent de la jurisprudence Blocage des prix.

2. Les avantages de cette interprétation

291. Le premier avantage qu'entraînerait le renoncement à la jurisprudence Blocage des prix réside dans l'abandon du cloisonnement des contentieux qu'elle institue. Ce cloisonnement du contentieux opéré au titre de l'article 61 – le contrôle de constitutionnalité – et du contentieux d'un type de manquement à la répartition des compétences – l'incompétence positive – opéré au titre des articles 37, alinéa 2 et 41 s'est construit en deux temps⁶⁸⁰. Dans un premier temps, le Conseil a affirmé que, lorsqu'il était saisi en vertu de l'une des procédures visant à protéger la compétence réglementaire des incompétences positives du législateur⁶⁸¹, il ne peut se prononcer que sur un grief relatif à la répartition des compétences. Ainsi, le Conseil a jugé que « *lorsqu'il est saisi, en application de l'article 41 de la Constitution, (...) le Conseil constitutionnel ne peut statuer que sur la seule question de savoir si ladite proposition ou ledit amendement est du domaine de la loi ou a un caractère réglementaire ; qu'il ne saurait donc, à aucun titre, se prononcer sur la conformité de ces textes à la Constitution, conformité qui ne pourrait faire l'objet de son appréciation que s'il en était saisi dans les conditions prévues à l'article 61 de la Constitution* »⁶⁸², pour réitérer cette position dans le cadre de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution⁶⁸³. Ce refus du juge constitutionnel d'examiner la constitutionnalité des textes qui lui sont soumis en vertu des articles 37.2 et 41 est tout à fait cohérent. Il s'agit en effet de procédures spécifiques, uniquement destinées à s'assurer que le législateur n'a pas empiété sur le domaine de compétence réservé au pouvoir réglementaire. Puis, dans un second temps, le Conseil a parachevé le processus de cloisonnement des deux types de contentieux avec la décision Blocage des prix en estimant que, lorsqu'il est saisi en vertu de l'article 61 de la Constitution, il ne lui appartient pas de contrôler et, le cas échéant, de sanctionner les incompétences

⁶⁸⁰ E. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958. Initiative législative et Constitution*, op. cit., p. 81

⁶⁸¹ Article 37, alinéa 2 et article 41 de la Constitution.

⁶⁸² Décision C.C., n°79-10 FNR du 26 avril 1979, Amendement relatifs au projet de loi sur les économies d'énergie, J.O. du 27 avril 1979, Rec. p. 55, cons. 5. (Nous soulignons).

⁶⁸³ Décision C.C., n°95-177 L du 8 juin 1995, Nature juridique de dispositions prévoyant que certaines nominations doivent être effectuées par décret en conseil des ministres, J.O. du 10 juin 1995, p. 9008, Rec. p. 211, cons. 1.

positives du législateur⁶⁸⁴. Ce cloisonnement entre les deux types de contentieux n'a été que brièvement remis en cause avec la décision du 21 avril 2005, dite Avenir de l'École⁶⁸⁵.

292. Le second temps du raisonnement ayant conduit à cloisonner les deux types de contentieux, au motif qu'il existe des procédures spécifiques destinées à permettre à l'Exécutif d'agir pour défendre son domaine de compétences, paraît critiquable à au moins trois égards. En premier lieu, il est critiquable dans la mesure où l'article 61 de la Constitution, instaurant pour la première fois un véritable contrôle de constitutionnalité des lois, a été créé précisément en vue de s'assurer que le législateur respecte le domaine de compétence réglementaire. J.-B. Auby est allé dans ce sens en estimant que « la décision Blocage des prix et des revenus était en soi quelque chose d'autant plus surprenant que, si l'on avait imaginé une fonction principale pour la procédure de l'article 61 aux origines de la Constitution, c'était bien de faire respecter par le Parlement la frontière entre le domaine de la loi et celui du règlement »⁶⁸⁶. Il est donc surprenant que le Conseil se détache sciemment de ce qui semblait être, à l'origine, sa vocation première au titre de l'article 61 de la Constitution. Il est possible de voir dans cet affranchissement un message adressé aux pouvoirs politiques. Dans cette optique, la décision Blocage des prix constitue un des prolongements de la décision du 16 juillet 1971⁶⁸⁷ reconnaissant valeur constitutionnelle aux Préambules de 1946 et 1958 ainsi qu'à la Déclaration de 1789 et faisant du Conseil le gardien des droits et libertés. Elle est un indice supplémentaire de ce que le juge constitutionnel entend, d'une part, aller au-delà de son rôle initial et, d'autre part, se priver de l'un des moyens pour exercer ce rôle initial. Ce faisant, le Conseil a sacrifié la pertinence juridique du raisonnement opéré dans la décision Blocage des prix dans le seul but de faire savoir aux pouvoirs politiques que sa priorité n'est plus de réguler « l'activité des pouvoirs publics »⁶⁸⁸ mais bien d'assurer la protection substantielle des droits et libertés.

En second lieu, c'est la dissymétrie du cloisonnement des contentieux bâti par le Conseil qui pose problème. Le cloisonnement entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle du respect de la répartition des compétences législative et réglementaire ne concerne en effet qu'un seul versant de cette dernière. Seul le contrôle des incompétences positives du

⁶⁸⁴ Voir également J.-L. Pezant, « Loi/règlement : la construction d'un nouvel équilibre », art. cit., p. 927-928.

⁶⁸⁵ Décision C.C., n°2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, J.O. du 24 avril 2005, p. 7173, Rec. p. 72.

⁶⁸⁶ J.-B. Auby, « Loi et règlement », art. cit., p. 105.

⁶⁸⁷ Décision C.C., n°71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, J.O. du 18 juillet 1971, p. 7114, Rec. p. 29.

⁶⁸⁸ Décision C.C., n°62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, J.O. du 7 novembre 1962, p. 10778, Rec. p. 27, cons. 2.

législateur se trouve exclu du contrôle général opéré au titre de l'article 61 de la Constitution. Le contrôle des incompétences négatives demeure, quant à lui, exercé à ce titre. Cette « dissymétrie » pose problème. Il serait pourtant possible de l'expliquer par l'existence de procédures spécifiques destinées à sanctionner les incompétences positives, et par leur absence d'équivalent pour les incompétences négatives. Mais cette justification, qui pouvait contribuer à légitimer le cloisonnement opéré par le Conseil, a perdu toute sa pertinence en 2005⁶⁸⁹, lorsque le Conseil a accepté d'examiner le grief d'incompétence positive et a prononcé le déclassement préventif des décisions qui en étaient entachées. A cette occasion, le Conseil a fait plus qu'ouvrir une brèche dans ce cloisonnement qu'il avait érigé en 1982, il en a aboli le bien-fondé. Car le déclassement de dispositions législatives matériellement réglementaires est prévu par l'article 37.2 de la Constitution pour les lois déjà promulguées. Dès lors, pratiquer ce contrôle, de manière préventive, dans le cadre de l'article 61 revient à mettre fin au cloisonnement des deux types de contentieux. Ainsi, et bien que le Conseil ait renoncé peu de temps après à pérenniser cette solution⁶⁹⁰, la décision du 21 avril 2005 est un indice supplémentaire de l'absence de bien-fondé du cloisonnement entre les deux types de contentieux.

En dernier lieu, le cloisonnement des contentieux opérés au titre de l'article 61, d'une part, et des articles 37 alinéa 2 et 41 de la Constitution, d'autre part, est critiquable au vu du principe de séparation des pouvoirs. Le fait de reconnaître la valeur constitutionnelle d'un tel principe, puis de constater que les articles 34 et 37 le mettent en œuvre⁶⁹¹ pour finalement refuser de sanctionner les entorses qui y sont faites par le législateur est peu cohérent. Bien que le Conseil effectue cette tâche, à la demande du Gouvernement, dans le cadre des procédures spécifiques des articles 37 alinéa 2 et 41 de la Constitution, le cloisonnement des contentieux fragilise le dogme séparatiste et laisse penser que le principe de séparation des pouvoirs politiques et la spécialisation de leurs fonctions qui en découle ne sont dotés que d'une valeur relative.

293. Il existe donc de nombreux arguments en faveur de l'application du dogme séparatiste aux incompétences positives du législateur. En outre, l'argument de la qualité de la loi, souvent avancé pour justifier la jurisprudence Blocage des prix, peut également être

⁶⁸⁹ Décision C.C., n°2005-512 DC, préc., cons. 22-23.

⁶⁹⁰ Décisions C.C., n°2010-617 DC, préc., cons. 5 à 15 et n°2012-649 DC, préc., cons. 9 et 10.

⁶⁹¹ Décision C.C., n°79-104 DC du 23 mai 1979, Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État, J.O. du 25 mai 1979, Rec. p. 27, cons. 9.

invoqué au soutien de l'interprétation séparatiste de la Constitution et, partant, de la censure des incompétences positives du législateur.

B. L'argument de la qualité de la loi

294. La jurisprudence relative aux incompétences positives du législateur – qu'il s'agisse de la décision Blocage des prix ou des décisions ultérieures – semble indiquer que le Conseil accorde davantage d'importance à la question de la qualité de la loi qu'au principe de séparation des pouvoirs. B. Mathieu, note ainsi que ce n'est aujourd'hui plus « essentiellement en termes de séparation des pouvoirs que la question (de la répartition des compétences entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir législatif) se pose, mais en termes de sécurité juridique et plus précisément de qualité de la loi »⁶⁹². On ne saurait toutefois s'en tenir à l'idée selon laquelle la qualité de la loi justifie la position du Conseil en matière d'incompétences positives du législateur. Car l'argument de la qualité de la loi peut certes plaider en la faveur de la jurisprudence Blocage des prix (1.), mais il peut également être invoqué au soutien de l'application du dogme séparatiste (2.).

1. La qualité de la loi au secours de la jurisprudence

Blocage des prix

295. En refusant, depuis 1982, de sanctionner les incompétences positives du législateur, le Conseil constitutionnel cautionne une conception particulière de la qualité de la loi. En permettant au législateur d'intervenir dans le domaine réglementaire – lorsque l'Exécutif ne s'y oppose pas – le Conseil permet l'adoption de textes de forme législative qui comprennent des dispositions matériellement législatives et réglementaires. Le texte adopté peut donc prévoir tant les « règles » et « principes fondamentaux » que les éléments secondaires, nécessaires à l'application du texte et qui, en principe, relèvent du domaine réglementaire. Dès lors, « le législateur donne lui-même si minutieusement les règles à suivre qu'il n'est pas besoin de mesures d'application. Le texte légal suffit à tout »⁶⁹³. La jurisprudence Blocage des prix semble donc se justifier tant que la qualité de la loi est appréhendée en termes d'unité, d'intelligibilité et d'accessibilité de la norme.

⁶⁹² B. Mathieu, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs*, 2005/3, n°114, p. 74.

⁶⁹³ G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, Paris, 1949, p. 69-70.

296. Il est vrai que si « nul n'est censé ignorer la loi »⁶⁹⁴, il devient plus aisé d'en avoir connaissance lorsque la réglementation relative à une matière se trouve dans un texte unique plutôt que dans plusieurs textes de formes distinctes. C'est ce phénomène, parfois qualifié d'« actes mixtes »⁶⁹⁵ ou de « lois réglementaires »⁶⁹⁶, qui est encouragé par la décision Blocage des prix et qui est, par ailleurs, accueilli favorablement par une partie de la doctrine. Ainsi, G. Carcassonne a pu affirmer, à propos des incompétences positives du législateur : « la belle affaire. (...) L'élaboration normative a besoin d'unité et il est plutôt sain de la satisfaire sans s'arrêter à chaque instant à des escarmouches de frontières ». Et l'auteur de poursuivre : « qui donc concevrait et utiliserait les trébuchets et les scalpels permettant d'éviter les impairs opposés de l'incompétence négative, d'une part, et de l'empiètement réglementaire, de l'autre ? »⁶⁹⁷.

297. En privilégiant cette conception particulière de la qualité de la loi, le Conseil semble faire du principe de séparation des pouvoirs une exigence secondaire par rapport à l'exigence de qualité de la loi entendue comme prescrivant l'unité du texte normatif. L'argument de la qualité de la loi convainc alors d'autant moins qu'il peut également être invoqué au profit de l'interprétation séparatiste des dispositions constitutionnelles relatives à la répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire.

2. La qualité de la loi au secours de l'application du dogme séparatiste

298. La – brève – inflexion à laquelle procède la décision Avenir de l'Ecole⁶⁹⁸ confirme l'idée selon laquelle la conception que le Conseil se fait de la qualité de la loi est susceptible d'agir sur la solution qu'il retient en matière d'incompétences positives du législateur⁶⁹⁹. En effet, cette décision est intervenue trois mois après le discours prononcé par le président du Conseil constitutionnel à l'occasion des vœux au Président de la République⁷⁰⁰. P. Mazeaud y formulait alors le constat de la « dégradation de la qualité de la loi », et annonçait l'intention du Conseil de remédier aux différents symptômes qui la caractérisent. Parmi ces symptômes,

⁶⁹⁴ Voir not. X. Labbé, *Introduction générale au droit : pour une approche éthique*, Presses universitaires de Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2010, p. 223.

⁶⁹⁵ J.-L. Pezant, « Loi/règlement : la construction d'un nouvel équilibre », art. cit., p. 929.

⁶⁹⁶ G. Ripert, *Le déclin du droit*, op. cit., p. 69.

⁶⁹⁷ G. Carcassonne, « Penser la loi », *Pouvoirs*, 2005/3, n°114, p. 46.

⁶⁹⁸ Décision C.C., n°2005-512 DC, préc.

⁶⁹⁹ Sur ce point, voir not. A. Roblot-Troizier, « L'abandon du "déclassement préventif" des dispositions législatives de nature réglementaire », *R.F.D.A.*, 2012, n°3, p. 528 et s.

⁷⁰⁰ Ce discours est accessible en intégralité dans *C.C.C.*, 2005, n°18.

le président du Conseil dénonçait le « manque de clarté et d'intelligibilité »⁷⁰¹ ainsi que l'un de ses facteurs, l'encombrement de la loi. Afin de lutter contre ces symptômes, P. Mazeaud proposait notamment de « lutter plus activement contre les intrusions de la loi dans le domaine réglementaire », ajoutant qu'il s'agissait là de l'une de ses « convictions les plus profondes » qui le guiderait jusqu'à la fin de son mandat. Et le président du Conseil précisait que s'il existe certaines hypothèses pouvant justifier les empiètements de la loi sur le domaine réglementaire⁷⁰², l'ampleur du phénomène de l'incompétence positive n'en a pas moins pour conséquence un « mal profond ». La loi devient en effet hypertrophiée, surchargée de détails réglementaires, et l'article 37 de la Constitution se vide de son contenu. Reprenant un vœu formulé tant par la doctrine⁷⁰³ que par les acteurs institutionnels⁷⁰⁴, le président du Conseil concluait alors à la nécessité de « revenir à l'esprit des institutions » par le biais d'un « infléchissement de jurisprudence ».

Or, la décision du 21 avril 2005⁷⁰⁵ incarne précisément cet « infléchissement de jurisprudence », dans la mesure où les maux dénoncés par P. Mazeaud résultent pour l'essentiel de la jurisprudence Blocage des prix, que vient amender la décision Avenir de l'École. Finis les ornements et les détails réglementaires, la loi se veut simple et efficace, de telle sorte que la séparation entre les deux domaines devrait être à nouveau assurée. Sans aller jusqu'à censurer les incompétences positives, le Conseil « se propose désormais de déclarer "préventivement" réglementaires »⁷⁰⁶ les dispositions entachées d'incompétence positive du législateur. Cet infléchissement limité⁷⁰⁷ - qui sera par ailleurs démenti quelques années plus

⁷⁰¹ Les deux autres symptômes évoqués par P. Mazeaud sont la « malfaçon législative pure et simple », d'une part, et les tâtonnements et hésitations du législateur, d'autre part.

⁷⁰² P. Mazeaud cite deux hypothèses dans lesquelles il admet que la loi intervienne en lieu et place du pouvoir réglementaire : celle dans laquelle il faudrait combler un interstice et celle de l'existence d'un enjeu important de la disposition pour la population.

⁷⁰³ Voir par exemple G. Glénard, « La conception matérielle de la loi revivifiée. La loi ordinaire. à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programmation sur l'avenir de l'école », *R.F.D.A.*, 2005, n°5, pp. 922-929 ; W. Sabete, « Déclin ou renouveau de la loi ? L'exception de la loi de programme. A propos des décisions n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 (loi d'orientation et de programmation sur l'avenir de l'école) et n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005 (loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique) », *R.F.D.A.*, 2005, n°5, pp. 930-934 ou encore P. Malaurie, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, 2005/3, n°114, pp. 131-137.

⁷⁰⁴ Parmi ces acteurs institutionnels préoccupés par la crise de la loi figurent notamment le Conseil d'Etat, au vu des rapports publics pour les années 1991 et 2006, l'Assemblée nationale (voir not. l'allocution d'ouverture du président de l'Assemblée nationale J.-L. Debré du 24 février 2005) et le Sénat (voir not. le discours d'orientation du président du Sénat C. Poncet du 12 octobre 2004 ou encore la note de synthèse produite par le service des études juridiques du Sénat n°3, du 1^{er} octobre 2007 sur le thème « La qualité de la loi »).

⁷⁰⁵ Décision C.C., n°2005-512 DC, préc., cons. 22 et 23.

⁷⁰⁶ Commentaire officiel de la décision C.C., n°2005-512 DC, préc., p. 7.

⁷⁰⁷ Le commentaire officiel de la décision précise en effet que cette nouvelle procédure découverte par le Conseil ne saurait être appliquée par ce dernier qu'« à celles des dispositions qui sont expressément contestées ou, si le

tard⁷⁰⁸ – et, surtout, la nouvelle conception de la qualité de la loi qui semble avoir présidé à sa réalisation confirment donc l'analyse précédente.

299. Les positions successives du Conseil constitutionnel quant à l'exercice d'un contrôle et d'une sanction des incompétences positives du législateur dans le cadre de son office au titre de l'article 61 de la Constitution sont donc bien liées aux conceptions successives que se fait le Conseil de l'exigence de qualité de la loi. Le principe de séparation des pouvoirs passe *de facto* au second plan, de telle sorte que le traitement jurisprudentiel des incompétences positives du législateur se détache nettement du reste de la jurisprudence relative à la séparation entre les pouvoirs politiques. Un revirement complet de jurisprudence est alors plus que souhaitable afin de mettre en conformité le traitement des incompétences positives du législateur avec l'ensemble de la jurisprudence relative à la séparation entre les pouvoirs politiques.

grief tiré des empiètements est "transversal", aux plus caractéristiques des dispositions réglementaires du texte » (p. 7).

⁷⁰⁸ Décisions C.C., n°2010-617 DC, préc., et n°2012-649 DC, préc.

301. Conclusion de Chapitre. La Constitution prévoit certains aménagements au principe de séparation des pouvoirs au profit du Parlement. Lorsque c'est le cas, le Conseil doit mettre à l'écart le dogme séparatiste à l'occasion du contrôle des dispositions législatives qui mettent en œuvre ces aménagements. Ainsi, les dispositions constitutionnelles relatives aux fonctions d'évaluation des politiques publiques et de contrôle de l'action du Gouvernement du Parlement et celles relatives à la compétence de la Haute Cour conduisent le Conseil à mettre à l'écart le dogme séparatiste. Car en attribuant de telles fonctions aux organes du Parlement, la Constitution a permis qu'il puisse intervenir, dans une certaine mesure, sur l'action de l'Exécutif dans le cadre de ses fonctions. Toutefois, cette mise à l'écart du dogme séparatiste n'est effectuée par le Conseil que dans la mesure stricte de ce que lui impose la Constitution. Le dogme séparatiste continue en effet de jouer, à la marge, afin de contenir la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles porteuses d'aménagements au principe de séparation des pouvoirs, et de s'assurer que le Parlement ne porte pas davantage atteinte ce principe que la Constitution ne l'y autorise.

Ce n'est en revanche pas le cas en ce qui concerne les incompétences positives du législateur, auxquelles le Conseil refuse purement et simplement d'appliquer le dogme séparatiste alors même que la Constitution ne lui impose nullement une telle attitude. L'absence d'application du dogme séparatiste aux incompétences positives résulte donc d'un choix de la part du Conseil, et d'un choix qui semble davantage fondé sur des considérations de politique jurisprudentielle que sur des considérations de nature constitutionnelle. Le refus d'appliquer le dogme séparatiste aux incompétences positives du législateur est donc problématique, en plus d'être peu cohérent au vu de l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle. Un revirement, justifié en droit, rétablirait la cohérence de la jurisprudence relative au principe de séparation des pouvoirs.

302. Conclusion de Titre. L'examen de la jurisprudence du Conseil relative à la séparation des fonctions des pouvoirs politiques révèle, comme en matière organique, l'application globale du dogme séparatiste par le Conseil constitutionnel. Celui-ci est en effet pleinement appliqué lorsque la Constitution ne prévoit pas explicitement d'aménagement ou de dérogation au principe de séparation des pouvoirs. Le dogme séparatiste permet ainsi au Conseil de protéger les fonctions de l'Exécutif en s'assurant que le Parlement ne s'immisce pas dans ses fonctions en lui adressant des injonctions, si ce n'est lorsqu'elles ont pour simple objet de l'obliger à informer le Parlement. La pleine application du dogme séparatiste conduit également le Conseil à protéger les fonctions du Parlement et plus précisément, du législateur, en faisant en sorte que ce dernier exerce pleinement sa compétence. Le Conseil ne cherche donc pas à privilégier l'un des pouvoirs politiques, il applique le dogme séparatiste aussi bien à l'un qu'à l'autre. La jurisprudence relative à la séparation fonctionnelle des pouvoirs se situe ainsi dans la continuité de la jurisprudence du Conseil en matière de séparation organique des pouvoirs politiques, chacune d'entre elles étant caractérisée par l'application du dogme séparatiste et la volonté du Conseil d'assurer une véritable indépendance et une pleine autonomie fonctionnelle aux organes politiques.

303. En revanche, les aménagements prévus par les textes constitutionnels au principe de séparation des pouvoirs obligent le Conseil à mettre à l'écart le dogme séparatiste. En prévoyant que le Parlement est titulaire des fonctions de contrôle de l'action du Gouvernement et de l'évaluation des politiques publiques, et qu'un organe parlementaire, la Haute Cour, est compétent pour destituer le Président de la République en raison de manquements à ses devoirs, la Constitution prévoit en effet des dérogations à la séparation étanche des fonctions des pouvoirs politiques. Pour autant, cette mise à l'écart du dogme séparatiste n'a lieu que dans la stricte mesure de ce que la Constitution impose, et le Conseil a recours au principe de séparation des pouvoirs afin de s'assurer que les dispositions législatives adoptées sur le fondement des dispositions constitutionnelles relatives aux fonctions d'évaluation, de contrôle et de destitution ne vont pas au-delà de ce que la Constitution prévoit, sous peine de violer le principe de séparation des pouvoirs. Seul le cas des incompétences positives dénote un abandon total du dogme séparatiste par le Conseil, dans la mesure où c'est de son plein gré, en s'appuyant sur une interprétation contestable de la Constitution, que le Conseil choisit de ne pas censurer l'intervention du législateur dans la fonction réglementaire de l'Exécutif.

305. Conclusion de Partie. Le principe de séparation des pouvoirs est appliqué strictement dans le cadre du traitement jurisprudentiel de la séparation entre les pouvoirs politiques. Le Conseil s'emploie en effet à faire rayonner le principe de séparation des pouvoirs dans l'ensemble de sa jurisprudence relative aux pouvoirs politiques en appliquant le dogme séparatiste. Que ce soit dans le cadre de la séparation organique ou de la séparation fonctionnelle entre les pouvoirs politiques, le juge constitutionnel a recours à une conception du principe de séparation des pouvoirs qui semble guidée par la volonté de séparer radicalement coûte que coûte les pouvoirs politiques. En témoigne notamment le nombre particulièrement significatif de relevés d'office du grief de méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs⁷⁰⁹.

306. Sur le plan organique, le principe de séparation des pouvoirs est mis en œuvre à la lumière du dogme séparatiste par le Conseil afin de garantir l'indépendance des organes politiques. Pour ce faire, le juge constitutionnel a consacré un principe spécifique, celui de l'autonomie financière des pouvoirs publics, qui permet à ceux qui en bénéficient de déterminer librement le montant de leurs crédits et d'en faire usage presque aussi librement. Il a également découvert, progressivement, un certain nombre d'exigences constitutionnelles diffuses destinées à s'assurer que les dispositions législatives soumises à son contrôle garantissent un niveau d'autonomie suffisant aux organes politiques et n'ont pas pour effet de les placer en situation de dépendance vis-à-vis d'un autre pouvoir. L'indépendance des organes est ainsi assurée, grâce à une conception étanche de la séparation des pouvoirs, au moment de la nomination et de la révocation de leurs membres, mais également durant l'exercice de leur mandat. Seules les dispositions relatives à la nomination des membres des A.A.I. échappent nécessairement à l'application de ce dogme séparatiste, ce qui n'empêche pas le Conseil de s'assurer qu'elles ne portent pas atteinte à l'indépendance de ces dernières. Sur le plan fonctionnel, le dogme séparatiste conduit le Conseil à s'assurer du respect de la séparation des fonctions effectuée par la Constitution. Le principe de séparation des pouvoirs est alors un instrument de protection de l'Exécutif, dans la mesure où, sauf dans le cas des incompétences positives du législateur, il interdit que le Parlement s'immisce dans ses fonctions ou mette en cause un de ses organes dans l'exercice de ses fonctions. Le principe de séparation des pouvoirs constitue également un instrument de protection du Parlement, et plus précisément du législateur, dans la mesure où le Conseil censure toute disposition dans

⁷⁰⁹ Voir not. les points 41, 154 et 174.

laquelle le législateur n'épuise pas l'intégralité de sa compétence, de telle sorte qu'elle porte atteinte à l'intégrité du domaine de la loi en laissant la possibilité à l'Exécutif d'y pénétrer.

Dans le cadre de la séparation fonctionnelle, le Conseil ne renonce à appliquer pleinement le dogme séparatiste que lorsque la Constitution le lui impose, en raison des mécanismes propres au régime parlementaire qui induisent certains dispositifs d'interdépendance ou de collaboration des pouvoirs. Mais, même dans cette hypothèse, le juge constitutionnel ne renonce à l'application du dogme séparatiste que dans la stricte mesure de ce qu'exige la Constitution lorsqu'elle prévoit que la Haute Cour est compétente pour destituer le Président de la République en raison de manquements à ses devoirs ou que le Parlement est doté de fonctions de contrôle de l'action du Gouvernement et d'évaluation des politiques publiques. Il n'existe qu'une hypothèse dans laquelle le Conseil écarte le dogme séparatiste qui lui servait pourtant de fil rouge dans le traitement jurisprudentiel du principe de séparation entre les pouvoirs politiques, alors même que le texte de la Constitution ne l'y contraint pas. Cette hypothèse, c'est celle des incompétences positives du législateur. Depuis 1982, le Conseil a en effet décidé de ne plus sanctionner, au titre du contrôle opéré en vertu de l'article 61 de la Constitution, les empiètements du législateur dans le domaine réservé au pouvoir réglementaire. Bien que des arguments juridiques soient avancés par le Conseil pour justifier l'abandon du dogme séparatiste, il semble que ce soit surtout des considérations de politique jurisprudentielle qui le guident. Cet abandon est donc critiquable en tant que tel. Il est toutefois intéressant en ce que, se démarquant du dogme séparatiste, il est annonciateur de la présence d'un traitement pragmatique du principe de séparation des pouvoirs.

PARTIE 2 - LE MANIEMENT
PRAGMATIQUE DE LA SEPARATION
ENTRE LES POUVOIRS POLITIQUES ET
JURIDICTIONNEL

307. La Justice « a toujours été un pouvoir mal aimé »⁷¹⁰. Si cette affirmation traduit de manière appropriée le ressentiment général à l'égard de ceux qui l'exercent, elle oublie d'indiquer que la Justice n'est considérée comme un pouvoir que depuis peu. En effet, nombreux sont les auteurs qui, dans un premier temps, ont interprété la pensée de Montesquieu comme un déni de l'existence d'un tel pouvoir. On peut en effet lire dans l'Esprit des lois que la puissance de juger est une « puissance invisible et nulle », ou encore que les juges ne sont que « la bouche qui prononce les paroles de la loi »⁷¹¹. Aujourd'hui, pourtant, la plupart des relectures doctrinales sont porteuses d'une interprétation différente. Ainsi, G. Vlachos estime que « Montesquieu, non seulement ne néglige pas le rôle du pouvoir judiciaire, mais (qu') il en fait, au contraire, un élément primordial du gouvernement légitime en général »⁷¹².

308. La situation de la Justice au sortir de l'Ancien Régime témoigne du constat formulé par Montesquieu et mis en lumière par G. Vlachos. Témoins de la puissance qu'elle incarne, les révolutionnaires tentent de « neutraliser », voire de soumettre la Justice au pouvoir politique. Dans cette entreprise, ils ont été suivis par les constituants successifs, qui ont fait en sorte que les juges soient inféodés au pouvoir en place. Pour ceux-là, comme pour une partie de la doctrine, « la fonction juridictionnelle est une fonction subordonnée, consistant à appliquer la loi au moyen d'un raisonnement syllogistique en vue de résoudre un litige »⁷¹³. L'opération juridictionnelle n'est donc que la « conclusion formelle d'un ensemble de données préalables qui échapperaient totalement à la maîtrise du juge : les normes et les données du cas qu'il s'agirait de combiner ensemble. Une telle vision des choses suppose une conception du droit appuyée sur deux principes : le droit est séparé du fait ; le droit est *déjà là*, précédant l'opération du juge, n'attendant qu'à être découvert par lui »⁷¹⁴.

309. A première vue, la Constitution de la V^e République ne semble pas se défaire de cette conception. Une lecture superficielle des dispositions constitutionnelles relatives à la Justice et à ses organes témoigne de ce que le constituant de 1958 n'a pas entendu mettre fin au « désamour » à l'égard de celle-ci. Il n'est en effet aucunement question, dans la Constitution, de « pouvoir juridictionnel », pas plus que n'était mentionné, jusqu'en 2008, l'ordre

⁷¹⁰ F. Hourquebie, « Le pouvoir juridictionnel et la V^e République. Quelques observations sur la révision du 23 juillet 2008 », *Politeia*, 2009, n°15, p. 456.

⁷¹¹ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Livre XI, Chapitre 6.

⁷¹² G. Vlachos, « Le pouvoir judiciaire dans l'Esprit des lois », in *Mélanges en l'honneur du professeur Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 365.

⁷¹³ M. Troper, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Paris, 2001, p. 105.

⁷¹⁴ O. Jouanjan, « Justice et espace public : convergences, tensions, contradictions ? », in *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, n°8, 2006, Presses universitaires de Strasbourg, p. 209.

juridictionnel administratif⁷¹⁵. Seul l'ordre judiciaire échappe à ce silence constitutionnel lourd de sens. Mais il n'intervient que dans le Titre VIII de la Constitution et, qui plus est, sous le terme d' « autorité judiciaire ». Or, ainsi que le note G. Wiederkehr, « entre autorité judiciaire et pouvoir judiciaire existe une différence de niveau, voire de nature. Si l'on qualifie le judiciaire d'autorité et non de pouvoir, c'est pour marquer qu'il ne se situe pas au niveau du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif. (...) Même si l'indépendance de la justice ne cesse pour autant d'être constamment proclamée, au point d'être un lieu commun, la qualifier d'autorité et non de pouvoir, c'est la mettre en dépendance des vrais pouvoirs »⁷¹⁶.

310. Ainsi, les deux ordres de juridictions font l'objet d'une constitutionnalisation *a minima*. Une autre lecture de la Constitution est toutefois possible. Certains auteurs notent en effet que si la Constitution ne consacre pas explicitement l'existence d'un pouvoir juridictionnel, elle ne l'exclut pas non plus. Le texte fondateur de la V^e République n'emploie pas plus le terme de « pouvoir » à propos du Parlement ou de l'Exécutif qu'il ne le fait à propos de la Justice⁷¹⁷. Dès lors, les termes de l'article 16 évoquant la séparation des *pouvoirs* peuvent très bien être compris comme visant le pouvoir juridictionnel, conçu alors comme un véritable pouvoir, tout comme l'Exécutif et le Parlement qui ne sont eux mêmes nulle part désignés comme des pouvoirs dans la Constitution. Certes, l'échec des tentatives successives de révision constitutionnelle visant à reconnaître explicitement la qualité de pouvoir à la Justice montre que l'idée de l'existence d'un pouvoir juridictionnel suscite encore une certaine crispation, voire une certaine résistance. Mais, d'un autre côté, la révision du 23 juillet 2008⁷¹⁸, en ce qu'elle instaure la question prioritaire de constitutionnalité et modifie la composition du Conseil supérieur de la magistrature, est perçue par certains comme un élément nouveau. Ainsi, selon F. Hourquebie, « inconcevable en 1789, le pouvoir juridictionnel devient implicite, à défaut d'être véritablement formalisé, après la révision du 23 juillet 2008. Deux cent vingt ans pour commencer à penser le pouvoir juridictionnel ; pour faire en sorte que la défiance se mue progressivement en confiance envers les juges. Le processus est long ; il a connu des contretemps historiques. Mais il est permis de penser que le chemin le plus long est parcouru. La phase ultime étant une consécration dans la Constitution

⁷¹⁵ Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la Constitution mentionne le Conseil d'Etat en tant que juridiction supérieure de l'ordre administratif aux articles 61-1 et 74. Auparavant, le Conseil d'Etat n'était cité qu'en tant que conseiller de l'Exécutif (articles 37, 38, 39, 74-1 et 76 de la Constitution).

⁷¹⁶ G. Wiederkehr, « Les principaux traits du pouvoir juridictionnel en France », in *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, D. D'Ambra (dir.), Dalloz, Paris, 2013, p. 6.

⁷¹⁷ F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, L.G.D.J., Paris, 2010, p. 18.

⁷¹⁸ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

d'une justice comme véritable puissance comparable aux deux autres »⁷¹⁹. Il s'en est d'ailleurs fallu de peu pour que cette étape soit franchie en 2008. La lettre de mission du Président N. Sarkozy demandait en effet au Comité de réflexion présidé par E. Balladur de s'interroger, entre autres, sur « l'opportunité de reconnaître dans la Constitution l'existence d'un véritable pouvoir judiciaire ou juridictionnel et d'en préciser les contours ». Or, ni ledit comité ni le pouvoir de révision n'ont donné suite à la suggestion présidentielle.

311. Il n'en demeure pas moins que la reconnaissance de l'existence de la qualité de pouvoir à la Justice est en bonne voie. En effet, les principales objections qui s'élevaient jusque là pour lui refuser cette qualité sont pour la plupart levées. La première de ces objections réside dans l'existence d'un dualisme juridictionnel⁷²⁰. Si l'indépendance de l'autorité judiciaire est constitutionnellement garantie, la proximité originelle entre l'administration active et la juridiction administrative et, partant, entre l'Exécutif et l'ordre juridictionnel administratif a pu susciter des doutes quant à l'indépendance de ce dernier. Or, ce n'est qu'à la condition d'être indépendante que la juridiction administrative peut prétendre exister en tant que partie du « tout » juridictionnel. Mais le dualisme juridictionnel, caractéristique du modèle juridique français, ne saurait être regardé comme un obstacle sérieux à la reconnaissance d'un pouvoir juridictionnel. En effet, ainsi que l'a écrit X. Magnon, « si le juge est l'expression d'un pouvoir, aussi bien le juge administratif que le juge judiciaire en font partie et en sont l'expression, même si leurs compétences sont différentes. L'habilitation à résoudre des litiges en application du droit réunit les deux juges »⁷²¹. En outre, et bien que comparaison ne soit pas nécessairement raison, la reconnaissance de la qualité de pouvoir aux deux pouvoirs politiques classiques, et ce malgré la pluralité d'organe qui les compose, plaide dans ce sens.

312. En second lieu, la reconnaissance d'un pouvoir juridictionnel a longtemps été retardée en raison du prétendu manque de légitimité des juges. « Comment, en effet, admettre facilement en démocratie, que les citoyens soient soumis à des règles qui ne seraient pas l'application fidèle et minutieuse de la loi adoptée par les représentants du peuple souverain et qui émaneraient de personnalités non élues ! »⁷²². C'est donc le postulat démocratique, teinté de légicentrisme, qui ferait obstacle à l'émergence et à la consécration d'un pouvoir

⁷¹⁹ F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, *op. cit.*, p. 10.

⁷²⁰ Sur la critique du dualisme juridictionnel, voir not. F. Casorla., « La justice séparée », *L.P.A.*, 2007, n°139, pp. 4-11.

⁷²¹ X. Magnon, « Une lecture du juge constitutionnel français en tant que "pouvoir juridictionnel" : la jurisprudence du Conseil constitutionnel au cours de la procédure de révision constitutionnelle de 2008 », art. cit., p. 2.

⁷²² J. Robert, « La nation et des juges », *R.D.P.*, 2006, n°3, p. 548.

juridictionnel⁷²³. Toutefois, les nouvelles théories sur la notion de démocratie⁷²⁴, inspirées de la notion d'Etat de droit⁷²⁵, permettent de lever cette objection. A titre d'exemple, C. Guarnieri rappelle que « le rôle du juge dans un Etat de droit explique la raison pour laquelle la protection de l'impartialité judiciaire par le biais de fortes garanties de l'indépendance judiciaire est devenue l'un des traits les plus fondamentaux du constitutionnalisme. En effet, le processus de "constitutionnalisation" peut être défini comme ce "processus historique à travers lequel (...) la relation entre celui qui détient le pouvoir politique et ceux qui sont assujettis à ce pouvoir vient à être interprétée comme une relation juridique"⁷²⁶. Puisque l'un des objectifs principaux du constitutionnalisme est de limiter l'exercice arbitraire du pouvoir et de rendre ce dernier juridiquement responsable⁷²⁷, soumettre l'accomplissement des fonctions publiques au contrôle d'un organe indépendant devient ainsi une forme de contrôle essentielle et efficace de l'exercice du pouvoir politique et garantit la suprématie du droit. Il s'agit donc d'une étape fondamentale dans la construction d'un Etat de droit »⁷²⁸. Dès lors, la notion d'Etat de droit ne suppose pas seulement l'expression - directe ou indirecte - de la volonté du peuple, elle suppose également que les droits des citoyens qui le composent soient protégés face à l'arbitraire du pouvoir. C'est donc à la question « de savoir si la Constitution au sens de l'article 16 suffit par soi à la garantie des droits ou s'il faut de surcroît prévoir des

⁷²³ « La souveraineté parlementaire ne peut tolérer l'existence d'un pouvoir concurrent » estime B. Mathieu (B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, LGDJ, Paris, 2015, p. 143), s'appuyant sur les développements de J.-P. Machelon (J.-P. Machelon, « La question du pouvoir judiciaire dans les débuts de la III^e République », in *Justice et Etat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2014).

⁷²⁴ Voir not. la notion de démocratie continue, développée par D. Rousseau. *La démocratie continue : actes du colloque de Montpellier, 2-4 avril 1992*, D. Rousseau (dir.), LGDJ, Paris, 1995, 165 p.

⁷²⁵ La notion d'Etat de droit est définie par R. Carré de Malberg comme « un Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets, et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques : deux sortes de règles qui ont pour effet commun de limiter la puissance de l'Etat, en la subordonnant à l'ordre juridique qu'elles consacrent » (R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 1, Ed. du CNRS, Paris, 1985, p. 488-489). Sur la notion d'Etat de droit voir not. J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, Paris, 1970, p. 9 et s. ; M. Basilien-Gainche, *Etat de droit et états d'exception : une conception de l'Etat*, PUF, Paris, 2013, 303 p. ; J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe : pouvoir, justice et droit du Moyen-Age à nos jours*, Presses de Sciences Po, Paris, 2009, 611 p. ; M. Troper, « Le concept d'Etat de droit », *Droits*, 1992, n°15, pp. 51- 63 ; E. Millard, « L'Etat de droit », in *Question de démocratie*, Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 2001, pp. 415-433 ; J.P. Henri, « Vers la fin de l'Etat de droit ? », *R.D.P.*, 1977, pp. 1207-1235.

⁷²⁶ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino (Ed.), Bologna, 1976, p. 22.

⁷²⁷ G. Sartori, *The theory of democracy revisited*, Chatham house public., Chatham, 1987, 542 p.

⁷²⁸ C. Guarnieri, « La configuration institutionnelle du pouvoir judiciaire », in *Traité international de droit constitutionnel. Suprématie de la Constitution*, t. 2, Dalloz, Paris, 2012, p. 290. Bien que la démocratie et l'Etat de droit soient deux notions plus distinctes que ne le laisse penser l'extrait cité (voir not. C. Grewe et H. Ruiz-Fabri, *Droits constitutionnels européens*, PUF, Paris, 1995, p. 46), il convient d'admettre que, historiquement, leur développement est grandement lié.

institutions particulières »⁷²⁹ que le juge peut constituer une réponse, en ce que sa légitimité peut être puisée dans cette nécessité démocratique qu'est la garantie des droits et libertés⁷³⁰. Car la garantie des droits en tant que telle exige, concrètement, une entité compétente et apte à exercer et garantir les droits et libertés⁷³¹. Ainsi, affirmer que les individus doivent voir leurs droits et libertés garantis revient inévitablement à s'interroger sur l'existence d'une entité constitutionnelle apte à assurer cette garantie. Deux possibilités sont généralement avancées. « La réponse européenne du XIXème siècle - et américaine pour une grande partie du XXème - a été la souveraineté parlementaire. Laisser aux mains des représentants du peuple des pouvoirs illimités permettait de préserver les droits individuels face à ceux du peuple dans son ensemble (...) Cet ensemble de convictions a pu, au début, nourrir l'idée que le Parlement était un gardien correct des droits et libertés individuels »⁷³². Mais aujourd'hui, c'est une autre solution qui est privilégiée⁷³³. Elle consiste à « attribuer aux juges la tâche de protéger les droits dont, de l'avis général, chaque individu dispose contre la majorité de ses concitoyens »⁷³⁴. C'est en ce sens que s'exprime D. Salas, pour lequel une des sources « de légitimité de la justice vient de son aptitude à rendre présents les principes fondamentaux de la démocratie. Cette légitimité par représentation ne s'inscrit plus seulement dans le cercle de la loi, mais s'étend aussi aux droits individuels où s'enracine la validité des normes »⁷³⁵. Eriger la Justice au rang de pouvoir, c'est favoriser les conditions de développement de la démocratie. Il y a ainsi, et ce de manière relativement peu contestable, une sorte de glissement qui s'opère du législateur vers le juge dès lors qu'il s'agit d'identifier le garant essentiel des droits et libertés, et ce que le juge soit désigné comme ayant remplacé le législateur, ou qu'il

⁷²⁹ P. Rolland, « La garantie des droits », *Droits fondamentaux*, n°3, 2003, p. 179.

⁷³⁰ Selon U. Preuß, cette logique correspond à celle de la conception républicaine de l'Etat. Il estime que cette dernière est « l'héritage de la Révolution française. Sa solennelle Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 était, précisément cela, à savoir une *déclaration* des droits naturels de chaque individu. L'adjectif "naturel" ne suppose pas, bien évidemment, que ces droits étaient ceux dont l'homme disposait dans l'état de nature ; cet adjectif suppose, au contraire, que ces droits avaient vocation à devenir effectifs grâce à une organisation politique dont le but est de préserver "les droits naturels et imprescriptibles de l'homme" » (U. Preuß, « La garantie des droits : "les droits horizontaux" », in *Traité international de droit constitutionnel. Suprématie de la Constitution*, t. 3, Dalloz, Paris, 2012, p. 241).

⁷³¹ J.-M. Blanquer, « La distance parcourue : de l'ordre institutionnel à l'ordre constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, LGDJ, Paris, 1998, p. 26.

⁷³² R. Dworkin, « Un pontificat laïc », in *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine.*, R. Badinter (dir.), éd. Fayard, Paris, p. 103.

⁷³³ R. Badinter va plus loin en estimant qu'il ne s'agit pas d'une option, mais d'une obligation (*Ibid.*, p.122. A la question de Stephen Breyer « Quels sont les sujets qui ne peuvent être laissés à la loi de ma majorité ? », Robert Badinter répond : « Les minorités et les droits individuels. En la matière, vous ne pouvez pas laisser faire le principe de majorité. C'est un fait »).

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 105.

⁷³⁵ D. Salas, *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Hachette, Paris, 1998, p. 189.

soit simplement appelé à le compléter⁷³⁶. Dominique Rousseau⁷³⁷, en s'appuyant notamment sur les travaux de l'Ecole de Francfort⁷³⁸, identifie les raisons de ce glissement. Il résulterait des atrocités ayant eu lieu au XXème siècle une question politique majeure, à savoir « comment la Raison des Lumières (...), idéal porteur de progrès et d'émancipation, et régulateur de la modernité, a pu produire la barbarie, l'aliénation et la domination ; ou, de manière plus brutale, si ce destin tragique de la Raison condamne définitivement la Raison comme fondement de la modernité »⁷³⁹. La réponse à cette interrogation résulterait d'une dissociation entre la raison instrumentale et la Raison⁷⁴⁰. Cette dernière serait ainsi encore valable aujourd'hui, mais plus encore, elle serait apte à « saisir la modernité démocratique (...) à condition qu'elle se pose en critique de la raison instrumentale »⁷⁴¹. L'institution juridictionnelle serait alors celle qui permet cette critique, en confrontant sans cesse les actes du Pouvoir aux valeurs auxquelles la société s'identifie. D'autres facteurs politiques ou sociologiques permettent également d'expliquer l'acceptation croissante par la société de l'existence d'un pouvoir juridictionnel. « Plusieurs causes peuvent être identifiées, chacune exerçant sa propre influence et toutes ensemble se renforçant mutuellement : les avantages reconnus à la justice sur le pouvoir politique, la crise de sens et l'extension de l'individualisme⁷⁴², la formation d'une idéologie judiciaire et le double mouvement d'affaiblissement de l'Etat et d'ascension du marché »⁷⁴³. J.-P. Royer a également formulé un tel constat et tenté de l'expliquer : « la justice aurait plus changé ces trente dernières années qu'en plusieurs siècles, en raison de la place qu'elle a prise dans une société de plus en plus "judiciarisée", par l'écho et l'intérêt que suscitent ces mouvements, par l'assurance que les juges ont prise à l'égard des puissants, par l'emprise croissante du juge administratif et du juge constitutionnel, par l'élargissement des horizons de l'action judiciaire aux dimensions de l'Europe et du monde, par la transformation des mœurs publiques qu'impliquent les grands

⁷³⁶ Il est souvent, à ce titre, fait allusion à « la promotion de la figure du Juge ».

⁷³⁷ D. Rousseau., *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrétien, 8^e édition.

⁷³⁸ Voir not. W. Adorno et M. Horkheimer, *Dialectic of enlightenment*, Verso (Ed.), Londres, 1979, 258 p.

⁷³⁹ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 406-407.

⁷⁴⁰ La raison instrumentale est celle qui ne s'interroge que sur les moyens, et pas sur la fin ou sur leur qualité axiologique. Elle est donc « amputée de sa dimension critique ».

⁷⁴¹ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 407.

⁷⁴² A propos de ces deux éléments, L. Karpik précise que, en raison de la désorganisation du politique, le justice devient « l'instrument, la voie de passage, le mode d'accomplissement de l'action individuelle. Certes, elle se limite à défendre des droits et à exercer des contrôles, mais le sentiment d'abandon s'est trouvé, au moins partiellement, conjuré par l'existence d'un recours capable d'imposer des bornes ».

⁷⁴³ L. Karpik, « L'avancée de la justice menace-t-elle la République ? », *Le Débat*, 2000, n°110, p. 251.

scandales de la fin du siècle, par l'examen de conscience collective enfin qu'imposent au pays les grands procès qui le confrontent à son passé récent »⁷⁴⁴.

313. En dernier lieu, certains ont estimé que la difficulté à proposer une définition satisfaisante de la Justice⁷⁴⁵ peut faire obstacle à ce que lui soit reconnue la qualité de pouvoir. Le plus souvent, il s'agit pour ceux-là de « dire qu'au point de vue matériel, l'acte juridictionnel est un acte administratif et qu'il ne se distingue des autres actes administratifs qu'au point de vue formel, c'est-à-dire quand il est fait par un agent appartenant à un ordre de fonctionnaires »⁷⁴⁶. Or, parmi les interrogations que soulève une telle définition figure celle de la frontière entre la fonction juridictionnelle et la fonction des autorités administratives – indépendantes ou non –, particulièrement lorsqu'elles sont dotées d'un pouvoir de sanction⁷⁴⁷. Aussi, de nombreux auteurs se sont essayés à dresser une liste de critères destinée à permettre d'identifier le pouvoir juridictionnel. L. Duguit identifie trois critères matériels : l'existence d'une prétention, une solution donnée à cette prétention, laquelle doit avoir un effet différent de la solution qui aurait été donnée par un administrateur, et l'existence d'un acte juridique consécutif à la solution donnée par le juge⁷⁴⁸. G. Vedel, quant à lui, identifie un critère statutaire, selon lequel les juges doivent être des professionnels et être à l'abri des pressions des deux autres pouvoirs, et un critère fonctionnel, qui exige que les juges puissent mettre un terme aux irrégularités juridiques⁷⁴⁹. Pour X. Magnon, l'existence d'un pouvoir juridictionnel est conditionnée à la réunion d'un critère objectif, le contrôle de régularité des lois, et d'un critère subjectif, l'existence d'un pouvoir créateur du juge⁷⁵⁰. Enfin, S. Rials, reprenant « une distinction peaufinée par Laferrière », estime que « la fonction juridictionnelle est une fonction contentieuse – dimension matérielle – administrée par un tiers selon certaines

⁷⁴⁴ J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France. De la monarchie absolue à la République*, PUF, Paris, 2001, 3e édition, p. 883.

⁷⁴⁵ Les difficultés à cerner la notion de juridiction ou d'acte juridictionnel remontent à plus d'un siècle. Sur ce point, voir not. L. Duguit, « La fonction juridictionnelle », *R.D.P.*, 1922, pp. 165-189 ; M. Waline, « Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français », *R.D.P.*, 1928, pp. 441-462 ; M. Waline, « Du critère des actes juridictionnels », *R.D.P.*, 1933, pp. 565-572 ; P. Lampué, « La notion d'acte juridictionnel », art. cit. ; J. Chevallier, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, Paris, 1974, pp. 275-290 ; R. Chapus, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Ed. Cujas, Paris, 1975, pp. 265-292.

⁷⁴⁶ L. Duguit, « La fonction juridictionnelle », *R.D.P.*, 1922, p. 166.

⁷⁴⁷ En témoigne notamment la position de la Cour européenne, qui considère les autorités administratives dotées d'un pouvoir de sanction comme un « tribunal » au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne (voir *infra*).

⁷⁴⁸ L. Duguit, *ibid.*, p. 169 et s.

⁷⁴⁹ G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2002, p. 562.

⁷⁵⁰ X. Magnon, « Une lecture du juge constitutionnel français en tant que "pouvoir juridictionnel" : la jurisprudence du Conseil constitutionnel au cours de la procédure de révision constitutionnelle de 2008 », *Politeia*, 2009, n°16., p. 4.

procédures – dimension organique et formelle – et c’est ce second élément qui distingue le mieux le contentieux juridictionnel du non-juridictionnel »⁷⁵¹. Il faut admettre que cette difficulté à définir le pouvoir juridictionnel constitue un obstacle plus sérieux à l’octroi de la qualité de pouvoir. En effet, à défaut de définition satisfaisante et d’identification de critères précis du pouvoir juridictionnel, il serait possible de démontrer que les juges ont *du* pouvoir, mais pas qu’ils constituent *un* pouvoir⁷⁵². Toutefois, au vu de la jurisprudence constitutionnelle, il semble aujourd’hui plus aisé de cerner le pouvoir juridictionnel. Celui-ci comprend en effet l’ensemble des organes auxquels s’appliquent les exigences relatives aux juridictions, au premier rang desquelles l’indépendance, et dont les membres exercent en premier lieu, et en tant que tiers, une fonction contentieuse - à titre professionnel ou non – en rendant une décision pourvue de l’autorité de chose jugée. Ainsi, le pouvoir juridictionnel doit s’entendre d’un point de vue organique, fonctionnel et matériel⁷⁵³.

314. Les conditions pour faire de la Justice un pouvoir sont donc aujourd’hui réunies. D’abord, le juge est plébiscité quant à son rôle dans la société⁷⁵⁴. Le juge, gardien des droits et libertés fondamentaux, « s’inscrit dans une légitimité concurrente de celle portée par la démocratie politique »⁷⁵⁵. Ensuite, le texte constitutionnel semble s’orienter vers la reconnaissance d’un tel pouvoir juridictionnel. Enfin, le Conseil œuvre en ce sens depuis déjà plusieurs dizaines d’années. F. Hourquebie estimait ainsi que de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, il faut « inférer la confirmation, en creux, de l’existence d’un pouvoir juridictionnel. Cette lecture "en négatif" du pouvoir juridictionnel a débuté avec les décisions du Conseil du 22 juillet 1980⁷⁵⁶ complétée par celle du 23 janvier 1987⁷⁵⁷. (...) Ces décisions (...) sont dès lors véritablement novatrices pour le statut de la justice ordinaire sur deux points. D’une part (parce-que le juge constitutionnel) complète sa conception de la séparation des pouvoirs en garantissant l’indépendance du pouvoir juridictionnel face aux deux autres

⁷⁵¹ S. Rials, « La fonction de juger. L’office du juge », *Droits*, 1989, n°9, p. 8.

⁷⁵² I. Boucoba, « Un concept erroné, celui de l’existence d’un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, 2012, n°143, pp. 73-87.

⁷⁵³ Sur la notion de juridiction dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, voir le dernier chapitre de cette thèse.

⁷⁵⁴ Voir not. M. Kaluszinski, « La judiciarisation de la société et du politique Face à la judiciarisation de la société, les réponses de la Protection Juridique », 21-22 septembre 2006, Paris, accessible à l’adresse suivante : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00134738/document>

⁷⁵⁵ B. Mathieu, « Les mécanismes de freins et d’équilibre des pouvoirs dans la Constitution : réflexions générales et illustrations françaises », in *La Constitution, l’Europe et le droit : mélanges en l’honneur de Jean-Claude Masclet*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, p. 331.

⁷⁵⁶ Décision C.C., n°80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi portant validation d’actes administratifs, J.O. du 24 juillet 1980, p. 1868, Rec. p. 46.

⁷⁵⁷ Décision C.C., n°86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, J.O. du 25 janvier 1987, p. 924, Rec. p. 8.

pouvoirs. D'autre part, car en consacrant l'indépendance des juridictions et en formulant des interdictions à l'encontre des autres pouvoirs, il contribue à tracer les frontières et à délimiter les zones d'action de chaque puissance. Ce faisant, il entend, au moins implicitement, opposer l'existence d'un pouvoir juridictionnel aux deux autres pouvoirs plus établis »⁷⁵⁸.

315. Erigée en véritable pouvoir, la Justice devrait permettre d' « arrêter » le pouvoir politique, ce qui est d'autant plus souhaitable que la doctrine a aujourd'hui tendance à penser, à l'instar de B. Mathieu, « que la séparation des pouvoirs se joue aujourd'hui entre le politique et le juge »⁷⁵⁹. Toutefois, pour que la Justice puisse faire office de « contrepoids » au pouvoir politique, encore faut-il lui en donner les moyens. Or, la jurisprudence constitutionnelle témoigne d'un véritable effort du Conseil en ce sens depuis les années 70 et, surtout, les années 80. A cette fin, le juge constitutionnel s'appuie essentiellement sur les deux volets de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : la séparation des pouvoirs et la garantie des droits. Dès lors, la jurisprudence relative à la protection du pouvoir juridictionnel face au pouvoir politique se trouve au confluent des deux volets de cette disposition, contrairement à la jurisprudence relative au principe de séparation entre les pouvoirs politiques, qui se concentre uniquement sur le volet séparation des pouvoirs.

Cette évolution conduit à un changement de sens de la Constitution. Les difficultés à « séparer » le pouvoir politique invitent à « repenser l'idée de Constitution... en retrouvant les termes de la première partie de l'article 16 de la Déclaration de 1789. S'il s'avère impossible que "par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir", si la séparation des pouvoirs se révèle incapable, en pratique, d'assurer la liberté politique des citoyens, et si est maintenue cependant la croyance en la vertu démocratique et civique d'un texte constitutionnel, il faut dès lors que ce dernier s'intéresse davantage aux droits des gouvernés qu'au statut des gouvernants »⁷⁶⁰. Et le juge semble précisément être le plus apte à permettre de (re)prendre en compte la garantie des droits tout en faisant équilibre au pouvoir politique. Et le juge constitutionnel semble avoir saisi tout l'enjeu de la reconnaissance et de la protection du pouvoir juridictionnel. Ainsi, A. Roblot-Troizier estime que « la jurisprudence constitutionnelle cherche à sublimer cette dimension de la théorie de la séparation des pouvoirs : le Conseil constitutionnel l'applique en effet en suivant non une logique uniquement institutionnelle, qui n'est certes pas absente, mais également avec un objectif de

⁷⁵⁸ F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, op. cit., p. 460.

⁷⁵⁹ B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, LGDJ, Paris, 2015, p. 13

⁷⁶⁰ D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *R.D.P.*, 1990, n° 1, p. 7.

protection des droits des citoyens. L'illustrent parfaitement des décisions qui tendent à protéger les juridictions et qui ont pour finalité essentielle les justiciables »⁷⁶¹.

316. Ainsi, la jurisprudence du Conseil relative à la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel lie de manière inextricable les deux facettes de l'article 16 de la Déclaration de 1789, ce qui confère à la jurisprudence relative à la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel une spécificité certaine par rapport au traitement jurisprudentiel du principe de séparation entre les pouvoirs politiques. Contrairement à ce dernier, le maniement du principe de séparation des pouvoirs politiques et juridictionnel est essentiellement – mais pas uniquement – tourné vers un but : la garantie des droits, ainsi que le présentait la doctrine constitutionnelle classique⁷⁶². Plus encore, ce qui caractérise le traitement jurisprudentiel du principe de la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel, c'est le pragmatisme dont le Conseil fait preuve. Dans certains cas, ce pragmatisme s'exprime simplement, par l'adaptation de la conception de la séparation des pouvoirs, tantôt étanche, tantôt perméable, afin de favoriser la protection du juge et la garantie des droits (**Titre 1.**). Dans d'autres cas, la nécessaire prise en compte d'impératifs constitutionnels ou pratiques oblige le Conseil à retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs, quand bien même seule une conception étanche servirait pleinement l'objectif de garantie juridictionnelle des droits. Le pragmatisme du juge constitutionnel le conduit alors à veiller, dans le contrôle qu'il opère de la conciliation des impératifs en présence, à endiguer les effets néfastes de cette conception perméable sur la garantie des droits (**Titre 2.**).

⁷⁶¹ A. Roblot-Troizier, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, 2012, n°143, p. 101.

⁷⁶² J.-M. Blanquer, « La distance parcourue : de l'ordre institutionnel à l'ordre constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, LGDJ, Paris, 1998, p. 26 : « Le constitutionnalisme classique distingue (depuis la déclaration de 1789 et son fameux article 16) la séparation des pouvoirs et la garantie des droits. L'interdépendance entre les deux est le plus souvent pensée sur un mode minimaliste : la limitation correcte d'un pouvoir par les autres pouvoirs a une influence directe sur la nature de la garantie des droits ».

Titre 1 – La promotion d’une conception variable de la séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits

317. Le plus souvent, si l’on s’interroge sur l’application du principe de séparation des pouvoirs à la protection du pouvoir judiciaire, c’est pour questionner l’indépendance des juges et la garantie des droits qui en résulte. Dans cette optique, la première intuition consiste à penser que plus le Conseil retient une conception étanche du principe de séparation des pouvoirs, plus le juge est protégé des pouvoirs politiques et est à même d’assurer pleinement sa mission de garantie des droits. L’examen de la jurisprudence confirme partiellement cette intuition dans la mesure où le Conseil retient, le plus souvent, une conception étanche de la séparation des pouvoirs qui sert la garantie des droits en assurant l’indépendance du juge (**Chapitre 1.**). Ce faisant le Conseil ne perpétue pas pour autant le dogme séparatiste à l’œuvre dans le cadre de la jurisprudence relative à la séparation entre les pouvoirs politiques, puisqu’il n’hésite pas à adopter une conception perméable si l’objectif de garantie des droits le commande, ce qui révèle son pragmatisme (**Chapitre 2.**).

Chapitre 1 – L’étanchéité de la séparation des pouvoirs au service de la promotion de la garantie des droits

318. Pragmatique, le Conseil retient une conception étanche du principe de séparation des pouvoirs lorsqu’elle peut être mise au service de l’indépendance du pouvoir juridictionnel et, partant, de la garantie des droits. Cette protection du pouvoir juridictionnel se manifeste par une étanchéité de la séparation des pouvoirs au service de la protection des organes juridictionnels (**Section 1.**) et des fonctions juridictionnelles (**Section 2.**).

Section 1 – Une étanchéité quasi absolue au service de la protection de l’indépendance du juge

319. L’indépendance du pouvoir juridictionnel n’est pas absolue, dans la mesure où les juridictions ne bénéficient pas du principe de l’autonomie financière⁷⁶³. F. Hourquebie regrette ainsi que « depuis 2001 désormais, la loi organique sur la loi de finances (LOLF) a introduit une culture de résultats dans l’administration en corrélant les moyens budgétaires à un certain nombre d’objectifs à atteindre, le respect de ces derniers étant mis en évidence dans le cadre d’indicateurs de performance. La justice, entendue comme une politique publique, n’échappe pas à cette évaluation et, dès lors, se trouve prise entre deux impératifs *a priori* contradictoires : d’un côté, l’idéal de qualité et d’efficacité en vue de satisfaire au mieux la demande du justiciable ; de l’autre, l’impératif du coût et de l’optimisation des moyens destinés à satisfaire les décideurs publics dans l’optique d’une mesure de la performance »⁷⁶⁴. Néanmoins, personne depuis 1958 n’a jamais considéré que les pouvoirs politiques ont usé de la contrainte financière afin d’influencer ou de soumettre le pouvoir juridictionnel. La définition des crédits accordés à la Justice ne permet pas de cibler un juge ou une juridiction en particulier, l’absence d’une telle atteinte à l’indépendance des juridictions tient donc certainement moins à la vertu des pouvoirs politiques qu’à l’impossible usage de la « menace budgétaire » comme arme visant à faire pression sur le juge⁷⁶⁵. Par conséquent, l’absence de

⁷⁶³ Voir le Chapitre 1 de la Partie 1.

⁷⁶⁴ F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁶⁵ Cette considération peut d’ailleurs expliquer que le Conseil n’ait pas jugé nécessaire d’intégrer les organes juridictionnels dans le champ d’application du principe d’autonomie financière des pouvoirs publics (voir *supra*, chapitre premier de cette thèse).

protection constitutionnelle de leur autonomie financière ne semble pas, en elle-même, mettre en cause l'indépendance des juridictions.

320. La question de l'autonomie financière n'est d'ailleurs qu'une des facettes de la problématique plus générale de l'indépendance des juridictions, et l'analyse de la jurisprudence démontre que cette dernière fait l'objet d'une importante protection de la part du juge constitutionnel. En raison de la spécificité des fonctions juridictionnelles, cette protection repose sur un fondement particulier, l'article 16 de la Déclaration de 1789, sur lequel s'appuie progressivement le Conseil afin de découvrir un principe constitutionnel d'indépendance des juridictions (§1.). Ce principe est le vecteur de l'application d'une conception étanche du principe de séparation des pouvoirs aux relations – organiques – entre les pouvoirs juridictionnel et politiques⁷⁶⁶, et le Conseil s'assure systématiquement de ce que les dispositions législatives soumises à son contrôle respectent les principes d'indépendance des juridictions et de séparation des pouvoirs (§2.).

§1 – Vers un fondement unique du principe d'indépendance des juridictions

321. Aujourd'hui, la nécessité de protéger l'indépendance du juge apparaît comme une évidence. Il n'en a pourtant pas toujours été ainsi. En effet, la fin de l'Ancien Régime marque le début d'une longue culture française d'hostilité au juge, qui sera confortée d'abord par l'exercice autoritaire du pouvoir, puis par le légicentrisme sous les III^e et IV^e Républiques⁷⁶⁷. La Constitution de 1958 semble amorcer un premier pas dans le sens de la reconnaissance d'une véritable indépendance de la Justice. Pourtant, il ne s'agit que d'une avancée mesurée, dans la mesure où l'article 64, alinéa 1er du texte prévoit que « Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ». La reconnaissance de l'indépendance de la Justice est, à première vue, doublement conditionnée. D'une part, elle ne concerne que l'ordre judiciaire et, d'autre part, elle repose sur une logique contradictoire qui fait d'un pouvoir le gardien de l'indépendance d'un autre pouvoir.

⁷⁶⁶ La question de l'indépendance du pouvoir juridictionnel vis-à-vis d'autres entités que les pouvoirs politiques se pose également, y compris dans la jurisprudence du Conseil (voir not. la décision C.C., n°2013-359 QPC du 13 décembre 2013, Société Sud Radio Services et autre [Mise en demeure par le Conseil supérieur de l'audiovisuel], J.O. du 15 décembre 2013, p. 20432, Rec. p. 1090 ou encore décision C.C., n°2014-704 DC du 11 décembre 2014, Loi relative à la désignation des conseillers prud'hommes, J.O. du 19 décembre 2014, p. 21436, cons. 15 à 17), mais ne relève pas du champ de cette étude.

⁷⁶⁷ Il est toutefois possible de noter que la Constitution du 27 octobre 1946 mentionnait déjà l'indépendance des magistrats, laquelle était placée sous le contrôle du Conseil supérieur de la magistrature (article 84, al. 2).

322. Le Conseil constitutionnel a toutefois renforcé la protection organique du pouvoir juridictionnel en découvrant le principe d'indépendance des juridictions. Ce faisant, il élève la protection de l'indépendance des deux ordres de juridictions au même niveau de nécessité, et cet élément semble constituer un premier indice de ce que le Conseil considère l'ensemble juridictionnel comme un pouvoir. Le choix du Conseil de fonder l'indépendance des différents juges sur des dispositions constitutionnelles distinctes⁷⁶⁸ devrait alors progressivement céder la place à un fondement unique, l'article 16 de la Déclaration de 1789 (A.). Signal fort en faveur de l'existence d'un pouvoir juridictionnel, le choix de l'article 16 de la Déclaration de 1789 comme fondement unique au principe de l'indépendance des juridictions serait d'autant plus souhaitable qu'il traduit parfaitement la spécificité du pouvoir juridictionnel (B.).

A. Le recours souhaitable à l'article 16 de la Déclaration de 1789 comme fondement du principe de l'indépendance en vue de la reconnaissance implicite d'un pouvoir juridictionnel

323. Timide à ses débuts, le Conseil constitutionnel n'a d'abord contrôlé la conformité des dispositions législatives soumises à son contrôle qu'au regard du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire affirmé par l'article 64 de la Constitution. Ce n'est que dans un second temps qu'il a étendu cette garantie de l'indépendance à l'ordre juridictionnel administratif. Pour ce faire, il a usé d'un fondement différent, un principe fondamental reconnu par les lois de la République (P.F.R.L.R.). Cette dualité de fondement n'est pas surprenante, elle correspond à la dualité juridictionnelle établie de longue date en France (1.). Or, cette dualité de fondement semble en passe d'être abandonnée au profit d'un fondement unique : l'article 16 de la Déclaration de 1789. Cette solution, plus simple, permettrait en outre de parachever la reconnaissance jurisprudentielle d'un pouvoir juridictionnel (2.).

1. La dualité actuelle du fondement de l'indépendance et la dualité de juridiction

324. La Constitution ne prévoit expressément que l'indépendance de l'un des deux ordres de juridiction. L'alinéa 1^{er} de son article 64 énonce en effet que « le Président de la République est le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ». Cette disposition reprend

⁷⁶⁸ A savoir l'article 64 de la Constitution, le PFRLR de l'indépendance des magistrats administratifs et l'article 16 de la Déclaration, voir *infra*.

en fait une prescription de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958⁷⁶⁹, laquelle prévoyait notamment que « 4° L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles ». L'article 64 de la Constitution de 1958 poursuit en déclarant qu' « une loi organique porte statut des magistrats »⁷⁷⁰ afin de garantir l'indépendance de l'autorité judiciaire.

A l'occasion du contrôle de ladite loi organique, le Conseil a commencé par rappeler les principes d'indépendance et d'inamovibilité des magistrats du siège, garantis par les alinéas 1 et 4 de l'article 64 de la Constitution⁷⁷¹, puis a déduit de ces dispositions que l'indépendance ainsi garantie aux magistrats est « nécessaire à l'exercice de l'autorité judiciaire »⁷⁷². Enfin, il a conclu à la censure de l'une des dispositions de la loi organique, jugée « incompatible (...) avec le principe de l'indépendance des juges tel qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution »⁷⁷³. De ce point de vue, le choix de l'article 64 de la Constitution comme fondement de l'indépendance des magistrats du siège pose un problème de cohérence. En effet, la disposition constitutionnelle prévoit « l'indépendance de l'autorité judiciaire » qui comprend, selon le Conseil, les magistrats du siège et ceux du parquet⁷⁷⁴, mais le principe de l'indépendance des juridictions tel qu'énoncé par le Conseil bénéficie aux seuls magistrats du siège, en raison du lien organique entre le Parquet et la Chancellerie.

325. Il n'en demeure pas moins que seuls les juridictions judiciaires et les magistrats du siège qui les composent semblaient appelés à bénéficier d'un principe constitutionnel d'indépendance, dont le fondement textuel est plus qu'évident. En effet, bien que la Constitution mentionne désormais le Conseil d'Etat comme juridiction suprême de l'ordre

⁷⁶⁹ Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution.

⁷⁷⁰ Article 64, alinéa 3 de la Constitution.

⁷⁷¹ Décision C.C., n°70-40 DC du 9 juillet 1970, Loi organique relative au statut des magistrats, J.O. du 17 juillet 1970, p. 6773, Rec. p. 25, cons. 1.

⁷⁷² Décision C.C., n°70-40 DC, préc., cons. 2.

⁷⁷³ Décision C.C., n°70-40 DC, préc., cons. 4.

⁷⁷⁴ Décision C.C., n°93-326 DC du 11 août 1993, Loi modifiant la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de procédure pénale, J.O. du 15 août 1993, p. 11599, Rec. p. 217, cons. 5 ; décision C.C., n°2002-461 DC du 29 août 2001, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, J.O. du 10 septembre 2002, p. 14953, Rec. p. 204, cons. 74. ; décision C.C., n°2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.O. du 10 mars 2004, p. 4637, Rec. p. 66, cons. 98. Il existe deux manières de mettre un terme à cette position paradoxale. Ou bien les magistrats du parquet relèvent de l'autorité judiciaire, et il convient de faire en sorte qu'ils bénéficient de la même indépendance que leurs homologues du siège, ou bien on considère qu'ils ne sont pas – et n'ont pas d'intérêt particulier à être – indépendants, et il convient d'acter cette absence d'indépendance en cessant de les rattacher à l'autorité judiciaire et, partant, au pouvoir juridictionnel.

administratif⁷⁷⁵, elle ne fait aucunement état de la nécessité d'assurer son indépendance⁷⁷⁶. Le Conseil constitutionnel aurait donc pu se contenter d'exiger le respect par les pouvoirs politiques de l'indépendance des seules juridictions de l'ordre judiciaire. Ce faisant, il aurait contribué à l'émergence non d'un pouvoir juridictionnel, mais d'un pouvoir judiciaire, l'ordre administratif demeurant cette « excroissance » de l'Exécutif à l'indépendance incertaine. Mais ce n'est pas le choix qu'a opéré le juge constitutionnel. En effet, dix années après avoir censuré pour la première fois une disposition au regard du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire, le Conseil a été amené à contrôler une loi de validation⁷⁷⁷. A cette occasion, les requérants estimaient que la pratique des validations législatives constituent « une intervention du législateur dans le fonctionnement de la justice et (est) contraire au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs »⁷⁷⁸. Ils invoquaient alors pour la première fois une atteinte à « l'indépendance de la justice » – et non à l'indépendance de l'autorité judiciaire – arguant de ce que « cette loi serait de nature à entraîner le rejet de recours actuellement pendants devant la juridiction administrative »⁷⁷⁹. Dès lors, dans la mesure où le principe de l'indépendance des juridictions administratives ne saurait trouver son fondement dans une disposition spécifique de la Constitution, les requérants devaient, afin de s'assurer que le Conseil fasse droit à leur prétention, trouver un autre fondement susceptible de justifier la censure de la disposition. C'est alors le principe de séparation des pouvoirs, contenu dans l'article 16 de la Déclaration de 1789, que les députés et sénateurs saisissants ont identifié comme le fondement de l'indépendance de la Justice ou, à tout le moins, des juridictions administratives.

326. Cette décision était l'occasion pour le Conseil d'étendre l'exigence d'indépendance aux juridictions administratives, ce qu'il n'a pas manqué de faire. Il a en effet estimé « qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions

⁷⁷⁵ Plus précisément, c'est le Conseil d'Etat qui est mentionné par le texte constitutionnel, mais il est possible de considérer que, par extension, l'ensemble des juridictions administratives bénéficie de cette constitutionnalisation.

⁷⁷⁶ Les deux seules dispositions de la Constitution qui font mention du Conseil d'Etat en tant que juridiction – les articles 61-1 et 74 – ne font en effet mention d'aucune exigence d'indépendance.

⁷⁷⁷ Décision C.C., n°80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs, J.O. du 24 juillet 1980, p. 1868, Rec. p. 46.

⁷⁷⁸ Décision C.C., n°80-119 DC, préc., cons. 5.

⁷⁷⁹ Décision C.C., n°80-119 DC, préc., cons. 5.

est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions»⁷⁸⁰. Le Conseil a donc accepté, à la demande des requérants, de faire bénéficier les juridictions administratives de l'exigence constitutionnelle d'indépendance qui, jusque là, bénéficiait aux seules juridictions judiciaires. La formulation de la décision indique qu'il n'existe pas un principe de l'indépendance des juridictions administratives qui viendrait trouver sa place aux côtés du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Pour le Conseil, il y a un unique principe d'indépendance, qui bénéficie à l'ensemble des juridictions, quel que soit l'ordre dont elles relèvent. Mais, si le Conseil a identifié un unique principe qui bénéficie aux deux ordres juridictionnels, il a en revanche estimé que ce principe repose sur deux fondements distincts, en fonction de l'ordre juridictionnel dont il s'agit. Ainsi, le fondement de l'indépendance de l'autorité judiciaire demeure l'article 64 de la Constitution, quand le fondement de l'indépendance de la juridiction administrative est un P.F.R.L.R. qui trouverait son origine dans une loi du 24 mai 1872⁷⁸¹.

327. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a donc rejeté l'hypothèse d'un fondement unique au principe d'indépendance des juridictions. Ce faisant, il a retenu une solution en adéquation avec la culture juridique française, fortement marquée par le dualisme juridictionnel. La jurisprudence ultérieure laisse toutefois penser que cette solution est, à court ou moyen terme, amenée à évoluer. Il semblerait en effet que le Conseil soit tenté de recourir au seul article 16 de la Déclaration de 1789 afin de fonder le principe de l'indépendance de l'ensemble des juridictions. Ce faisant, le juge constitutionnel donnerait un signal fort en faveur de l'existence d'un pouvoir juridictionnel. Il résoudrait également la contradiction contenue dans l'article 64 de la Constitution⁷⁸² car, en fondant l'indépendance du pouvoir juridictionnel sur l'article 16 de la Déclaration de 1789, seul le magistrat qui juge – et assure la garantie des droits – a besoin d'être indépendant. Le Conseil pourrait ainsi cesser d'inclure dans le champ d'application du principe d'indépendance des juridictions les magistrats du parquet.

⁷⁸⁰ Décision C.C., n°80-119 DC, préc., cons. 6. Voir également la décision C.C., n°89-271 DC du 11 janvier 1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, J.O. du 13 janvier 1990, p. 573, Rec. p. 21, cons. 6 et la décision C.C., n°2001-448 DC du 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances, J.O. du 2 août 2001, p. 12490, Rec. p. 99, cons. 105.

⁷⁸¹ Il s'agit de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat, qui rend à ce dernier la justice déléguée.

⁷⁸² Voir *supra*.

2. L'évolution probable vers un fondement unique et la consécration implicite d'un pouvoir juridictionnel

328. La solution du Conseil constitutionnel, dégagée en 1980 et consistant à faire découler le principe de l'indépendance des juridictions d'un fondement distinct pour chacun des ordres juridictionnels a perduré un certain temps⁷⁸³ avant que le Conseil ne paraisse la remettre en cause. Dans une décision du 20 février 2003, il a en effet estimé que les « exigences d'indépendance et d'impartialité du juge (...) découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »⁷⁸⁴. A première vue, le Conseil semble avoir voulu mettre un terme à la dualité de fondement de la protection constitutionnelle de l'indépendance des juridictions, et ce au profit d'un fondement unique : l'article 16 de la Déclaration de 1789. Plusieurs motivations pourraient être à l'origine d'un tel changement. Le Conseil aurait d'abord pu estimer que, dans la mesure où l'activité juridictionnelle est identique pour tous les juges – qu'ils relèvent de l'ordre judiciaire ou administratif –, il est préférable de fonder l'indépendance de l'ensemble des juges et juridictions sur un même fondement. Le Conseil constitutionnel, en renonçant à fonder l'indépendance de la juridiction administrative sur un P.F.R.L.R., aurait également pu vouloir renforcer la protection de l'ordre administratif, parfois qualifié de « "maillon faible" de la dualité des juridictions »⁷⁸⁵. En tout état de cause, quelle que soit la raison ayant motivé le Conseil, l'article 16 de la Déclaration de 1789 serait devenu l'unique fondement constitutionnel de l'indépendance des juridictions.

329. Or, cette analyse, bien que fort séduisante, ne résiste pas à un examen plus poussé de la jurisprudence constitutionnelle. En effet, si le P.F.R.L.R. découvert en 1980 en tant que fondement de l'indépendance du juge administratif n'est plus invoqué dans la jurisprudence constitutionnelle, ce n'est pas parce que le Conseil y a renoncé, mais parce qu'il n'a plus eu, depuis 2003, à se prononcer sur une disposition mettant en cause l'indépendance du juge administratif⁷⁸⁶. L'usage croissant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ne doit donc pas être analysé comme une unification du fondement de l'indépendance des juridictions mais, au contraire, comme une diversification de ce dernier. Il constitue en effet, dans la jurisprudence constitutionnelle, un troisième fondement à ce principe, aux côtés de l'article 64 et du

⁷⁸³ Voir les décisions C.C., n°89-271 DC du 11 janvier 1990, préc., cons. 6 et décision C.C., n°2001-448 DC, préc., cons. 105.

⁷⁸⁴ Décision C.C., n°2003-466 DC, du 20 février 2003, Loi organique relative aux juges de proximité, J.O. du 27 février 2003, p. 3480, Rec. p. 156, cons. 23.

⁷⁸⁵ A. Van Lang, « Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité », *A.J.D.A.*, 2005, n°33, p. 1761.

⁷⁸⁶ Réserve faite des dispositions de validation d'actes administratifs, que le Conseil examine à la seule lumière de l'article 16 de la Déclaration, voir *infra*.

P.F.R.L.R. Plus précisément, l'article 16 de la Déclaration constitue dans de nombreuses décisions le fondement de l'indépendance d'une catégorie spécifique de magistrats : les magistrats non-professionnels⁷⁸⁷. Par la suite, le Conseil, afin de fonder sa propre indépendance, a identifié un quatrième fondement en estimant « qu'il résulte de l'ensemble des dispositions du titre VII de la Constitution que le constituant a entendu garantir l'indépendance du Conseil constitutionnel »⁷⁸⁸.

330. Ainsi, si le Conseil a aujourd'hui renoncé à la dualité des fondements de l'indépendance des juges et des juridictions, ce n'est pas au profit d'un fondement unique, mais au profit d'une diversité de fondements. On ne saurait pourtant se satisfaire de ce constat. D'abord, parce qu'il entraîne une certaine complexité de la jurisprudence, à laquelle la solution consistant à faire de l'article 16 de la Déclaration le seul fondement de l'indépendance des juridictions pourrait remédier. Ensuite, parce que l'examen de décisions relatives à l'indépendance des juridictions révèle que l'usage de l'article 16 ne se limite pas à fonder l'indépendance des magistrats non-professionnels. En effet, dans certaines décisions dans lesquelles les dispositions législatives soumises au contrôle du Conseil ne concernent que l'indépendance des juges judiciaires – professionnels – ce dernier s'appuie à la fois sur l'article 64 de la Constitution et sur l'article 16 de la Déclaration⁷⁸⁹. Or, ces décisions ont un point commun. Dans chacune d'entre elles, le Conseil ne se contente pas de s'assurer que la disposition législative contrôlée apporte des garanties suffisantes d'indépendance aux magistrats judiciaires, il constate et censure l'existence d'une atteinte d'une autorité administrative à l'indépendance de ces magistrats. L'article 16 de la Déclaration de 1789

⁷⁸⁷ Ces magistrats non-professionnels, dont l'indépendance est exigée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 peuvent alors siéger dans une juridiction judiciaire (décision C.C., n°2003-466 DC, préc. ; décision C.C., n°2010-10 QPC du 2 juillet 2010, Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux], J.O. du 3 juillet 2010, p. 12120, Rec. p. 131 ; décision C.C., n°2010-110 QPC du 25 mars 2011, Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale], J.O. du 26 mars 2011, p. 5406, Rec. p. 160, ou dans une juridiction administrative (décision C.C., n°2012-250 QPC du 8 juin 2012, M. Christian G. [Composition de la commission centrale d'aide sociale], J.O. du 9 juin 2012, p. 9794, Rec. p. 281). Certains commentaires officiels confirment par ailleurs cette interprétation : Commentaire officiel de la décision C.C., n°2010-10 QPC, préc., p. 6, ou encore commentaire officiel de la décision C.C., n°2010-110 QPC, préc., p. 6.

⁷⁸⁸ Décision C.C., n°2008-566 DC du 9 juillet 2008, Loi organique relative aux archives du Conseil constitutionnel, J.O. du 11 juillet 2008, p. 11328, Rec. p. 338, cons. 6.

⁷⁸⁹ Décision C.C., n°2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, J.O. du 6 mars 2007, p. 4230, Rec. p. 86, cons. 4, 7 et 11 ; décision C.C., n°2008-562 du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, J.O. du 26 février 2008, p. 3272, Rec. p. 89, cons. 34 ; décision C.C., n°2011-626 DC du 29 mars 2011, Loi organique relative au Défenseur des droits, J.O. du 30 mars 2011, p. 5507, Rec. p. 165, cons. 16 ; décision C.C., n°2012-236 QPC du 20 avril 2012, Mme Marie-Christine J. [Fixation du montant de l'indemnité principale d'expropriation], J.O. du 21 avril 2012, p. 7197, Rec. p. 211, cons. 4 ; décision C.C., n°2014-423 QPC du 24 octobre 2014, M. Stéphane R. et autres [Cour de discipline budgétaire et financière], J.O. du 26 octobre 2014, p. 17776, cons. 9 et s.

semble donc servir de « renfort » au fondement classique de l'indépendance de l'autorité judiciaire lorsqu'il est manifestement porté atteinte à l'indépendance des magistrats professionnels par l'un des pouvoirs politiques. Plus significatif est le cas des décisions portant sur des dispositions de validations législatives, dans lesquelles le Conseil utilise désormais comme seule norme de référence l'article 16 de la Déclaration⁷⁹⁰, bien que le recours à cette unique disposition s'explique surtout par le fait que les validations législatives portent atteinte tant à la séparation des pouvoirs qu'à la garantie des droits⁷⁹¹. Enfin, le choix de l'article 16 comme unique fondement de l'indépendance des juridictions aurait pour mérite de prendre acte, dans la jurisprudence et une bonne fois pour toutes, de l'existence d'un véritable pouvoir juridictionnel.

331. Il est ainsi soutenable que le Conseil se dirige progressivement vers la reconnaissance d'un fondement unique au principe de l'indépendance de l'ensemble des juridictions. Pour ce faire, le choix de l'article 16 de la Déclaration de 1789 est parfaitement adapté.

B. Le recours souhaitable à l'article 16 de la Déclaration de 1789 comme fondement du principe d'indépendance des juridictions : la fonction juridictionnelle au confluent du principe de séparation des pouvoirs et de la garantie des droits

332. L'article 16 de la Déclaration de 1789 apparaît comme un fondement « sur mesure » pour le principe de l'indépendance des juridictions, en ce qu'il recouvre deux éléments : le principe de séparation des pouvoirs, et la garantie des droits (1.). La pertinence de ce double ancrage du principe s'explique aisément, dans la mesure où l'indépendance du pouvoir juridictionnel, bien plus directement que celle des pouvoirs politiques, est nécessaire à la garantie des droits. La spécificité de la fonction juridictionnelle place donc la problématique de son indépendance au confluent des deux volets de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (2.).

⁷⁹⁰ Voir not. décision C.C., n°99-422 DC, du 21 décembre 1999, Loi de financement pour la sécurité sociale pour 2000, J.O. du 30 décembre 1999, p. 19730, Rec. p. 143, cons. 64 et 65 et décision C.C., n°99-425 DC du 29 décembre 1999, Loi de finances rectificative pour 1999, J.O. du 31 décembre 1999, p. 20012, Rec. p. 168, cons. 8.

⁷⁹¹ Voir *infra*.

1. La dualité intrinsèque du principe de l'indépendance des juridictions

333. Les deux volets de l'article 16 de la Déclaration de 1789, à savoir la séparation des pouvoirs et la garantie des droits, sont des volets distincts et *a priori* autonomes. Cette dualité emporte nécessairement l'imprécision de la mention de l'article 16 comme fondement d'un principe à valeur constitutionnelle, ce dernier pouvant être fondé sur la séparation des pouvoirs, sur la garantie des droits, ou encore sur la combinaison de ces deux volets. L'interrogation consistant à se demander si le principe de l'indépendance des juridictions relève de l'un de ces deux volets – ou de leur combinaison – n'est pas une question purement rhétorique. En effet, si le volet séparation des pouvoirs constitue le fondement du principe, il devient possible d'en déduire que la Justice *est* un pouvoir. En revanche, si c'est le volet garantie des droits qui en constitue le fondement, il est possible d'affirmer que le principe de l'indépendance des juridictions n'est qu'un instrument au service de la garantie des droits.

334. A première vue, c'est le principe de séparation des pouvoirs qui semble être le fondement le plus approprié du principe d'indépendance des juridictions. De par l'histoire de la théorie dont il est né, d'abord. Ainsi, C. Lazerges estime que « la sauvegarde de la liberté est le fondement premier de la séparation des pouvoirs. Cette exigence de sauvegarde de la liberté, nous dit encore Montesquieu, n'est satisfaite que lorsque le mode de gouvernement préserve l'indépendance du juge d'où ce lien si étroit entre la séparation des pouvoirs et l'indépendance des magistrats »⁷⁹². Le principe de séparation des pouvoirs est également adapté comme fondement du principe de l'indépendance des juridictions au vu de la jurisprudence constitutionnelle. En effet, dans le cadre de la séparation entre les pouvoirs politiques, le Conseil a fait du principe de séparation des pouvoirs un instrument destiné à assurer une véritable indépendance organique et fonctionnelle des pouvoirs politiques⁷⁹³. Nul doute que le même principe puisse également jouer ce rôle entre les pouvoirs politiques et le pouvoir juridictionnel. En outre, les conséquences contentieuses tirées par le Conseil du principe de l'indépendance des juridictions confirment, si besoin est, la parenté entre ce dernier et le principe de séparation des pouvoirs. Il résulte en effet de l'exigence d'indépendance des juridictions que « ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus

⁷⁹² C. Lazerges, « Indépendance de la magistrature et séparation des pouvoirs », allocution prononcée à l'occasion du colloque organisé à Pérouse le 22 mai 2009.

⁷⁹³ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1.

qu'aucune autorité administrative » ne peuvent empiéter sur les fonctions des juridictions⁷⁹⁴, ou encore qu' « il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence »⁷⁹⁵. Il s'agit là des mêmes « codes » qui présidaient au traitement jurisprudentiel du principe de séparation entre les pouvoirs politiques, dans la mesure où il est question de protéger le pouvoir juridictionnel des interventions des autres pouvoirs. Dans un certain sens, il est ainsi possible de dire que la Justice est un pouvoir « comme les autres ». A première vue, le principe de séparation des pouvoirs apparaît donc comme le fondement le plus approprié du principe d'indépendance des juridictions, si ce n'est lorsque ce dernier est employé afin de juger de l'indépendance de magistrats non-professionnels vis-à-vis d'entités qui ne relèvent en aucun cas d'un « pouvoir », comme les organisations professionnelles⁷⁹⁶ ou les entreprises⁷⁹⁷.

335. Mais il est également possible d'imaginer que la garantie des droits puisse constituer un fondement à l'indépendance des juridictions. Car faire en sorte que le juge soit pleinement en mesure de régler un litige sans subir l'influence des pouvoirs politiques apparaît également comme une condition de la garantie des droits. Cette dernière se verrait en effet fortement contrariée si le justiciable n'était pas assuré de voir ses litiges réglés de la même manière que ceux des autres justiciables, ou si le pouvoir politique faisait fi des lois et dictait arbitrairement au juge la solution à un litige. Il apparaît donc que l'indépendance des juridictions est à la fois le corollaire du principe de séparation des pouvoirs, mais également l'une des conditions de la garantie des droits. Dès lors, la question se pose de savoir si la possibilité du rattachement aux deux volets de l'article 16 de la Déclaration de 1789 est une caractéristique propre au principe de l'indépendance des juridictions. Car pour certains, c'est « le droit constitutionnel tout entier (qui) est pour la garantie des libertés »⁷⁹⁸. Il en découle que tout rattachement contentieux d'un principe ou d'une exigence à valeur constitutionnelle au premier volet de l'article 16, à savoir le principe de séparation des pouvoirs, induirait nécessairement un rattachement logique au second volet de la disposition, c'est-à-dire à la garantie des droits. Cette hypothèse s'inscrit par ailleurs dans le postulat plus général selon

⁷⁹⁴ Voir not. décision C.C., n°89-271 DC, préc., cons. 6 ; décision C.C., n°2007-551 DC, préc., cons. 10 ; décision C.C., n°2008-562 DC, préc., cons. 33 ou encore décision C.C., n°2012-236 QPC, préc., cons. 4.

⁷⁹⁵ Voir not. décision C.C., n°80-119 DC, préc., cons. 6.

⁷⁹⁶ Décision C.C., n°2010-76 QPC du 3 décembre 2010, M. Roger L. [Tribunaux des affaires de sécurité sociale (TASS)], J.O. du 4 décembre 2010, p. 21360, Rec. p. 364, cons. 9.

⁷⁹⁷ Décision C.C., n°2012-241 QPC du 4 mai 2012, EURL David Ramirez [Mandat et discipline des juges consulaires], J.O. du 5 mai 2012, p. 8016, Rec. p. 236, cons. 22-27.

⁷⁹⁸ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1929, p. 702.

lequel la séparation des pouvoirs ne serait finalement qu' « une des principales garantie des droits »⁷⁹⁹. Dans cette optique, la séparation et l'organisation des pouvoirs, y compris des pouvoirs politiques, n'a d'autre fin que d'écarter tout risque d'arbitraire afin de garantir la liberté. C'est ce qui ressort notamment d'une étude menée par A. Roblot-Troizier, pour qui « la séparation des pouvoirs a toujours connu une dimension autre que purement institutionnelle : le principe n'est pas seulement un principe d'organisation des pouvoirs publics, il est aussi et avant tout un principe protecteur des citoyens. La finalité de la théorie de la séparation des pouvoirs est bien celle-là : préserver la liberté des individus en luttant contre les tendances naturellement despotiques du pouvoir »⁸⁰⁰. P. Rolland rappelle également que « les constituants de 1789 ne pensaient pas autrement (...) lorsqu'ils lièrent, dans l'article 16 de la Déclaration, garantie des droits, séparation des pouvoirs et constitution ». Mais l'auteur d'ajouter aussitôt que « cette conception très large de la garantie, qui tend à se confondre avec la Constitution entendue au sens moderne, n'est pas fausse, mais elle ne rend pas compte de toute la réalité »⁸⁰¹.

En particulier, le lien effectué de manière indifférenciée par la doctrine entre principe de séparation des pouvoirs et garantie des droits, faisant du premier un instrument de la seconde ne convainc pas. Car cette affirmation doctrinale implique que toutes les séparations des pouvoirs, ou plutôt toutes les implications contentieuses du principe de séparation des pouvoirs, participent au même titre à la garantie des droits. Or, le lien entre séparation des pouvoirs et garantie des droits revêt une acuité différente en fonction de la séparation des pouvoirs dont il s'agit. Une atteinte ponctuelle à la séparation entre les pouvoirs politiques, aussi regrettable qu'elle soit, n'entraîne pas nécessairement une atteinte à la garantie des droits. En revanche, la fonction occupée par le pouvoir juridictionnel emporte, de manière quasi-certaine, la survenance d'une atteinte aux droits et libertés suite à la méconnaissance de la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel.

⁷⁹⁹ R. Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *C.C.C.*, 2014, n°44, p. 20.

⁸⁰⁰ A. Roblot-Troizier, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, 2012, n°143, p. 101. Sur ce point, voir également R. Chapus, pour lequel « Il ne faut pas s'étonner que garantie des droits et séparation des pouvoirs soient conjointes dans l'article 16 de la Déclaration et présentées comme étant, l'une et l'autre, les conditions de l'existence d'une constitution, c'est-à-dire d'une constitution légitime, parce qu'étant celle de la liberté. Pour les auteurs de la Déclaration, la séparation des pouvoirs est la première condition de la garantie des droits. (...) Cette conviction que les droits de l'homme et du citoyen trouvent la première condition de leur garantie dans la détermination de la séparation des pouvoirs est prolongée dans la Déclaration par diverses dispositions, les unes se rapportant à des questions particulières, une autre ayant une portée générale qu'il importera de concrétiser » (R. Chapus, « Les fondements de l'organisation de l'Etat définis par la déclaration de 1789 et leurs prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence : colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, PUF, Paris, 1989, p. 199).

⁸⁰¹ P. Rolland, « La garantie des droits », *Droits fondamentaux*, n°3, 2003, p. 179.

336. C'est donc bien la combinaison des deux volets de l'article 16 qui doit constituer le fondement du principe d'indépendance des juridictions. Ce double ancrage est d'ailleurs révélateur de la spécificité de la fonction juridictionnelle et, partant, de la Justice en tant que pouvoir.

2. Une dualité révélatrice de la spécificité de la fonction juridictionnelle

337. La possibilité du rattachement de la protection du pouvoir juridictionnel aux deux volets de l'article 16 de la Déclaration de 1789 témoigne de la spécificité de la fonction juridictionnelle. Elle est perceptible à travers plusieurs éléments.

En premier lieu, elle est visible à travers le principe du droit au juge. D'abord consacré par les cours européennes « comme élément de l'Etat de droit, avec assez de force pour que l'on puisse y voir un droit fondamental du citoyen européen »⁸⁰² et composante du droit à un procès équitable⁸⁰³ le Conseil n'en a fait un principe constitutionnel qu'en 1993⁸⁰⁴. Or, P. Terneyre a écrit que « le fondement constitutionnel le plus fort du droit au juge réside vraisemblablement dans l'article 16 de la Déclaration de 1789. (...) De fait, s'agissant en premier lieu de la garantie des droits, on peut avancer le syllogisme suivant premièrement, la garantie des droits et libertés est un principe à valeur constitutionnelle ; or, deuxièmement, sans droit au juge dans une société de droit, la garantie des droits n'est point assurée ; donc, troisièmement, toute loi qui porterait atteinte au droit de toute personne à un juge serait contraire au principe constitutionnel de garantie des droits. A notre sens, c'est là le fondement le plus pertinent du droit au juge en droit constitutionnel français. Mais, en second lieu, si cela était nécessaire, on pourrait également ajouter avec F. Luchaire que le droit à la justice a aussi comme fondement constitutionnel la séparation des pouvoirs, énoncée à l'article 16 de la DDHC. "En effet, l'existence d'un pouvoir judiciaire suppose que chacun puisse avoir accès à la justice et obtenir d'elle une décision juridictionnelle" »⁸⁰⁵. Ainsi, le droit au juge montre bien que la protection du pouvoir juridictionnel découle tant de la garantie des droits que du principe de séparation des pouvoirs.

⁸⁰² J. Dutheil de la Rochère, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs*, 2001/1, n°96, p. 124. Voir la décision Cour E.D.H., 21 février 1975, Golder c/ R.U., n°4451/70 et les décisions C.J.U.E., 9 mars 1978, Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal, n°106/77 et C.J.U.E., 16 décembre 1976, Rewe et Comet, n°33/76 et 45/76.

⁸⁰³ Voir S. Guinchard (dir.), *Droit processuel. Droit commun du procès*, Dalloz, Paris, 2001, 976 p.

⁸⁰⁴ Décision C.C., n°93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, J.O. du 18 août 1993, p. 11722, Rec. p. 224, cons. 3.

⁸⁰⁵ P. Terneyre, « Le droit constitutionnel au juge », *L.P.A.*, 1991, n°145, p. 6.

En second lieu, il est possible d'invoquer l'usage de l'article 16 de la Déclaration de 1789 dans le cadre du contentieux de la Q.P.C. En effet, le plus souvent, lorsque cette disposition sert de norme de référence afin de s'assurer qu'une disposition législative en vigueur n'est pas contraire « aux droits et libertés que la Constitution garantit »⁸⁰⁶, il est question de préserver le pouvoir juridictionnel et l'exercice par ce dernier de sa fonction dans de bonnes conditions. Il s'agit en effet le plus souvent pour le Conseil constitutionnel de s'assurer que le législateur n'a pas méconnu le droit au recours⁸⁰⁷, le droit à une procédure juste et équitable⁸⁰⁸ ou encore les principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions⁸⁰⁹. Le fait que la mise en œuvre d'une procédure intimement liée à l'objectif constitutionnel de garantie des droits ait essentiellement pour objet la protection du pouvoir juridictionnel montre bien que cette dernière est liée tant au premier qu'au second volet de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

En troisième lieu, la très grande majorité de la doctrine tient aujourd'hui pour acquis le lien entre juge et garantie des droits. Ainsi, T. Renoux souligne que « le statut des magistrats est devenu un indice révélateur du niveau de démocratie atteint par un Etat ou un ensemble d'Etat »⁸¹⁰. M.-J. Redor arrivait à la même conclusion en notant que « l'idée que le droit et le juge sont les meilleurs garants des droits et libertés resurgit dans le discours actuel sur le Conseil constitutionnel »⁸¹¹.

⁸⁰⁶ Article 61-1 de la Constitution.

⁸⁰⁷ Voir par exemple la décision C.C., n°2010-2 QPC du 11 juin 2010, Mme Viviane L. [Loi dite 'anti-perruche'], J.O. du 12 juin 2010, p. 10847, Rec. p. 105 ; décision C.C., n°2010-8 QPC du 18 juin 2010, Epoux L. [Faute inexcusable de l'employeur], J.O. du 19 juin 2010, p. 11149, Rec. p. 117 ; décision C.C., n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mme Danielle S. [Hospitalisation sans consentement], J.O. du 27 novembre 2010, p. 21119, Rec. p. 343.

⁸⁰⁸ Voir par exemple la décision C.C., n°2010-62 QPC du 17 décembre 2010, M. David M. [Détention provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention], J.O. du 19 décembre 2010, p. 22372, Rec. p. 400 ; décision C.C., n°2011-156 QPC du 22 juillet 2011, M. Stéphane P. [Dépaysement de l'enquête], J.O. du 23 juillet 2011, p. 12655, Rec. p. 383 ; décision C.C., n°2013-354 QPC du 22 novembre 2013, Mme Charly K., [Imprescriptibilité de l'action du ministère public en négation de la nationalité française], J.O. du 24 novembre 2013, p. 19107, Rec. p. 1040.

⁸⁰⁹ Voir par exemple la décision C.C., n°2010-10 QPC, préc. ; décision C.C. n°2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, Commune de Besançon et autre [Instruction CNI et passeports], J.O. du 23 septembre 2010, p. 17293, Rec. p. 248 ; décision C.C., n°2014-423 QPC, préc.

⁸¹⁰ T. Renoux, « Le statut des magistrats, garant de la démocratie », *L.P.A.*, 2003, n°121, n.p.d.a. 4.

⁸¹¹ M.-J. Redor, « La démocratie dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et dans ses représentations », in *La légitimité de la jurisprudence constitutionnelle*, Economica, N. Molfessis (dir.), Etudes juridiques, Paris, 1999, p. 355-356. De nombreuses contributions peuvent être citées pour étayer ce propos. Voir not. P. Lucas Murillo de la Cueva, « Modèles de gouvernement du pouvoir judiciaire », in *Le rôle du Conseil supérieur de la magistrature, Actes de la réunion multilatérale organisée par le Conseil de l'Europe en collaboration avec le Conseil général du pouvoir judiciaire d'Espagne à Madrid, 9-11 novembre 1993*, Ed. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995, p. 141 ; D. Salas, *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Hachette, Paris, 1998, p. 189 et s. ; T. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire : l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica, Paris, 1984, p. 108 ; B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Editions STH, Paris, 1988, p. 274 et s. ou encore J.-Y. Morin, « Le pouvoir des juges et la démocratie : *Sed quis custodiet ipsos custodes ?* », *Revue juridique Thémis*, vol. 28, n°2 et 3, p. 804 et s.

338. Il découle de ces trois éléments que tant la fonction que les organes juridictionnels occupent une place spécifique dans l'Etat de droit, en ce qu'ils constituent le relai immédiat entre le pouvoir institutionnalisé, d'une part, et la garantie des droits des citoyens, d'autre part. Dès lors, il est parfois délicat de déterminer si un principe relève du volet séparation des pouvoirs ou du volet garantie des droits. C'est le cas du principe de l'indépendance des juridictions. En effet, ce dernier est souvent couplé, dans les décisions du Conseil, avec le principe de l'impartialité des juridictions. Or, il convient d'opérer une distinction entre ces deux principes, qui reposent sur un fondement différent. Si l'indépendance des juridictions semble en effet reposer sur les deux volets de l'article 16, l'impartialité des juridictions découle uniquement de la garantie des droits. Ainsi que le note R. de Gouttes, « l'impartialité est à distinguer de l'indépendance des juges. Est indépendant, celui qui ne subit pas de pressions. Est impartial, celui qui n'a pas de préjugés »⁸¹². Il reprend en cela la distinction établie par S. Guinchard, pour lequel « si le principe de l'indépendance du juge tend à le protéger à l'égard des pressions qu'exerceraient les tiers ou les parties, le principe de l'impartialité tend à protéger les parties contre les dérives du juge »⁸¹³. Ainsi, l'impartialité du juge ne dépend que de lui-même. Le législateur peut, tout au plus, mettre en danger les conditions favorables à cette impartialité en prévoyant par exemple la possibilité pour une juridiction de « disposer de la faculté d'introduire de sa propre initiative une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée »⁸¹⁴ ou que le juge chargé de présider la formation de jugement compétente pour le prononcé de la peine soit le même qui, au préalable, était chargé d'accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé » la personne poursuivie devant la juridiction⁸¹⁵. En revanche, le législateur peut directement porter atteinte à l'indépendance du juge en adoptant une disposition qui permette à un organe politique d'influencer ou de se substituer au juge dans le règlement des litiges. Ainsi, seule la question du respect de l'indépendance des

⁸¹² R. de Gouttes, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité », *R.S.C.*, 2003, n°1, p. 64.

⁸¹³ S. Guinchard, *Droit processuel : droit commun du procès*, Dalloz, Paris, 2001, p. 707.

⁸¹⁴ Décision C.C., n°2012-286 QPC du 7 décembre 2012, Société Pyrénées services et autres [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire], J.O. du 8 décembre 2012, p. 19279, Rec. p. 642 ; décision C.C., n°2013-352 QPC du 15 novembre 2013, Société Mara Télécom et autre [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire en Polynésie française], J.O. du 17 novembre 2013, p. 18694 ; décision C.C. n°2014-386 QPC du 28 mars 2014, Collectivité de Saint-Barthélemy [Dotation globale de compensation], J.O. du 30 mars 2014, p. 6203 ; décision C.C., n°2013-372 QPC du 7 mars 2014, M. Marc V. [Saisine d'office du tribunal pour la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire], J.O. du 9 mars 2014, p. 5036.

⁸¹⁵ Décision C.C., n°2011-147 DC du 8 juillet 2011, M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants], J.O. du 9 juillet 2011, p. 11979, Rec. p. 343.

juridictions se pose vraiment en termes de rapports inter-pouvoirs, et s'inscrit donc dans la logique du principe de séparation des pouvoirs⁸¹⁶.

339. Malgré la transition encore inachevée vers la reconnaissance d'un fondement unique au principe d'indépendance des juridictions, le Conseil n'accorde pas moins une grande attention au respect de ce principe. Le juge constitutionnel s'assure en effet que les dispositions législatives soumises à son contrôle ne méconnaissent pas la séparation organique des pouvoirs en permettant aux pouvoirs politiques de porter atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire.

§2 – L'application rigoureuse du principe d'indépendance des juridictions

340. Afin de préserver l'indépendance du pouvoir judiciaire, il convient de préserver tant celle des juges (A.) que celle des juridictions (B.). Le Conseil s'assure ainsi de ce que les dispositions législatives soumises à son contrôle ne contreviennent ni à l'une, ni à l'autre.

A. La protection de l'indépendance des juges

341. Afin de faire produire un plein effet au principe de l'indépendance des juridictions, le Conseil constitutionnel a entrepris de s'assurer que les dispositions législatives soumises à son contrôle ne portent pas atteinte à l'indépendance du juge, que ce soit au stade de son recrutement (1.) ou, plus tard, au cours de l'exercice de ses fonctions (2.).

1. La protection de l'indépendance du juge au stade de son recrutement

342. A l'occasion du contrôle du respect du principe de l'indépendance des magistrats du siège au stade de leur recrutement, le Conseil s'est prononcé sur la question de leur affectation au sortir de l'École nationale de la magistrature (E.N.M.). Dans la décision du 27 janvier

⁸¹⁶ Sur la distinction entre indépendance et impartialité, voir également L. Milano, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *R.F.D.A.*, 2014, n°6, n.p.d.a. 1119 : Il y a pourtant une distinction à opérer entre les deux notions. Schématiquement, on peut considérer que l'impartialité vise l'absence de pré-jugement dans le processus menant à la décision, qu'elle soit judiciaire ou administrative, l'impartialité étant un principe qui s'impose aux autorités judiciaires mais également à toutes les autorités administratives. L'indépendance, elle se confond souvent avec l'autonomie. (...) L'indépendance dans sa signification procédurale (...) implique l'indépendance vis-à-vis des autres pouvoirs et vis-à-vis de toute pression extérieure ; indépendance qui, en ce sens, est propre au juge est constituée une exigence cardinale de la justice avant toute autre ». Voir également *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2013, 17^{ème} édition : « si l'indépendance est attachée au statut, l'impartialité l'est plutôt au comportement » (p. 31).

1994⁸¹⁷, étaient soumises au contrôle du juge constitutionnel un certain nombre de dispositions complétant le statut de la magistrature⁸¹⁸. Parmi ces dispositions, certaines concernaient les modalités relatives à la détermination de la première affectation des auditeurs. La procédure instituée par le législateur comprend plusieurs temps. D'abord, un classement des auditeurs jugés aptes à exercer des fonctions judiciaires est effectué par un jury, lequel assortit la déclaration d'aptitude d'une « recommandation sur les fonctions que cet auditeur lui paraît le mieux à même d'exercer lors de sa nomination à son premier poste »⁸¹⁹. Ces recommandations sont ensuite adressées au ministre de la Justice ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature (C.S.M.). La disposition précise toutefois « qu'elles ne sauraient lier le Conseil supérieur de la magistrature, à qui il appartient d'émettre en toute indépendance un avis sur les nominations des auditeurs de justice ». Puis les auditeurs font connaître le poste auquel ils souhaitent être nommés. A partir de là, trois hypothèses sont envisageables. Si l'auditeur ne formule aucun choix, une proposition d'affectation est faite d'office et ne peut être refusée, sauf à ce que l'auditeur soit réputé démissionnaire. Si, en revanche, l'auditeur formule un choix, le ministre de la justice saisit pour avis le C.S.M., qui peut – et c'est là la seconde hypothèse - rendre un avis favorable, auquel cas l'auditeur reçoit son affectation, ou rendre – troisième hypothèse - un avis défavorable, auquel le ministre de la Justice ne pourra passer outre que si le choix concerne un emploi du parquet. Pour un emploi du siège, le ministre de la Justice fera une nouvelle proposition après consultation de l'intéressé et un nouvel avis du C.S.M.

Le Conseil a jugé conforme au principe d'indépendance des magistrats le rôle du jury de l'E.N.M., du ministre de la Justice et du C.S.M. dans le choix de la première nomination des auditeurs de justice. Il est possible de s'étonner de ce que la participation d'au moins un de ces acteurs, le ministre de la Justice, n'ait pas suscité d'objection du juge constitutionnel, dans la mesure où, pour les magistrats du siège, elle est susceptible de poser problème au regard du principe d'indépendance des juridictions et, partant, du principe de séparation des pouvoirs. En effet, ce mécanisme fait intervenir l'Exécutif dans la nomination de membres des organes juridictionnels. Pourtant, ainsi que le relève T. Renoux à propos de la désignation des juges, la France a opté pour « le système qui présentait le plus d'avantages pratiques, la nomination par

⁸¹⁷ Décision C.C., n°93-336 DC du 27 janvier 1994, Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, J.O. du 1^{er} février 1994, p. 1773, Rec. p. 47.

⁸¹⁸ C'est l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 qui porte statut de la magistrature.

⁸¹⁹ Article 8 de la loi organique examinée par le Conseil destiné à modifier l'article 21 de l'ordonnance n°58-1270, préc.

le Gouvernement »⁸²⁰. Dès lors, et en l'espèce, trois types de garanties semblent justifier le jugement de conformité du dispositif. Le classement au mérite par le jury de l'E.N.M. et la possibilité pour l'auditeur de formuler un choix en fonction de ce classement, d'abord. Le Conseil a en effet précisé, dans une décision ultérieure, que les capacités des magistrats sont une des garanties de l'indépendance des magistrats, et que la preuve de ces capacités ne peut être apportée que par le biais d'un concours⁸²¹. La troisième garantie réside dans la grande liberté dont bénéficie le C.S.M., à qui il appartient « d'émettre en toute indépendance un avis sur les nominations des auditeurs de justice »⁸²². Le C.S.M. joue en effet un rôle important dans la garantie de l'indépendance des magistrats judiciaires⁸²³, et ce dès leur entrée en fonction. Le rôle de cet organe aurait d'ailleurs pu poser un certain nombre de problèmes s'il n'était pas prévu par la Constitution⁸²⁴. Au vu de sa composition, le C.S.M. semblait en effet, jusqu'en 2008, nettement relever de l'Exécutif⁸²⁵. Depuis la révision constitutionnelle, le lien entre le C.S.M. et l'Exécutif est moins évident, mais le Conseil n'a pas pour autant estimé qu'il avait disparu. Il continue donc de considérer que le C.S.M. ne relève pas du pouvoir juridictionnel⁸²⁶ et, partant, est susceptible de porter atteinte au principe d'indépendance des juridictions⁸²⁷. En tout état de cause, le Conseil constitutionnel a semblé choisir d'examiner la disposition dans son ensemble, de telle sorte que l'intervention du C.S.M., comme celle du ministre de la Justice, ne lui a pas semblé porter atteinte à l'indépendance des auditeurs. Il est également possible que le Conseil ait tenu compte du fait que la disposition concerne la

⁸²⁰ T. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire : l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, *op. cit.*, p. 99.

⁸²¹ Voir décision C.C., n°98-396 DC, préc., cons. 9 : « dans la mesure où ni les diplômes obtenus par les candidats ni l'exercice professionnel antérieur des intéressés ne font présumer, dans tous les cas, la qualification juridique nécessaire à l'exercice des fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire, les mesures réglementaires d'application de la loi devront prévoir des épreuves de concours de nature à permettre de vérifier, à cet effet, les connaissances juridiques des intéressés ».

⁸²² Décision C.C., n°93-336 DC, préc., cons. 15.

⁸²³ Ce que le Conseil constitutionnel ne manque pas de rappeler. Voir not. la décision C.C., n°2010-611 DC du 19 juillet 2010, Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, J.O. du 23 juillet 2010, p. 13583, Rec. p. 148, cons. 5.

⁸²⁴ Article 65 de la Constitution.

⁸²⁵ Jusqu'à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le C.S.M. était présidé par le Président de la République, et le Garde des Sceaux en était le vice-président de droit. Depuis, il n'est composé que de magistrats – du siège et du parquet –, d'un conseiller d'Etat et de personnalités qualifiées désignées par le Président de la République et les présidents des assemblées (art. 31 de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République).

⁸²⁶ Le C.S.M. ne relève pas, selon le Conseil, du pouvoir juridictionnel. On ne saurait par ailleurs affirmer qu'il est un organe législatif ou parlementaire, et il n'est pas non plus une A.A.I. Il semble donc falloir continuer de le considérer comme relevant de l'Exécutif. Voir not. décision C.C., n°2010-611 DC du 19 juillet 2010, Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, J.O. du 23 juillet 2010, p. 13583, Rec. p. 148, cons. 22.

⁸²⁷ Décision C.C., n°2010-611 DC, préc., cons. 16-22.

première affectation des magistrats, et qu'il ait considéré qu'à ce stade, le risque est faible de voir les pouvoirs politiques nuire à leur indépendance.

Toujours à propos de la question du recrutement des magistrats du siège, le Conseil a également jugé que, en cas de pénurie dans certaines juridictions, le législateur peut créer un « mode de recrutement exceptionnel et transitoire de magistrats », à condition que les règles de recrutement concourent à assurer le respect « de l'indépendance, dans l'exercice de leurs fonctions, des magistrats ainsi recrutés »⁸²⁸. La création d'une voie de recrutement secondaire et exceptionnelle à côté de la voie « classique » de recrutement n'est donc pas contraire au principe de séparation des pouvoirs à condition que soit préservée l'indépendance des magistrats ainsi recrutés.

343. Ainsi, il apparaît que, depuis 1958, seules les modalités de recrutement des juges judiciaires ont fait l'objet – à plusieurs reprises - d'un contrôle de conformité au principe de l'indépendance des juridictions. En revanche, les dispositions relatives à l'indépendance des juges administratifs ont en effet toujours échappé au contrôle du Conseil constitutionnel, en raison de l'absence de saisine de ce dernier⁸²⁹ ou de l'adoption des dispositions concernées par voie d'ordonnance⁸³⁰. Il s'agit d'une occasion manquée dans la mesure où, du fait de l'histoire de la justice administrative, l'Exécutif intervient davantage dans le recrutement et la nomination des juges administratifs. Sur le plan contentieux, la question de la conformité des dispositions du code de justice administrative relatives au recrutement des magistrats se pose donc⁸³¹, bien qu'en pratique, l'indépendance des juges administratifs ne semble pas mise en cause par les modalités de recrutement en vigueur.

344. Ainsi, en posant le principe du recrutement par concours et en limitant, dans la mesure du possible, l'intervention de l'Exécutif dans la détermination de la première affectation du juge, le Conseil préserve l'indépendance de ce dernier au stade de son

⁸²⁸ Décision C.C., n°98-396 DC du 19 février 1998, Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire, J.O. du 26 février 1998, p. 2976, Rec. p. 153, cons. 8. Voir également la décision C.C., n°2001-445 DC du 19 juin 2001, Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, J.O. du 26 juin 2001, p. 10125, Rec. p. 63, cons. 41 et 42.

⁸²⁹ C'est le cas, par exemple, à propos de la loi n°86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel ou de la loi n° 94-530 du 28 juin 1994 relative à certaines modalités de nomination dans la fonction publique de l'Etat et aux modalités d'accès de certains fonctionnaires ou anciens fonctionnaires à des fonctions privées.

⁸³⁰ C'est le cas de l'ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie Législative du code de justice administrative. Le Conseil d'Etat a en revanche eu à connaître certaines dispositions de cette ordonnance et a estimé qu'elles ne portent atteinte ni au principe de séparation des pouvoirs, ni à l'indépendance des juridictions (décision C.E., 4^e et 5^e S.S.R., 21 février 2014, M. Marc, n°359716)

⁸³¹ Pour une étude approfondie sur la question de l'indépendance du Conseil d'Etat, voir not. O. Dupeyroux, « L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *R.D.P.*, 1983, n°3, pp. 565-631.

recrutement. Mais il va plus loin en s'assurant également que les dispositions soumises à son contrôle n'ont pas pour objet ou pour effet de porter atteinte à leur indépendance au cours de l'exercice de leurs fonctions.

2. La protection de l'indépendance du juge dans l'exercice de ses fonctions

345. Trois éléments témoignent de l'attention du juge constitutionnel à l'égard du respect de l'indépendance organique des magistrats du siège durant l'exercice de leurs fonctions. En premier lieu, le Conseil s'assure de ce que les dispositions législatives soumises à son contrôle respectent le principe constitutionnel de l'inamovibilité. Née au lendemain de la Révolution, la garantie d'inamovibilité est désormais consacrée par l'alinéa 4 de l'article 64 de la Constitution, qui prévoit que « les magistrats du siège sont inamovibles », et peut être définie comme « la technique d'investiture d'un emploi public selon laquelle la personne qui en bénéficie ne peut être désinvestie que sur sa demande ou par l'atteinte de la limite d'âge, sous réserve d'une désinvestiture disciplinaire »⁸³². L'existence de cette garantie au seul bénéfice des magistrats du siège pose d'ailleurs question, dans la mesure où les magistrats du parquet relèvent, selon le Conseil, de l'autorité judiciaire dont la Constitution prévoit l'indépendance⁸³³. Or, ainsi que l'a noté le Conseil dès 1970, les dispositions de l'article 64 de la Constitution « ont pour objet notamment d'assurer aux magistrats appelés à siéger dans des juridictions l'indépendance nécessaire à l'exercice de l'autorité judiciaire »⁸³⁴. L'inamovibilité apparaît ainsi comme une garantie permettant de compenser le système de nomination par le Gouvernement⁸³⁵. Le Conseil a eu tôt fait de préciser la portée de la règle de l'inamovibilité,

⁸³² P. Lavigne, « Les personnes inamovibles dans les services publics français », in *Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, p. 164.

⁸³³ Décision C.C., n°93-326 DC du 11 août 1993, Loi modifiant la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de procédure pénale, J.O. du 15 août 1993, p. 11599, Rec. p. 217, cons. 5 ; décision C.C., n°2002-461 DC du 29 août 2001, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, J.O. du 10 septembre 2002, p. 14953, Rec. p. 204, cons. 74. ; décision C.C., n°2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.O. du 10 mars 2004, p. 4637, Rec. p. 66, cons. 98.

⁸³⁴ Décision C.C., n°70-40 DC du 7 juillet 1970, Loi organique relative au statut des magistrats, J.O. du 19 juillet 1970, p. 6773, Rec. p. 25, cons. 2.

⁸³⁵ T. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire : l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, op. cit., p. 99. A ce titre, l'auteur rapporte les paroles de P.-P. Royer-Collard : « Lorsque le pouvoir chargé d'instituer le juge au nom de la société appelle un citoyen à cette éminente fonction, il lui dit : quand vous monterez au Tribunal, qu'au fond de votre cœur il ne reste ni une crainte, ni une espérance ; soyez impassible comme la Loi. Le citoyen répond : je ne suis qu'un homme et ce que vous me demandez est au-dessus de l'humanité ... secouez donc ma faiblesse ; affranchissez-moi de la crainte et de l'espérance ; promettez que je ne descendrai point du tribunal, à moins que je ne sois convaincu d'avoir trahi les devoirs que vous m'imposez. Le pouvoir hésite ... éclairé enfin par l'expérience sur ses véritables intérêts... il dit au juge : vous serez inamovible » (p. 100).

en censurant par exemple la disposition qui permettait d'affecter, à l'expiration de ses fonctions, un conseiller référendaire à un emploi de magistrat du siège dans des conditions fixées par un règlement d'administration publique. Ce faisant, il a semblé estimer – ainsi que le prévoit l'article 4, alinéa 2 de l'ordonnance de 1958 portant statut de la magistrature⁸³⁶ - que l'inamovibilité implique qu'un magistrat ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle⁸³⁷. Cette solution a été réitérée à deux reprises à propos d'une catégorie particulière de magistrats « ayant qualité pour exercer les fonctions du grade auquel ils appartiennent dans l'ensemble des tribunaux de première instance du ressort de la cour d'appel à laquelle ils sont rattachés »⁸³⁸. Selon P. Soler-Couteaux, malgré son importance pour l'indépendance des juges, l'inamovibilité amorce un déclin du fait des aménagements qu'elle « a dû subir pour permettre un meilleur fonctionnement du service public de la justice »⁸³⁹. Il semble en effet que, à l'occasion du contrôle du respect du principe d'inamovibilité par la loi, le juge constitutionnel a cherché – sans le dire – à atteindre un certain équilibre. Cet équilibre tenterait de concilier, d'une part, la nécessité d'empêcher le pouvoir politique de déplacer le juge contre son gré pour faire pression sur lui et, d'autre part, la nécessité de permettre à l'Exécutif d'organiser le fonctionnement de la justice de sorte que les exigences liées au procès équitable sont remplies⁸⁴⁰.

346. En second lieu, l'indépendance des juges durant l'exercice de leurs fonctions est assurée grâce à un certain nombre d'interdictions prononcées par le juge constitutionnel. Celui-ci s'oppose ainsi à ce que les auditeurs de justice⁸⁴¹ participent, avec voix délibérative, à l'activité juridictionnelle du tribunal de grande instance, et ce en raison de leur statut particulier⁸⁴². Dans une décision du 21 février 1992, le Conseil a également censuré une

⁸³⁶ Ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁸³⁷ Décision C.C., n°67-31 DC, Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, J.O. du 19 février 1967, p. 1793, Rec. p. 19. Pour une analyse de la décision, voir not. B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, op. cit., p. 279 et s.

⁸³⁸ Décision C.C., n°80-123 DC du 24 octobre 1980, Loi organique relative au statut de la magistrature, J.O. du 25 octobre 1980, p. 2491, Rec. p. 24, cons. 2 à 5 et décision C.C., n°94-355 DC du 10 janvier 1995, préc., cons. 37.

⁸³⁹ P. Soler-Couteaux, « L'arrêt *Pacaud*, contribution au déclin de l'inamovibilité des magistrats du siège », *R.F.D.A.*, 1985, n°1, p. 111.

⁸⁴⁰ Notamment l'exigence du délai raisonnable. Décision C.C., n°94-355 DC, préc., cons. 37.

⁸⁴¹ Les auditeurs de justice sont des magistrats stagiaires de l'ordre judiciaire. Ils relèvent de ce dernier en vertu de l'article 1, I, 3° de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, et leur statut est régi par les articles 15 et suivants du même texte.

⁸⁴² Décision C.C., n°70-40 DC, préc. La spécificité du statut des auditeurs de justice résulte de ce qu'ils relèvent de plusieurs textes : l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature (art. 8 al. 1er et 3, art. 9 al. 1, 3 et 4, et art. 10, 11 et 26), le décret n° 72-355 du 4 mai 1972 modifié relatif à l'École nationale de la magistrature et notamment son titre III, le décret n° 94-874 du 7 octobre 1994 fixant les dispositions communes applicables aux stagiaires de l'État et de ses établissements

disposition législative prévoyant que, par dérogation au statut des magistrats, le régime de rémunération des conseillers et avocats généraux en service extraordinaire serait déterminé par décret en Conseil d'Etat, et non par décret en conseil des ministres⁸⁴³. Pourtant, le choix du recours à un décret en Conseil d'Etat a obtenu un brevet de conformité, dans une décision ultérieure, pour une catégorie particulière de magistrats, exerçant à titre temporaire la fonction de juge d'instance ou d'assesseur dans les formations collégiales du tribunal de grande instance. Pour justifier cette différence de solution, le Conseil s'est appuyé sur deux éléments. Il a souligné, d'une part, la différence de situation de ces magistrats qui, dans la mesure où il s'agit de magistrats non-professionnels, susceptibles d'exercer une activité professionnelle « concomitamment à leur activité judiciaire », perçoivent une indemnité et non un traitement. Il a souligné, d'autre part, que l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat ne saurait avoir pour effet de porter atteinte à l'indépendance de ces magistrats. Ce faisant, le Conseil constitutionnel a implicitement invité le Conseil d'Etat, tant au titre de sa fonction consultative qu'au titre de sa fonction contentieuse, à accorder une attention particulière au respect de ce principe⁸⁴⁴. Cette invitation faite au Conseil d'Etat de s'assurer du respect de l'indépendance du juge apparaît de manière plus explicite dans une décision du 4 décembre 2003. Dans cette dernière, le juge constitutionnel a admis que le législateur renvoie au pouvoir réglementaire la détermination de la durée du mandat des membres d'une juridiction administrative spécialisée, la Commission de recours des réfugiés, estimant qu' « il appartiendra à un décret en Conseil d'Etat, sous le contrôle du juge administratif, de fixer cette durée de sorte qu'il ne soit porté atteinte ni à l'impartialité ni à l'indépendance des membres de la Commission »⁸⁴⁵.

347. Enfin, c'est la question de la responsabilité des magistrats pour les actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions juridictionnelles qui a permis au Conseil de préciser la portée du principe d'indépendance des juges. L'examen de la jurisprudence révèle ainsi que le principe d'indépendance ne s'oppose pas à ce que soit instituée une faute disciplinaire du magistrat en raison de « la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, commise dans le cadre

publics et les lois n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires et n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État et des décrets pris en application des dites lois. Les auditeurs de justice relèvent donc à la fois du statut de la magistrature, des fonctionnaires stagiaires et statut général de la fonction publique.

⁸⁴³ Décision C.C., n°92-305 DC, préc., cons. 69-72.

⁸⁴⁴ Décision C.C., n°94-355 DC, préc., cons. 16 et 17.

⁸⁴⁵ Décision C.C., n°2003-485 DC du 4 décembre 2003, Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, J.O. du 11 décembre 2003, p. 21085, Rec. p. 455, cons. 61 et 62.

d'une instance close par une décision de justice devenue définitive »⁸⁴⁶. Toutefois, le Conseil a précisé que le principe d'indépendance des juridictions ne rend possible l'engagement de poursuites disciplinaires que si la violation a « été préalablement constatée par une décision de justice devenue définitive »⁸⁴⁷. Cette solution est appréciable à un double égard. D'abord, elle permet de s'assurer qu'un magistrat ne peut être sanctionné que dans l'hypothèse où il a commis une telle violation, et non parce que la solution rendue à l'occasion d'une instance déplaît - que ce soit au C.S.M., chargé d'exercer le pouvoir disciplinaire à l'égard des magistrats du siège, ou éventuellement à toute autre autorité politique susceptible de faire pression sur lui. Ensuite, cette solution permet d'éviter que le C.S.M. porte une quelconque appréciation sur les actes juridictionnels des juges, lesquels « relèvent du seul pouvoir de ceux-ci et ne sauraient être critiqués que par l'exercice des voies de recours prévues par la loi en faveur des parties au litige »⁸⁴⁸.

Le Conseil a également jugé de la conformité de certaines prérogatives attribuées à des A.A.I. et relatives à la discipline des magistrats au principe d'indépendance et, partant, au principe de séparation des pouvoirs. Ont d'abord fait l'objet d'une censure les prérogatives du Médiateur de la République qui lui permettaient, à la suite d'une réclamation d'un justiciable portant sur le comportement d'un magistrat, de solliciter des éléments d'information auprès de certains magistrats⁸⁴⁹, ou encore de publier un rapport spécial au Journal officiel lorsque le Garde des Sceaux refuse d'engager des poursuites⁸⁵⁰. La préoccupation constante du Conseil pour l'indépendance des juges est ici particulièrement manifeste, puisque l'indépendance dont bénéficie le Médiateur en tant qu'A.A.I. n'a pas suffi pas à sauver les dispositions de la censure. C'est, ensuite, la faculté offerte aux commissions d'admission des requêtes du C.S.M. d'examiner la plainte d'un justiciable au sujet du comportement d'un magistrat lorsque celui-ci demeure saisi de la procédure à laquelle est partie le plaignant⁸⁵¹ qui a fait

⁸⁴⁶ Article 43, al. 2 de l'ordonnance n°58-1270, préc.

⁸⁴⁷ Décision C.C., n°2007-551 DC, préc., cons. 7. Cette précision de la part du Conseil donne lieu à la censure de la disposition (cons. 8) qui n'avait pas prévu l'intervention préalable d'une décision de justice définitive afin de constater la violation nécessaire à la caractérisation de la faute disciplinaire.

⁸⁴⁸ Décision C.S.M., formation disciplinaire, 12 décembre 1991, 20 juillet 1994, 14 décembre 1994 et 6 novembre 1996.

⁸⁴⁹ Il s'agissait des premiers présidents de cours d'appel et des procureurs généraux près lesdites cours, ou des présidents des tribunaux supérieurs d'appel et des procureurs de la République près lesdits tribunaux.

⁸⁵⁰ Décision C.C., n°2007-551 DC, préc., cons. 9 à 12.

⁸⁵¹ Décision C.C., n°2010-611 DC, préc., cons. 16-22. Il faut préciser que la loi réserve la possibilité pour les commissions d'admission des requêtes du C.S.M. d'examiner la plainte d'un justiciable au sujet du comportement d'un magistrat lorsque celui-ci demeure saisi de la procédure à laquelle est partie le plaignant à une seule hypothèse. C'est le cas lorsque, « compte tenu de la nature de la procédure et de la gravité du manquement évoqué, la commission d'admission des requêtes estime qu'elle doit faire l'objet d'un examen au fond ».

l'objet d'une censure. Le Conseil a en effet estimé que cette faculté n'est pas suffisamment encadrée, de telle sorte que l'indépendance du magistrat qui fait l'objet de la plainte n'est pas assurée. Le commentaire officiel de la décision met ainsi en exergue le risque d'une instrumentalisation d'une faute du magistrat « pour tenter de faire pression sur lui dans la décision qu'il va rendre »⁸⁵². Enfin, ce sont les prérogatives du Défenseur des droits qui ont fait l'objet d'une réserve d'interprétation au nom de l'indépendance des juges⁸⁵³.

348. Ainsi, et bien que le Conseil n'ait pas eu l'occasion de se prononcer sur les garanties propres à assurer l'indépendance des juges administratifs lors de l'exercice de leurs fonctions⁸⁵⁴, l'indépendance des juges fait l'objet d'une protection particulièrement développée de la part du Conseil. Une fois affectés à un poste, ceux-ci ne peuvent plus faire l'objet de pressions, que ce soit par le biais de menaces de mutation ou de sanctions disciplinaires de la part du pouvoir politique. Le principe constitutionnel de l'indépendance des juridictions ne saurait cependant se satisfaire de la seule protection des juges. A celle-ci doit s'ajouter celle de l'indépendance des organes juridictionnels.

⁸⁵² Commentaire officiel de la décision C.C., n°2010-611 DC, p. 14.

⁸⁵³ Décision C.C., n°2011-626 DC, préc., cons. 16 : « Considérant que l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 64 de la Constitution garantissent l'indépendance de l'ensemble des juridictions ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative ; que les attributions du Défenseur des droits en matière disciplinaire ne sauraient le conduire à remettre en cause cette indépendance qui, dans ce domaine, est garantie par les procédures particulières qui leur sont propres ; que, notamment, les conditions dans lesquelles la responsabilité disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire peut être engagée sont prévues par l'article 65 de la Constitution ; que, dès lors, les dispositions de l'article 29 ne sauraient autoriser le Défenseur des droits à donner suite aux réclamations des justiciables portant sur le comportement d'un magistrat dans l'exercice de ses fonctions ; qu'elles ont pour seul effet de lui permettre d'aviser le ministre de la justice de faits découverts à l'occasion de l'accomplissement de ses missions et susceptibles de conduire à la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat ; que, sous ces réserves, les dispositions de l'article 29 ne sont pas contraires aux exigences constitutionnelles précitées ».

⁸⁵⁴ En dépit de l'absence de jurisprudence constitutionnelle, l'inamovibilité des membres du corps des tribunaux administratifs et du corps des cours administratives d'appel est prévue par les textes. Elle a été fixée pour la première fois par une loi du 6 janvier 1986 (loi n°86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs, art. 1er, al. 2nd) et reprise à l'occasion de l'adoption du code de justice administrative (art. L231-3). S'agissant de l'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat en revanche, et aussi étonnant que cela paraisse, elle n'est garantie par aucun texte et ne découle que de la coutume (voir O. Dupeyroux, « L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux », art. cit. et T. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire : l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, *op. cit.*, p. 165).

B. La protection de l'indépendance des juridictions

349. Le Conseil s'emploie à protéger l'indépendance des juridictions à deux niveaux. Car, d'une part, l'indépendance d'une juridiction pose la question de la composition de l'organe juridictionnel (1.). D'autre part, il convient de s'assurer que la juridiction n'est pas soumise à des obligations ou des contraintes telles qu'elles pourraient mettre en cause son indépendance (2.).

1. La problématique de la composition du tribunal indépendant

350. La question de la conformité des dispositions relatives à la composition des juridictions au principe d'indépendance de ces dernières est classique, dans la jurisprudence des juges ordinaires comme dans la jurisprudence de la Cour européenne⁸⁵⁵. Le juge constitutionnel n'est pas en reste. Il a été confronté à cette question à travers deux problèmes posés à l'occasion du contrôle de dispositions législatives.

351. En premier lieu, le Conseil a dû se prononcer sur la conformité de la présence de magistrats non-professionnels au sein d'un organe juridictionnel au principe de l'indépendance des juridictions. A cette occasion, il a estimé que bien que le principe demeure le recrutement de magistrats professionnels, la Constitution ne s'oppose pas au recrutement de magistrats non-professionnels sous certaines conditions⁸⁵⁶. Parmi ces conditions figurent le caractère limité de ce recrutement, le caractère temporaire des fonctions des magistrats non-professionnels ainsi que l'existence de garanties législatives propres à satisfaire au principe

⁸⁵⁵ Le droit à un tribunal indépendant et impartial est garanti par l'article 6 §1 de la C.E.D.H, qui prévoit que « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) ». Il fait l'objet d'un important contentieux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne a apporté bon nombre de précisions quant aux implications du respect des exigences d'indépendance et d'impartialité, qu'elle apprécie souvent concomitamment (décision Cour E.D.H., 6 mai 2003, *Kleyn et autres c./ Pays-Bas*, n°39343/98, n°39651/98, n°43147/98 et n°46664/99, §192 ; décision Cour E.D.H., 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c./ France*, n°65411/01, §62). Ainsi, l'indépendance s'entend tant par rapport aux pouvoirs politiques (décision Cour E.D.H., 24 novembre 1994, *Beaumartin c./ France*, n°15287/89, §38) que par rapport aux parties (décision Cour E.D.H., 22 octobre 1984, *Sramek c./ Autriche*, n°8790/79, §42). Pour juger de l'indépendance d'un tribunal, la Cour européenne prend en compte le mode de désignation et la durée du mandat des membres de la juridiction, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et l'apparence d'indépendance (décision Cour E.D.H., 22 juin 1989, *Langborger c./ Suède*, n°11179/84, §32). La Cour a également précisé qu'elle apprécie l'impartialité d'un tribunal tant d'un point de vue objectif que subjectif (décision Cour E.D.H., 15 octobre 2009, *Micallef c./ Malte*, n°15056/06, §96).

⁸⁵⁶ En cela, il adopte une position analogue à celle de la Cour européenne (Cour E.D.H., 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c./ Belgique*, n°6878/75 et n°7238/75, §57 et 58 et Cour E.D.H., 22 juin 2004, *Pabla Ky c./ Finlande*, n°47221/99, §123).

d'indépendance des juridictions⁸⁵⁷⁸⁵⁸. La jurisprudence indique que cette dernière condition est remplie dès lors que le législateur organique soumet les magistrats non-professionnels aux principaux droits et obligations applicables à l'ensemble des magistrats. Car le Conseil admet, en raison de la spécificité des fonctions des magistrats non-professionnels, que seuls certains des droits et obligations du statut des magistrats leur soient appliqués. Ainsi, le Conseil a jugé conforme à la Constitution l'applicabilité partielle, voire l'absence d'applicabilité des dispositions du statut de la magistrature relatives à la discipline, à la procédure d'évaluation et à fin des fonctions aux juges de proximité⁸⁵⁹ ou aux assesseurs du tribunal pour enfants⁸⁶⁰. S'agissant des magistrats non-professionnels, les exigences découlant du principe d'indépendance sont donc plus souples, ce qui n'empêche pas le Conseil de s'assurer de leur caractère suffisant.

352. En second lieu, depuis l'instauration de la nouvelle voie de droit que constitue la Q.P.C., le Conseil s'est prononcé à plusieurs reprises sur le caractère suffisant des garanties d'indépendance de fonctionnaires ou de représentants du monde professionnel siégeant à qualité dans des juridictions⁸⁶¹. Selon le juge constitutionnel, la présence de tels membres au sein d'une juridiction n'est pas, en soi, contraire au principe de séparation des pouvoirs ni au principe de l'indépendance des juridictions⁸⁶². Elle le devient, en revanche, lorsque ces membres de juridictions sont des agents publics et que la loi ne leur confère pas des garanties

⁸⁵⁷ Décision C.C., n°92-305 DC du 21 février 1992, Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, J.O. du 29 février 1992, p. 3122, Rec. p. 27, cons. 64 ; décision C.C., n°94-355 DC du 10 janvier 1995, Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, J.O. du 14 janvier 1995, p. 727, Rec. p. 151, cons. 8 et 29 ; décision C.C., n°2003-466 DC, préc., cons. 4 et décision C.C., n°2011-635 DC du 4 août 2011, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, J.O. du 11 août 2011, p. 13763, Rec. p. 407, cons. 10.

⁸⁵⁸ Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a précisé que l'article 64 de la Constitution faisait obstacle à ce que ces magistrats non-professionnels soient majoritaires au sein d'une juridiction pénale de droit commun (décision C.C., n°2004-510 DC du 20 janvier 2005, Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, J.O. du 27 janvier 2005, p. 1412, Rec. p. 41, cons. 19 ; décision C.C., n°2011-635 DC, préc., cons. 4). En revanche, le juge constitutionnel estime que l'article 64 n'est pas méconnu lorsque les magistrats non-professionnels sont majoritaires au sein d'une juridiction spécialisée telle que le tribunal pour enfants, au moins en tant qu'il s'agit d'assesseurs (décision C.C., n°2011-147 QPC du 8 juillet 2011, M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants], J.O. du 9 juillet 2011, p. 11979, Rec. p. 343, cons. 5 et 6).

⁸⁵⁹ Décision C.C., n°2003-466 DC, préc., cons. 26 et s.

⁸⁶⁰ Décision C.C., n°2011-147 QPC, préc., cons. 7.

⁸⁶¹ Ce faisant, le Conseil rejoint matériellement le contentieux des juridictions ordinaires, qui se prononcent depuis longtemps déjà, à la suite de la Cour européenne des droits de l'homme (décision Cour E.D.H., 16 juillet 1971, Ringeisen c./ Autriche, n°2614/65, § 97 ; décision Cour E.D.H., plénière, 22 octobre 1984, Sramek c. Autriche, n°8790/79, § 41), sur la conformité au principe d'indépendance des juridictions de la présence de fonctionnaires au sein d'un tribunal (décision C.E., 8 décembre 2000, Mongauze, n° 198372 ; décision C.cass., Ass., 22 décembre 2000, n°99-11303 et 99-11615).

⁸⁶² Décision CC., n°2010-10 QPC, préc. ; décision C.C., n°2010-110 QPC, préc. ; décision C.C., n°2010-76 QPC, préc. ; décision C.C., n°2012-241 QPC, préc. et décision C.C., n°2014-704 DC, préc., cons. 15 à 17.

assurant leur indépendance à l'égard du pouvoir politique dont ils relèvent, à savoir l'Exécutif. Ainsi, le Conseil a jugé contraire à la Constitution la disposition relative à la composition des tribunaux maritimes commerciaux⁸⁶³ au motif que « parmi les cinq membres du tribunal maritime commercial, deux d'entre eux, voire trois si le prévenu n'est pas un marin, ont la qualité soit d'officier de la marine nationale soit de fonctionnaire ou d'agent contractuel de l'État, tous placés en position d'activité de service et, donc, soumis à l'autorité hiérarchique du Gouvernement »⁸⁶⁴. De même, le Conseil a jugé contraire au principe d'indépendance des juridictions la présence de fonctionnaires désignés par le Préfet au sein des commissions départementales d'aide sociale⁸⁶⁵. Dès lors, la présence de membres relevant de l'Exécutif au sein des juridictions n'est conforme aux principes de l'indépendance des juridictions et de la séparation des pouvoirs que si les dispositions législatives permettent de « suspendre » le lien organique unissant les fonctionnaires à l'Exécutif et, partant, d'assurer l'étanchéité de la séparation des pouvoirs. Le Conseil fait ainsi en sorte que les membres d'une juridiction, quel que soit leur statut, soient libérés de tout lien avec le pouvoir politique lorsqu'ils siègent au sein d'une juridiction. Il s'assure, par conséquent, de leur indépendance dans une mesure satisfaisante.

353. Cette protection permet de s'assurer de ce que les juridictions, en tant qu'organes collégiaux, ne voient pas leur indépendance compromise par la soumission de certains de leurs membres à un organe non-juridictionnel, qu'il relève ou non d'un pouvoir politique.

2. L'interdiction faite aux pouvoirs politiques de porter atteinte à l'indépendance fonctionnelle des juridictions

354. Afin que l'indépendance des juridictions soit complète, il convient de s'assurer qu'un organe politique ne peut exercer de pression sur une juridiction et porter atteinte à l'indépendance de cette dernière. Le Conseil, à trois reprises, a examiné des dispositions susceptibles d'y porter atteinte. Dans une décision du 25 juillet 2001⁸⁶⁶, il devait se prononcer sur la constitutionnalité de la L.O.L.F. L'une de ses dispositions prévoyait que la Cour des comptes, avant d'arrêter son programme de contrôle, devait en transmettre le projet pour avis aux présidents et rapporteurs généraux des commissions des finances de chacune des

⁸⁶³ Il s'agissait de l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande.

⁸⁶⁴ Décision C.C., n°2010-10 QPC, préc., cons. 4.

⁸⁶⁵ Décision C.C., n°2010-110 QPC, préc.

⁸⁶⁶ Décision C.C., n°2001-448 DC, préc.

assemblées, lesquels disposaient de quinze jours pour formuler un avis⁸⁶⁷. Or, si la Cour des comptes est, en vertu de la Constitution, un assistant du Parlement et du Gouvernement dans le cadre de certaines missions⁸⁶⁸, elle est également une juridiction. Dès lors, le Conseil, après avoir rappelé le principe de l'indépendance des juridictions⁸⁶⁹, a estimé qu'en dépit de ce que toutes les activités accomplies par la Cour ne sont pas de nature juridictionnelle, « l'obligation qui est faite à la Cour des comptes (...) de communiquer le projet de son programme de contrôle aux présidents et aux rapporteurs généraux des commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat chargées des finances ainsi que la possibilité qui est offerte à ces derniers de présenter leurs avis sur ce projet sont de nature à porter atteinte à son indépendance »⁸⁷⁰. Il a donc prononcé la censure de la décision et ce faisant, a conféré à la protection de l'indépendance des juridictions une portée particulièrement étendue. En effet, ainsi que l'a noté le Conseil, la disposition en cause concernait une activité non-juridictionnelle de la Cour des comptes. Et c'est seulement parce que cette activité non-juridictionnelle pouvait « révéler des irrégularités appelant la mise en œuvre d'une procédure juridictionnelle »⁸⁷¹ que l'intervention – pourtant non-décisionnelle – des commissions parlementaires a été jugée contraire au principe de l'indépendance des juridictions. Ce dernier fait ainsi obstacle à ce que la juridiction puisse être influencée par le pouvoir politique, que ce soit dans le cadre de son activité juridictionnelle, ou dans le cadre de l'exercice préalable des contrôles susceptibles de déclencher une procédure juridictionnelle.

Dans une autre décision, en date du 4 décembre 2003⁸⁷², le Conseil était saisi aux fins de contrôle d'une loi portant sur le droit d'asile. L'une des dispositions confiait au conseil d'administration d'un établissement public, l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides (O.F.P.R.A.), le pouvoir de fixer la liste des pays considérés comme sûrs. Les requérants estimaient qu'en confiant à un organe relevant de l'Exécutif la fixation de cette liste, la disposition portait atteinte à l'indépendance de la juridiction compétente pour statuer sur les demandes d'asile, la Commission de recours des réfugiés (C.R.R.). Le Conseil a toutefois écarté l'argumentation des requérants, au motif que la liste dressée par l'O.F.P.R.A. ne lie pas la juridiction. Il est par ailleurs possible de noter que le Conseil a estimé ici que

⁸⁶⁷ Art. 58 du projet de L.O.L.F.

⁸⁶⁸ Article 47-2, alinéa 1^{er} de la Constitution : « La Cour des comptes assiste le Parlement dans le contrôle de l'action du Gouvernement. Elle assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et de l'application des lois de financement de la sécurité sociale ainsi que dans l'évaluation des politiques publiques. Par ses rapports publics, elle contribue à l'information des citoyens ».

⁸⁶⁹ Décision C.C., n°2001-448 DC, préc., cons. 105.

⁸⁷⁰ Décision C.C., n°2001-448 DC, préc., cons. 106.

⁸⁷¹ Décision C.C., n°2001-448 DC, préc., cons. 106.

⁸⁷² Décision C.C., n°2003-485 DC, préc., cons. 36 et 40.

l'indépendance de la Commission de recours des réfugiés « constitue une garantie essentielle du droit d'asile », ce qui confirme que le principe d'indépendance des juridictions se situe au confluent de la séparation des pouvoirs et de la garantie des droits. Enfin, dans une décision du 9 juillet 2008⁸⁷³, le Conseil a jugé conformes à la Constitution un certain nombre de dispositions de la loi organique relative à ses propres archives après s'être assuré que les prérogatives accordées à l'administration des archives ne conféraient à cette dernière aucun pouvoir de décision. En effet, que ce soit pour la détermination de la liste des documents à éliminer, pour l'octroi de la possibilité de consulter la documentation avant l'expiration du délai fixé à 25 ans, ou encore pour l'ouverture anticipée des fonds, la disposition législative prévoyait l'accord du Conseil, de telle sorte qu'il n'est porté atteinte ni au principe de séparation des pouvoirs, ni à l'indépendance du Conseil, dont il convient d'admettre qu'on ne sait pas, au vu de la décision, si elle est un principe, ni si elle revêt le même contenu que celle des juridictions.

355. Dans chacune de ces décisions, le Conseil s'assure de ce que l'intervention d'un organe relevant de l'Exécutif – l'O.F.P.R.A. et l'administration des archives – n'est pas susceptible de mettre en cause, que ce soit en amont, avec la détermination de la liste des pays sûrs, ou en aval, avec la détermination de l'accès aux archives du Conseil, l'indépendance des juridictions. Pour ce faire, le critère retenu par le Conseil semble être celui de l'existence d'un pouvoir contraignant de l'organe de l'Exécutif. En effet, les dispositions examinées dans chacune de ces décisions ne sont jugées conformes à la Constitution que parce que le Conseil constitutionnel et la C.R.R. conservent la faculté de se prononcer en dernier lieu, le premier sur l'accessibilité de ses archives avant l'expiration du délai légal⁸⁷⁴, et la seconde sur la suite à donner à une demande d'asile.

356. Il résulte de l'examen de ces décisions que le Conseil fait en sorte de préserver de manière considérable l'indépendance des juridictions en mettant ces dernières à l'abri de l'influence des organes relevant de l'un ou l'autre des pouvoirs politiques. Ainsi, une séparation fonctionnelle étanche des pouvoirs juridictionnel et politiques, qui trouve à la fois son instrument essentiel et sa réalisation dans le principe de l'indépendance des juridictions,

⁸⁷³ Décision C.C., n°2008-566 DC, préc., cons. 6 à 9.

⁸⁷⁴ S'agissant de la question du régime des archives du Conseil constitutionnel, il est possible de rappeler la décision C.E., ass., 25 octobre 2002, Brouant, n°235600, dans laquelle le Conseil d'Etat était saisi d'une demande visant à annuler la décision du Conseil constitutionnel du 27 juin 2001 portant règlement intérieur sur les archives du Conseil constitutionnel. Le Conseil d'Etat, prudent, avait alors estimé que, dans la mesure où « par le règlement attaqué, le Conseil constitutionnel a entendu définir un régime particulier pour l'accès à ses archives » et que cet objet « n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées », la décision attaquée « ne revêt pas le caractère d'un acte administratif dont la juridiction administrative serait compétente pour connaître ».

est assurée. Le Conseil poursuit en assurant, le plus souvent, une séparation étanche des fonctions juridictionnelles et politiques.

Section 2 – Une étanchéité relative au service de la protection des fonctions du juge

357. Le Conseil ne fait pas seulement œuvre de pragmatisme en faisant le choix de retenir une conception étanche de la séparation des pouvoirs afin d'assurer la garantie des droits et la protection du juge lorsqu'il est question de séparation organique. Il en va de même s'agissant de la protection des fonctions juridictionnelles. Le principe de séparation des pouvoirs produit alors deux conséquences. D'abord, les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance des juridictions interdisent presque systématiquement que l'un des pouvoirs politiques intervienne dans l'exercice des fonctions juridictionnelles (§1.). Ensuite, ces principes interdisent que les pouvoirs politiques limitent le juge dans l'exercice de ses fonctions, sans que cette interdiction soit totale (§2.).

§1. L'interdiction quasi-absolue de l'intervention des pouvoirs politiques dans les fonctions juridictionnelles

358. L'exercice de la fonction juridictionnelle est, par principe, réservé aux seules juridictions. Les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance des juridictions permettent donc de censurer toute disposition qui permettrait aux pouvoirs politiques de se substituer au juge dans l'exercice de la fonction juridictionnelle (A.). En revanche, le Conseil estime que ces principes constitutionnels ne s'opposent pas à ce que les pouvoirs politiques bénéficient d'une simple faculté d'adresser au juge des propositions dans l'exercice de ses fonctions (B.). De manière pragmatique, l'étanchéité de la séparation des pouvoirs est donc bien mise en œuvre ici par le Conseil afin de poursuivre l'objectif de garantie des droits.

A. L'interdiction pour un organe non-juridictionnel de se substituer au juge

359. Il appartient aux autorités juridictionnelles d'exercer les compétences rattachées à la fonction qu'elles exercent. Parmi celles-ci figure la compétence de poursuite ou d'engagement de l'action publique, normalement exercée par le procureur de la République

qui relève, comme l'ensemble des magistrats du parquet et du siège, de l'autorité judiciaire⁸⁷⁵. Or, « notre justice pénale qui doit traiter les petits délits aussi bien que les grosses affaires devient peu à peu engorgée par la multiplication des premiers. Ces modestes infractions pèsent d'un poids tel que nos magistrats du parquet usent massivement du classement sans suite, celui-ci cessant d'être un instrument de politique criminelle pour devenir un mode de gestion d'une justice qui étouffe. C'est pourquoi le législateur a récemment imaginé des voies intermédiaires »⁸⁷⁶ visant à résoudre le maximum de litiges avant qu'ils ne parviennent devant le juge⁸⁷⁷. L'essentiel de ces mécanismes réside dans l'existence de procédures alternatives aux poursuites⁸⁷⁸. Ainsi, en 1995, le législateur a adopté un projet de loi créant les injonctions pénales : « schématiquement, le parquet invitait le délinquant à effectuer une prestation, come le versement d'une somme d'argent et l'action publique se trouvait éteinte »⁸⁷⁹. Toutefois, la disposition législative créant les injonctions pénales a fait l'objet d'une censure de la part du juge constitutionnel⁸⁸⁰, qui a estimé qu'elle portait « atteinte à la liberté individuelle puisqu'un organe de poursuite est amené à prononcer une condamnation »⁸⁸¹. La volonté politique de régler les litiges de faible importance avant qu'ils ne parviennent devant le juge afin de désengorger son prétoire est ainsi susceptible de poser un problème non en termes de séparation *entre* les pouvoirs politiques et juridictionnels, mais en termes de répartition des compétences *au sein* de la juridiction judiciaire⁸⁸².

⁸⁷⁵ Décision C.C., n°93-326 DC du 11 août 1993, Loi modifiant la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de procédure pénale, J.O. du 15 août 1993, p. 11599, Rec. p. 217, cons. 5 ; décision C.C., n°2002-461 DC du 29 août 2001, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, J.O. du 10 septembre 2002, p. 14-953, Rec. p. 204, cons. 74. ; décision C.C., n°2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.O. du 10 mars 2004, p. 4637, Rec. p. 66, cons. 98. Sur ce point, le Conseil reprend l'article 1er du statut de la magistrature, qui prévoit que « le corps judiciaire comprend (...) les magistrats du siège et du parquet (...) » (art. 1^{er} de l'ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature).

⁸⁷⁶ J. Pradel, « D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale », *D.*, 1995, n°23, p. 171.

⁸⁷⁷ Si le problème de l'engorgement des juridictions est particulièrement important s'agissant du juge pénal, il est également présent devant le juge administratif et fait également l'objet d'un certain nombre de propositions visant à créer des mécanismes alternatifs. Sur ce point, voir not. le rapport du Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 4 février 1993*, La Documentation française, Paris, 1993, 163 p.

⁸⁷⁸ L'article 40-1 du code de procédure pénale prévoit en effet que lorsque le procureur de la République estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance sont susceptibles de constituer une infraction, trois choix se présentent au procureur : engager des poursuites, mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites, ou classer sans suite la procédure.

⁸⁷⁹ J. Pradel, « D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale », art. cit., p. 171.

⁸⁸⁰ Décision C.C., n°95-360 DC du 2 février 1995, Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, J.O. du 7 février 1995, p. 2097, Rec. p. 195, cons. 6.

⁸⁸¹ J. Pradel, « D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale », art. cit., p. 172. L'auteur met d'ailleurs en doute la pertinence juridique de la motivation déployée par le Conseil.

⁸⁸² C'est en effet l'article 66 de la Constitution, qui fait de l'autorité judiciaire le gardien de la liberté individuelle, qui constitue le sous-bassement de la répartition des compétences entre les magistrats du siège et du parquet au sein de l'autorité judiciaire. Il convient de noter que cette considération est quelque peu paradoxale au

360. En revanche, d'autres tentatives du législateur de développer des mesures alternatives aux poursuites se sont heurtées au principe de séparation des pouvoirs, dès lors que les dispositions qui les instituent confèrent à une autorité non-judictionnelle – relevant, dans les espèces considérées, d'un pouvoir politique – la faculté de les prononcer. En réalité, de telles dispositions semblent contraires au principe de séparation des pouvoirs à un double titre. D'abord, parce qu'elles permettent à une autorité non-judictionnelle de prendre l'initiative des poursuites et, éventuellement, de prononcer ces mesures alternatives aux poursuites. Elles sont également contraires au principe de séparation des pouvoirs en ce qu'elles priveraient l'autorité judiciaire de la faculté de connaître du litige, dans la mesure où ces procédures alternatives ont pour conséquence d'éteindre l'action publique. Il en résulterait une atteinte aux fonctions du juge et, plus largement, une atteinte à la séparation fonctionnelle des pouvoirs. Cette logique, bien qu'elle n'ait jamais été à l'origine d'une censure de la part du Conseil, n'est pas restée lettre morte dans la jurisprudence constitutionnelle. Dans une décision du 30 mars 2006⁸⁸³, le Conseil devait notamment s'assurer de la constitutionnalité d'une disposition prévoyant la faculté pour un maire, lorsqu'une infraction a causé un préjudice à sa commune et que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, de proposer à l'auteur de certaines contraventions⁸⁸⁴ une « transaction de nature à éteindre l'action publique »⁸⁸⁵. Une fois cette transaction proposée par le maire, la loi prévoyait qu'elle devait ensuite être homologuée par un magistrat du parquet, lorsqu'elle consiste en la réparation du préjudice causé à la commune ou par un juge du siège, lorsqu'elle consiste en l'exécution, au profit de la commune, d'un travail non rémunéré pendant une durée maximale de trente heures⁸⁸⁶.

Cette disposition a été jugée conforme à la Constitution et, partant, au principe de séparation des pouvoirs. Pour parvenir à cette conclusion, le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur deux conditions posées par la disposition législative, desquelles il a déduit que cette dernière ne permet pas au maire de se substituer à l'autorité judiciaire. En premier lieu, ce dernier ne

regard de l'affirmation du Conseil précédemment évoquée, et selon laquelle l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du parquet et ceux du siège (voir not. décision C.C., n°93-326 DC préc., cons. 5).

⁸⁸³ Décision C.C., n°2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, J.O. du 2 avril 2006, p. 4964, Rec. p. 50.

⁸⁸⁴ Selon la disposition examinée, il s'agit uniquement des contraventions « que les agents de la police municipale sont habilités à constater par procès-verbal conformément aux dispositions de l'article L. 2212-5 du code général des collectivités territoriales » (art. 51, al. 1^{er} de la loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances).

⁸⁸⁵ Décision C.C., n°2006-535 DC, préc., cons. 39.

⁸⁸⁶ Cette différence dans l'autorité compétente pour l'homologation de la transaction fait écho à la censure prononcée par le juge constitutionnel dans la décision n°95-360 DC (préc.) au motif que les compétences du prononcé et de l'exécution des sanctions pénales sont réservées aux seuls magistrats du siège.

peut user de la faculté de proposer une transaction qui lui est offerte que dans l'hypothèse où l'action publique n'a pas encore été mise en mouvement⁸⁸⁷. L'autorité administrative ne peut donc pas se substituer à l'autorité judiciaire, seule compétente pour décider de la suite juridictionnelle à donner à un préjudice. En second lieu, la transaction doit être homologuée par un magistrat – du siège ou du parquet –, lequel n'est pas lié par la proposition du maire⁸⁸⁸. Ainsi, l'autorité judiciaire conserve pleinement sa compétence pour décider de la poursuite ou non d'une personne, et demeure libre quant à la suite à donner.

361. Une lecture *a contrario* de cette décision du 30 mars 2006 permet d'affirmer qu'une disposition qui permettrait à l'organe d'un pouvoir politique de se substituer à un organe juridictionnel en le dotant d'un pouvoir décisionnel dans le cadre d'une compétence qui relève de ce dernier serait contraire au principe de séparation des pouvoirs. Dès lors, ce dernier, au vu de la jurisprudence du Conseil, permet donc bien de protéger les fonctions juridictionnelles des empiètements des pouvoirs politiques. En revanche, le juge constitutionnel estime que le principe de séparation des pouvoirs ne fait pas obstacle à ce que les pouvoirs politiques disposent d'une faculté de proposition au pouvoir juridictionnel.

B. L'admission d'une faculté de proposition au juge

362. La substitution du pouvoir politique au pouvoir juridictionnel dans le cadre des fonctions de ce dernier est contraire au principe de séparation des pouvoirs. En revanche, la question se pose de savoir si ce principe permet que soit concédée, dans le même cadre, une simple faculté de proposition aux pouvoirs politiques. L'exemple des mesures alternatives aux poursuites est, là encore, parlant. En effet, si une autorité non-juridictionnelle ne peut, en raison du principe de séparation des pouvoirs, décider seule de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites, il faut se demander si ce même principe admet que les autorités non-juridictionnelles puissent bénéficier d'une faculté de suggérer la mise en œuvre de telles mesures au pouvoir juridictionnel.

⁸⁸⁷ La décision du 4 décembre 2013 (décision C.C., n°2013-679 DC du 4 décembre 2013, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, J.O. du 7 décembre 2013, p. 19958) confirme cette idée. Dans celle-ci, le Conseil juge conforme à la Constitution – et, partant, au principe de séparation des pouvoirs dont la méconnaissance était évoquée par les requérants – une disposition qui prévoyait que l'administration fiscale ne peut plus transiger dès lors qu'elle « envisage de mettre en mouvement l'action publique ». Le Conseil interprétait la disposition comme interdisant à l'administration de transiger postérieurement à la saisine de la juridiction répressive ou de la commission des infractions fiscales (cons. 28).

⁸⁸⁸ Décision C.C., n°2006-535 DC, préc., cons. 42.

363. La décision du 30 mars 2006⁸⁸⁹ apporte une réponse positive à cette interrogation. Elle le fait, d'abord, de manière implicite, dans la mesure où le Conseil a jugé conforme au principe de séparation des pouvoirs la procédure permettant au maire de proposer une transaction lorsqu'une contravention a causé un préjudice à la commune, et à condition que l'action publique n'ait pas encore été mise en mouvement et qu'un magistrat homologue la transaction⁸⁹⁰. La décision du 30 mars 2006 écarte ensuite, de manière explicite, tout doute sur la question. En effet, la loi examinée comportait une autre disposition permettant au maire de proposer une transaction au procureur de la République même lorsque, accomplie sur le territoire de la commune, la contravention n'aurait pas causé de dommage à celle-ci. A propos de cette disposition, le Conseil a estimé que « le principe de la séparation des pouvoirs ne saurait être méconnu par une disposition qui (...) se borne à reconnaître au maire la faculté de proposer au procureur de la République des mesures alternatives aux poursuites, sans affecter le choix, qui n'appartient qu'à ce dernier, d'engager des poursuites, de recourir à de telles mesures ou de classer la procédure sans suite »⁸⁹¹.

364. Dès lors, c'est bien la seule substitution du pouvoir politique au pouvoir juridictionnel qui pose problème au regard du principe de séparation des pouvoirs. En revanche, la simple faculté de *proposer* une solution à une autorité juridictionnelle ne heurte pas ce principe. Cette faculté n'emporte en effet aucune intervention décisionnelle des pouvoirs politiques dans les fonctions juridictionnelles, et le faible écart ici consenti par le Conseil par rapport à l'étanchéité continue de la séparation des pouvoirs ne remet pas en cause l'attention constante qu'il porte à la protection du juge, et ce afin de préserver la garantie des droits. Le Conseil ne se départit pas de son pragmatisme en adaptant sa conception de la séparation des pouvoirs. Il opte pour l'étanchéité du principe de séparation des pouvoirs afin d'assurer la meilleure protection possible du pouvoir juridictionnel, sans pour autant se laisser aller à censurer indistinctement toute disposition introduisant un semblant de collaboration entre les pouvoirs politique et juridictionnel. Ce faisant, le juge constitutionnel retient à première vue une solution plus mesurée que dans le cadre du traitement du principe de séparation entre les pouvoirs politiques. En effet, le Conseil juge contraire au principe de séparation des pouvoirs la faculté offerte aux assemblées parlementaires d'émettre un avis sur un projet d'acte réglementaire, quand bien même cet avis

⁸⁸⁹ Décision C.C., n°2006-535 DC, préc.

⁸⁹⁰ Voir *supra*.

⁸⁹¹ Décision C.C., n°2006-535 DC, préc., cons. 44.

ne serait pas contraignant⁸⁹². Il serait alors paradoxal que le Conseil retienne une conception plus perméable de la séparation des pouvoirs – même s’il ne s’agit que d’une très faible perméabilité – dans le cadre du traitement de la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel, au risque de nuire à la garantie des droits. Ce paradoxe n’est toutefois qu’apparent. En effet, la comparaison entre les solutions retenues par le Conseil dans le cadre, d’une part, de la séparation entre les pouvoirs politiques et, d’autre part, de la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel, n’est pas nécessairement pertinente. Car dans le premier cas, le Conseil censure l’émission d’un avis des commissions parlementaires *en aval* de l’exercice de la fonction réglementaire, alors que dans le second cas la faculté de proposition offerte au pouvoir politique intervient *en amont*, avant que le juge se prononce. Il n’en est pas moins soutenable que cette faculté de proposition de l’administration est contraire à la séparation des fonctions des pouvoirs politiques et juridictionnel, puisqu’elle incombe traditionnellement au ministère public⁸⁹³ ou au rapporteur public⁸⁹⁴, qui relèvent tous les deux du pouvoir juridictionnel. Pour autant, la faculté de proposition reconnue à un organe politique, ne semble pas pouvoir permettre à ce dernier de porter atteinte à l’indépendance du juge et, partant, à la garantie des droits.

§2. L’interdiction générale d’une limitation des fonctions juridictionnelles par les pouvoirs politiques

365. L’existence de limitations aux prérogatives des autorités juridictionnelles est problématique du point de vue du principe de séparation des pouvoirs. Permettre à un pouvoir politique de limiter un organe juridictionnel dans l’exercice de ses fonctions revient en effet à entraver la bonne marche de la justice. Ce faisant, le pouvoir politique porterait atteinte à la séparation des fonctions, mais également à la garantie des droits dans la mesure où le justiciable ne serait pas assuré de se voir jugé de manière équitable. Pour toutes ces raisons, le Conseil, continue d’agir de manière pragmatique. Afin de mettre la séparation des pouvoirs au service de la protection du juge et de la garantie des droits, il retient la conception la plus étanche possible de la séparation des pouvoirs lorsqu’il s’agit de contrôler une disposition

⁸⁹² Voir *infra*.

⁸⁹³ Article 421 et s. du code de procédure civile et article 31 et s. du code de procédure pénale.

⁸⁹⁴ L’article L. 7 du code de justice administrative prévoit en effet qu’ « un membre de la juridiction, chargé des fonctions de rapporteur public, expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu’elles appellent ».

limitant le juge dans l'exercice de ses fonctions, qu'il s'agisse de la fonction d'instruction (A.) ou de la fonction de jugement (B.).

A. L'interdiction générale de la limitation du pouvoir juridictionnel durant la phase de l'instruction

366. Le secret de la défense nationale constitue l'une des plus importantes limites aux pouvoirs d'instruction du juge. Les dispositions qui y sont relatives ont pourtant fait l'objet d'une déclaration de conformité partielle de la part du Conseil⁸⁹⁵ (1.). Il convient alors d'interroger la décision pour voir comment – et dans quelle mesure – le principe de séparation des pouvoirs peut s'accommoder d'une telle limitation (2.).

1. La constitutionnalité partielle de la limitation des pouvoirs d'instruction au nom du secret de la défense nationale

367. « Parmi tous les secrets que le droit reconnaît et protège, le secret de la défense nationale est généralement considéré comme le secret suprême, ne serait-ce par l'importance des peines qui en sanctionnent la violation. Mais c'est aussi parce qu'il est souvent opposé aux investigations de la Justice elle-même »⁸⁹⁶. Pour cette raison, le secret de la défense nationale est aujourd'hui encore qualifié d' « angle mort de la transparence »⁸⁹⁷ ou d' « abus de la démocratie »⁸⁹⁸. Le secret de la défense nationale permet à certaines autorités relevant de l'Exécutif de désigner, par le biais d'une procédure définie par le code de la défense⁸⁹⁹, des « procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers dont la divulgation ou auxquels l'accès est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale »⁹⁰⁰. En soi, l'existence d'une telle catégorie juridique ne pose pas de problème. Il n'en va pas de même de l'une de ses conséquences. Car la qualification de secret de la défense nationale emporte une

⁸⁹⁵ Décision C.C., n°2011-192 QPC du 10 novembre 2011, Mme Ekaterina B., épouse D., et autres [Secret défense], J.O. du 11 novembre 2011, p. 19005, Rec. p. 528.

⁸⁹⁶ B. Warusfel, « Le secret de défense entre les exigences de l'Etat et les nécessités du droit », *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, 2001, n°199.

⁸⁹⁷ *Considérations générales : la transparence et le secret*, Rapport du Conseil d'Etat de 1995, Etudes et documents du Conseil d'Etat, n°47, La documentation française, 1995, Paris.

⁸⁹⁸ G. Carcassonne, *Le Point*, n°1308, 11 octobre 1997.

⁸⁹⁹ Art. R. 2311-1 et s. du code de la défense.

⁹⁰⁰ Art. 413-9, al. 2 du code pénal.

importante limitation de l'accès aux documents et informations qui en bénéficient⁹⁰¹, y compris pour les juridictions. En d'autres termes, le secret de la défense nationale permet à l'Exécutif de mettre certains documents ou informations hors de la portée du juge⁹⁰². Il constitue dès lors une limite à l'article 81 du code de procédure pénale, qui prévoit que le juge d'instruction procède à tous les actes de l'instruction qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité.

368. Il n'est donc pas étonnant que le Conseil constitutionnel ait été saisi de certaines des dispositions relatives au secret de la défense nationale réparties dans le code pénal, le code de la défense et le code de procédure pénale⁹⁰³. Plus précisément, ces dispositions visaient à limiter doublement le juge dans l'exercice de ses fonctions. D'un point de vue matériel, d'abord, puisqu'elles prévoient que le juge ne peut avoir accès aux informations classées qu'avec l'accord des autorités administratives compétentes. D'un point de vue spatial, ensuite, puisque les perquisitions dans les lieux classifiés sont soumises à l'accord des autorités administratives. Les requérants estimaient donc que ces dispositions méconnaissent le droit à un procès équitable ainsi que le principe de la séparation des pouvoirs. Or, à première vue, la question posée au Conseil semble relativement simple, puisqu'il s'agissait de savoir si la faculté de limitation par l'Exécutif des prérogatives du juge au titre du secret de la défense nationale est conforme au principe de séparation des pouvoirs. Autrement dit, le Conseil devait se prononcer sur le fait de savoir si le principe de séparation des pouvoirs admet que l'Exécutif puisse, dans certains cas, faire obstacle aux prérogatives du juge. Pour ce faire, le juge constitutionnel, après avoir rappelé un certain nombre de « normes constitutionnelles applicables »⁹⁰⁴, a estimé que « tant le principe de la séparation des pouvoirs que l'existence

⁹⁰¹ Art. L. 2312-1 et s. du code de la défense. Par ailleurs, la qualification de secret de la défense nationale, en cas de divulgation, entraîne également un régime de sanctions particulièrement lourd (art. 413-10 et s. du code pénal).

⁹⁰² Ceci est d'autant plus vrai depuis 1992 (loi n°92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique qui crée l'article 413-9 du code pénal). En effet, avant cette date, aucun texte n'interdisait aux juges d'apprécier au fond le caractère secret des informations, et ce bien que les juridictions se soient toujours montrées réticentes à effectuer un tel contrôle (C.E., ass., 11 mars 1955, n°34036, Secrétaire d'Etat à la guerre c/ Coulon ; C.E., Commission spéciale, avis du 19 juillet 1974 ; C.E., Commission spéciale, avis du 29 août 1974 ; Chambre d'accusation de Paris, 21 mai 1975, n°510/75, Canard Enchaîné ; Chambre d'instruction de Paris, 27 mai 1987, Chalié et autres). La loi de 1992 procède à une inversion de la logique en établissant un critère matériel : est un document couvert par le secret de la défense nationale un document qui a fait l'objet de mesures de classification de la part de l'administration.

⁹⁰³ Les requérants contestaient la constitutionnalité des articles 413-9, 413-9-1, 413-10, 413-10-1, 413-11, 413-11-1 et 413-12 du code pénal, les articles L. 2311-1, L. 2312-1, L. 2312-2, L. 2312-3, L. 2312-4, L. 2312-5, L. 2312-6, L. 2312-7, L. 2312-7-1 et L. 2312-8 du code de la défense ainsi que l'article 56-4 du code de procédure pénale.

⁹⁰⁴ Décision C.C., n°2011-192 QPC, préc., cons. 20-22. Le Conseil cite l'article 16 de la Déclaration de 1789 ainsi que les articles 5, 20 et 34 de la Constitution.

d'autres exigences constitutionnelles lui imposent d'assurer une conciliation qui ne soit pas déséquilibrée entre le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable ainsi que la recherche des auteurs d'infractions et les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation »⁹⁰⁵. Le Conseil ne confronte donc pas directement chaque disposition ou ensemble de disposition au principe de séparation des pouvoirs, mais apprécie systématiquement le caractère équilibré de la conciliation opérée par le législateur entre l'intérêt de la Nation et la garantie des droits. Il faut également en déduire que, dans la mesure où c'est le principe de séparation des pouvoirs qui commande d'opérer cette conciliation, le caractère déséquilibré de cette dernière devrait nécessairement entraîner une méconnaissance du principe.

369. Dans une décision du 10 novembre 2011, le Conseil a ainsi examiné quatre séries de dispositions. Il a examiné, en premier lieu, la procédure de déclassification et de communication des informations classifiées. Celle-ci prévoit que lorsqu'une juridiction demande à une autorité administrative⁹⁰⁶ de procéder à la déclassification d'un document, l'autorité saisit la Commission consultative du secret de la défense nationale (C.C.S.D.N.) qui émet un avis dans les deux mois⁹⁰⁷, avant de prendre sa décision⁹⁰⁸ et de la notifier à la juridiction qui en a fait la demande. A propos de cette procédure, le Conseil a estimé que le législateur a opéré une conciliation équilibrée, en raison de l'indépendance de la C.C.S.D.N. et de la procédure établie⁹⁰⁹.

En deuxième lieu, ce sont les règles relatives à l'accès aux informations secret défense à l'occasion de perquisitions dans des lieux identifiés comme abritant de tels éléments qui ont été examinées par le Conseil⁹¹⁰. Celui-ci a estimé que, dans la mesure où les seules limitations aux prérogatives du juge sont l'obligation qui lui est faite de procéder à la perquisition en présence du président de la C.C.S.D.N. ainsi que l'interdiction de prendre connaissance des informations classées, la conciliation opérée par le législateur n'est pas déséquilibrée.

Ensuite, ce sont les règles relatives aux perquisitions dans des lieux se révélant abriter des éléments couverts par le secret de la défense nationale qui ont été contrôlées par le Conseil. Il est prévu que le magistrat doit informer immédiatement le président de la C.C.S.D.N., placer

⁹⁰⁵ Décision C.C., n°2011-192 QPC, préc., cons. 22.

⁹⁰⁶ L'identité de l'autorité compétente est établie par les articles R. 2311-5 et s. du code de la défense. Il s'agit du Premier ministre ou des ministres dans le cadre de leurs attributions.

⁹⁰⁷ Cet avis peut être favorable, favorable à une déclassification partielle ou défavorable.

⁹⁰⁸ La décision de l'autorité administrative doit être assortie du sens de l'avis de la commission, ce dernier étant également publié au Journal officiel.

⁹⁰⁹ Décision C.C., n°2011-192 QPC, préc., cons. 28.

⁹¹⁰ La liste de ces lieux est déterminée par le Premier ministre, et doit être communiquée à la C.C.S.D.N.

sous scellés les documents pour les transmettre à la commission qui, après avoir établi un procès-verbal, devra les restituer à l'autorité administrative. Là encore, le juge constitutionnel a estimé que cette procédure est porteuse de garanties suffisantes pour permettre une conciliation équilibrée entre l'intérêt de la Nation et la garantie des droits.

Enfin, ce sont les règles relatives aux lieux classifiés au titre de la défense nationale qui ont fait l'objet d'un contrôle du Conseil. Celles-ci prévoient que la décision de classification des lieux est prise par le Premier ministre pour une durée de cinq ans, après avis de la C.C.S.D.N. Une fois ces lieux classifiés, afin de pouvoir effectuer une perquisition, le juge doit adresser une demande à la C.C.S.D.N.⁹¹¹, laquelle formule ensuite un avis qui sera communiqué à l'autorité administrative compétente, qui se prononcera à son tour sur la demande de déclassification temporaire. Le Conseil a ainsi estimé que, dans la mesure où la classification d'un lieu emporte sa soustraction aux pouvoirs d'investigation de l'autorité judiciaire, le fait de subordonner l'exercice de ces pouvoirs à une décision de l'autorité administrative est la preuve d'une conciliation déséquilibrée opérée par le législateur. En adoptant cette disposition, le législateur a donc méconnu le principe de séparation des pouvoirs.

2. La conciliation équilibrée des impératifs constitutionnels en présence

370. Le jugement de conformité des dispositions relatives à la perquisition des lieux identifiés comme abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale ou se révélant comme tels au principe de séparation des pouvoirs n'est pas surprenante. En effet, aucune de ces procédures ne permet à l'autorité administrative compétente de s'opposer à la décision du juge de perquisitionner. Les dispositions ne font que prévoir un certain nombre de limitations quant à l'accès du juge aux documents couverts par le secret de la défense nationale. Ces limitations, justifiées par la protection de l'intérêt de la Nation, ont été examinées par le Conseil au titre de la procédure de déclassification des documents et informations. Ici, le jugement de conformité au principe de séparation des pouvoirs est plus surprenant. En effet, les dispositions instituant cette procédure permettent à une autorité administrative de refuser la demande de déclassification formulée par un juge et, partant, de limiter l'accès de ce dernier à certaines pièces qu'il estime « utiles à la manifestation de la vérité ».

⁹¹¹ A l'appui de sa demande, le juge doit indiquer, de manière écrite et motivée, la nature des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition ainsi que le lieu visé par la perquisition.

Pourtant, la procédure de classification des lieux couverts par le secret de la défense nationale, qui permet également à une autorité administrative de s'opposer à l'accès du juge à une zone géographique déterminée ne bénéficie pas du même traitement de la part du Conseil, qui l'a jugée contraire au principe de séparation des pouvoirs.

371. Le principe de séparation des pouvoirs tend ainsi à interdire aux pouvoirs politiques de limiter les prérogatives du juge, en l'espèce du juge d'instruction, mais sans que cette interdiction soit totale. Pour mieux identifier la conception – étanche ou perméable – et la portée du principe de séparation des pouvoirs, il convient donc de s'interroger sur les raisons pour lesquelles le Conseil a jugé conforme la première limitation, instituée par la procédure de déclassification des documents et informations couverts par le secret de la défense nationale, et censuré la seconde, relative à l'accès du juge aux lieux couverts par le même secret.

Dans le premier cas, l'autorité administrative a la possibilité de s'opposer à la demande du juge de déclassifier un document ou une information. Toutefois, le brevet de conformité délivré par le Conseil est manifestement dû au caractère « équilibré » de la conciliation opérée par le législateur. Plus précisément, il semble que l'obligation faite à l'autorité administrative de saisir pour avis une A.A.I., ainsi que la publication de cet avis au Journal officiel suffise au Conseil pour estimer que le principe de séparation des pouvoirs n'est pas méconnu. Pourtant, l'avis de l'A.A.I. ne lie pas l'autorité administrative, qui demeure libre de refuser la déclassification des documents ou information, et donc d'en interdire l'accès au juge et, partant, de l'entraver dans l'exercice de sa fonction. Dans le second cas, l'autorité administrative a la possibilité de s'opposer à la perquisition dans un lieu classé, la mesure de perquisition étant soumise à la déclassification temporaire préalable du lieu. Or, les dispositions en cause prévoient que cette mesure est entièrement à la discrétion de l'autorité administrative, qui doit toutefois rendre sa décision après avis de la C.C.S.D.N., cet avis ne revêtant pas de caractère contraignant.

Ainsi, dans les deux cas, les dispositions prévoient l'intervention, pour avis, de la C.C.S.D.N. Ce n'est donc pas celle-ci qui permet de justifier la différence de solution adoptée par le Conseil quant à leur conformité au principe de séparation des pouvoirs. La raison de cette différence de solution est donc ailleurs. Il est possible d'avancer qu'elle réside dans la portée de la faculté de limitation des pouvoirs d'instruction du juge conférée à l'autorité administrative. Dans la première hypothèse, cette faculté est limitée, puisque l'autorité administrative ne peut s'opposer qu'à la déclassification d'un document ou d'une information. Dans le second cas, c'est à l'accès du juge à la totalité d'un lieu que l'autorité administrative

peut s'opposer. C'est donc cette différence de portée de la faculté de limitation conférée à l'autorité administrative qui semble justifier, dans un cas, la conformité, et dans l'autre cas, l'absence de conformité des dispositions au principe de séparation des pouvoirs. Le choix des termes employés par le Conseil afin de justifier la censure des dispositions relatives à la déclassification des lieux tendent à conforter cette analyse. Le juge constitutionnel estime en effet que « la classification d'un lieu a pour effet de soustraire une zone géographique définie aux pouvoirs d'investigation de l'autorité judiciaire ; (...) qu'elle conduit à ce que *tous les éléments de preuve, quels qu'ils soient*, présents dans ces lieux lui soient inaccessibles tant que cette autorisation n'a pas été délivrée »⁹¹².

372. Ainsi, le principe de séparation des pouvoirs admet que soit conférée aux pouvoirs politiques une faculté de limitation des pouvoirs d'investigation du juge, dès lors que celle-ci revêt une faible portée, c'est-à-dire lorsqu'elle est cantonnée à un document ou une information classés secret défense. En revanche, le principe de séparation des pouvoirs s'oppose à ce que cette faculté de limitation des pouvoirs d'investigation du juge par les pouvoirs politiques revête une portée plus large, leur permettant par exemple de soustraire aux pouvoirs du juge l'intégralité d'une zone géographique et l'ensemble des éléments de preuves susceptibles de s'y trouver. En adoptant cette solution, le Conseil n'a donc pas perdu de vue l'objectif de garantie des droits, qui ne semble pas mis en cause dans sa substance par la disposition jugée conforme à la Constitution. Au contraire, il est possible de soutenir que la conception nuancée du principe de séparation des pouvoirs retenue par le Conseil permet d'assurer la garantie des droits à un double niveau. Au niveau de la garantie individuelle et juridictionnelle des droits, d'abord, dans la mesure où l'essentiel de la fonction juridictionnelle d'instruction est sauvegardée. Au niveau d'une garantie plus générale des droits, ensuite, dans la mesure où la faible atteinte à la fonction juridictionnelle d'instruction consentie par le Conseil a pour objectif de participer « de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, (...) au nombre desquels figurent l'indépendance de la Nation et l'intégrité du territoire »⁹¹³. Or, ces éléments apparaissent comme des pré-requis à la garantie générale des droits. Le secret de la défense nationale et l'intérêt de la Nation peuvent donc justifier que certains documents ou certaines informations fassent l'objet d'une protection, mais cette dernière ne saurait permettre aux pouvoirs politiques d'entraver de manière conséquente les fonctions d'investigation du pouvoir juridictionnel. Ainsi, dans la décision du

⁹¹² Décision C.C., n°2011-192 DC, préc., cons. 37.

⁹¹³ Décision C.C., n°2011-192 DC, préc., cons. 20.

10 novembre 2011, le Conseil a bien eu recours au principe de séparation des pouvoirs afin d'assurer, autant que faire se peut, la protection des prérogatives d'instruction du juge et la poursuite de l'objectif de garantie des droits. Le Conseil semble donc avoir apporté une réponse satisfaisante à l'interrogation de B. Grasset qui, estimant que « le secret de la défense nationale est nécessaire, il doit être protégé. Il doit être défendu. (...) Encore ne faut-il pas le galvauder », s'interrogeait en ces termes : « dès lors, au-delà des aspects médiatiques et des polémiques portant sur des cas particuliers, au-delà de la nécessité de mettre fin à l'usage abusif d'une mention qui a trop souvent servi à couvrir des activités ou à cacher des informations n'ayant aucun rapport avec la défense du pays, il convient de se poser la question essentielle : comment concilier l'Etat de droit et le nécessaire secret de la défense nationale ? »⁹¹⁴.

373. Le principe de séparation des pouvoirs permet ainsi au Conseil de restreindre la faculté des pouvoirs politiques de limiter les fonctions d'investigation du juge, sans pour autant pouvoir les en empêcher complètement, dans la mesure où la prise en compte pragmatique de la raison d'Etat empêche le juge constitutionnel de retenir une conception parfaitement étanche du principe de séparation des pouvoirs. Mais ce n'est pas la seule fonction du juge que permet de protéger le principe de séparation des pouvoirs.

B. L'interdiction générale de la limitation du pouvoir juridictionnel dans la détermination de la solution du litige

374. A première vue, le principe de séparation des pouvoirs devrait s'opposer à ce que le juge, lorsqu'il rend une décision, soit lié ou limité d'une quelconque manière par l'un des pouvoirs politiques. Cette interdiction apparaît toutefois plus nuancée dans la jurisprudence du Conseil. En effet, le Conseil a été saisi⁹¹⁵ afin de contrôler la constitutionnalité d'un dispositif qui prévoit que, lorsque le juge est saisi afin de déterminer le montant de l'indemnité pour expropriation d'utilité publique, l'indemnité ne peut excéder l'estimation réalisée par les services du domaine ou la commission des opérations immobilières « si une mutation à titre gratuit ou onéreux, antérieure de moins de cinq ans à la date de la décision portant transfert de propriété, a donné lieu à une évaluation administrative rendue définitive

⁹¹⁴ B. Grasset, « Secrets défense », *Pouvoirs*, 2001/2, n°97, p. 63.

⁹¹⁵ Décision C.C., n°2012-236 QPC du 20 avril 2012, Mme Marie-Christine J. [Fixation du montant de l'indemnité principale d'expropriation], J.O. du 21 avril 2012, p. 7197, Rec. p. 211.

en vertu des lois fiscales ou à une déclaration d'un montant inférieur à ladite estimation »⁹¹⁶. L'aspect technique de cette disposition nécessite quelques éclaircissements, que fournit R. Hostiou. Pour ce dernier, « il s'agit à l'occasion d'une procédure d'expropriation (ou de préemption) de "rattraper" un manque à gagner dont aurait été victime le fisc, de sanctionner *a posteriori* le comportement – présumé frauduleux – du propriétaire, en cadenassant la compétence du juge de l'expropriation - seul compétent pour déterminer, à défaut d'accord amiable, le montant de l'indemnité à allouer au propriétaire - au cas où le bien exproprié aurait, au cours des cinq années précédant son acquisition par les pouvoirs publics, fait l'objet d'une déclaration fiscale - ou d'une évaluation administrative rendue définitive - d'un montant qui se révélerait être inférieur à celui de l'évaluation des Domaines. Ces dispositions - qui sont "d'ordre public" et qui doivent par conséquent être soulevées d'office par le juge - lui interdisent en pareil cas d'allouer à l'exproprié une indemnité d'un montant supérieur à celui de ladite évaluation, sauf pour l'exproprié à établir que le bien dont s'agit a, depuis la date à laquelle est intervenue cette mutation, subi des modifications justifiées dans leur consistance matérielle ou juridique, leur état ou leur situation d'occupation »⁹¹⁷.

375. A l'appui de sa question prioritaire de constitutionnalité, la requérante estimait que le dispositif était contraire, d'une part, à l'article 17 de la Déclaration de 1789⁹¹⁸ et, d'autre part, aux principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance des juridictions. La réponse du Conseil quant à la conformité de la disposition à la Constitution était d'autant plus attendue qu'un dispositif identique est prévu par de nombreux autres textes pour des situations différentes⁹¹⁹. Or, si le Conseil a examiné de manière approfondie le premier grief soulevé pour finalement l'écarter, il s'est contenté d'affirmer que les dispositions « ne portent pas davantage atteinte à l'indépendance de l'autorité judiciaire et à la séparation des pouvoirs »⁹²⁰. « L'affirmation ne fait cependant pas office de démonstration »⁹²¹, et la solution retenue ne semble pas si évidente que cela. En effet, bien qu'il convienne d'admettre que la

⁹¹⁶ Art. L. 13-17 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

⁹¹⁷ R. Hostiou, « Expropriation : au sujet des conditions d'indemnisation du préjudice », *R.D.I.*, 2011, n°6, p. 326.

⁹¹⁸ Article 17 de la Déclaration de 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

⁹¹⁹ Voir not. l'article L. 122-2 du code de la voirie routière pour la publication des plans d'alignement, l'article 321-5-1 du code forestier pour les servitudes de passage et d'aménagement, l'article 322-5 du code de l'urbanisme pour les indemnités de délaissement des immeubles en cas d'existence d'association foncière urbaine, l'article L. 114-4 u code de la voirie pour les servitudes de visibilité.

⁹²⁰ Décision C.C., n°2011-236 DC, préc., cons. 7.

⁹²¹ S. Gilbert, « L'article L. 13-17 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique est-il conforme à la Constitution ? », *A.J.D.A.*, 2012, n°27, n.p.d.a. 1517.

détermination du montant de l'indemnité par le juge n'est liée par l'estimation de l'administration que dans des cas très limités⁹²², le simple fait qu'elle puisse l'être semble poser problème au regard du principe de l'indépendance des juridictions et, partant, du principe de séparation des pouvoirs. Car, comme le souligne S. Gilbert, « le "principe fondamental reconnu par les lois de la République" aux termes duquel, en présence d'une dépossession de propriété privée immobilière, l'indemnisation relève de la compétence du juge judiciaire⁹²³ - principe que le Conseil se garde ici d'évoquer - semble difficilement conciliable avec l'article L. 13-17, dès lors que c'est le spectre de la "justice retenue" que convoque l'article L. 13-17 du code de l'expropriation. Enfin, l'Etat, à travers le service des domaines, est à la fois celui qui exproprie et celui qui fixe le montant "plafond" de l'indemnité »⁹²⁴. Il convient donc de rechercher s'il existe des raisons justifiant le brevet de conformité délivré par le Conseil et d'identifier, *in fine*, la conception du principe de séparation des pouvoirs retenue par celui-ci pour conclure à la conformité du dispositif à ce principe.

A ce titre, deux éléments peuvent expliquer la solution retenue par le Conseil. D'abord, le caractère très limité des hypothèses dans lesquelles le juge est lié par les estimations effectuées par l'administration restreint – quantitativement – l'atteinte qui peut être portée au principe de séparation des pouvoirs. Il ne les élimine toutefois pas. C'est pourquoi cet élément ne saurait, à lui seul, justifier le brevet de conformité délivré par le Conseil, sauf à conclure qu'exceptionnellement, ce dernier retient une conception perméable du principe de séparation des pouvoirs au détriment de la garantie des droits. Un second élément permet de mieux comprendre cette solution. En effet, les hypothèses dans lesquelles le juge est lié par l'estimation opérée par l'administration sont – en principe – celles dans lesquelles cette

⁹²² S. Gilbert apporte quelques éléments explicatifs importants : « Les "mutations" potentiellement visées par l'article L. 13-17 du code de l'expropriation sont multiples : vente, succession, donation, échange, etc. Mais elles doivent avoir donné lieu à des "évaluations administratives" rendues définitives en vertu de lois fiscales ou à des "déclarations" pour que l'article L. 13-17 soit applicable. Les "évaluations administratives", qui doivent en principe être produites, peuvent correspondre à des avis, voire des "avis officieux" (Civ. 3e, 3 oct. 1991, n° 89-70.357) - il s'agira le plus souvent de redressements. Quant aux "déclarations", elles renvoient classiquement aux déclarations de succession, d'impôt sur la fortune (C.A. Versailles 3 juill. 1984), de chiffre d'affaires, de bénéfices et s'appliquent à tous les biens frappés par l'expropriation » (S. Gilbert, « L'article L. 13-17 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique est-il conforme à la Constitution ? », art. cit., n.p.d.a. 1517).

⁹²³ Décision C.C., n°85-198 DC du 13 décembre 1985, Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle, J.O. du 14 décembre 1985, p. 14574, Rec. p. 78, cons. 15 ; décision C.C., n°89-256 DC du 25 juillet 1989, Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles, J.O. du 28 juillet 1989, p. 9501, Rec. p. 53, cons. 23.

⁹²⁴ S. Gilbert, « L'article L. 13-17 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique est-il conforme à la Constitution ? », art. cit., n.p.d.a. 1517.

dernière est supérieure à l'estimation opérée par le propriétaire⁹²⁵. Il s'agit de faire en sorte que celui-ci soit sanctionné pour avoir sous-estimé la valeur du bien qui fait l'objet de l'expropriation. Cette circonstance pourrait conduire le Conseil à adopter un raisonnement particulier. En effet, lorsque le principe de séparation des pouvoirs est destiné à protéger le pouvoir juridictionnel des pouvoirs politiques, le juge constitutionnel manie ce principe en vue d'assurer – voire de promouvoir – la garantie des droits. Or, de la même manière que de la fraude ne peut naître un droit, la séparation des pouvoirs ne saurait servir à assurer la garantie de l'abus de droit, de telle sorte qu'il est possible d'estimer que la faible péréabilité introduite ici ne joue pas au détriment de la garantie des droits.

376. Ainsi, la conception étanche du principe de séparation des pouvoirs retenue par le Conseil afin de promouvoir la garantie des droits ne s'incline que devant de faibles limitations. Il en résulte, d'une part, que le principe de séparation des pouvoirs protège ici, dans une très large mesure, l'exercice des fonctions décisionnelles du juge face aux limitations que pourraient y apporter les pouvoirs politiques. D'autre part, l'étanchéité globale de la séparation des pouvoirs retenue par le Conseil ne résulte pas ici d'un dogme, mais simplement de sa volonté d'assurer au mieux la garantie des droits.

⁹²⁵ S. Gilbert souligne toutefois qu'il peut arriver que le propriétaire à la date de l'expropriation ne soit pas celui qui est à l'origine de la sous-évaluation du bien (S. Gilbert, « L'article L. 13-17 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique est-il conforme à la Constitution ? », art. cit., n.p.d.a. 1517).

377. Conclusion de Chapitre. Le pragmatisme du Conseil constitutionnel dans le traitement du principe de séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel le conduit à adopter une conception variable de la séparation des pouvoirs favorable à l'objectif de garantie des droits qu'il s'est assigné. Le plus souvent, cela conduit le Conseil, de manière prévisible, à retenir une conception étanche de la séparation des pouvoirs, non pas par attachement au dogme séparatiste, comme c'est le cas lorsqu'il s'agit de la séparation entre les pouvoirs politiques, mais parce que cette conception est profitable au juge, qui peut ainsi assurer sa mission juridictionnelle de garantie des droits. D'un point de vue organique, cela se traduit par la consécration d'un principe d'indépendance des juridictions. Celui-ci permet au Conseil de s'assurer que les pouvoirs politiques ne peuvent exercer de pression sur un juge ou une juridiction, en s'assurant notamment de ce que les modalités de recrutement ou la composition des juridictions ne remettent pas en cause l'indépendance des juridictions. Il en va de même en matière de séparation fonctionnelle, pour laquelle le Conseil retient globalement une conception étanche de la séparation des pouvoirs. Il en découle que les pouvoirs politiques, s'ils peuvent adresser des propositions au juge, ne peuvent en aucun cas se substituer à lui, de telle sorte qu'il peut librement exercer ses fonctions.

Le choix d'une conception étanche de la séparation des pouvoirs politiques et juridictionnel est, à lui seul, insuffisant à témoigner du pragmatisme du Conseil. Celui-ci ne fait toutefois plus de doute au vu de l'absence d'hésitation du juge constitutionnel à retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs, lorsque cela sert le juge et la garantie des droits.

Chapitre 2 – La perméabilité de la séparation des pouvoirs au service de la promotion de la garantie des droits

379. Lorsqu'il est question de séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel, le Conseil fait œuvre de pragmatisme en adaptant sa conception de la séparation des pouvoirs en fonction de ce qui est le plus favorable à la protection du juge et à la garantie des droits, ce qui le conduit à retenir, le plus souvent, une conception étanche de la séparation des pouvoirs. Mais, plus rarement, c'est une conception perméable de la séparation des pouvoirs qui permet de réaliser cet objectif. Pragmatique, le Conseil adapte alors en conséquence sa conception de la séparation des pouvoirs. Dans un premier cas, le choix de retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs apparaît comme le fruit d'une démarche particulièrement volontariste du Conseil, dans la mesure où ce dernier façonne la perméabilité dans ses décisions (**Section 1.**). Dans un second cas, la perméabilité du principe de séparation des pouvoirs résulte de la nécessaire conciliation entre celui-ci et un droit à valeur constitutionnelle : le droit au recours. C'est donc davantage dans les modalités du contrôle de la conciliation opérée par le législateur que se révèle le pragmatisme du Conseil (**Section 2.**). Dans le premier cas, le Conseil n'est contraint que par la finalité qu'il choisit de poursuivre, alors que dans le second, il est également soumis à des contraintes textuelles de nature constitutionnelle.

Section 1 – La perméabilité spontanément façonnée par le Conseil constitutionnel

380. Lorsqu'une conception perméable de la séparation des pouvoirs est susceptible de permettre une meilleure garantie des droits qu'une séparation étanche, le Conseil en prend acte. Plus encore, il adapte de manière manifeste sa jurisprudence afin que le traitement du principe de séparation des pouvoirs satisfasse à cet objectif. Deux hypothèses contentieuses traduisent le pragmatisme du juge constitutionnel. En témoigne, d'abord, l'aménagement d'une dérogation à la règle de la répartition des compétences entre les polices administrative et judiciaire, qui découle du principe de séparation des pouvoirs (§1.). Ensuite, le Conseil a constitutionnalisé l'obligation pour l'Exécutif de prêter le concours de la force publique à l'exécution forcée d'une décision de justice. En effet, cette obligation, qualifiée par le Conseil de « corollaire » du principe de séparation des pouvoirs, témoigne de ce que lorsque la

garantie des droits l'exige, le Conseil n'hésite pas à ériger la perméabilité de la séparation en principe (§2.).

§1 – La garantie des droits assurée par une dérogation à la séparation étanche entre les polices administrative et judiciaire

381. Depuis le milieu du XX^e siècle⁹²⁶, le juge ordinaire a fréquemment recours à la distinction entre deux types de polices, l'une administrative et l'autre judiciaire. Or, selon le Conseil, la règle de la répartition des compétences entre ces deux types de police découle du principe de séparation des pouvoirs. Plus précisément, cette règle est le résultat d'une conception étanche du principe de séparation des pouvoirs, le Conseil censurant toute disposition législative qui ne respecterait pas la répartition des compétences dévolues à l'une et à l'autre de ces polices (A.). Pourtant, le juge constitutionnel a admis la constitutionnalité d'une dérogation à ce principe et, partant, a retenu, de manière exceptionnelle, une conception perméable de la séparation des pouvoirs. L'objectif poursuivi par le Conseil, s'il n'est pas exprimé clairement, transparaît assez nettement de l'ensemble de la jurisprudence. Il s'agit de favoriser, autant que possible, la garantie des droits (B.). Le contentieux relatif à la séparation entre les polices administrative et judiciaire illustre ainsi parfaitement le pragmatisme dont le Conseil fait preuve lorsqu'il est question de séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel.

A. Le principe : l'étanchéité de la séparation entre polices administrative et judiciaire

382. Le Conseil constitutionnel est conscient de l'enjeu de la distinction entre les polices administrative et judiciaire. A titre d'exemple, il a affirmé dans le commentaire officiel de la décision du 19 janvier 2006 que cette distinction est une « *summa divisio* » qui demeure « opératoire pour l'organisation générale de l'action des pouvoirs publics et de la protection des droits des personnes », et ce malgré « les critiques qui lui sont faites, quelles que soient les atténuations qui ont pu lui être apportées et quelles que soient les difficultés (...) à en

⁹²⁶ Voir not. décision C.E., 11 mai 1951, Consorts Baud, n°2542 et décision T.C., 7 juin 1951, Dame Noualek, n°1.316. Dans la doctrine, voir not. E. Picard, *La notion de police administrative*, LGDJ, Paris, 1984, 2 vol., 926 p. et M.-A. Granger, « La distinction police administrative / police judiciaire au sein de la jurisprudence constitutionnelle. Éléments de contribution tirés du commentaire de la décision « LOPPSI » du Conseil constitutionnel », *R.S.C.*, 2011, n°4, pp. 789-800.

tracer les contours dans certaines circonstances concrètes »⁹²⁷. L'un des premiers facteurs de confusion entre ces deux notions et, partant, entre les régimes qui en découlent, réside dans l'identité des acteurs. « Le personnel est souvent commun et le maire, les commissaires et les inspecteurs de police, les gardiens de la paix et les gendarmes sont à la fois autorités de police administrative et de police judiciaire »⁹²⁸. Il en résulte que la distinction entre ces dernières ne saurait être opérée selon un critère organique.

C'est donc un tout autre critère qui est employé par les juges afin de déterminer si une mesure relève de la police administrative ou judiciaire et doit être soumise à l'un ou l'autre des régimes. Le plus souvent, il est avancé que la police administrative a pour finalité la prévention des atteintes à l'ordre public, et la police judiciaire la répression des infractions. Or, cette présentation est excessivement simpliste. En effet, certaines opérations de police administrative n'ont pas uniquement pour objet la prévention⁹²⁹, et il arrive que certaines opérations changent de nature en cours d'accomplissement. Dès lors, comme l'affirme T. Renoux, « aucune de ces solutions n'apporte une réponse satisfaisante. La jurisprudence a recherché un critère plus approprié en se référant aux dispositions de procédure pénale instituant la police judiciaire. On estime en ce sens, qu'en application de l'article 14 du Code de procédure pénale, constitue une mission de police judiciaire le fait "de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs" alors que relève d'une activité de police administrative l'opération menée en vue de la protection ou du rétablissement de l'ordre public. Bien que cette distinction soit claire, elle autorise, pour reprendre l'expression du président Odent, une grande "subtilité de solutions" jurisprudentielles »⁹³⁰. Dès lors, c'est l'intention de l'auteur de la mesure de police que recherche le juge afin d'identifier la nature de cette mesure. Ce critère finaliste a d'abord été retenu par le Conseil d'Etat⁹³¹, suivi peu de temps après par le Tribunal des conflits⁹³². Ainsi, si la mesure de police est en relation avec une infraction pénale déterminée, il s'agit d'une mesure de police judiciaire. Sinon, il s'agit d'une mesure de police administrative. Il en résulte que cette dernière a pour objet de maintenir l'ordre public en dehors de toute infraction

⁹²⁷ Commentaire officiel de la décision C.C., n°2005-532 DC du 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, J.O. du 24 janvier 2006, p. 1138, Rec. p. 31, p. 2.

⁹²⁸ J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, Montchrestien, Paris, 9^e édition, 2005, p. 568.

⁹²⁹ C'est le cas par exemple des mesures relatives à l'insalubrité d'habitations privées, qui ont pour but de faire cesser un trouble à l'ordre public qui existe d'ores et déjà, au besoin à l'aide de sanctions.

⁹³⁰ T. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire : l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica, Paris, 1984, p. 544.

⁹³¹ Décision C.E., sect., 11 mai 1951, Consorts Baud, préc.

⁹³² Décision T.C., 7 juin 1951, Dame Noualek.

pénale déterminée, alors que la police judiciaire a pour objet d'effectuer toutes les opérations nécessaires à la répression juridictionnelle des infractions pénales. Pour cette raison, la police judiciaire est une sorte d' « antichambre » du pouvoir juridictionnel. Agissant toujours sur commande et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, elle peut être assimilée à cette dernière.

383. Dès lors, la question de l'inclusion de la règle de la répartition des compétences et de la distinction des régimes juridiques des deux types de polices dans le champ d'application du principe de séparation des pouvoirs se pose. La première décision relative à cette question, rendue par le Conseil le 20 janvier 1981⁹³³, ne permet pas de déterminer clairement la position de ce dernier sur ce point. A cette occasion, le Conseil a estimé que bien que la disposition examinée déroge à la répartition « normale » des compétences entre les polices administrative et judiciaire, elle ne porte pas atteinte à la séparation des pouvoirs⁹³⁴. Deux interprétations de cette décision peuvent être retenues. Il est d'abord envisageable que si le Conseil accorde un brevet de conformité à une telle disposition, c'est parce que la séparation des pouvoirs n'a aucune implication en termes de répartition des compétences entre polices administrative et judiciaire. La séparation entre les deux types de polices ne relèverait pas du champ d'application du principe de séparation des pouvoirs, et la mention de ce dernier par le Conseil ne serait qu'une réponse aux griefs formulés par les requérants. Mais il est également envisageable que le principe de séparation des pouvoirs soit bien à l'origine de la distinction entre police administrative et police judiciaire. Dans cette hypothèse, le brevet de conformité serait le résultat d'une dérogation accordée par le Conseil à cette règle⁹³⁵. La jurisprudence constitutionnelle ultérieure confirme cette seconde interprétation, puisque le Conseil a par la suite censuré toute incursion de la police administrative dans le domaine de compétence de la police judiciaire⁹³⁶. Le principe de séparation des pouvoirs est donc directement à l'origine de

⁹³³ Décision C.C., n°80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, J.O. du 22 janvier 1981, p. 308, Rec. p. 15.

⁹³⁴ Décision C.C., n°80-127 DC, préc., cons. 63 : « Considérant que, si les articles 76 et 77 précités réservent en certains cas à la police judiciaire des missions de prévention des atteintes à l'ordre public qui ressortissent normalement à la police administrative, ces dispositions n'ont pour conséquence que de donner des garanties assurant le respect de la liberté individuelle ; qu'en effet, dès lors que, comme il a été dit, de telles procédures sont établies par la loi dans le respect des règles constitutionnelles, aucune atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ne résulte de leur soumission à un régime comportant, pour les personnes qui en font l'objet, des garanties que ne leur assurerait pas le régime de droit commun de la police administrative ».

⁹³⁵ Voir *infra*.

⁹³⁶ Décision C.C., n°92-316 DC, du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, J.O. du 22 janvier 1993, p. 1118, Rec. p. 14, cons. 14 et 15. Voir *infra*.

la distinction entre polices administrative et judiciaire et la règle de répartition des compétences qui en découle⁹³⁷.

384. Le Conseil constitutionnel rattache ainsi la règle de répartition des compétences entre les polices administrative et judiciaire au principe de séparation des pouvoirs. Pour autant, ce fondement est-il pertinent ? Dans la mesure où il n'y a pas de distinction organique entre ces deux types de polices, il peut paraître surprenant de rattacher chacune d'entre elles à un pouvoir différent. En outre, la question du critère de rattachement à l'un des trois pouvoirs se pose. Il ne saurait s'agir de distinguer en fonction de l'entité qui contrôle la mesure de police, puisqu'il s'agit dans un cas du juge administratif, et dans l'autre du juge judiciaire. Faire le choix de ce critère de distinction tout en rattachant la règle de répartition des compétences au principe de séparation des pouvoirs reviendrait donc à instituer une séparation au sein d'un même pouvoir. En revanche, l'identité de l'autorité responsable de la mesure de police est susceptible de constituer le critère idéal de rattachement de chacun des types de police à l'un des pouvoirs. En effet, c'est toujours une autorité administrative qui est responsable des mesures de police administrative⁹³⁸, et l'autorité judiciaire en cas de mesure de police judiciaire. La séparation des pouvoirs, et plus précisément la séparation entre les pouvoirs exécutif et juridictionnel est donc tout-à-fait à même de fonder la distinction entre les polices administrative et judiciaire, ainsi que la répartition des compétences entre elles : à la police administrative et au pouvoir exécutif le maintien de la paix, de la sécurité et de la salubrité, à la police judiciaire et au pouvoir juridictionnel la mission de sanctionner les infractions et les atteintes à l'ordre public une fois qu'elles ont eu lieu.

385. La distinction entre les polices administrative et judiciaire et, partant entre leurs compétences et régimes juridiques, résulte donc, selon le Conseil, du principe de séparation des pouvoirs. Dès lors, si le juge constitutionnel décidait de retenir une conception parfaitement étanche du principe de séparation des pouvoirs, toute disposition qui ne respecterait pas la règle de répartition des compétences entre les polices administrative et judiciaire méconnaîtrait le principe de séparation des pouvoirs et, partant, la Constitution. Ce n'est pourtant pas exactement la solution retenue par le Conseil.

⁹³⁷ Décision C.C., n°90-281 DC du 27 décembre 1990, Loi sur la réglementation des télécommunications, J.O. du 29 décembre 1990, p. 16343, Rec. p. 91, cons. 14 ; C.C., n°92-316 DC préc., cons. 14 et 15 ; C.C., n°2005-532 DC du 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, J.O. du 24 janvier 2006, p. 1138, Rec. p. 31, cons. 5 et 17.

⁹³⁸ Les pouvoirs de police administrative générale sont confiés au Premier ministre au niveau nationale, et au Préfet et au maire au niveau local. Des pouvoirs de police administrative spéciale peuvent toutefois être attribués à des autorités différentes.

B. L'exception : la perméabilité de la séparation entre polices administrative et judiciaire

386. Dès la première décision à l'occasion de laquelle le Conseil s'est prononcé sur la question de la répartition des compétences entre les polices administrative et judiciaire⁹³⁹, il a choisi de ne pas retenir une conception systématiquement étanche du principe de séparation des pouvoirs. En effet, si le principe demeure l'étanchéité, et la règle la répartition des compétences entre les deux types de polices, le Conseil a, de manière pragmatique, admis une exception à cette règle. Il consent, de manière dérogatoire, à ce que le législateur adopte une disposition qui révèle une conception perméable de la séparation des pouvoirs. Toutefois, il résulte de la jurisprudence du Conseil que cette conception perméable de la séparation des pouvoirs n'est acceptable que dans une seule hypothèse. Le Conseil n'admet en effet qu'il soit dérogé à la règle de répartition des compétences entre les deux types de polices que lorsqu'il s'agit de permettre à la police judiciaire d'intervenir en lieu et place de la police administrative, et non dans le cas inverse **(1.)**. La perméabilité dérogatoire de la séparation des pouvoirs est donc bien le résultat de la volonté du Conseil de favoriser la garantie des droits **(2.)**.

1. Une perméabilité unilatérale

387. Dans la décision du 20 janvier 1981⁹⁴⁰, le Conseil a été amené à juger de la constitutionnalité d'un dispositif relatif au contrôle d'identité, applicable tant au titre de la police judiciaire que de la police administrative⁹⁴¹. Ce dispositif devait permettre aux officiers et agents de police judiciaire d'organiser des contrôles d'identité, mais également de disposer de procédures appropriées dans l'hypothèse où une personne se trouverait dans l'impossibilité de justifier son identité. La personne pouvait être conduite dans un local de police où elle serait mise en état de prévenir quelqu'un susceptible de justifier de son identité. Si elle ne le faisait pas, l'officier de police judiciaire pouvait procéder à toute opération nécessaire à l'établissement de l'identité de la personne, y compris une rétention d'une durée maximum de six heures. Le procureur de la République devait en être avisé et pouvait à tout moment mettre fin à la mesure de rétention. Selon les requérants, ces dispositions constituaient une méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs, dans la mesure où elles confient à la

⁹³⁹ Décision C.C., n°80-127 DC, préc.

⁹⁴⁰ Décision C.C., n°80-127 DC, préc.

⁹⁴¹ Décision C.C., n°80-127 DC, préc., cons. 55. Le dispositif était en effet destiné tant à faciliter les recherches judiciaires qu'à « prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des biens ou des personnes ».

police judiciaire, avec les prérogatives dont celle-ci dispose, des opérations de prévention des atteintes à l'ordre public, qui incombent normalement à la police administrative.

Le Conseil s'est d'abord prononcé sur un grief qui n'avait pas été soulevé par les requérants, en rappelant les différentes garanties instaurées par cette procédure⁹⁴² pour conclure que les dispositions ne sont pas contraires à « la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public »⁹⁴³. Ce n'est qu'après cela qu'il a examiné le grief de méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs. Il a ainsi estimé, comme le prétendaient les requérants, que les dispositions attaquées réservent bien à la police judiciaire « des missions de prévention des atteintes à l'ordre public qui ressortissent normalement à la police administrative ». Le juge constitutionnel a toutefois conclu qu'il n'en résulte aucune atteinte au principe de séparation des pouvoirs⁹⁴⁴. Il peut donc être dérogé au principe de séparation des pouvoirs et à la règle de répartition des compétences en accordant à la police judiciaire des prérogatives qui relèvent de la police administrative.

388. Le Conseil a donc admis, dans la décision du 20 janvier 1981, l'existence d'une dérogation à la règle de la répartition des compétences entre les deux polices, et ce avant même d'avoir affirmé l'existence de la règle. Dès lors, il convient de se référer à la jurisprudence ultérieure. En effet, si le Conseil devait admettre par la suite que la police administrative peut également se voir conférer des prérogatives qui relèvent de la police judiciaire, la règle de répartition des compétences entre les deux types de police serait réduite à néant, et il faudrait convenir que le Conseil a retenu une conception absolument perméable de la séparation des pouvoirs. Ce n'est toutefois pas le cas. Les décisions ultérieures dans lesquelles le Conseil a eu à statuer sur des dispositions relatives à la répartition des compétences entre les polices administrative et judiciaire le montrent. Dans une décision du 20 janvier 1993, le Conseil a en effet jugé contraire à la Constitution une disposition qui n'avait pas suffisamment défini les mesures d'investigation auxquelles pouvait recourir la police administrative, de telle sorte qu'elles pouvaient dépasser les prérogatives appartenant à cette dernière pour déborder sur celles relevant de la police judiciaire⁹⁴⁵. Par la suite, le

⁹⁴² Décision C.C., n°80-127 DC, préc., cons. 58 à 60. La procédure prévoit en effet que la personne ne peut être conduite dans un local de police qu'en cas de nécessité, qu'elle peut saisir immédiatement le Procureur de la République, ne peut être retenue que pour le temps nécessaire à la vérification d'identité, ...

⁹⁴³ Décision C.C., n°80-127 DC, préc., cons. 62.

⁹⁴⁴ Décision C.C., n°80-127 DC, préc., cons. 63.

⁹⁴⁵ Décision C.C., n°92-316 DC, préc., cons. 15.

Conseil a réitéré cette position dans une décision du 19 janvier 2006⁹⁴⁶, dans laquelle il censure une disposition qui assigne une mission de police judiciaire à la police administrative en la jugeant contraire au principe de séparation des pouvoirs⁹⁴⁷.

389. Il existe donc bien une règle, le principe de répartition des compétences entre police administrative et police judiciaire, qui découle d'une conception étanche du principe de séparation des pouvoirs. Mais il existe également une – unique – dérogation à cette règle, puisqu'il est possible de prévoir que la police judiciaire exerce des compétences relevant normalement de la police administrative. Le Conseil n'admet pas, en revanche, une telle dérogation pour les compétences relevant de la police judiciaire. Dès lors, c'est bien une dérogation « à sens unique » à laquelle consent le Conseil. La perméabilité dérogatoire de la séparation des pouvoirs n'est donc admise que dans une seule hypothèse, et il convient de s'interroger sur la raison qui pousse le juge constitutionnel à aménager une telle dérogation à l'étanchéité traditionnellement admise de cette séparation entre les pouvoirs juridictionnel et politiques.

2. Une perméabilité dérogatoire au profit de la garantie des droits

390. L'analyse de la décision du 20 janvier 1981 permet de comprendre ce qui a poussé le Conseil à sacrifier l'étanchéité de la séparation entre les pouvoirs juridictionnel et politiques pour accepter une dérogation à la règle de la répartition des compétences entre les polices administrative et judiciaire, et ce au profit de cette dernière. A l'appui de cette dérogation, il a affirmé que « ces dispositions n'ont pour conséquence que de donner des garanties assurant le respect de la liberté individuelle ; qu'en effet, dès lors que (...) de telles procédures sont établies par la loi dans le respect des règles constitutionnelles, aucune atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ne résulte de leur soumission à un régime comportant, pour les personnes qui en font l'objet, des garanties que ne leur assurerait pas le régime de droit commun de la police administrative »⁹⁴⁸.

391. La raison qui pousse le Conseil à retenir exceptionnellement une conception perméable de la séparation des pouvoirs afin de déroger à la règle de répartition des compétences entre les polices administrative et judiciaire est évidente. En effet, le Conseil a d'abord estimé que la dérogation consentie n'a qu'une seule conséquence : « donner des

⁹⁴⁶ Décision C.C., n°2005-532 DC, préc.

⁹⁴⁷ Décision C.C., n°2005-532 DC, préc., cons. 5.

⁹⁴⁸ Décision C.C., n°80-127 DC, préc., cons. 63.

garanties assurant le respect de la liberté individuelle »⁹⁴⁹. De cette affirmation, il est possible de conclure que le régime juridique de la police administrative ne contient aucune garantie en termes de liberté individuelle ou – et c’est plus pertinent – qu’il en comporte moins que le régime de la police judiciaire. Dans un cas comme dans l’autre, le bilan de la dérogation à la règle de répartition des compétences entre les deux types de polices est positif en termes de garantie des droits, et c’est précisément ce que semble vouloir mettre en avant le Conseil constitutionnel. Le Conseil a ensuite poursuivi en estimant que la séparation des pouvoirs n’est pas méconnue par une disposition qui accorde aux citoyens davantage de garanties qu’ils n’en auraient eues avec le régime de droit commun. Ce faisant, il reprend l’idée selon laquelle le régime attaché à la police administrative est moins favorable en termes de garantie des droits que le régime juridique de la police judiciaire. C’est donc précisément cette « plus-value » en termes de garantie des droits qui justifie la perméabilisation soudaine du principe de séparation des pouvoirs. Le Conseil met ainsi pleinement le principe de séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits en adoptant une démarche véritablement pragmatique.

§2 – La garantie des droits assurée par l’obligation pour le pouvoir exécutif de prêter son concours à l’exécution forcée des décisions de justice

392. Il est un cas dans lequel le pragmatisme du Conseil constitutionnel le conduit à ériger la perméabilité de la séparation des pouvoirs en principe afin de servir la garantie des droits. Pour ce faire, il met en place une collaboration du pouvoir exécutif et du pouvoir juridictionnel en constitutionnalisant l’obligation pour la force publique de prêter son concours à l’exécution forcée d’une décision de justice. Le Conseil continue de s’appuyer sur le principe de séparation des pouvoirs afin d’assurer la garantie des droits, puisque la perméabilité n’a ici d’autre but que de permettre d’assurer le droit au recours (A.). Ce principe est toutefois tempéré, au nom de la préservation de l’ordre public – laquelle n’est d’ailleurs pas complètement étrangère à la garantie des droits – par la possibilité exceptionnelle offerte à l’Exécutif de refuser, sous certaines conditions, son concours à l’exécution forcée d’une décision de justice (B.).

⁹⁴⁹ Décision C.C., n°80-127 DC, préc., cons. 63.

A. La perméabilité de la séparation des pouvoirs en vue de garantir l'exécution des décisions de justice

393. La question des recours envisageables en cas d'inexécution des décisions de justice conduit à s'interroger sur les relations entre les pouvoirs juridictionnel et Exécutif. C'est en effet ce dernier qui dispose de la force publique. Ce n'est qu'en retenant une conception perméable de la séparation des pouvoirs que l'Exécutif pourra se voir contraint de mettre la force publique au service du juge afin de participer à l'exécution forcée des décisions de justice (1.). Afin de favoriser la protection du pouvoir juridictionnel et la garantie des droits, c'est cette solution qu'a choisi de retenir le Conseil constitutionnel (2.).

1. Le choix nécessaire entre conception perméable et conception étanche de la séparation des pouvoirs

394. Lorsqu'une décision de justice a été rendue, elle nécessite le plus souvent une action de la part de l'une des parties au litige. Or, la possibilité de voir la personne concernée par cette obligation ne pas s'exécuter est doublement préjudiciable. Elle l'est pour le justiciable qui en est le bénéficiaire, dans la mesure où la non-exécution de la décision porte atteinte à son droit à un recours effectif⁹⁵⁰. Celui-ci, ainsi que l'a récemment jugé le Conseil⁹⁵¹, implique en effet l'exécution sans délai des décisions de justice. La non-exécution d'une décision de justice est également préjudiciable au pouvoir juridictionnel lui-même. Car dans l'hypothèse où les décisions prises par le juge feraient l'objet d'une exécution aléatoire, son autorité ainsi que sa qualité de pouvoir se verraient remises en cause. Or, lorsque l'usage de la force est nécessaire pour faire exécuter une décision de justice, c'est à « la force publique », définie par G. Cornu comme « l'ensemble des agents armés placés sous l'autorité des pouvoirs publics pour assurer, au besoin par la force, l'exécution des actes juridiques et le maintien de l'ordre »⁹⁵² qu'il convient de faire appel.

395. La question de l'exécution forcée des décisions de justice se pose en termes de séparation des pouvoirs, et deux réponses sont envisageables. Peut d'abord être retenue une conception étanche de la séparation des pouvoirs et, dans ce cas, l'existence d'une décision prise par le pouvoir juridictionnel ne saurait obliger l'Exécutif à agir en déployant la force

⁹⁵⁰ Voir S. Guinchard (dir.), *Droit processuel. Droit commun du procès*, Dalloz, Paris, 2001, 976 p.

⁹⁵¹ Décision C.C., n°2014-455 QPC du 6 mars 2015, M. Jean de M. [Possibilité de verser une partie de l'astreinte prononcée par le juge administratif au budget de l'État], J.O. du 8 mars 2015, cons. 3. Auparavant, cette affirmation n'avait été prononcée explicitement que par la Cour européenne (voir not. décision Cour E.D.H., Chambre, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, n°18357/91).

⁹⁵² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2005, 7^e édition, p. 415.

publique au secours de l'exécution de la décision de justice. Cette solution emporte plusieurs inconvénients. Parmi eux, la vulnérabilité du pouvoir juridictionnel, qui ne peut plus compter que sur le bon vouloir des justiciables puis de l'Exécutif pour voir ses décisions appliquées, ou encore l'atteinte portée au droit à un recours effectif. Mais il est également possible de soutenir que l'inertie du pouvoir exécutif est une sorte d'ingérence passive dans la fonction juridictionnelle destinée à en entraver l'effectivité. Dès lors, une conception perméable du principe de séparation des pouvoirs peut également être retenue, en faisant en sorte qu'une décision juridictionnelle entraîne une obligation d'agir à la charge de l'Exécutif lorsqu'il faut faire exécuter ladite décision par la force. Plus encore, il devrait alors être permis au pouvoir juridictionnel de contraindre l'Exécutif à agir en ce sens. La force publique devrait, si elle y est requise, prêter main forte à l'exécution d'une décision de justice, et ce sans avoir la possibilité de s'y opposer. Ainsi, l'exécution des décisions juridictionnelles ne serait pas dépendante du bon vouloir de l'Exécutif. La forte perméabilité de la séparation des pouvoirs emporte ici plusieurs avantages. D'abord, elle garantit l'autonomie fonctionnelle du pouvoir juridictionnel vis-à-vis du pouvoir politique, puisque le second se trouve contraint d'accorder au premier les moyens nécessaires à son autorité. La perméabilité de la séparation des pouvoirs permet également une protection plus large du droit au recours, qui se voit garanti jusqu'au stade de l'exécution de la décision. Enfin, la conception perméable de la séparation des pouvoirs permet également de protéger le ou les droit(s) en faveur desquels ont été rendus la décision. C'est cette dernière option qu'a choisi de retenir le Conseil constitutionnel.

2. Le choix d'une conception perméable de la séparation des pouvoirs favorable au pouvoir juridictionnel et à la garantie des droits

396. Le Conseil d'Etat a eu, le premier, l'occasion de se prononcer sur la question du lien entre pouvoir juridictionnel et force publique dans le cadre de la non-exécution d'une décision de justice. La requête concernait alors un justiciable ayant été reconnu propriétaire par le juge d'un terrain de plusieurs milliers d'hectares en Tunisie, sur lequel vivaient près de dix mille personnes qui s'estimaient les « légitimes occupants, depuis un temps immémorial » dudit terrain. Le requérant souhaitait donc faire appel à la force publique pour pouvoir faire appliquer la décision de justice et faire expulser les occupants. Le Conseil d'Etat a donné raison, sur le principe, au requérant, en estimant que « le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur l'appui de la

force publique pour assurer l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré »⁹⁵³. Par la suite, le législateur a repris cette solution en estimant que « l'Etat est tenu de prêter son concours à l'exécution des jugements et des autres titres exécutoires »⁹⁵⁴.

C'est à l'occasion de la modification de cette disposition législative que le Conseil Constitutionnel s'est prononcé, soixante-quinze ans plus tard, sur la question⁹⁵⁵. La disposition examinée prévoyait que lorsque le représentant de l'Etat accorde le concours de la force publique à l'exécution forcée d'une décision de justice ayant conclu à l'expropriation d'un occupant, il doit s'assurer au préalable de ce qu'une offre d'hébergement appropriée est proposée aux personnes expulsées. Le Conseil constitutionnel a développé un raisonnement en trois temps. Il a d'abord jugé que « toute décision de justice a force exécutoire ». Il a ensuite poursuivi en estimant que « tout jugement peut donner lieu à une exécution forcée » et que la force publique doit prêter main forte à cette exécution. Enfin, il a précisé que cette règle est le corollaire du principe de séparation des pouvoirs⁹⁵⁶.

397. Alors qu'ils avaient à répondre à une problématique commune, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel se sont placés sur des terrains différents. Le premier a choisi de se placer sur le terrain de la garantie des droits, quand le second a plus nettement pris parti en choisissant de se placer d'abord sur le terrain de la séparation des pouvoirs. Il n'en demeure pas moins que, malgré cette divergence dans l'approche retenue, les deux juges retiennent une solution relativement similaire. En constitutionnalisant la solution dégagée par le Conseil d'Etat en 1923, le Conseil a constitutionnalisé, d'une part, le principe de la force exécutoire des décisions de justice – dans le prolongement du principe d'indépendance des juridictions et du respect de l'autorité de chose jugée – et, d'autre part, l'obligation pour la force publique de prêter main forte à l'exécution d'une décision de justice. Or, en plus d'être érigée en principe constitutionnel, le juge constitutionnel a fait de cette dernière le « corollaire du principe de séparation des pouvoirs ». La « collaboration contrainte » de la force publique et du pouvoir juridictionnel – au service de ce dernier – est ainsi présentée comme une conséquence logique et naturelle du principe de séparation des pouvoirs, et ce bien que la pertinence du lien logique établi par le Conseil soit contestable⁹⁵⁷. Ce faisant, le Conseil retient une conception

⁹⁵³ Décision C.E., 30 novembre 1923, Couitéas, n°38284 48688.

⁹⁵⁴ Art. 16 de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

⁹⁵⁵ Décision C.C., n°98-403 DC du 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, J.O. du 31 juillet 1998, p. 11710, Rec. p. 276.

⁹⁵⁶ Décision C.C., n°98-403 DC, préc., cons. 46.

⁹⁵⁷ En l'espèce, la pertinence de la notion de corollaire peut être contestée, dans la mesure où le juge constitutionnel fait directement découler du principe de séparation des pouvoirs un principe basé sur la perméabilité de cette dernière.

perméable de la séparation des pouvoirs, seule à même d'expliquer qu'une décision émanant d'un pouvoir puisse contraindre un autre pouvoir à agir. S'agissant de l'exécution forcée des décisions de justice, la perméabilité de la séparation des pouvoirs a donc été érigée en principe par le Conseil.

Au vu de l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle, il n'est pas étonnant que le Conseil parvienne à cette conclusion. D'abord, parce qu'elle est nettement favorable au pouvoir juridictionnel, et que le juge constitutionnel tente de protéger, autant qu'il le peut, ce pouvoir lorsqu'il est susceptible d'être mis en cause par les pouvoirs politiques. En l'espèce, affirmer le caractère obligatoire du concours de la force publique à l'exécution forcée d'une décision de justice met le juge à l'abri des tentations de l'Exécutif de ne pas intervenir en choisissant les décisions dont l'exécution forcée recevra – ou non – son concours. Ensuite, cette solution est conforme à l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle dans la mesure où elle poursuit l'objectif de promouvoir la garantie des droits. En effet, en plus de permettre la mise en œuvre du droit au recours, conformément aux prescriptions de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁵⁸, la solution du Conseil permet de s'assurer que le droit ou la liberté en faveur duquel a été rendue la décision de justice ne fait pas l'objet que d'une protection formelle, mais également d'une protection effective. En l'espèce, « la protection du droit de propriété demeure le principe médiatement et finalement protégé. Il s'agit plus exactement de la liberté de propriété puisqu'il ne s'agit pas ici de remettre en cause le titre de propriété, mais la liberté d'user du bien occupé par un locataire désormais sans titre »⁹⁵⁹. Enfin, cette solution semble s'inscrire dans la logique développée par le Conseil selon laquelle protéger le pouvoir juridictionnel, c'est favoriser la garantie – juridictionnelle – des droits. Ainsi, X. Bioy estime à propos d'une solution similaire que « le jugement rappelle l'obligation de prêter le concours de la force publique à l'exécution des décisions de justice en vue de respecter la séparation des pouvoirs ou le droit au juge, tous deux garants du droit de propriété lui-même »⁹⁶⁰.

398. Mais si le Conseil a érigé la perméabilité de la séparation en principe afin de favoriser la protection du pouvoir juridictionnel et des droits et libertés, il n'en a pas moins prévu une exception reposant sur un retour à une conception étanche de la séparation des pouvoirs.

⁹⁵⁸ Voir *supra*.

⁹⁵⁹ X. Bioy, « La dignité justifie-t-elle le refus de concours de la force publique pour expulser un locataire ? », *A.J.D.A.*, 2010, n°8, p. 450.

⁹⁶⁰ X. Bioy, *ibid.*, p. 449.

B. Un retour exceptionnel à l'étanchéité de la séparation des pouvoirs en cas de risque d'atteinte à l'ordre public

399. Tant le Conseil d'Etat que le Conseil constitutionnel a prévu qu'il puisse être dérogé au principe de l'obligation faite à la force publique de prêter son concours à l'exécution forcée des décisions de justice, en des termes relativement proches. En 1923, le Conseil d'Etat a en effet jugé que « le gouvernement a le *devoir d'apprécier les conditions de cette exécution* et le droit de refuser le concours de la force armée tant qu'il estime qu'il y a *danger pour l'ordre et la sécurité* »⁹⁶¹. A son tour, le Conseil constitutionnel a estimé que « dans des *circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public*, l'autorité administrative peut, sans porter atteinte (à la séparation des pouvoirs), ne pas prêter son concours à l'exécution d'une décision juridictionnelle »⁹⁶². L'exception prévue par chacun de ces deux juges correspond à un retour à une conception étanche de la séparation des pouvoirs, dans la mesure où la frontière entre les pouvoirs exécutif et juridictionnel est rétablie et permet à l'Exécutif, dans certaines circonstances, de ne plus être contraint d'aucune manière par le pouvoir juridictionnel. Dès lors, deux questions se posent. La première concerne la portée de l'exception consentie par le Conseil constitutionnel, qui apparaît plus restreinte que celle prévue par le Conseil d'Etat (1.). Ce sont ensuite les raisons qui ont poussé le juge constitutionnel à reconnaître l'existence d'une telle exception qui méritent d'être interrogées. Car si le principe, basé sur la perméabilité de la séparation des pouvoirs, est guidé par la volonté de protéger la garantie des droits, il serait à première vue possible d'imaginer que l'exception consentie poursuit un objectif différent, voire dessert la garantie des droits. Un examen plus poussé permet toutefois de montrer que ce n'est pas le cas (2.).

1. La portée restreinte de l'exception

400. Au vu de la formulation retenue par le Conseil constitutionnel, la portée de l'exception permettant au représentant de l'Etat de refuser le concours de la force publique à l'exécution forcée d'une décision de justice est doublement circonscrite⁹⁶³. La faculté de refus

⁹⁶¹ Décision C.E., 30 novembre 1923, Couitéas, préc. Depuis lors, le juge administratif estime que lorsque le préfet refuse le concours de la force publique à l'exécution forcée d'une décision de justice, le bénéficiaire de la décision de justice doit être indemnisé, même en l'absence de faute de l'Etat, pour rupture d'égalité devant les charges publiques. (Nous soulignons.)

⁹⁶² Décision C.C., n°98-403 DC, préc., cons. 46. (Nous soulignons.)

⁹⁶³ L'examen de la jurisprudence administrative montre que le juge administratif attribue une portée restreinte à la faculté pour le préfet de ne pas accorder le concours de la force publique à l'exécution forcée d'une décision de justice (S. Deygas, « Le refus du concours de la force publique pour l'exécution d'une décision d'expulsion rendue par le juge judiciaire ne peut être motivé par des considérations purement humanitaires », *Procédures*, 2006, n°12, comm. 280). X. Bioy estime toutefois que le Conseil d'Etat confère à l'exception une portée plus

offerte au préfet est d'abord limitée par la condition de l'existence d'une menace pour l'ordre public⁹⁶⁴. Ainsi que le précise G. Pellissier, « le risque de trouble à l'ordre public doit provenir non pas de l'exécution elle-même de la décision de justice, mais de l'emploi de la force publique. C'est parce que l'emploi de la force publique est susceptible de provoquer des violences importantes que le préfet est fondé à refuser »⁹⁶⁵. La possibilité offerte au préfet de refuser le concours de la force publique est ensuite circonscrite par la condition de l'existence de « circonstances exceptionnelles » justifiant la nécessité de sauvegarder l'ordre public⁹⁶⁶. La censure opérée par le Conseil dans la décision du 29 juillet 1998⁹⁶⁷ confirme d'ailleurs la faible portée de l'exception consentie en raison de cette double condition. L'absence d'accomplissement d'une « diligence administrative », en l'espèce consistant à s'assurer de l'existence d'une offre d'hébergement appropriée est proposée aux personnes expulsées, ne suffit pas à justifier le recours à l'exception. En d'autres termes, le préfet ne saurait se soustraire à la conception perméable de la séparation des pouvoirs et au principe d'obligation pour la force publique de prêter son concours à l'exécution forcée d'une décision administrative au seul motif qu'il n'a pas accompli cette « diligence administrative ».

401. La restriction du recours à la conception étanche de la séparation des pouvoirs et de la possibilité du refus de prêter le concours de la force publique à l'exécution forcée d'une décision de justice est doublement appréciable. En effet, permettre au préfet de prendre une telle décision de refus au motif qu'il n'a pas accompli une diligence administrative reviendrait à annihiler le principe consacré par le Conseil d'obligation du concours de la force publique. Car il suffirait au préfet de s'abstenir d'accomplir la diligence administrative pour refuser de prêter le concours de la force publique à l'exécution d'une décision de justice. En outre, dans la plupart des cas, le recours à la force publique afin d'expulser des occupants sans titre n'est pas susceptible de constituer une menace pour l'ordre public, sauf à considérer qu'elle met en

large dans la mesure où il entend laisser au préfet une certaine marge de manœuvre en ne mentionnant que les « exigences de l'ordre public », comme dans une décision C.E., 27 novembre 2008, Ministre de l'intérieur, n°322432 (X. Bioy, « La dignité justifie-t-elle le refus de concours de la force publique pour expulser un locataire ? », préc., n.p.d.a. 448).

⁹⁶⁴ Classiquement, l'ordre public est défini comme étant la somme de trois composantes énumérées à l'article L. 2212-2 du CGCT : la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. La doctrine tend aujourd'hui à inclure la dignité de la personne humaine comme une quatrième composante de que M. Hauriou définit comme « un ordre matériel et extérieur considéré comme un état de fait opposé au désordre, l'état de paix opposé à l'état de trouble » (M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, Paris, 1933, 12^{ème} édition, p. 549). Pour la position de la jurisprudence, voir les notes de bas de page suivantes.

⁹⁶⁵ G. Pellissier, « La responsabilité de l'Etat du fait de la décision de prêter le concours de la force publique à l'exécution d'une décision de justice », *A.J.D.A.*, 2006, n°35, n.p.d.a. 1947.

⁹⁶⁶ Le juge administratif reprend d'ailleurs parfois cette exigence selon la formulation du Conseil constitutionnel (décision C.A.A. Paris, 7 novembre 2000, Bounebache, n°97PA01786 et décision C.A.A. Versailles, 21 septembre 2006, Consorts Prévot et autres, n°04VE00056).

⁹⁶⁷ Décision C.C., n°98-403 DC, préc., cons. 46 et 47.

cause la dignité des personnes sur le point d'être expulsées. La dignité humaine est en effet parfois présentée comme l'une des composantes de l'ordre public⁹⁶⁸. Or, si tel était le cas, le préfet pourrait prétexter l'atteinte à la dignité des personnes expulsables pour refuser systématiquement de prêter le concours de la force publique. Du point de vue de la séparation des pouvoirs, cette situation n'est pas souhaitable, la problématique « humanitaire » de l'expulsion étant dévolue au juge judiciaire à l'occasion de l'examen des demandes d'expulsion des occupants sans titre. Dès lors, « une telle acception stricte de la notion d'ordre public est rendue nécessaire par le principe de séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration des droits, dès lors qu'il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire d'apprécier l'existence de considérations sociales ou humanitaires de nature à justifier un sursis à l'exécution d'un jugement d'expulsion »⁹⁶⁹. Ainsi, permettre au préfet de refuser de prêter le concours de la force publique à l'exécution forcée d'une décision de justice au motif que cette dernière porte atteinte à la dignité ou que le préfet n'a pas accompli une diligence administrative conduirait à rétablir une conception étanche de la séparation des pouvoirs et à placer le pouvoir juridictionnel sous la tutelle de l'Exécutif en ce qui concerne l'exécution forcée de ses décisions.

402. Les hypothèses dans lesquelles l'exécution forcée d'une décision de justice est susceptible de mettre en danger l'ordre public sont donc peu nombreuses. Ainsi, le préfet est rarement fondé à refuser de prêter le concours de la force publique à l'exécution forcée d'une décision de justice. Il en résulte que la portée de l'exception au principe, fondée sur une conception étanche de la séparation des pouvoirs, est peu étendue. C'est donc la conception

⁹⁶⁸ C'est le cas depuis la décision du Conseil d'Etat dite « du lancer de nains » (décisions C.E., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence, n°136727 et n°143578). Toutefois, la dignité humaine est rarement invoquée par le juge administratif en tant que composante de l'ordre public, et le Conseil d'Etat invite même le juge administratif, dans son rapport de 1999, à faire « un usage modéré et circonspect » de ce concept de dignité (Rapport du Conseil d'Etat, *Réflexions sur l'intérêt général – Rapport public 1999*, EDCE, La Documentation française, Paris, 1999, p. 295). Les récentes ordonnances rendues à propos de l' « affaire Dieudonné » témoignent par ailleurs de la réticence du Conseil d'Etat à avoir recours à la notion de « dignité ». Mentionnée dans la première ordonnance, rendue par le Conseil d'Etat le 9 janvier 2014 (décision C.E., 9 janvier 2014, Min. de l'intérieur contre Société Les productions de la plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala, n°374508), elle est absente de l'ordonnance rendue un an plus tard au même sujet (décision C.E., 6 février 2015, Commune de Cournon d'Auvergne, n°387726), de telle sorte qu'il est possible de penser que le juge administratif opère un recentrage de la notion d'ordre public.

⁹⁶⁹ Conclusions du rapporteur public J.-C. Truilhé à l'occasion de la décision T.A. Toulouse, 23 octobre 2009, n°0602438. Le juge administratif met pourtant parfois en pratique cette idée, ainsi que l'exprime la Cour administrative d'appel de Versailles : « que si, dans des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public, et notamment afin d'éviter toute situation contraire à la dignité de la personne humaine, l'autorité administrative peut, sans porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs, ne pas prêter son concours à l'exécution forcée d'une décision juridictionnelle, elle n'est pas, en dehors de cette hypothèse, légalement autorisée à légalement autorisée à prendre en compte des considérations d'ordre humanitaire ou social » (C.A.A. Versailles, 21 septembre 2006, préc.).

perméable de la séparation des pouvoirs et l'obligation faite au préfet d'accepter que la force publique prête son concours à l'exécution forcée des décisions de justice qui demeurent le principe. Or, si le Conseil met clairement ce dernier au service de la garantie des droits, il convient de se demander si, en prévoyant une exception à ce principe, il renonce partiellement à l'objectif de garantie des droits.

2. Une exception à l'objectif de garantie des droits ?

403. La consécration du corollaire du principe de séparation des pouvoirs dégagé par le Conseil dans la décision du 29 juillet 1998⁹⁷⁰, obligeant le préfet à prêter le concours de la force publique à l'exécution forcée d'une décision de justice, est manifestement motivée par la volonté du Conseil de mettre le principe de séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits. Dès lors, il est légitime de se demander si le Conseil renonce à cette démarche en reprenant l'exception dégagée par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Couitéas*⁹⁷¹, laquelle permet au préfet de refuser ce concours de la force publique. Or, l'objectif mis en avant – tant par le Conseil d'Etat que par le Conseil constitutionnel – afin de justifier qu'il soit dérogé au corollaire du principe de séparation des pouvoirs est la sauvegarde de l'ordre public. En creux, il semble possible de deviner la volonté des deux juges de ne pas obliger l'Exécutif à aller à l'encontre de la mission de police administrative qui lui incombe, et dont l'objectif est précisément de préserver l'ordre public. Dès lors, une des lectures possibles de la décision du 29 juillet 1998 consiste à lire le couple principe / exception développé par le Conseil comme révélateur de l'existence d'une hiérarchie entre ordre public et garantie des droits. Lorsqu'il le peut, le Conseil s'emploierait à privilégier la garantie des droits. Mais, dès lors que l'ordre public serait en jeu, le Conseil n'hésiterait pas à sacrifier la garantie des droits au profit de ce dernier. Dans cette hypothèse, le principe de séparation des pouvoirs ne serait donc qu'un instrument mis tantôt au service de la garantie des droits, tantôt au service de l'ordre public.

404. Il faut toutefois réfuter cette lecture, dans la mesure où elle repose sur une vision simpliste de la relation entre les notions de garantie des droits et d'ordre public. Plus précisément, une telle interprétation repose sur le postulat d'une antinomie entre ces deux notions. Et, en effet, l'idée d'une antinomie entre ordre public et garantie des droits est

⁹⁷⁰ Décision C.C., n°98-403 DC, préc.

⁹⁷¹ Décision C.E., 30 novembre 1923, *Couitéas*, préc.

présente dans certaines décisions du Conseil⁹⁷² et, depuis plus longtemps encore, dans certaines productions doctrinales. En 1848, le citoyen Alcock, à l'occasion de débats à l'Assemblée nationale constituante, posait en effet la question suivante : « que veut, que recherche la Nation dans l'œuvre de la Constitution qu'elle attend de nous ? », avant d'avancer la réponse suivante : « la conciliation, la consolidation de l'ordre et de la liberté, cet éternel problème que poursuivent depuis si longtemps les sociétés humaines »⁹⁷³. L'idée est que l'ordre public est susceptible de contrarier les droits et libertés en ce qu'il entraîne parfois leur limitation. Il ne faut pourtant pas se contenter d'une telle approche.

405. Car la relation entre garantie des droits et ordre public ne se résume pas à un simple antagonisme. Elle est plus complexe, en partie parce que la notion d'ordre public est une notion délicate⁹⁷⁴. C'est O. Gohin qui résume le mieux la problématique de la relation entre ordre public et garantie des droits. L'auteur estime en effet qu'« on peut avoir de l'ordre public deux visions différentes ». Une vision « négative, comme restriction aux libertés individuelles », qui correspond à la conception antagoniste, mais également une vision « positive, comme garantie des libertés individuelles »⁹⁷⁵. Selon cette vision « positive », le maintien de l'ordre public est une condition nécessaire – certes non-suffisante – à la démocratie et à la garantie des droits⁹⁷⁶. Il est donc possible de parler de « fonction protectrice » de l'ordre public⁹⁷⁷. Cette logique n'est d'ailleurs pas absente de la jurisprudence du Conseil, puisque ce dernier reconnaît que tant l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues que la prévention des atteintes à l'ordre public sont nécessaires « à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle »⁹⁷⁸, ou encore que sans la sauvegarde de l'ordre public,

⁹⁷² Voir not. la décision C.C., n°80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, J.O. du 22 janvier 1981, p. 308, Rec. p. 15, cons. 62 : « la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public » ; décision C.C., n°86-211 DC du 26 août 1986, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, J.O. du 27 août 1986, p. 10438, Rec. p. 120, cons.

⁹⁷³ Intervention du citoyen Alcock, Débats de l'Assemblée nationale constituante, Moniteur universel, J.O. du 5 septembre 1848, p. 2315.

⁹⁷⁴ P. Malaurie estime que « Nul n'a jamais pu définir le sens (de l'ordre public), chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert » (P. Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, Matot-Braine (Ed.), Reims, 1953, p. 3). De même, B. Beignier regrette que « on en parle tout le temps, on ne le définit que rarement sauf pour dire qu'il est indéfinissable » (B. Beignier, « L'ordre public renaissant ? », *Droit de la famille*, 2009, n°3, p. 1).

⁹⁷⁵ O. Gohin, « Ordre public et liberté individuelle », *Politeia*, 2008, n°13, p. 636.

⁹⁷⁶ Revenant la thèse d'E. Picard (E. Picard, *La notion de police administrative*, LGDJ, Paris, 1984, p. 541), C. Vimbert écrit que « La liberté initiale inclut nécessairement des exigences d'ordre public et, en retour, la définition de celui-ci s'étend forcément par une référence à une revendication fondamentale de liberté : l'ordre public et la liberté sont nécessaires l'un à l'autre autant que toute forme est inséparable de sa substance » (C. Vimbert, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1994, n°3, p. 720).

⁹⁷⁷ G. Karydis, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *R.T.D.E.*, 2002, n°1, n.p.d.a. 1.

⁹⁷⁸ Décision C.C., n°80-127 DC, préc., cons. 62.

« l'exercice des libertés ne saurait être assuré »⁹⁷⁹. Dès lors, il est tout à fait possible d'envisager qu'en consacrant une exception au principe obligeant le préfet à prêter le concours de la force publique à l'exécution forcée d'une décision de justice, le Conseil ne perde pas de vue la garantie des droits. Car si le principe permet de protéger le droit de propriété, l'exception permet, tout en dédommageant le bénéficiaire de la décision de justice non-exécutée, de protéger la paix sociale et l'ordre public, de telle sorte que les conditions de la garantie des droits sont sauvegardées. Le Conseil effectue ainsi un arbitrage entre le droit d'un justiciable et les droits d'autrui, au bénéfice de ces derniers.

406. Lorsque cela est nécessaire, le Conseil constitutionnel n'hésite donc pas à retenir, de son propre chef, une conception perméable de la séparation des pouvoirs. Ce faisant, il accorde une protection particulièrement efficace au pouvoir juridictionnel et à la garantie des droits. Mais dans d'autres cas, le Conseil retient une conception souple de la séparation des pouvoirs non parce qu'il le souhaite, mais parce qu'il y est contraint. C'est le cas lorsque le principe de séparation des pouvoirs doit être concilié avec une autre norme constitutionnelle. Or, le plus souvent, il s'agit de concilier le principe de séparation des pouvoirs avec un droit ou une liberté constitutionnel. Dès lors, là encore, la perméabilité de la séparation des pouvoirs retenue par le Conseil sera nécessairement mise au profit du droit ou de la liberté avec lequel est concilié le principe de séparation des pouvoirs et, plus généralement, de la garantie des droits.

Section 2 – La perméabilité induite par la conciliation entre le principe de séparation des pouvoirs et le droit au recours

407. Le Conseil retient une approche perméable de la séparation des pouvoirs afin de promouvoir la garantie des droits, notamment en conciliant le principe de séparation des pouvoirs avec une autre norme à valeur constitutionnelle. Cette hypothèse est loin d'être fréquente dans la jurisprudence du Conseil. Une seule décision, en date du 13 mai 2011⁹⁸⁰, la concrétise. Le Conseil y contrôle la conciliation opérée par le législateur entre le principe de séparation des pouvoirs et le droit à un recours effectif. La conception que le juge constitutionnel retient de la séparation des pouvoirs continue ainsi de servir la garantie des

⁹⁷⁹ Décision C.C., n°85-187 DC, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, J.O. du 26 janvier 1985, p. 1137, Rec. p. 43, cons. 3.

⁹⁸⁰ Décision C.C., n°2011-129 QPC du 13 mai 2011, Syndicat des fonctionnaires du Sénat [Actes internes des Assemblées parlementaires], J.O. du 14 mai 2011, p. 8401, Rec. p. 239.

droits (§1.). Pourtant, la décision du 13 mai 2011 traduit manifestement une réticence du Conseil constitutionnel à retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs, alors même que cette perméabilité favorise nécessairement la garantie des droits. Cette singularité de la décision s'explique toutefois par la spécificité de la décision du 13 mai 2011. Celle-ci contient en effet l'unique hypothèse contentieuse dans laquelle le pouvoir juridictionnel n'est pas menacé par l'intervention de l'un des pouvoirs politiques mais, au contraire, est susceptible d'intervenir dans la fonction de l'un d'eux. Dès lors, la réticence du Conseil à retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs s'explique par une tentation du retour au dogme séparatiste mis en œuvre lorsqu'il est question de séparation entre les pouvoirs politiques et, partant, lorsqu'il est question de protéger un pouvoir politique des interventions d'un autre pouvoir (§2.).

§1. L'obligation de concilier le principe de séparation des pouvoirs avec le droit au recours

408. La question posée au Conseil à l'occasion de la décision du 13 mai 2011⁹⁸¹ concernait l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958⁹⁸², qui prévoit d'abord que l'Etat est responsable des dommages causés par les services des assemblées⁹⁸³. La disposition prévoit ensuite que le juge administratif est compétent pour connaître des litiges d'ordre individuel concernant le statut et le régime de retraite des agents titulaires des services parlementaires ainsi que des litiges individuels en matière de marché public⁹⁸⁴. Enfin, elle précise que ces trois instances sont « les seules susceptibles d'être engagées contre une assemblée parlementaire »⁹⁸⁵. L'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 se trouve ainsi « à la charnière du diptyque de l'article 16 de la Déclaration de 1789 entre séparation des pouvoirs et garantie des droits »⁹⁸⁶. Elle tente en effet de concilier deux exigences pour le moins contradictoires : d'une part, le principe de séparation des pouvoirs, dont découle l'autonomie des assemblées vis-à-vis de l'Exécutif et du juridictionnel et, d'autre part, le droit à un recours juridictionnel effectif. Dès lors, l'existence d'une conciliation entre ces deux normes constitutionnelles implique qu'aucune d'elles ne peut revêtir la même portée ni produire les mêmes effets que lorsqu'elle s'applique en dehors de toute conciliation. Plus

⁹⁸¹ Décision C.C., n°2011-129 QPC, préc.

⁹⁸² Ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

⁹⁸³ Art. 8, al. 1^{er} de l'ordonnance n°58-1100, préc.

⁹⁸⁴ Art. 8, al. 3 de l'ordonnance n°58-1100, préc.

⁹⁸⁵ Art. 8, al. 4 de l'ordonnance n°58-1100, préc.

⁹⁸⁶ Commentaire officiel de la décision C.C., n°2011-129 QPC, préc., p. 12.

précisément, la conciliation du principe de séparation des pouvoirs avec le droit au recours implique que le législateur et le juge constitutionnel retiennent une conception perméable de la séparation des pouvoirs, afin d'accueillir favorablement certains éléments du droit à un recours effectif. S'agissant de la question de la justiciabilité des actes parlementaires, la perméabilisation de la séparation des pouvoirs est un processus qui s'est effectué progressivement (A.). Mais, telle qu'elle résulte de la décision du 13 mai 2011, le degré de perméabilité actuel de la séparation des pouvoirs est encore jugé insuffisant par une large partie de la doctrine (B.).

A. La perméabilité progressivement admise de la séparation des pouvoirs

409. A l'origine, il était impensable que les actes du Parlement, quels qu'ils soient, fassent l'objet d'un contrôle juridictionnel, en raison du principe de séparation des pouvoirs et de la tradition d'autonomie des assemblées qui en résulte (1.). Pourtant, progressivement, et alors même que le droit à un recours juridictionnel effectif n'était pas encore reconnu comme une norme constitutionnelle⁹⁸⁷, les acteurs institutionnels – juge ordinaire et législateur – ont instauré une certaine perméabilité de la séparation des pouvoirs afin que certains actes des assemblées puissent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, de telle sorte que la décision du 13 mai 2011 s'inscrit dans un contexte particulier qu'il convient de rappeler (2.).

1. La séparation étanche des pouvoirs à l'origine de la tradition d'immunité juridictionnelle des actes parlementaires

410. Les principes d'autonomie des assemblées et d'immunité juridictionnelle des actes parlementaires « font partie intégrante, depuis l'époque révolutionnaire, d'une organisation administrative autonome que les assemblées parlementaires ont toujours régi souverainement »⁹⁸⁸. Cette position, largement fondée sur la théorie de la séparation des pouvoirs, est peu surprenante dans la mesure où elle a été énoncée par l'Assemblée nationale elle-même. Une large partie de la doctrine a repris et appuyé la position de l'assemblée parlementaire. Ainsi, au début du XX^e siècle, E. Pierre estimait que la possibilité pour les

⁹⁸⁷ Le droit à un recours effectif a été consacré par la décision C.C., n°93-335 DC du 21 janvier 1994, Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, J.O. du 26 janvier 1994, p. 1382, Rec. p. 40, cons. 4 et la décision C.C., n°96-373 DC, du 9 avril 1996, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, J.O. du 13 avril 1996, p. 5724, Rec. p. 43, cons. 83 et s.

⁹⁸⁸ Arrêté du bureau de l'Assemblée nationale du 14 mai 1963.

juges de connaître des actes parlementaires est difficilement conciliable « avec les principes de notre droit public qui veulent que pour être indépendantes, les chambres soient entièrement, absolument maîtresses chez elles »⁹⁸⁹. Plus récemment, J.-P. Camby estimait que le principe de séparation des pouvoirs revêt une portée concrète qui s'affirme en ce qui concerne les pouvoirs publics dans la mesure où ceux-ci « s'organisent de manière séparée, selon des règles propres, organisation autonome qui justifie par exemple l'impossibilité d'introduire un recours contre une décision prise par le bureau d'une assemblée »⁹⁹⁰. C'est donc bien de la séparation des pouvoirs que découle le principe de l'autonomie des assemblées⁹⁹¹. Ces dernières ne sauraient exercer la mission qui leur est dévolue par la Constitution que si elles ne sont pas soumises à des pressions de la part des autres pouvoirs⁹⁹², y compris le pouvoir juridictionnel. Dès lors, l'immunité juridictionnelle des actes des assemblées parlementaires, quelle que soit leur nature, est présentée par la doctrine comme l'une des implications contentieuses du principe de séparation des pouvoirs destinée à permettre aux assemblées de mener à bien leur mission en toute indépendance.

411. Il est plus étonnant, à première vue, que les juges eux-mêmes aient accepté si aisément l'idée d'une immunité contentieuse des actes parlementaires. En effet, dès 1872, le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent pour connaître de cette catégorie d'actes⁹⁹³. Ce faisant, il a suivi les conclusions du commissaire au Gouvernement Perret, qui estimait évident qu'un acte de l'Assemblée nationale, « eut-il même pour objet une mesure de pure administration, ne peut être relevé que devant l'Assemblée elle-même, par voie de pétition »⁹⁹⁴. Cette solution d'incompétence du juge administratif pour connaître d'un acte parlementaire peut toutefois s'expliquer par la à laquelle elle a été adoptée. En effet, la justice déléguée n'a été établie que quelques mois plus tôt⁹⁹⁵, et il est envisageable que le juge administratif ne souhaite pas contrarier le pouvoir politique, afin de ne pas provoquer un retour à la justice retenue. Par ailleurs, le contexte politique était peu favorable à l'exercice

⁹⁸⁹ E. Pierre, *Traité de droit parlementaire*, L.G.D.J., Paris, 1902, 2^{ème} édition, p. 1348.

⁹⁹⁰ J.-P. Camby, « Séparation des pouvoirs et limitation du droit au recours contre les actes parlementaires : bis in idem », *P.A.*, 13 juillet 2011, n°138, n.p.d.a. 12.

⁹⁹¹ Voir *supra*.

⁹⁹² Le commentaire officiel de la décision C.C., n°2011-129 QPC, préc., reprend cette idée en affirmant que « le principe de séparation des pouvoirs « a, par exemple, pour corollaire l'autonomie des assemblées, dont l'objet est de permettre la bonne exécution d'une mission constitutionnelle » (pp. 11-12).

⁹⁹³ Décision C.E., 15 novembre 1872, Carrey de Bellemare, n°45.079 ; C.E., 15 novembre 1872, Lourdel de Hénaut, n°45.407 ; C.E., 15 novembre 1872, Fouineau, n°45.392 ; C.E., 15 novembre 1872, Geschwindhama, n°45.573 ; C.E., ass., 4 juillet 2003, Papon, n°254850.

⁹⁹⁴ Conclusions du commissaire au gouvernement Perret à propos de la décision C.E., 15 novembre 1872, Carrey de Bellemare, préc. Les conclusions sont publiées au *Recueil Lebon*, 1872, pp. 591-596.

⁹⁹⁵ Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat, titre III.

d'un tel contrôle. Pourtant, cette solution a été régulièrement reprise au cours du XX^e siècle⁹⁹⁶. A ce titre, R. Cassin, alors vice-président du Conseil d'Etat, estimait que « l'indépendance des assemblées fait obstacle à tout contrôle des régimes spéciaux qui ont été créés en faveur de ses membres et de son personnel »⁹⁹⁷. Le juge administratif est, sur ce point, d'une constance telle que le commissaire du Gouvernement L. Vallée a estimé, en 2003, que l'incompétence du juge administratif à l'égard des actes parlementaires constitue la « jurisprudence classique » du Conseil d'Etat. Or, si la doctrine s'appuie sur la séparation des pouvoirs et l'autonomie des assemblées, l'argument des juges pour se déclarer incompétent vis-à-vis des actes parlementaires est quelque peu différent. En effet, lorsque le juge ne se contente pas d'affirmer que ces décisions « ne sont pas, par leur nature, susceptibles d'être attaquées par la voie administrative »⁹⁹⁸ ou qu'elles n'ont pas « le caractère d'actes administratifs susceptibles d'être déférés à la juridiction administrative »⁹⁹⁹, c'est à la notion de souveraineté nationale et à la nature particulière des fonctions parlementaires que le juge a recours afin de justifier son incompétence. Ainsi, en 2003, le Conseil d'Etat a estimé que les règles particulières du statut des parlementaires « résultent de la nature (des fonctions parlementaires) ; qu'ainsi, ce statut se rattache à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement ; qu'eu égard à la nature de cette activité, il n'appartient pas au juge administratif de connaître des litiges relatifs au régime de pension des parlementaires »¹⁰⁰⁰.

412. Si le principe de l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires, traduisant une conception parfaitement étanche de la séparation des pouvoirs, semblait acquis, il a pourtant fait l'objet d'une remise en cause progressive par la doctrine, la jurisprudence et le pouvoir normatif.

⁹⁹⁶ Décision C.E., 6 juillet 1928, Dame Coursaguet, n°98.666 ; C.E., sect., 26 mai 1950, Sieur Vouters, n°2562 ; C.E., 18 février 1955, Buyat, n°81048.

⁹⁹⁷ Il s'agit d'un extrait d'une note faisant office de réponse à une question posée par le président de l'Assemblée nationale à R. Cassin. Bien que cette note n'ait pas été publiée, elle est citée dans de nombreux ouvrages (voir not. B. Delcros, *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat*, LGDJ, Paris, 1976, p. 171).

⁹⁹⁸ Décision C.E., 15 novembre 1872, Carrey de Bellemare, préc.

⁹⁹⁹ Décision C.E., 29 décembre 1955, Sabaty, n°153187.

¹⁰⁰⁰ Décision C.E., 4 juillet 2003, Papon, préc. La souveraineté était également l'argument avancé par le commissaire au gouvernement Perret à l'appui des ses conclusions dans l'arrêt CE, 1872, Carrey de Bellemare, préc., pour justifier la solution d'incompétence du juge administratif : « Mais si votre contrôle est ainsi limité aux actes de l'administration, il importe du moins que dans ses limites ce contrôle soit entier, que l'on ne puisse jamais dire qu'un droit a pu être lésé par un acte administratif sans qu'une voie de recours ait été ouverte devant vous. Seulement, que doit-on entendre par acte administratif, et quelles sont les autorités dont les actes peuvent vous être déférés pour excès de pouvoir ? L'Assemblée nationale étant souveraine, et rien ne limitant l'étendue de ses pouvoirs, il est d'abord bien évident qu'aucun de ses actes, eut-il même pour objet une mesure de pure administration, ne peut être relevé que devant l'Assemblée elle-même ».

2. La remise en cause de l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires

413. L'immunité juridictionnelle des actes parlementaires, a été mise en place et acceptée par les juges dès la fin du XIX^e siècle. Au même moment naissait la contestation – plus ou moins forte – quant au caractère absolu de cette immunité juridictionnelle. L'arrêt *Carrey de Bellemare*, dans lequel le Conseil d'Etat a estimé qu'il n'est pas compétent pour connaître de la légalité d'un acte pris par la commission de révision des grades de l'Assemblée nationale – dont les membres ont été choisis par cette dernière parmi les députés – prononçant la nomination à un grade inférieur du requérant, constitue la naissance de l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires. Or, le commissaire du gouvernement Perret soulignait déjà, dans ses conclusions, la nécessité de ne pas reconnaître une immunité juridictionnelle absolue aux actes parlementaires. Selon lui, « lorsque nous aurons à rechercher si un acte est susceptible d'être attaqué devant vous pour excès de pouvoir, nous nous attacherons donc beaucoup moins à l'origine et à la constitution de l'autorité qui aura fait cet acte qu'à la nature et au caractère des attributions que cette autorité aura exercées ; et si dans l'acte attaqué nous reconnaissons les caractères d'un acte administratif, nous n'hésiterons pas à vous proposer de recevoir et d'examiner le recours »¹⁰⁰¹. Le commissaire du gouvernement Perret propose ainsi d'accorder l'immunité aux actes parlementaires non selon un critère organique, c'est-à-dire au simple motif qu'ils ont été adoptés par un organe parlementaire, mais selon un critère matériel. Si le Conseil d'Etat n'a pas décidé de retenir cette solution, la doctrine continue, aujourd'hui encore, à l'appeler de ses vœux¹⁰⁰². Par la suite, le Conseil d'Etat a toutefois apporté quelques limitations à cette immunité juridictionnelle. Il a d'abord estimé qu'elle ne s'applique pas à l'égard des tiers¹⁰⁰³. Le juge administratif a ensuite décidé que l'immunité des actes statutaires du Parlement ne vaut qu'à l'égard des recours exercés directement contre ces actes, acceptant de se déclarer compétent lorsque la légalité des actes statutaires est indirectement mise en cause, par la voie de

¹⁰⁰¹ Conclusions publiées au *Recueil Lebon*, 1872, pp.591-596. Le commissaire au gouvernement Agid reprenait un raisonnement similaire dans les conclusions sur l'affaire Vouters (décision C.E., sect., 26 mai 1950, préc., publiées au *Recueil Lebon*, 1950, pp. 317-319) : « La solution nous paraît bien loin d'être évidente. Même en étendant, en effet, très largement, cette notion comme le fait votre jurisprudence, peut-on vraiment assimiler à un "acte législatif" une décision concernant simplement le recrutement du personnel de service des assemblées ? ».

¹⁰⁰² Voir *infra*.

¹⁰⁰³ Décision C.E., 3 février 1899, Héritiers de Joly, n°87.801 ; décision C.E., 20 janvier 1921, Chambre des députés et sieur Buquet, n°57.186 et n°57.722 ; C.E., 26 janvier 1934, Sieur Ronsin, n°15.513.

l'exception¹⁰⁰⁴. Enfin, plus récemment, le Conseil d'Etat a manifesté une volonté d'aller plus loin dans la remise en cause de l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires. D'une part, il a décidé de se déclarer compétent pour contrôler les actes individuels en matière de marchés publics des assemblées¹⁰⁰⁵, et ce en dehors de tout texte le lui permettant. Pour le commissaire du gouvernement L. Vallée, « il s'agit à l'évidence d'un revirement »¹⁰⁰⁶. D'autre part, le Conseil d'Etat a accepté de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958, laquelle organise l'immunité juridictionnelle de certains des actes adoptés par les assemblées parlementaires¹⁰⁰⁷. Pour justifier le renvoi, le juge administratif a estimé que « le moyen tiré de ce qu'elles portent atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif (...) en tant qu'elles ne permettent de contester devant la juridiction administrative que les décisions prises par les instances des assemblées parlementaires limitativement énumérées, soulève une question présentant un caractère sérieux »¹⁰⁰⁸.

414. Le pouvoir politique a également participé, dans une certaine mesure, à la relativisation de l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires en consacrant une certaine perméabilité de la séparation des pouvoirs. Le premier mouvement en ce sens, qui demeure le plus significatif, est l'ordonnance du 17 novembre 1958, dont l'article 8 est en réalité le fruit de la collaboration de l'Exécutif et du Conseil d'Etat¹⁰⁰⁹. Une seconde étape a

¹⁰⁰⁴ Décision C.E., 6^e et 2^e S.S.R., 19 janvier 1996, Escriva, n°14.8631 ; décision C.E., 4^e et 5^e S.S.R., 16 avril 2010, Assemblée nationale, n°32.6534 ; décision C.E., 1^e et 6^e S.S.R., 24 septembre 2010, Patrick Decurey, n°34.1685.

¹⁰⁰⁵ Décision C.E., ass., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale, n°163328. Ce faisant, le juge administratif se conforme à la position de la Cour de justice, laquelle refuse de distinguer les marchés publics selon l'organe qui les a conclus, quand bien même il s'agirait d'un organe parlementaire (décision C.J.U.E., 6^e chambre, 17 septembre 1998, Commission c/ Royaume de Belgique, C-323/96, §28).

¹⁰⁰⁶ L. Vallée, « Le régime des pensions des anciens parlementaires échappe au contrôle de la juridiction administrative. Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 4 juillet 2003, Papon », *R.F.D.A.*, 2003, n°5, n.p.d.a. 917.

¹⁰⁰⁷ Décision C.E., 7^e et 2^e S.S.R., 21 mars 2011, Syndicat des fonctionnaires du Sénat, n°345216.

¹⁰⁰⁸ Cette décision est d'autant plus susceptible de traduire la volonté du Conseil d'Etat de remettre en cause l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires que le juge administratif, un an plus tôt, avait refusé de renvoyer une première QPC portant sur l'alinéa 3 de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 (décision C.E., 24 septembre 2010, Patrick Decurey, préc.). Pour la réponse du Conseil constitutionnel à la question prioritaire de constitutionnalité posée par le juge administratif, voir *infra*.

¹⁰⁰⁹ Le commentaire officiel de la décision C.C., n°2011-129 QPC retrace ainsi l'adoption de cet article : « L' "affaire Girard" est directement à l'origine de la première des mesures législatives en la matière. Secrétaire des services de l'Assemblée nationale, l'intéressé avait obtenu en 1957 du Conseil d'Etat que soit annulée la sanction dont il avait été frappé en 1945 au titre de l'épuration. Mais il n'avait pas obtenu des autorités de la Chambre des députés qu'elles le réintègrent car l'arrêté de radiation du 6 mai 1951, signé par le président, Édouard Herriot, et les questeurs, constituait un acte "qui n'émane pas d'une autorité administrative" et "qu'ainsi il n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative". Choqué de ce déni de justice, le Conseil d'Etat profita de la mise en œuvre des nouvelles institutions pour introduire, l'année suivante, dans l'ordonnance du 17 novembre 1958 prise sur le fondement de l'article 92 de la Constitution, une disposition (article 8) prévoyant que, désormais, la juridiction administrative est appelée à

été franchie avec la loi du 23 février 1963, dans laquelle le législateur a reconnu la qualité de fonctionnaire aux agents des assemblées parlementaires¹⁰¹⁰. Puis, ce sont les lois du 13 juillet 1983¹⁰¹¹ et du 1^{er} août 2003¹⁰¹² qui témoignent de la volonté du législateur de relativiser encore l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires en prévoyant respectivement que « la juridiction administrative est appelée à connaître de tous litiges d'ordre individuel concernant (les agents parlementaires), et se prononce au regard des principes généraux du droit et des garanties fondamentales reconnues à l'ensemble des fonctionnaires civils et militaires de l'Etat visées à l'article 34 de la Constitution »¹⁰¹³, et que « la juridiction administrative est également compétente pour se prononcer sur les litiges individuels en matière de marchés publics »¹⁰¹⁴. Toutefois, cette entreprise normative de perméabilisation de la séparation des pouvoirs a connu un coup d'arrêt très explicite en 2003 puisque le législateur, après avoir consacré un certain nombre de cas dans lesquels le juge peut connaître des actes parlementaires, a consacré ce que P. Bon nomme « la thèse de la liste close »¹⁰¹⁵. Le législateur a en effet modifié l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre en précisant que seuls les litiges individuels relatifs au statut et à la retraite des agents des services parlementaires ainsi que les litiges individuels relatifs aux marchés publics sont susceptibles de justifier la tenue d'une instance « contre une assemblée parlementaire ». Ce faisant, le législateur fait obstacle à ce que le juge, dans l'avenir, poursuive son entreprise de perméabilisation de la séparation des pouvoirs en se déclarant compétent pour un litige relatif aux actes parlementaires qui ne relèverait pas de la liste établie par l'ordonnance du 17 novembre 1958 modifiée.

415. Ainsi, après plus d'un siècle d'efforts du juge et des pouvoirs politiques pour rendre la séparation entre les assemblées parlementaires et le pouvoir juridictionnel plus perméable, l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre de 1958, tel que modifié en 2003, semble marquer l'aboutissement d'un compromis. C'est donc la constitutionnalité de ce compromis, qui comprend à la fois les hypothèses dans lesquelles l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires est levée et celles dans lesquelles elle est maintenue, que le Conseil doit apprécier.

connaître de tous les litiges d'ordre individuel concernant les agents des services des assemblées parlementaires » .

¹⁰¹⁰ Art. 72, dernier alinéa de la loi n°63-156 du 23 février 1963 de finances pour 1963.

¹⁰¹¹ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite « loi Le Pors ».

¹⁰¹² Loi n°2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine.

¹⁰¹³ Art. 31 de la loi n°83-634, préc.

¹⁰¹⁴ Art. 60 de la loi n°2003-710, préc.

¹⁰¹⁵ P. Bon, « Les modalités restrictives de contrôle des actes non législatifs du Parlement par le juge ordinaire sont constitutionnelles », *R.F.D.C.*, 2012, n°89, p. 130.

B. Une faible perméabilité validée par le Conseil

416. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958, a estimé que la conciliation effectuée par le législateur entre le droit à un recours juridictionnel effectif et le principe de séparation des pouvoirs est équilibrée. La disposition, qui traduit une certaine perméabilité de la séparation des pouvoirs, est donc jugée conforme à la Constitution par le Conseil dans sa décision du 13 mai 2011¹⁰¹⁶(**1.**). Une grande majorité de la doctrine estime toutefois que cette perméabilité de la séparation des pouvoirs engendrée par l'article 8 et, partant, la remise en cause de l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires est encore largement insuffisante (**2.**).

1. Une perméabilité jugée suffisante par le Conseil constitutionnel

417. Le syndicat des fonctionnaires du Sénat a posé une question prioritaire de constitutionnalité à l'encontre de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958. A l'appui de sa demande, le requérant soulevait le grief de méconnaissance du droit à un recours effectif, dont il a été admis par le Conseil qu'il constitue un droit invocable au titre de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁰¹⁷. Dans la mesure où la disposition ne prévoit de recours juridictionnel que contre certains actes individuels des assemblées, le requérant estimait que le droit à un recours juridictionnel effectif était méconnu en raison de l'impossibilité de formuler un recours juridictionnel contre leurs actes statutaires. Afin de se prononcer sur la conformité de la disposition aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil a tout d'abord commencé par énumérer les différents recours autorisés par l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958. Il a ainsi relevé que les agents des assemblées parlementaires ont la possibilité de contester auprès du juge, et par voie d'action, tout acte individuel qui leur fait grief. Le Conseil a ajouté que les agents des assemblées parlementaires, à l'occasion de ces instances, peuvent également contester – par la voie de l'exception – la légalité des actes statutaires qui ont donné lieu à la décision individuelle contestée. Enfin, le juge constitutionnel a précisé que les organisations syndicales peuvent également intervenir à l'occasion de ces instances, et en a tiré la conclusion suivante : « en ne permettant pas à une telle organisation de saisir directement la juridiction administrative d'un

¹⁰¹⁶ Décision C.C., n°2011-129 QPC, préc.

¹⁰¹⁷ Décision C.C., n°2010-2 QPC du 11 juin 2010, Mme Vivianne L. [Loi dite « anti-Perruche »], J.O. du 12 juin 2010, p. 10847, Rec. p. 105.

recours contre un acte statutaire pris par les instances d'une assemblée parlementaire, le législateur a assuré une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif et le principe de séparation des pouvoirs garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789 »¹⁰¹⁸. Le Conseil a donc jugé la disposition conforme à l'ensemble des droits et libertés que la Constitution garantit.

418. Le Conseil constitutionnel confirme ainsi que l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 établit un compromis satisfaisant entre, d'une part, le principe de séparation des pouvoirs, qui a pour conséquence l'autonomie des assemblée et, partant, l'immunité juridictionnelle de leurs actes et, d'autre part, le droit au recours, lequel implique que les agents des assemblées puissent contester devant un juge les actes qui leur font grief. Plus précisément, la disposition telle qu'examinée par le Conseil dans sa décision du 13 mai 2011 valide *un* équilibre qui résulte d'un long processus de perméabilisation de la séparation des pouvoirs au profit du droit au recours. Le brevet de constitutionnalité décerné par le Conseil aurait donc pu être accueilli plutôt favorablement, dans la mesure où il traduit son assentiment à l'égard du processus de perméabilisation de la séparation des pouvoirs dans le but d'accueillir les exigences relatives à l'une des composantes de la garantie des droits. Or, cela n'a pas été le cas, puisqu'une large partie de la doctrine a estimé que la disposition validée par le Conseil instaure une perméabilité insuffisante de la séparation des pouvoirs.

2. Une perméabilité insuffisante pour la doctrine

419. Pour J.-P. Camby, la solution retenue par le Conseil constitutionnel ne pose pas de problème particulier. L'auteur estime en effet qu'il n'y a rien de surprenant au fait que « la séparation des pouvoirs peut entraîner des tempéraments au droit commun, fut-il le droit constitutionnel, tant en ce qui concerne l'édiction des règles applicables aux actes parlementaires que leur régime jurisprudentiel »¹⁰¹⁹. Cette position est toutefois isolée. En effet, la plupart des auteurs ayant étudié la décision du 13 mai 2011 estiment que le brevet de constitutionnalité accordé par le Conseil est fortement critiquable. Car si la disposition est bien le résultat d'*un* équilibre entre les exigences tenant, d'une part, au principe de séparation des pouvoirs et, d'autre part, au droit à un recours effectif, ces auteurs s'accordent à penser que cet équilibre n'est pas satisfaisant. Ainsi, L. Domingo se demande en quoi le principe de séparation des pouvoirs « ferait obstacle à ce que le contrôle du juge administratif s'exerce sur

¹⁰¹⁸ Décision C.C., n°2011-129 QPC, préc., cons. 4.

¹⁰¹⁹ J.-P. Camby, « Séparation des pouvoirs et limitation du droit au recours contre les actes parlementaires : bis in idem », art. cit., n.p.d.a. 12.

les actes de portée générale pris par (les agents des assemblées parlementaires), mais sans que des actes individuels en découlent ou, par exemple, des actes d'urbanisme pris par les autorités du Sénat. (...) Avancer qu'il s'agit là d'une composante de l'autonomie parlementaire n'a ni fondement, ni sens. Ce n'est pas parce qu'une institution est dotée d'une autonomie organique, matérielle et fonctionnelle qu'elle peut, de ce seul fait, échapper aux mécanismes de contrôle jurisprudentiel destinés à assurer le respect de la légalité »¹⁰²⁰. L'insuffisante perméabilité de la conception de la séparation des pouvoirs qui se dégage de la disposition porte donc, pour L. Domingo comme pour d'autres auteurs¹⁰²¹, une atteinte excessive au droit au recours. Autrement dit, la doctrine ne partage pas l'avis du Conseil quant au caractère équilibré de la conciliation entre les deux exigences constitutionnelles établie par l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958.

420. Mais les auteurs ne se contentent pas de dénoncer le caractère déséquilibré de cette conciliation, ils proposent également une autre méthode afin de distinguer les actes parlementaires qui devraient pouvoir faire l'objet d'un recours de ceux qui pourraient continuer de bénéficier d'une immunité juridictionnelle. Ainsi, P. Bon a estimé pouvoir déduire de la décision du Conseil d'Etat du 5 mars 1999¹⁰²² le classement des actes parlementaires en deux catégories. « Il y aurait d'abord les actes à contenu constitutionnel ou parlementaire, c'est-à-dire les actes par lesquels s'exercent les missions spécifiques confiées au Parlement par la Constitution ou par la loi et qui ne sont pas susceptibles d'être exercés par d'autres organes de l'Etat. (...) Il y aurait ensuite les actes à contenu administratif, c'est-à-dire les actes qui, matériellement, ne sont pas différents d'actes susceptibles d'être commis ou pris par d'autres services administratifs. (...) Les premiers échapperaient évidemment à la compétence du juge ordinaire et relèveraient de la compétence du Conseil constitutionnel à condition que la Constitution l'ait prévu. (...) Les seconds relèveraient de la compétence naturelle du juge ordinaire »¹⁰²³. Selon P. Bon, la séparation des pouvoirs ferait ainsi seulement obstacle à ce que le pouvoir juridictionnel connaisse des actes matériellement

¹⁰²⁰ L. Domingo, « QPC et contentieux administratif des assemblées parlementaires », *J.C.P.A.*, 2011, n°24, n.p.d.a. 18.

¹⁰²¹ Voir not. A. Baudu, « QPC et contrôle des actes internes au Parlement : un déni de justice conforme à la Constitution », *Constitutions*, 2011, n°3, n.p.d.a. 306.

¹⁰²² Décision C.E., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale, préc.

¹⁰²³ P. Bon., « Les modalités restrictives de contrôle des actes non législatifs du Parlement par le juge ordinaire sont constitutionnelles », préc., p. 128. Le même raisonnement est développé par L. Domingo : « Que la juridiction administrative soit incompétente pour connaître des affaires purement parlementaires, tels les litiges qui concernent le statut des parlementaires est conforme au champ du contentieux administratif. En revanche, que la juridiction administrative ne puisse connaître de litiges matériellement administratifs des assemblées parlementaires n'apparaît aucunement justifié » (L. Domingo, « QPC et contentieux administratif des assemblées parlementaires », préc., n.p.d.a. 18).

parlementaires. Il ne s'opposerait pas, en revanche, à ce que des recours soient effectués à l'encontre des actes non matériellement parlementaires adoptés par le Parlement. Cette distinction, basée sur un critère matériel et non plus organique, est celle que proposait déjà le commissaire du gouvernement Perret dans ses conclusions sur l'affaire *Carrey de Bellemare*¹⁰²⁴. Elle est également celle qui semblait résulter de l'arrêt du Conseil d'Etat du 5 mars 1999¹⁰²⁵. Une telle distinction entre les « actes parlementaires » et les actes « non parlementaires », ainsi que le régime juridique qui en découle présenterait deux avantages. D'une part, elle permettrait non pas de concilier, mais de rendre compatibles le principe de séparation des pouvoirs et le droit à un recours effectif. La portée du principe de séparation des pouvoirs se trouverait réduite aux seuls « actes parlementaires », de telle sorte que le droit à un recours effectif vaudrait pleinement pour tous les autres actes. D'autre part, la distinction permettrait de maintenir une conception étanche de la séparation des pouvoirs, dans la mesure où les actes identifiés comme étant par essence « parlementaires », c'est-à-dire comme étant l'émanation de l'une des assemblées prise en tant que pouvoir politique, ne pourraient pas être contrôlés par le juge.

421. L'argumentation retenue par les auteurs pour justifier de l'insuffisance de la perméabilité de la séparation des pouvoirs et de la justiciabilité des actes parlementaires varie quelque peu. Mais elle repose toujours – implicitement ou explicitement – sur un même postulat, selon lequel l'intervention du pouvoir juridictionnel dans le fonctionnement des pouvoirs politiques représente un danger bien moindre que l'intervention des pouvoirs politiques dans leur fonctionnement respectif ou dans celui du pouvoir juridictionnel. Car si la plupart des auteurs, à l'instar de L.M. Diez-Picazo¹⁰²⁶, condamnent l'intervention de l'Exécutif dans le fonctionnement des assemblées parlementaires, elle plébiscite en revanche la perméabilité de la séparation des pouvoirs lorsqu'il s'agit de permettre au juge de le faire. Le juge n'apparaît donc pas, aux yeux de la majorité de la doctrine, comme une menace pour le pouvoir politique, ou à tout le moins n'apparaît pas comme une menace équivalente à celle que représente le pouvoir politique.

¹⁰²⁴ Voir *supra*.

¹⁰²⁵ Décision C.E., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale, préc.

¹⁰²⁶ Pour L. M. Diez-Picazo, « si la satisfaction des besoins administratifs des chambres est confié à l'administration de l'Etat, celle-ci pourrait, en manipulant les besoins en question, interférer dans le fonctionnement parlementaire, lequel serait menacé de perdre son indépendance. (...) Cela pourrait rompre, en conséquence, par une voie indirecte, l'équilibre des pouvoirs dessiné par (la) Constitution » (L. M. Diez-Picazo, *La autonomía administrativa des las camaras parlamentarias, Cuadernos de los Studia Albortiana*, Saragosse, 1985, p. 33).

422. Ce n'est pourtant pas l'interprétation qu'a choisi de retenir le Conseil. C'est d'ailleurs ce dernier élément qui justifie que le juge constitutionnel, pour la première fois, semble réticent à retenir une conception réellement perméable de la séparation des pouvoirs, alors même qu'elle serait favorable tant à la garantie des droits qu'au pouvoir juridictionnel.

§2. La réticence du Conseil à retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits

423. Étonnamment, dans la décision du 13 mai 2011, le Conseil semble réticent à retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs alors même qu'est en cause le pouvoir juridictionnel et qu'une telle conception serait favorable à la garantie des droits (A.). Or, si cette réticence a de quoi surprendre au vu de l'ensemble de la jurisprudence relative à la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel, il est possible de l'expliquer par la singularité de l'hypothèse contentieuse à laquelle répond la décision (B.).

A. Une réticence manifeste

424. La réticence du Conseil constitutionnel à retenir une conception absolument perméable de la séparation des pouvoirs, alors même qu'elle aurait été bénéfique à la garantie des droits, est visible tant dans les motifs de la décision et le raisonnement qui y est déployé (1.) que dans le brevet de constitutionnalité qu'elle délivre à l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 (2.).

1. Une réticence manifeste au vu des motifs de la décision

425. Plusieurs éléments dans la décision semblent indiquer une réticence du Conseil à retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs au profit du pouvoir juridictionnel et du droit au recours. Cette réticence se manifeste, en premier lieu, par le recours au principe de séparation des pouvoirs. Il peut être soutenu que le recours à ce principe est, dans la décision du 13 mai 2011, absolument superfétatoire. Le commentaire officiel de la décision confirme d'ailleurs que le Conseil aurait pu parvenir à la même solution de conformité à la Constitution sans avoir besoin de mentionner le principe de séparation des pouvoirs. Le commentaire officiel précise en effet que le droit au recours implique « qu'une

décision donnée puisse être contestée par les personnes intéressées et non qu'une personne donnée – une organisation syndicale en l'espèce – ait toujours accès au juge en raison de ses caractéristiques propres »¹⁰²⁷. Au vu de cette précision, il semble que la disposition n'est aucunement contraire au droit à un recours effectif tel que le conçoit le Conseil constitutionnel. Le recours au principe de séparation dans la décision ne serait donc qu'un prétexte pour renforcer le bien fondé et l'autorité de la solution dégagée par le Conseil de conformité à la Constitution.

426. En second lieu, c'est l'usage qui est fait du principe de séparation des pouvoirs qui montre la réticence du Conseil à en retenir une conception perméable qui l'obligerait peut être à censurer la disposition soumise à son contrôle. Il découle en effet de la décision que si la disposition est finalement jugée conforme à la Constitution par le Conseil, c'est parce que celui-ci estime qu'elle est le résultat d'une conciliation opérée par le législateur entre le droit à un recours effectif et le principe de séparation des pouvoirs. Or, cette considération est l'un des principaux éléments qui révèle la réticence du Conseil à retenir une conception absolument perméable de la séparation des pouvoirs afin de s'assurer que la garantie des droits est pleinement mise en œuvre par la disposition. En effet, d'une part, le Conseil introduit le principe de séparation des pouvoirs dans les normes de référence devant servir au contrôle de cette disposition, alors même que ni les requérants, ni le Conseil d'Etat ne l'ont mentionné. Les premiers invoquaient seulement une méconnaissance du droit à un recours effectif, et le second, que ce soit dans la décision de renvoi de la question prioritaire ou dans l'ensemble de sa jurisprudence relative au recours contre les actes parlementaires, n'a jamais fait appel au principe de séparation des pouvoirs¹⁰²⁸. Dès lors, le fait que le Conseil constitutionnel y ait recours n'est pas innocent. D'autre part, le Conseil ne se contente pas mentionner le principe de séparation des pouvoirs, il le fait afin de justifier une atténuation des exigences découlant du droit à un recours effectif. Dès lors, le recours au principe de séparation des pouvoirs et la conciliation qui en résulte semblent motivés par la volonté du Conseil de valider la disposition examinée.

427. Enfin, c'est la méthode d'examen de la disposition retenue par le Conseil qui semble révéler la réticence du Conseil à retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs et à censurer la décision au motif qu'elle ne met pas suffisamment en œuvre le droit à un recours effectif. En effet, le juge constitutionnel appréhende la disposition sous un angle

¹⁰²⁷ Commentaire officiel de la décision C.C., n°2011-129 QPC, préc., p. 10.

¹⁰²⁸ Voir not. les décisions C.E., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale, préc., C.E., 4 juillet 2003, Papon, préc., C.E., 24 sept. 2010, Patrick Decurey, préc.

positif, en énumérant toutes les voies de droit qu'elle autorise, que ce soit pour les agents des assemblées ou pour les tiers¹⁰²⁹. En revanche, le Conseil ne mentionne pas les différentes actions qui ne peuvent être mises en œuvre en raison de l'interdiction qui résulte de la « liste close » formulée par l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958. C'est d'ailleurs pour cette raison que le dispositif de la décision, à savoir le brevet de constitutionnalité décerné par le Conseil, traduit également la réticence de ce dernier à retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs.

2. Une réticence manifeste au vu du brevet de constitutionnalité décerné par la décision

428. Selon L. Domingo, le brevet de constitutionnalité décerné par le Conseil constitutionnel est imparfait dans la mesure où il ne répond pas complètement à la question posée par le Conseil d'Etat à l'occasion de sa décision de renvoi. En effet, si le juge administratif décide, contrairement à la décision *Decurey* du 24 septembre 2010, de renvoyer la Q.P.C. au Conseil constitutionnel, c'est parce que la question ne porte pas seulement sur l'alinéa 3 de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958, mais sur l'intégralité de la disposition. Dès lors, le Conseil d'Etat a « précisément mis en avant le cas, comme celui de l'espèce, où aucune voie de recours n'est ouverte à l'encontre des décisions à portée générale dès lors que ne peut naître un litige d'ordre individuel sur leur fondement. (Il a) relevé que le 4e alinéa de l'article 8 de l'ordonnance posait la règle selon laquelle les instances qu'il vise sont "les seules susceptibles d'être engagées contre une assemblée parlementaire" ». Or, ainsi que le note l'auteur, « le Conseil constitutionnel n'en dit mot. Les juges de la rue de Montpensier ne se prononcent pas explicitement sur l'impossibilité de former un recours contre un acte de portée générale en l'absence d'acte individuel, ni sur la limitation des matières susceptibles de faire l'objet de recours contentieux. C'était pourtant l'intérêt principal de la question prioritaire de constitutionnalité renvoyée par le Conseil d'Etat. Sans motivation particulière, l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 est donc déclaré conforme aux droits garantis par la Constitution et notamment le droit à un recours juridictionnel

¹⁰²⁹ Décision C.C., n°2011-129 QPC, préc. : « Considérant que les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 susvisée permettent à tout agent des assemblées parlementaires de contester, devant la juridiction administrative, une décision individuelle prise par les instances des assemblées parlementaires qui lui fait grief ; qu'à cette occasion, l'agent intéressé peut à la fois contester, par la voie de l'exception, la légalité des actes statutaires sur le fondement desquels a été prise la décision lui faisant grief et engager une action en responsabilité contre l'Etat ; qu'à cette même occasion, une organisation syndicale a la possibilité d'intervenir devant la juridiction saisie » (cons. 4).

effectif »¹⁰³⁰. L'autorité de la solution dégagée par le Conseil, concluant à la conformité de la disposition à la Constitution, est donc affaiblie en raison du caractère insuffisant de la motivation déployée.

429. La solution retenue par le Conseil dans la décision du 13 mai 2011 n'a dès lors pas manqué de susciter la critique d'une partie de la doctrine. Ainsi, P. Bon rappelle que la disposition jugée conforme à la Constitution autorise un recours contre les actes individuels liés à un marché public, mais que « si le contrat n'est pas un marché public, par exemple s'il s'agit d'une délégation ou d'une concession de service public, aucune recours contentieux n'est en revanche possible. En d'autres termes, l'existence d'un recours dépend du mode de rémunération du cocontractant par l'assemblée. (...) Cette discrimination n'est évidemment justifiée par aucune raison d'intérêt général »¹⁰³¹. Ainsi, l'insuffisance du raisonnement du Conseil et de la solution qui en découle est manifeste. Il est aisé d'en déduire que le Conseil semble prêt à se fonder sur un raisonnement approximatif et à passer sous silence certaines problématiques dans le simple but de valider la disposition soumise à son contrôle, et ce alors même que cette dernière « ne mérite certainement pas »¹⁰³² le brevet de constitutionnalité qui lui est décerné.

430. L'examen tant du corps de la décision que de son dispositif révèle une certaine réticence de la part du Conseil à censurer la disposition au motif qu'elle n'adopte pas une conception suffisamment perméable de la séparation des pouvoirs au profit du principe du droit au recours. Il est toutefois possible d'expliquer cette réticence inédite du Conseil à retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs alors qu'elle aurait été bénéfique à la garantie des droits.

B. Une réticence explicable

431. La singularité de la décision du 13 mai 2011 réside dans la réticence du Conseil à retenir une conception véritablement perméable du principe de séparation des pouvoirs, laquelle aurait probablement dû le conduire à censurer la disposition soumise à son contrôle. Il convient donc de s'interroger sur les raisons d'être de cette réticence à retenir une conception véritablement perméable de la séparation des pouvoirs. D'autant plus que celle-ci

¹⁰³⁰ L. Domingo, « QPC et contentieux administratif des assemblées parlementaires », préc., n.p.d.a. 18. P. Bon exprime le même regret (P. Bon, « Les modalités restrictives de contrôle des actes non législatifs du Parlement par le juge ordinaire sont constitutionnelles », préc., p. 134).

¹⁰³¹ P. Bon, « Les modalités restrictives de contrôle des actes non législatifs du Parlement par le juge ordinaire sont constitutionnelles », préc., p. 134-135.

¹⁰³² *Ibid*, p. 135.

permettrait de favoriser le pouvoir juridictionnel, en exigeant que davantage d'actes parlementaires puissent être soumis à son contrôle, le droit à un recours effectif et, plus largement, la garantie des droits. L'explication la plus pertinente de la singularité de la décision du 13 mai 2011 semble se loger dans la spécificité de la disposition examinée. En effet, contrairement aux autres décisions relatives à la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel, la disposition examinée n'organise pas l'atteinte potentielle du pouvoir politique aux organes ou fonctions juridictionnelles. Au contraire, elle prévoit que c'est le pouvoir juridictionnel qui est susceptible de porter atteinte à l'autonomie d'organes politiques (1.). Cette configuration nouvelle et inédite semble entraîner un retour à la politique jurisprudentielle que le Conseil met en œuvre en matière de séparation entre les pouvoirs politiques (2.), de telle sorte qu'il ne s'agit pas vraiment d'une exception au maniement pragmatique du principe de séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel.

1. Une réticence expliquée par la configuration inédite de la potentielle atteinte au principe de séparation des pouvoirs

432. Dans l'ensemble des décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel fait application du principe de séparation des pouvoirs de manière pragmatique, le pouvoir juridictionnel est systématiquement placé en situation de faiblesse par rapport au pouvoir politique. Les dispositions contrôlées permettent ainsi à l'Exécutif ou au Parlement d'intervenir dans le fonctionnement de la Justice ou de s'immiscer dans ses fonctions. Le pragmatisme déployé par le Conseil lorsqu'il fait application du principe de séparation des pouvoirs permet, dans ces hypothèses, d'ajuster la jurisprudence afin de protéger efficacement le pouvoir juridictionnel et, partant la garantie des droits. Or, dans la décision du 13 mai 2011, le Conseil examine l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958. Cette disposition prévoit que le juge pourra connaître de certains actes émanant des assemblées parlementaires, de telle sorte qu'elle organise une dérogation au principe traditionnellement admis de l'autonomie des assemblées. Dès lors, la disposition place le pouvoir juridictionnel en position de « menace » pour les assemblées parlementaires, et si la séparation des pouvoirs est méconnue, c'est par le pouvoir juridictionnel. Retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs reviendrait à encourager, dans une certaine mesure, cette méconnaissance au nom du droit à un recours effectif. Au vu de la jurisprudence relative à la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel, et dans la mesure où le Conseil choisit généralement de mettre le principe de séparation des pouvoirs au service de la garantie

des droits, rien n'indique *a priori* que le Conseil puisse être réticent à l'idée de retenir une telle conception perméable de la séparation des pouvoirs.

433. Or, dans la décision du 13 mai 2011, ce n'est pas ce que choisit de faire le Conseil. Ce dernier retient certes une conception perméable de la séparation des pouvoirs, dans la mesure où il ne censure pas la disposition en estimant que les différentes voies de droit qu'elle prévoit la rendent contraire au principe de séparation des pouvoirs. Mais il ne s'agit que d'une conception faiblement perméable de la séparation des pouvoirs, puisqu'il estime que la disposition est conforme à la Constitution, et ce en dépit du faible nombre de voies de droit ouvertes à l'encontre des actes parlementaires. Cette retenue, dont le Conseil fait preuve de manière inédite dans le cadre de sa jurisprudence relative au principe de séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel, ne peut être expliquée que par la volonté de ne pas annihiler complètement le principe de l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires et, partant, de protéger l'autonomie des assemblées. Le fait qu'un pouvoir politique se voie menacé par le pouvoir juridictionnel justifie donc manifestement un traitement jurisprudentiel différent du principe de séparation des pouvoirs. Or, en l'espèce, ce sont les assemblées parlementaires qui sont susceptibles de pâtir d'une potentielle méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs. Il est possible d'imaginer que le Conseil aurait retenu une solution différente si la disposition soumise à son contrôle prévoyait que le juge s'immisce dans les fonctions de l'Exécutif. A défaut, il aurait remis en cause l'ensemble du contentieux administratif.

2. Une réticence traduite par un retour mesuré au dogme séparatiste

434. Le fait que le Conseil ne retienne pas une conception pleinement perméable de la séparation des pouvoirs dans la décision du 13 mai 2011 est donc dû au fait que ce sont les assemblées parlementaires qui sont mises en causes par le pouvoir juridictionnel. Il a en effet été dit que, lorsqu'il s'agit de séparation entre les pouvoirs politiques, le Conseil applique un traitement dogmatique de la séparation des pouvoirs, en cherchant à séparer véritablement les pouvoirs politiques, de telle sorte que, juridiquement tout au moins, l'Exécutif et le Parlement sont indépendants et exercent leurs fonctions à l'abri des pressions qu'ils pourraient exercer l'un sur l'autre¹⁰³³. Or, dans la décision dont il est question, le Conseil semble vouloir continuer d'appliquer ce traitement dogmatique de la séparation des pouvoirs, alors même que

¹⁰³³ Voir partie 1 de cette thèse.

des organes de l'un des pouvoirs politiques – les assemblées parlementaires – voient leur autonomie affectée par le pouvoir juridictionnel. Il est d'ailleurs soutenable que la conception perméable qu'il retient soit due à la nécessaire prise en compte du droit à un recours effectif, qui oblige le Conseil à considérer que tous les actes parlementaires ne peuvent être soustraits au contrôle du juge.

435. La décision du 13 mai 2011 semble donc être au confluent des deux types de principes de séparation des pouvoirs. En effet, elle relève en partie de la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel, dans la mesure où elle confronte les assemblées parlementaires et le juge. Mais, dans la mesure où les organes qu'il s'agit ici de protéger relèvent de l'un des pouvoirs politiques, la décision du 13 mai 2011 peut également être rattachée à la séparation des pouvoirs politiques. Le Conseil semble donc partagé entre, d'une part, sa volonté de favoriser le plein exercice du pouvoir juridictionnel et la garantie des droits et, d'autre part, le dogmatisme séparatiste dont il fait preuve lorsqu'il s'agit de protéger les organes ou fonctions des pouvoirs politiques. C'est donc une position mesurée qui ressort de la décision. En effet, l'existence d'un principe constitutionnel – le droit à un recours effectif – empêche le Conseil de revenir complètement au dogme séparatiste qu'il met en œuvre lorsqu'il s'agit de faire en sorte que les pouvoirs politiques soient protégés, tant organiquement que fonctionnellement. Le Conseil ne néglige donc pas complètement l'objectif de préservation du pouvoir juridictionnel et de la garantie des droits. Toutefois, en validant la disposition, il choisit de ne pas sacrifier la protection des assemblées parlementaires au profit de ces deux derniers objectifs.

436. Conclusion de Chapitre. La perméabilité de la séparation des pouvoirs est parfois plus profitable au pouvoir juridictionnel et à la garantie des droits que son étanchéité. Lorsque c'est le cas, le juge constitutionnel continue de briller par son pragmatisme en retenant une conception perméable du principe de séparation des pouvoirs. Cette démarche est d'autant plus patente que, le plus souvent, le Conseil choisit réellement et visiblement de façonner la perméabilité de la séparation des pouvoirs. Il crée donc des exceptions aux principes basés sur l'étanchéité de la séparation des pouvoirs, voire découvre des principes traduisant une véritable perméabilité de la séparation. Ainsi, en admettant que la police judiciaire peut se voir attribuer des compétences qui relèvent normalement de la police administrative ou en prévoyant que l'Exécutif est en principe obligé de prêter le concours de la force publique en cas d'exécution forcée d'une décision de justice, le Conseil constitutionnel choisit de retenir une conception perméable du principe de séparation des pouvoirs parce qu'elle est la plus favorable au pouvoir juridictionnel et à la garantie des droits.

Il peut également arriver que le Conseil retienne une conception perméable de la séparation des pouvoirs afin de concilier cette dernière avec un droit ou une liberté que la Constitution garantit, en l'espèce le droit au recours. Il est alors possible d'imaginer que le Conseil retient, dans une telle hypothèse, une conception fortement perméable de la séparation des pouvoirs afin de favoriser ce droit. Pourtant, un examen plus approfondi de la seule décision illustrant cette hypothèse révèle une certaine réticence du Conseil à retenir une telle conception de la séparation des pouvoirs. Il est alors permis de douter, au premier abord, de la cohérence de la décision au regard du traitement du principe de séparation des pouvoirs politiques et juridictionnel, dans lequel le Conseil tend à retenir une conception variable de la séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits. Toutefois, cette décision est spécifique de par la configuration des pouvoirs à l'œuvre dans la disposition contrôlée, qui n'a pas pour objet ou pour effet de permettre à un organe politique de porter atteinte au pouvoir juridictionnel. Au contraire, la disposition prévoit que le juge peut intervenir dans les fonctions d'un organe politique, en l'occurrence des assemblées parlementaires. Il ne s'agit donc plus, pour le Conseil, de protéger le juge et, à travers lui, la garantie des droits, mais de protéger un organe politique, le Parlement. Cette spécificité semble ainsi conduire le Conseil à concilier, d'une part, le dogme séparatiste mis en œuvre dans le cadre de la séparation entre les pouvoirs politiques – où il s'agit de protéger un organe politique – et le pragmatisme dont il fait preuve dans le maniement du principe de séparation des pouvoirs lorsque le pouvoir juridictionnel et la garantie des droits sont en cause.

437. Conclusion de Titre. Dans le cadre de la jurisprudence relative au principe de séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel, le Conseil adopte un maniement pragmatique du principe. Il choisit en effet de retenir une conception variable de la séparation des pouvoirs en fonction de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif particulier : la protection organique et fonctionnelle du juge et, plus largement, la promotion de la garantie des droits. Lorsque ces dernières l'exigent, le Conseil retient donc une conception étanche de la séparation des pouvoirs, que ce soit d'un point de vue organique, par le biais du principe d'indépendance des juridictions, ou – de manière plus nuancée – d'un point de vue fonctionnel, en protégeant les fonctions juridictionnelles des atteintes que pourraient leur porter les pouvoirs politiques. Ces derniers ne sauraient ainsi intervenir dans les fonctions du juge, si ce n'est en lui soumettant des propositions, sous peine de méconnaître le principe de séparation des pouvoirs. Le Conseil censure ainsi toute substitution d'un organe politique au juge, ou toute tentative de limiter ce dernier dans l'exercice de ses fonctions.

Plus rarement, le pragmatisme conduit le Conseil à retenir, lorsque la protection du juge et la garantie des droits l'exigent, une conception perméable de la séparation des pouvoirs. Le juge constitutionnel a ainsi prévu une dérogation à la séparation étanche entre les polices judiciaire et administrative en prévoyant que la première peut se voir attribuer des compétences qui relèvent normalement de la seconde, et ce afin de promouvoir la garantie des droits. Dans le même but, il va jusqu'à créer un principe basé sur la perméabilité de la séparation des pouvoirs, en prévoyant l'obligation pour l'Exécutif de prêter le concours de la force publique à l'exécution forcée d'une décision de justice, sauf dans certaines circonstances.

Il n'est qu'une hypothèse, illustrée par une seule décision, dans laquelle le Conseil semble hésiter entre pragmatisme et dogme séparatiste. Dans celle-ci, s'il concilie de manière pragmatique le principe de séparation des pouvoirs avec le droit au recours, le Conseil semble toutefois réticent à admettre la perméabilité de la séparation des pouvoirs qui en résulte. Ce retour au dogme séparatiste, certes latent, s'explique toutefois assez aisément dans la mesure où il est opéré à l'occasion de l'unique disposition législative qui met le pouvoir juridictionnel en position de porter atteinte à l'autonomie du Parlement.

Néanmoins, l'objectif de protection du juge et de garantie des droits ne constitue pas toujours l'« alpha et l'oméga » de la jurisprudence constitutionnelle. Il se trouve parfois concurrencé par d'autres considérations, normatives ou pratiques, avec lesquelles cet objectif doit composer. Dès lors, pour faire droit à ces considérations, le Conseil est certes amené à retenir de la séparation des pouvoirs une conception défavorable à la garantie juridictionnelle des

droits. Il veille cependant à contenir le caractère néfaste des effets d'une telle conception sur la garantie des droits.

Titre 2 – L’endiguement des effets produits par la séparation des pouvoirs au détriment de la garantie des droits

439. Lorsqu’il s’agit de connaître un contentieux mettant en scène l’un des pouvoirs politiques, d’une part, et le pouvoir juridictionnel, d’autre part, le pragmatisme dont fait preuve le Conseil le conduit le plus souvent à adapter sa conception de la séparation des pouvoirs – tantôt perméable, tantôt étanche – afin de mettre le principe de séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits. Pourtant, cette analyse ne suffit pas à expliquer l’intégralité de la jurisprudence du Conseil en matière de séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel. Un certain nombre d’hypothèses ne s’inscrivent pas pleinement dans ce schéma, parce qu’elles correspondent à des cas où la séparation des pouvoirs produit inévitablement des effets néfastes à la garantie des droits. Ces hypothèses ont de quoi surprendre car elles démentent l’affirmation formulée par une partie de la doctrine, selon laquelle la finalité première de la séparation des pouvoirs et, plus généralement, de la Constitution, est la garantie des droits. Selon E. Picard, par exemple, « l’article 16 le confirme encore par une formule à laquelle il conviendrait enfin que nous fussions plus attentifs. (...) La Constitution (...) a pour raison d’être et pour finalité la garantie des droits. (...) Les droits fondamentaux s’auto-déclarent ou s’auto-fondent et ils déterminent eux-mêmes les garanties qui les servent. Parmi celles-ci se tient la séparation des pouvoirs, qui leur est donc ordonnée »¹⁰³⁴.

440. Pour autant, même lorsque la séparation des pouvoirs nuit à la garantie des droits, cette dernière n’est pas absente des préoccupations du Conseil. Certes, le pragmatisme volontariste dont il a fait jusqu’à présent preuve à cet égard, en amont de ses raisonnements, pour retenir du principe de séparation la conception la plus propice à la promotion de la garantie des droits, n’est plus alors de mise. Mais ce pragmatisme se déploie cette fois en aval, pour minimiser, autant que faire se peut, l’ampleur des effets néfastes pour la garantie des droits que produit la séparation des pouvoirs dont le Conseil ne peut librement déterminer le sens. Plus précisément, le Conseil est ici contraint de concilier l’exigence de garantie des droits avec d’autres considérations qui commandent de retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs alors que seule une conception étanche servirait pleinement cette exigence dans les hypothèses ici considérées. Tant les considérations qui viennent concurrencer l’objectif de garantie des droits que les moyens déployés par le juge

¹⁰³⁴ E. Picard, « L’impuissance publique en droit », *A.J.D.A.*, 1999, n°1, p. 19.

constitutionnel afin de ménager cette dernière méritent l'attention. On s'aperçoit ainsi que le pragmatisme joue selon une mécanique à « double détente ». Dans un premier temps, il pousse le Conseil à retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs afin de faire droit à des considérations autres que la garantie des droits. Parmi ces considérations figurent des considérations normatives, tenant précisément à des normes constitutionnelles, et le Conseil est tenu d'obtempérer, sauf à adopter une interprétation *contra constitutionnem* (**Chapitre 1.**). Y figurent également des considérations pratiques¹⁰³⁵, dont la prise en compte résulte d'une véritable politique jurisprudentielle de la part du Conseil (**Chapitre 2.**). Mais, dans les deux cas, le pragmatisme du Conseil le conduit également à endiguer les effets de la perméabilité de la séparation des pouvoirs afin d'en limiter l'impact sur la garantie des droits, de sorte que cette dernière ne disparaît pas des préoccupations du Conseil.

¹⁰³⁵ Voir not. D. Ribes, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *C.C.C.*, 2007, n°22, pp. 132-140.

Chapitre 1 – L’endiguement des restrictions à la garantie des droits impliquées par la Constitution

441. La jurisprudence constitutionnelle fait écho à deux hypothèses dans lesquelles la Constitution implique une perméabilité de la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel au profit du Parlement, et ce au détriment du pouvoir juridictionnel et de la garantie des droits. Le juge constitutionnel entreprend alors d’endiguer les effets de la perméabilité de la séparation des pouvoirs induite par la Constitution. La première hypothèse concerne l’amnistie, qui relève de la compétence du législateur en vertu de l’article 34 de la Constitution (**Section 1.**), quand la seconde concerne les commissions d’enquête, dont l’existence est prévue, depuis 2008, à l’article 51-2 du texte constitutionnel, et qui peuvent concurrencer le juge en connaissant de faits dont il a été ou sera potentiellement saisi (**Section 2.**). Dans chacune de ces hypothèses, la perméabilité de la séparation des pouvoirs, qui consiste en l’immixtion du législateur ou des organes parlementaires de contrôle dans la fonction juridictionnelle, est prévue par la Constitution afin de poursuivre un but concurrent et contradictoire de la garantie des droits. Lié par ces dispositions constitutionnelles, le Conseil ne perd toutefois pas complètement de vue l’objectif de garantie des droits.

Section 1 – L’encadrement de la perméabilité constitutionnelle de la séparation des pouvoirs : le cas de l’amnistie

442. Le terme « amnistie » est tiré « du grec ancien *amnistia*, compression de *a-* (privation) et *mnêstis* (souvenir) »¹⁰³⁶. Les origines de ce terme sont donc fondées sur une « approche négative du concept »¹⁰³⁷ sous l’Antiquité¹⁰³⁸. L’amnistie a « pour objet de couvrir du voile de l’oubli et d’effacer le souvenir et l’effet des condamnations et des poursuites »¹⁰³⁹. Le terme a perduré dans le droit romain, sous le nom de « loi de l’oubli », pour ne plus

¹⁰³⁶ T. Rambaud, « L’amnistie », in *La clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Société de législation comparée (Ed.), Paris, 2007, p. 227.

¹⁰³⁷ J. Danet, S. Grunvald, M. Herzog-Evans et Y. Le Gall, *Prescription, amnistie et grâce en France : rapport final*, GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2006, p. 186.

¹⁰³⁸ Le premier acte d’amnistie est réputé être un décret de 403 avant J.C.

¹⁰³⁹ Cass., crim., 19 juillet 1839.

disparaître ensuite¹⁰⁴⁰. La Constitution de 1958 n'a pas dérogé à cette longue tradition, puisqu'elle a prévu dans son article 34, que « la loi fixe les règles concernant (...) l'amnistie ». En cela, elle est une reprise de la Constitution de 1946, qui prévoyait que « l'amnistie ne peut être accordée que par une loi »¹⁰⁴¹. Toutefois, J. Makowiak note « que les rédacteurs de la Constitution ont semble t-il hésité à insérer l'amnistie au sein du texte, puisque la référence avait disparu dans l'avant-projet de texte pour réapparaître ensuite »¹⁰⁴². Cette constitutionnalisation de l'amnistie marque la fin de la souveraineté du législateur en la matière. Mais, « dans le même temps, parce que l'amnistie est prévue et autorisée par le texte suprême, la puissance de la souveraineté continue de se manifester, quitte à ce que ce soit au détriment notamment du principe de séparation des pouvoirs »¹⁰⁴³.

443. « L'amnistie n'a jamais reçu de définition légale. Elle s'appréhende à travers son champ d'application ou ses conséquences décrits dans chacun des textes concernés. L'insertion de trois articles dans le code pénal lors de la réforme de 1992 n'y a rien changé, les articles se bornant à énoncer les effets de l'amnistie, l'effacement de la condamnation, la préservation du droit des tiers et l'interdiction de rappeler les sanctions amnistiées. Ce défaut d'implication du législateur quant à la définition n'est peut-être qu'une façon pour ce dernier de conserver toute marge de manœuvre au moment du vote d'une loi d'amnistie particulière »¹⁰⁴⁴. La doctrine définit toutefois majoritairement l'amnistie comme « une fiction en vertu de laquelle le législateur tient pour inexistant, non pas les faits qui se sont accomplis, mais leur caractère délictuel »¹⁰⁴⁵. Dès lors, l'amnistie constitue une dérogation constitutionnelle à certains principes de même valeur, au premier rang desquels le principe de

¹⁰⁴⁰ L'un des actes les plus notables à propos de l'amnistie est l'Edit d'Ambroise, de mars 1563, qui pose les principes qui régiront la loi de l'oubli. « Celle-ci est accordée par le monarque et prend la forme d'ordonnances royales ou de lettres d'abolition soit individuelles (...) soit générales. Cette exigence d'oubli ne porte plus seulement sur le rejet du souvenir mais sur la négation de l'acte commis. (...) Cette prérogative du souverain sera remise en cause lors de la Révolution sous la forme individuelle (...) pour dénoncer l'exercice d'un arbitraire régalien incompatible avec la protection des droits et libertés individuels. Toutefois, l'abolition générale, l'amnistie, trouvera rapidement place dans l'arsenal législatif révolutionnaire. (...) Au cours des XIXe et XXe siècles, l'amnistie au gré des soubresauts politiques, sera maintenue tantôt entre les mains du pouvoir exécutif lors des périodes troublées ou lorsque le régime fait montre d'autoritarisme, (...) tantôt relevant de la compétence du législateur » (J. Danet, S. Grunvald, M. Herzog-Evans et Y. Le Gall, *Prescription, amnistie et grâce en France : rapport final*, GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2006, p. 186-187).

¹⁰⁴¹ Article 19 de la Constitution du 27 octobre 1946. J. Makowiak précise toutefois qu'un amendement avait été déposé par P. Bastid et T. Révillon le 5 septembre 1946 à l'assemblée constituante afin de prévoir que « l'initiative appartient au Président de la République seul » (J. Makowiak, « L'amnistie en question », *R.D.P.*, 2008, n°2, 1. n.p.d.a. 511).

¹⁰⁴² J. Makowiak, « L'amnistie en question », art. cit., n.p.d.a. 511.

¹⁰⁴³ *Ibid.*

¹⁰⁴⁴ J. Danet, S. Grunvald, M. Herzog-Evans et Y. Le Gall, *Prescription, amnistie et grâce en France : rapport final*, op. cit., p. 191.

¹⁰⁴⁵ J.-A. Roux, *Cours de droit criminel français*, Sirey, Paris, 1927, t. 1, §150.

séparation des pouvoirs. En ce qu'elle autorise le législateur à intervenir dans la fonction juridictionnelle – soit en empêchant l'intervention du juge répressif, soit en effaçant les condamnations prononcées et en entraînant la remise de toutes les peines¹⁰⁴⁶ – elle est donc le résultat d'une conception perméable de la séparation des pouvoirs, voire d'une négation du principe de séparation. Cette perméabilité s'impose au Conseil constitutionnel (§1.) qui, bien que contraint de l'accueillir, en jugule l'impact sur le pouvoir juridictionnel et la garantie des droits (§2.).

§1. La perméabilité de la séparation des pouvoirs impliquée par la compétence législative en matière d'amnistie

444. En prévoyant la possibilité d'adopter des dispositions portant amnistie, la Constitution introduit une perméabilité dans la séparation entre le pouvoir juridictionnel et le législateur (A.). Or, cette perméabilité de la séparation des pouvoirs apparaît comme dommageable à la garantie des droits (B.).

A. L'amnistie, un mécanisme dérogatoire à la séparation des pouvoirs

445. Le Conseil constitutionnel a expressément admis que l'amnistie constitue une dérogation au principe de séparation des pouvoirs (1.). L'examen de la jurisprudence ordinaire éclaire d'ailleurs particulièrement bien les conséquences que cette dérogation entraîne sur le pouvoir juridictionnel (2.).

1. Une dérogation reconnue comme telle par le Conseil constitutionnel

446. A l'appui de leur saisine relative à la loi portant amnistie de certaines infractions commises en Martinique, Guadeloupe et Corse avant le 14 juillet 1988 « à l'occasion d'événements d'ordre politique ou social en relation avec une entreprise tendant à soustraire à

¹⁰⁴⁶ L'article 133-1 du code pénal prévoit en effet que l'amnistie empêche ou arrête l'exécution de la peine, et l'article 133-9 du même code prévoit que « l'amnistie efface les condamnations prononcées. Elle entraîne, sans qu'elle puisse donner lieu à restitution, la remise de toutes les peines. Elle rétablit l'auteur ou le complice de l'infraction dans le bénéfice du sursis qui avait pu lui être accordé lors d'une condamnation antérieure ».

l'autorité de la République » ces zones géographiques¹⁰⁴⁷ ou à « modifier (leur) statut »¹⁰⁴⁸, les requérants invoquaient un certain nombre de griefs. Parmi ceux-ci, figurait la « violation du principe de séparation des pouvoirs car l'amnistie avant jugement revient à dessaisir le juge d'un dossier et lèse les intérêts de la partie civile »¹⁰⁴⁹. Toutefois, cet argument ne convainc que partiellement. Il est en effet possible de regretter que la formulation du grief repose sur l'idée que « l'amnistie "préventive" est plus attentatoire au principe de séparation des pouvoirs que l'amnistie a posteriori »¹⁰⁵⁰. Autrement dit, les requérants considéraient que le fait d'empêcher le juge de se prononcer constitue une atteinte plus grave au principe de séparation des pouvoirs que le fait de laisser le juge agir pour ensuite neutraliser son action. Or, si l'idée même d'une hiérarchisation des atteintes à la séparation des pouvoirs est soutenable au vu de la jurisprudence sur les lois rétroactives¹⁰⁵¹, la hiérarchie établie par les requérants ne correspond pas à celle qui résulte de cette jurisprudence. En effet, dans cette dernière, le Conseil exclut absolument toute atteinte portée par les pouvoirs politiques à l'autorité de chose jugée, mais admet, sous certaines conditions, que le législateur intervienne dans une instance en cours¹⁰⁵². De ce point de vue, l'argument des requérants manquait de pertinence.

447. En revanche, c'est à raison que les requérants soulevaient l'existence d'une contrariété au principe de séparation des pouvoirs législatif et juridictionnel, qui est doublement mis en cause par l'amnistie. D'abord, parce que l'amnistie permet au législateur de s'immiscer dans la fonction juridictionnelle en décidant que les juges ne pourront connaître d'une infraction en interdisant toute poursuite et, partant, en empêchant le juge d'exercer la fonction qui est la sienne. Ensuite, parce que l'amnistie permet au législateur d'arrêter l'exécution d'une peine prononcée par un juge lorsqu'elle l'a été consécutivement à une infraction amnistiée. Ici, le juge a déjà exercé la fonction qui lui appartient, mais le législateur intervient directement afin d'effacer la sanction prononcée par le juge. L'amnistie a donc bien pour objet de soustraire à l'autorité du juge et à l'exercice de la fonction juridictionnelle un certain nombre d'actes ainsi que leurs auteurs.

¹⁰⁴⁷ Article 1 de la loi n°89-473 du 10 juillet 1989 portant amnistie.

¹⁰⁴⁸ Article 2 de la loi n°89-473, préc.

¹⁰⁴⁹ Décision C.C., n°89-258 DC du 8 juillet 1989, Loi portant amnistie, 11 juillet 1989, p. 8734, Rec. p. 48, cons. 7.

¹⁰⁵⁰ B. Mathieu, « Fragments d'un droit constitutionnel de l'amnistie », *L.P.A.*, 1990, n°36, p. 7.

¹⁰⁵¹ Voir *infra*.

¹⁰⁵² Décision C.C., n°80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs, J.O. du 24 juillet 1980, p. 1868, Rec. p. 46, cons. 6.

448. C'est d'ailleurs parce que l'argument des requérants était fondé que le Conseil a reconnu « qu'il est de l'essence même d'une mesure d'amnistie d'enlever pour l'avenir tout caractère délictueux à certains faits pénalement répréhensibles, en interdisant toute poursuite à leur égard ou en effaçant les condamnations qui les ont frappés »¹⁰⁵³. Le Conseil ne pouvait donc qu'admettre que l'amnistie constitue une dérogation au principe de séparation des pouvoirs¹⁰⁵⁴. Toutefois, le juge constitutionnel ne saurait censurer une telle disposition qui déroge ce principe dans la mesure où la dérogation « trouve son fondement dans les dispositions de l'article 34 de la Constitution qui font figurer au nombre des matières qui relèvent de la loi la fixation des règles concernant l'amnistie »¹⁰⁵⁵. C'est ce qui a pu conduire J. Makowiak à considérer que, selon le point de vue d'E. Picard, « la substance de la Constitution ne s'épuise plus, aujourd'hui, dans la séparation des pouvoirs »¹⁰⁵⁶. Le Conseil constitutionnel se retrouve alors dans l'impossibilité de censurer cette intervention du législateur dans la fonction juridictionnelle, dans la mesure où la perméabilité de la séparation des pouvoirs est organisée par la Constitution. Les juges ordinaires, premiers visés par ce mécanisme, ne manquent d'ailleurs pas de manifester leur réticence.

2. Une dérogation vécue comme telle par les organes juridictionnels

449. L'atteinte à la séparation des pouvoirs et, plus précisément, à la fonction juridictionnelle que constitue l'amnistie est ressentie comme telle par les juridictions. En témoigne « la méthode d'interprétation retenue par la chambre criminelle, qui donne le ton sur lequel les juges appréhendent la loi d'amnistie. La Cour de cassation s'appuie sur le caractère exceptionnel de la loi pour en déduire la nécessité de l'interprétation stricte voire restrictive. Plusieurs formulations sont utilisées : "attendu, en effet, que les lois d'amnistie sont des *lois d'exception qui doivent être entendues et appliquées dans leurs termes mêmes* ; qu'il ne saurait appartenir aux juges de les étendre à des cas qu'elles ont spécifié à un cas qu'elles n'ont pas prévu"¹⁰⁵⁷, ou encore "la loi d'amnistie du 18 juin 1966, (qui) *déroge au droit commun en matière pénale* et (qui), dès lors, *doit être interprétée restrictivement*"¹⁰⁵⁸ »¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵³ Décision C.C., n°89-258 DC, préc., cons. 8.

¹⁰⁵⁴ Décision C.C., n°89-258 DC, préc., cons. 8.

¹⁰⁵⁵ Décision C.C., n°89-258 DC, préc., cons. 8.

¹⁰⁵⁶ J. Makowiak, « L'amnistie en question », art. cit., n.p.d.a. 511.

¹⁰⁵⁷ Décision Cass., crim., 22 décembre 1966, n°68-92618. (Nous soulignons).

¹⁰⁵⁸ Décision Cass., crim. 24 juillet 1967, n°66-93026. (Nous soulignons).

¹⁰⁵⁹ J. Danet, S. Grunvald, M. Herzog-Evans et Y. Le Gall, *Prescription, amnistie et grâce en France : rapport final*, GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2006, p. 219.

Cette interprétation stricte témoigne particulièrement bien de la difficulté pour le juge de concevoir l'intervention du législateur dans la fonction juridictionnelle. Ainsi que l'explique le rapport final de la mission droit et justice consacré à l'amnistie, dans la mesure où l'amnistie constitue un texte favorable aux auteurs d'infraction, il serait envisageable que le juge retienne une interprétation *in favorem*. Or, « le juge veille à ne pas prodiguer l'indulgence du législateur (...) trop largement »¹⁰⁶⁰, à tel point que, parfois, il rétrécit encore le champ d'application de l'amnistie fixé par le législateur¹⁰⁶¹.

450. Le terme de « loi d'exception », employé à propos des lois d'amnistie, est révélateur de ce que la doctrine s'attache à souligner la nécessité de ne pas banaliser ce type de loi. Ainsi, le rapport de la mission droit et justice mentionne que les lois d'amnistie « rappellent les prérogatives régaliennes de l'Ancien Régime mais aussi, sont toujours délicates à légitimer. Elles doivent rester exceptionnelles »¹⁰⁶². De même, J. Makowiak qualifie les lois d'amnistie de « lois d'exception » et rappelle que ces dernières sont « sous le feu de vives critiques »¹⁰⁶³. Par « loi d'exception », il faut donc entendre « loi rare ». Mais, derrière ce terme, il semble que le juge souhaite également faire référence à la loi d'amnistie comme une « loi de dérogation », dans la mesure où elle déroge au principe de séparation des pouvoirs et rend vulnérable la fonction juridictionnelle.

451. La Constitution, en reconnaissant l'amnistie comme l'une des composantes de la fonction législative, consacre donc bien une perméabilité du principe de séparation des pouvoirs. Ce principe s'en trouve donc atteint dans sa substance. Mais il n'est pas le seul, puisque l'amnistie emporte également une dérogation à certains droits et libertés constitutionnellement garantis.

¹⁰⁶⁰ *Ibid*, p. 220.

¹⁰⁶¹ Le rapport final de la mission droit et justice relatif à l'amnistie précise les deux cas dans lesquels le juge va jusqu'à rétrécir le champ d'application de la loi d'amnistie : « Dans la première hypothèse, il s'agit de cerner les conditions d'octroi du bénéfice de l'amnistie. (...) Un second contentieux de l'interprétation illustre également ces réticences de la part du juge. Cette fois, il s'agit de contenir les effets de l'amnistie (...puisque la Cour de cassation a) depuis longtemps déjà décidé d'exclure du bénéfice de l'amnistie ce qu'elle nomme les "mesures de police et de sûreté publique" » (*ibid*, p. 221-223).

¹⁰⁶² *Ibid*, p. 202.

¹⁰⁶³ J. Makowiak, « L'amnistie en question », art. cit., n.p.d.a. 511.

B. L'amnistie, un mécanisme dommageable à la garantie des droits

452. La constitutionnalisation de l'amnistie n'est pas seulement attentatoire au principe de séparation des pouvoirs, dont elle implique la perméabilité. Elle est également une dérogation à *certain*s droits et libertés garantis par la Constitution (1.). Par ailleurs, bien que la garantie des droits soit souvent invoquée afin de justifier l'existence du dispositif de l'amnistie, il est possible de douter de ses effets bénéfiques de ce point de vue (2.).

1. Un mécanisme contraire à certains droits et libertés constitutionnels

453. En dehors de la violation du principe de séparation des pouvoirs, la méconnaissance de certains droits et libertés apparaît fréquemment au titre des griefs invoqués à l'encontre des lois d'amnistie. Parmi ceux-là, l'atteinte à la présomption d'innocence¹⁰⁶⁴ et la dérogation au principe d'égalité¹⁰⁶⁵ sont les plus fréquemment invoquées par les requérants¹⁰⁶⁶. La méconnaissance de la première serait inhérente à l'amnistie lorsqu'elle a pour effet de suspendre toute poursuite. La présomption d'innocence serait donc « méconnue pour le motif que l'amnistie avant jugement tend à présumer coupable tous ceux qu'elle concerne et empêche, en outre, l'inculpé de faire la preuve de son innocence »¹⁰⁶⁷. Le Conseil estime pourtant que « dans la mesure où l'amnistie a pour effet d'interdire les poursuites pénales, elle ne méconnaît en rien le principe proclamé par l'article 9 de la Déclaration de 1789 selon lequel tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable »¹⁰⁶⁸. L'atteinte causée par une disposition portant amnistie à la présomption d'innocence apparaît donc, selon le Conseil, infondée.

454. Ce n'est en revanche pas le cas du second grief, tenant à la méconnaissance du principe d'égalité, qui est invoqué presque systématiquement. Il s'agit pour les requérants de « dénoncer une discrimination entre citoyens, une rupture d'égalité née soit directement de la

¹⁰⁶⁴ Décision C.C., n°89-258 DC du 8 juillet 1989, Loi portant amnistie, J.O. du 11 juillet 1989, p. 8734, Rec. p. 48, cons. 1.

¹⁰⁶⁵ La méconnaissance du principe d'égalité a été invoquée dans les décisions C.C., n°82-138 DC du 25 février 1982, Loi portant statut particulier de la région de Corse, J.O. du 27 février 1982, p. 697, Rec. p. 41, cons. 10 et 12 ; décision C.C., n°86-209 DC du 3 juillet 1986, Loi de finances rectificative pour 1986, J.O. du 4 juillet 1986, p. 8342, Rec. p. 86, cons. 16 ; C.C., n°88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, J.O. du 21 juillet 1988, p. 9448, Rec. p. 119, cons. 4.

¹⁰⁶⁶ On pourrait ajouter à ces deux principes le droit au recours des victimes ainsi que l'O.V.C. de recherche des auteurs d'infractions (décision C.C., n°2011-192 QPC du 10 novembre 2011, Mme Ekaterina B., épouse D. et autres [Secret défense], J.O. du 11 novembre 2011, p. 19005, Rec. p. 528, cons. 21).

¹⁰⁶⁷ Décision C.C., n°89-258 DC, préc., cons. 7

¹⁰⁶⁸ Décision C.C., n°89-258 DC, préc., cons. 10.

désignation de la catégorie de bénéficiaires soit indirectement à travers la désignation d'infractions visées par l'amnistie »¹⁰⁶⁹. Or, il en va du principe d'égalité comme du principe de séparation des pouvoirs. L'existence même du mécanisme de l'amnistie induit en effet une atteinte au principe d'égalité puisque parmi toutes les personnes qui ont commis une même infraction, seules certaines entrent dans le champ d'application de la loi d'amnistie, en fonction de la date et du lieu de commission de l'infraction ainsi que du but poursuivi par son auteur. Il serait possible de soutenir que l'amnistie n'entraîne pas pour autant d'atteinte au principe d'égalité dans la mesure où les bénéficiaires de l'amnistie sont placés dans une situation différente de celles qui n'en bénéficient pas¹⁰⁷⁰, et dans la mesure où la différence de traitement est directement en rapport avec l'objet de la loi¹⁰⁷¹. Mais cette objection, valable à propos des amnisties « traditionnelles » visant à amnistier des personnes ayant commis des infractions à l'occasion d'événements particuliers, ne tient plus dès lors qu'il s'agit d'autres types d'amnistie. Il en va ainsi pour les amnisties fiscales, à moins de considérer que le simple fait de détenir illégalement des fonds à l'étranger suffit à constituer une situation différente justifiant un traitement différent – plus favorable – des contribuables. Par ailleurs, l'amnistie porte une atteinte évidente au droit au recours des victimes des infractions amnistiées, dont il ne subsiste que le droit à réparation à raison des dommages causés par ladite infraction¹⁰⁷².

455. La perméabilité de la séparation des pouvoirs induite par la Constitution pose donc problème au regard de plusieurs droits constitutionnellement garantis. Les désagréments engendrés par l'amnistie ne s'arrêtent toutefois pas là, puisqu'en plus de porter directement atteinte à *certain*s droits, elle remet également en cause, de manière plus générale, la garantie des droits.

¹⁰⁶⁹ J. Danet, S. Grunvald, M. Herzog-Evans et Y. Le Gall, *Prescription, amnistie et grâce en France : rapport final*, GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2006, p. 228.

¹⁰⁷⁰ Le Conseil estime en effet que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit (décision C.C., n°87-232 DC du 7 janvier 1988, Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, J.O. du 10 janvier 1988, p. 482, Rec. p. 17, cons. 10).

¹⁰⁷¹ Voir not. décision C.C., n°2010-3 QPC du 28 mai 2010, Union des familles en Europe [Associations familiales], J.O. du 29 mai 2010, p. 9730, Rec. p. 97, cons. 3.

¹⁰⁷² Voir *infra*.

2. Un mécanisme problématique pour la garantie des droits en général

456. P. Rolland, à propos de la notion de garantie des droits, se demandait « si la Constitution au sens de l'article 16 suffit par soi à la garantie des droits ou s'il faut de surcroît prévoir des institutions particulières »¹⁰⁷³. La première branche de l'alternative correspond à la conception initiale de l'amnistie qui, à l'origine, a été créée afin de préserver la paix sociale, ou de favoriser l'apaisement social suite à un conflit majeur. Selon la formule de P. Ricoeur, il s'agit de « réparer par l'oubli les déchirures du corps social »¹⁰⁷⁴ et, en cela, « l'amnistie constitue un concept clé de la théorie générale de l'Etat. Elle constitue en effet une technique juridique qui a pour objectif la sauvegarde des intérêts fondamentaux de l'Etat et le maintien du bon fonctionnement d'un régime politique »¹⁰⁷⁵. Selon l'expression de J. Makowiak, l'amnistie a pour but de préparer l'avenir en assainissant le présent »¹⁰⁷⁶ grâce à une démarche prescriptive¹⁰⁷⁷. En ce sens, l'amnistie peut être vue comme participant de la sécurité et de la stabilité sociale. En effet, en ce qu'elle participe à l'apaisement social, elle permet de préserver les conditions nécessaires pour que l'Etat puisse assurer l'une de ses missions essentielles, la garantie des droits, dont la sécurité est l'une des conditions.

457. En revanche, la seconde branche de l'alternative posée par P. Rolland consiste à voir la garantie des droits de manière moins abstraite, comme étant le produit de certaines des fonctions des pouvoirs. Parmi ces fonctions, la fonction juridictionnelle occupe une place privilégiée en ce qu'elle apparaît comme un « travail de protection de la société »¹⁰⁷⁸. Ici, c'est donc davantage la mise en œuvre juridictionnelle de la garantie des droits qui est envisagée. Le maintien d'un climat social apaisé est certes une condition de la garantie des droits, mais il n'est en aucun cas suffisant. Nombreux sont les éléments qui contribuent à faire de la fonction juridictionnelle un rouage de la garantie des droits. Ainsi, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, qui met en avant la nécessité de l'indépendance de l'autorité judiciaire pour que cette dernière soit « à même d'assurer le respect des libertés essentielles » telles que définies par la Constitution¹⁰⁷⁹. De même, L. Favoreu estimait que l'Etat est astreint

¹⁰⁷³ P. Rolland, « La garantie des droits », *Droits fondamentaux*, 2003, n°3, p. 179.

¹⁰⁷⁴ P. Ricoeur, *Le juste*, Esprit (Ed.), Paris, 1995, p. 205.

¹⁰⁷⁵ T. Rambaud, « L'amnistie », art. cit., p. 227.

¹⁰⁷⁶ J. Makowiak, « L'amnistie en question », art. cit., p. 511.

¹⁰⁷⁷ Sur ce point, voir E. Millard, « Epuration, amnistie, amnésie », *Les Cahiers du MIRHEC*, 1999, n.p.d.a. 112.

¹⁰⁷⁸ J. Danet, S. Grunvald, M. Herzog-Evans et Y. Le Gall, *Prescription, amnistie et grâce en France : rapport final*, GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2006, p. 224.

¹⁰⁷⁹ Article unique, 4° de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution et prévoyant un référendum.

à un « devoir de protection juridictionnelle de l'individu »¹⁰⁸⁰. Il y a donc un lien entre la garantie des droits, telle qu'elle est proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 et le droit à un juge¹⁰⁸¹. Or, l'amnistie tend à entraver tant la mise en œuvre que les effets du droit au juge. Dès lors, cette conception conduit à formuler un jugement plus sévère quant à la compatibilité entre amnistie et garantie des droits.

458. Ce sont donc deux conceptions de la garantie des droits qui s'opposent ici. D'une part, une première conception générale de la garantie des droits comme obligation incombant à l'Etat, et consistant à maintenir un climat social apaisé, quitte à contourner exceptionnellement les mécanismes institués en vue de garantir les droits et libertés. D'autre part, une conception de la garantie des droits plus tangible, consistant à attribuer à certains organes de l'Etat un rôle particulier dans la garantie des droits grâce à certains mécanismes et, le cas échéant, aboutissant à une sanction. Ces deux conceptions de la garantie des droits diffèrent quant au niveau auquel la garantie des droits doit être mise en œuvre et appréciée. Si la première correspond à une approche politique de la garantie des droits, la seconde conception est plus adaptée à une approche juridique de celle-ci. Il n'est d'ailleurs pas étonnant que l'amnistie conduise à la confrontation de ces deux conceptions, puisque « si la mesure d'amnistie est juridique, les motifs sont politiques »¹⁰⁸². L'amnistie peut donc également être vue comme une atteinte portée à la garantie des droits et aux mécanismes qui la mettent en œuvre.

459. Ainsi, l'article 34 de la Constitution, en autorisant l'adoption de dispositions portant amnistie, introduit une perméabilité de la séparation des pouvoirs en permettant au législateur d'intervenir dans la fonction juridictionnelle. Or, cette perméabilité de la séparation des pouvoirs se trouve être défavorable à la garantie des droits. Dès lors, l'objectif de garantie des droits qui guide le Conseil dans le traitement jurisprudentiel du principe de séparation des pouvoirs se manifeste par l'effort fourni par le juge constitutionnel pour juguler la perméabilité de la séparation des pouvoirs et, partant, pour limiter les atteintes portées à la garantie des droits.

¹⁰⁸⁰ L. Favoreu, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », *Gouverner, administrer, juger : liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002, p.

¹⁰⁸¹ Voir L. Favoreu, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », art. cit., p. 519 et T. Renoux, « La constitutionnalisation du droit au juge en France », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, J. Rideau (dir.), LGDJ, Paris, 1998, pp. 109-118.

¹⁰⁸² J. Makowiak, « L'amnistie en question », art. cit., n.p.d.a. 511.

§2. La perméabilité jugulée de la séparation des pouvoirs par l'encadrement jurisprudentiel de l'amnistie

460. Devant la perméabilité de la séparation des pouvoirs induite par la Constitution en matière d'amnistie, le Conseil ne renonce pas à assurer la garantie des droits. En effet, le juge constitutionnel jugule les désagréments causés à la garantie des droits par la perméabilité de la séparation des pouvoirs en encadrant cette perméabilité. Certes, le juge constitutionnel n'a pas pour autant limité au maximum le champ d'application de l'amnistie. Il a ainsi admis que celle-ci pouvait intervenir non seulement dans le domaine pénal, mais également à propos des sanctions disciplinaires et professionnelles¹⁰⁸³. Mais il n'en demeure pas moins que le Conseil encadre fortement la perméabilité de la séparation des pouvoirs induite par l'amnistie. Ainsi que l'affirme B. Mathieu, « si la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne fournit pas un cadre juridique rigoureux à l'exercice du droit de l'amnistie, elle dresse un certain nombre de garde-fous dont l'importance ne peut être négligée (...) Le juge constitutionnel ne peut aller trop loin dans l'encadrement de ce pouvoir législatif, car l'amnistie, comme toute mesure dérogatoire, doit bénéficier d'une certaine souplesse afin de permettre que les objectifs nécessairement d'intérêt général soient atteints. Le Conseil constitutionnel se réserve cependant, et c'est là tout l'intérêt de sa jurisprudence, la possibilité de sanctionner des dispositions d'amnistie manifestement contraires à un certain nombre de principes inséparables d'un Etat de droit »¹⁰⁸⁴. On trouve ainsi dans la jurisprudence du Conseil deux types d'encadrements, le premier relatif au dispositif de l'amnistie (**A.**) et le second aux effets qu'elle peut produire (**B.**), chacun d'entre eux ayant pour but de limiter l'impact de l'amnistie sur la garantie des droits.

A. L'encadrement du dispositif de l'amnistie

461. Afin d'encadrer la perméabilité de la séparation des pouvoirs imposée par la Constitution, le Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi d'une disposition portant amnistie, exerce un contrôle sur le dispositif en tant que tel. Il s'assure ainsi de ce que le législateur,

¹⁰⁸³ Décision C.C., n°88-244 DC, préc., cons. 14 et 15 : « Considérant que l'on ne saurait déduire des termes de ces dispositions qui ne concernent pas seulement le droit pénal et de la place qui y est faite à l'amnistie que la Constitution aurait limité la compétence du législateur en matière d'amnistie au domaine des crimes et délits et, plus généralement, des infractions pénalement réprimées ; Considérant ainsi que le législateur a pu, sans méconnaître aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle, étendre le champ d'application de la loi d'amnistie à des sanctions disciplinaires ou professionnelles dans un but d'apaisement politique ou social ».

¹⁰⁸⁴ B. Mathieu, « Fragments d'un droit constitutionnel de l'amnistie », art. cit., p. 9.

habilité par l'article 34 de la Constitution à s'immiscer dans la fonction juridictionnelle, ne fait pas usage de cette habilitation afin de porter une atteinte excessive à la garantie des droits. Pour ce faire, le juge constitutionnel exerce un contrôle sur le champ d'application du dispositif (1.) et sur le but poursuivi par le législateur lorsqu'il adopte une disposition portant amnistie (2.).

1. L'encadrement du champ d'application de l'amnistie

462. Le Conseil a apporté deux précisions afin de limiter le champ d'application de l'amnistie. Il a d'abord circonscrit ce champ d'application en l'inscrivant dans une dimension objective. Dans la première décision rendue en la matière, le 25 février 1982, le Conseil a jugé qu'en vertu de la compétence conférée au législateur par l'article 34 de la Constitution, « le législateur peut effacer certaines conséquences pénales d'agissements que la loi réprime ; qu'il lui appartient, alors, d'apprécier quelles sont les infractions et, le cas échéant, les personnes auxquelles doit s'appliquer le bénéfice de ces dispositions », à condition que « les catégories qu'il retient (soient) définies de manière objective »¹⁰⁸⁵. Le plus souvent, le législateur précise le champ d'application de l'amnistie en énumérant les infractions qu'il entend y inclure et en prévoyant qu'elles doivent avoir un lien avec des événements déterminés. Dans ce cas, le Conseil estime que le champ d'application de l'amnistie est objectivement délimité et valide la disposition. Ce contrôle conduit parfois à des situations ubuesques, comme à l'occasion de la décision du 11 janvier 1990¹⁰⁸⁶. Dans cette dernière, le Conseil a censuré la disposition de la loi soumise à son contrôle qui excluait les parlementaires du bénéfice de l'amnistie¹⁰⁸⁷, au motif qu'« aucune raison ne justifie de traiter plus défavorablement un ancien parlementaire par rapport à un simple particulier ou un élu non-parlementaire. Le seul critère qui permette de déterminer de manière objective et, partant, conforme au principe d'égalité la catégorie des parlementaires exclus de l'amnistie est donc la détention du mandat parlementaire au moment où est votée l'amnistie »¹⁰⁸⁸. Le législateur, en

¹⁰⁸⁵ Décision C.C., n°82-138 DC, préc., cons. 13. La formule se retrouve peu ou prou dans la décision C.C., n°89-265 DC du 9 janvier 1990, Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie, J.O. du 11 janvier 1990, p. 463, Rec. p. 12, cons. 6 et décision C.C., n°89-271 DC du 11 janvier 1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, J.O. du 13 janvier 1990, p. 573, Rec. p. 21, cons. 21.

¹⁰⁸⁶ Décision C.C., n°89-271 DC, préc.

¹⁰⁸⁷ L'amnistie devait alors concerner certaines des « infractions commises (...) en relation avec le financement direct ou indirect de campagnes électorales ou de partis et de groupements politiques » (art. 19 de la loi n°90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques).

¹⁰⁸⁸ A. Roux, « Chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'amnistie », *R.F.D.C.*, 1990, p. 214.

adoptant cette disposition, avait probablement cherché à se prémunir contre les accusations de confusion des pouvoirs et d'instrumentalisation de l'amnistie, qui font de cette dernière un « pardon controversé »¹⁰⁸⁹. Le Conseil s'attache pourtant à s'assurer de ce que le champ d'application de l'amnistie repose sur des critères objectifs.

Il existe néanmoins une hypothèse, l'amnistie au *quantum*, dans laquelle le législateur délègue partiellement la détermination du champ d'application de l'amnistie au juge. Le législateur ne fait alors que fixer « un seuil au-delà duquel la clémence ne s'appliquera pas »¹⁰⁹⁰. Le Conseil a admis cette délégation partielle au juge, probablement parce qu'elle constitue un retour vers la séparation des fonctions législative et juridictionnelle. Il a toutefois refusé que le champ d'application de l'amnistie soit plus ou moins étendu en fonction du lieu de commission de l'infraction, si ce dernier constitue le seul facteur de différenciation pour distinguer les infractions amnistiées de celles qui ne le sont pas¹⁰⁹¹. Une distinction basée sur un tel critère serait en effet contraire au principe d'égalité¹⁰⁹². Ainsi, en s'assurant de ce que le législateur circonscrit objectivement le champ d'application de l'amnistie, le Conseil réduit les risques de voir ce mécanisme utilisé pour des raisons autres que le retour ou le maintien de la paix sociale.

463. Le juge constitutionnel a ensuite rappelé, dans une décision du 3 juillet 1989, que l'amnistie ne saurait s'appliquer qu'à des faits « antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi »¹⁰⁹³. Ce faisant, le Conseil en appelle à l'objet de l'amnistie. Cette dernière sert en effet « à apaiser des crises politiques et sociales ou les années suivant une guerre afin de faciliter la réconciliation »¹⁰⁹⁴, ou encore à pacifier une zone géographiquement déterminée suite à un mouvement local de contestation visant à obtenir l'indépendance d'un territoire¹⁰⁹⁵. Dans tous les cas, pour que cet objectif soit rempli, il convient que les troubles aient pris fin. Adopter

¹⁰⁸⁹ F. Ost, *Le temps du droit*, O. Jacob, Paris, 1999, p. 143.

¹⁰⁹⁰ M. Philip-Gay, « Rapport français », in *La clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Société de législation comparée (Ed.), Paris, 2007, p. 408.

¹⁰⁹¹ Voir la décision C.C., n°88-244 DC, préc., cons. 6 : « Considérant qu'il appartient au législateur d'apprécier si, pour des raisons objectives en rapport avec les buts de la loi d'amnistie, il convient d'édicter des dispositions particulières visant les auteurs d'infractions commises en relation avec des événements déterminés et, par suite, de se référer aux dates et aux lieux caractérisant ces événements ; que, *par contre*, le simple fait que certaines infractions aient été commises ou sanctionnées dans telle ou telle partie du territoire national ne saurait permettre, sans que soit méconnu le principe d'égalité, que leurs auteurs bénéficient d'un régime d'amnistie différent de celui applicable aux auteurs d'infractions identiques ayant conduit à des condamnations elles-mêmes identiques dans les autres parties du territoire national ».

¹⁰⁹² Voir la décision C.C., n°88-244 DC, préc., cons. 6.

¹⁰⁹³ Décision C.C., n°86-209 DC, préc., cons. 17.

¹⁰⁹⁴ M. Philip-Gay, « Rapport français », *op. cit.*, p. 412.

¹⁰⁹⁵ Pour une typologie des différents cas de recours à l'amnistie, voir T. Rombaudo, « L'amnistie », art. cit., p. 232-233. L'auteur distingue cinq types d'amnistie : l'amnistie comme mesure de politique criminelle, l'amnistie comme symbole d'unité nationale, l'amnistie comme instrument de conciliation sociale, l'amnistie comme instrument politique et l'amnistie fiscale.

une disposition afin d'empêcher toute poursuite pour des infractions futures reviendrait à encourager leur accomplissement. L'amnistie deviendrait alors contre-productive, puisqu'au lieu de favoriser un retour à la paix sociale, conformément à la conception politiste de la garantie des droits, elle reviendrait à encourager l'accomplissement des infractions couvertes par l'amnistie¹⁰⁹⁶. La nécessité du respect d'une certaine durée entre l'accomplissement des faits couverts par l'amnistie et cette dernière est d'ailleurs une constante des débats parlementaires¹⁰⁹⁷. La limitation du champ d'application de l'amnistie aux seules infractions déjà accomplies à la date d'entrée en vigueur de la loi est donc une limitation bienvenue, et bénéfique tant au principe de séparation des pouvoirs qu'à la garantie des droits.

464. En plus de s'assurer de ce que le champ d'application du dispositif d'amnistie est suffisamment restreint et respecte la Constitution, le Conseil assure également un contrôle sur l'objectif poursuivi par la mesure d'amnistie.

2. L'encadrement de l'objectif poursuivi par l'amnistie

465. L'article 34 de la Constitution n'impose pas au législateur d'adopter les mesures d'amnistie dans un but particulier. Cette absence de contrainte imposée au législateur dans le but poursuivi ressort particulièrement bien de l'une des premières décisions dans laquelle le Conseil a eu à se prononcer sur une disposition d'amnistie. Dans cette décision, en date du 3 juillet 1986, le Conseil a jugé qu'une telle disposition peut être adoptée « pour des motifs d'intérêt général qu'il appartient au législateur d'apprécier »¹⁰⁹⁸. Par cette formulation, le Conseil semble indiquer que le seul contrôle qu'il s'apprête à exercer sur le but de l'amnistie consiste à s'assurer que le législateur poursuit bien un but d'intérêt général. Or, il s'agissait en l'espèce d'une amnistie fiscale, définissable comme une « forme édulcorée du trafic d'indulgences par lequel l'Etat renonce à poursuivre les fraudeurs qui avaient quitté le giron français moyennant une taxation forfaitaire perçue lors du rapatriement des capitaux »¹⁰⁹⁹. Et bien qu'il ne s'agissait pas de la première amnistie fiscale à avoir été adoptée sous la V^e

¹⁰⁹⁶ Cette crainte est toujours présente. Ainsi, le sénateur M. Rudloff soulignait le risque de voir l'amnistie, qui est « un pardon solennel destiné à affermir un retour au calme (... soit) interprétée comme une excuse » (rapport n°449 du Sénat déposé par M. Rudloff le 30 juin 1989 au nom de la commission des lois à propos du projet de loi portant amnistie, p. 4).

¹⁰⁹⁷ A titre d'exemple, on peut citer le rapport n°449 du Sénat déposé par M. Rudloff le 30 juin 1989 au nom de la commission des lois à propos du projet de loi portant amnistie, dans lequel le rapporteur estime que l'amnistie est « prématurée. Le délai après l'apparente cessation des troubles dans les deux départements concernés paraît extrêmement bref (un an environ), trop bref pour permettre au législateur d'accorder une amnistie aux indépendantistes détenus ou poursuivis » (p. 3).

¹⁰⁹⁸ Décision C.C., n°86-209 DC, préc., cons. 17.

¹⁰⁹⁹ M.-C. Bergères et E. Pichet, « Amnistie fiscale : les voies du salut », *R.D.F.*, 2004, n°30, p. 1209.

République¹¹⁰⁰, il s'agissait de la première fois qu'une telle mesure était soumise au contrôle du Conseil constitutionnel. Ce dernier a ainsi validé cette utilisation de l'amnistie, dont le seul but est de lutter contre l'évasion fiscale en rapatriant les capitaux sur le territoire français, et ce bien que cet objectif soit bien loin de poursuivre la paix sociale. En outre, bien que la lutte contre la fraude fiscale soit désormais considérée comme un objectif de valeur constitutionnelle¹¹⁰¹ – ce qui n'était pas le cas en 1986 –, cette ouverture du recours à l'amnistie aurait pu laisser penser que le Conseil était devenu moins regardant sur l'usage de ce dispositif. Mais les décisions ultérieures conduisent à douter de cette absence d'encadrement.

466. Le plus souvent, le législateur poursuit le but premier de l'amnistie, à savoir le rétablissement de la paix sociale. Ainsi que l'a noté le Conseil dans une décision du 20 juillet 1988, « c'est dans un souci d'apaisement politique ou social que le législateur recherche, par l'exercice de la compétence que la Constitution lui reconnaît en matière d'amnistie, l'oubli de certains faits et l'effacement de leur caractère répréhensible »¹¹⁰². Le caractère général de cette affirmation est patent. Il semble que le Conseil considère l'amnistie comme un moyen au service d'une fin déterminée : le rétablissement de la paix sociale. Le juge constitutionnel accepterait ainsi la perméabilité de la séparation des pouvoirs induite par la Constitution, mais uniquement dans ce but. Cette position, réitérée par la suite¹¹⁰³, remet en cause la constitutionnalité des amnisties fiscales. Une confirmation de la part du Conseil serait dès lors bienvenue. Celle-ci ne semble toutefois pas à l'ordre du jour dans la mesure où le mouvement de remise en cause du mécanisme de l'amnistie, présentée comme une « anomalie démocratique »¹¹⁰⁴, touche tout particulièrement l'amnistie fiscale, de telle sorte que le législateur semble hésitant à adopter de nouvelles mesures de cet ordre. En témoigne la levée

¹¹⁰⁰ Voir la loi n°51-598 du 24 mai 1951 de finances pour l'exercice 1951, art. 8 ; loi n°52-401 du 14 avril 1952 loi de finances pour l'exercice 1952, art. 46 ; loi n°70-1199 du 21 décembre 1970 portant loi de finances pour 1971, art. 74 ; loi n°81-1160 du 30 décembre 1981 de finances pour 1982, art. 100.

¹¹⁰¹ Décision C.C., n°2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, Epoux P. et autres [Perquisitions fiscales], J.O. du 31 juillet 2010, p. 14202, Rec. p. 190, cons. 9.

¹¹⁰² Décision C.C., n°88-244 DC, préc., cons. 24.

¹¹⁰³ La formule est reprise, avec le même niveau de généralité, dans la décision C.C., n°89-271 DC, préc., cons. 21.

¹¹⁰⁴ J. Makowiak, « L'amnistie en question », art. cit., n.p.d.a. 511. « Il faut peut-être concéder que la pratique de l'amnistie, depuis les années 1980, s'est en quelque sorte banalisée, ce phénomène lui ôtant inévitablement son caractère spécifique. Pourtant, on peut légitimement se demander si, aujourd'hui, le recours à l'amnistie n'est pas en voie d'être contesté. En raison d'une revendication accrue de l'égalité de tous devant la loi, et de la place nouvelle accordée à la victime dans le droit pénal français, l'amnistie peut en effet faire figure d'anomalie démocratique. L'heure ne semble plus au consensus social concernant, plus généralement, la clémence ».

de bouclier de l'opposition à l'annonce d'une telle mesure en 2003¹¹⁰⁵, ainsi que le changement de lexique employé par les responsables politiques, qui ne se réfèrent désormais plus à une quelconque amnistie fiscale, mais à d'éventuelles « régularisations »¹¹⁰⁶. Ce changement de vocable n'est pas neutre, puisqu'il induit que la fonction juridictionnelle n'est plus seulement mise en cause par le législateur, mais également par le pouvoir réglementaire¹¹⁰⁷. Il n'en demeure pas moins que, lorsqu'il est saisi, le juge constitutionnel exerce un contrôle sur le but de la mesure d'amnistie adoptée par le législateur¹¹⁰⁸. Cette interprétation semble par ailleurs confirmée par une décision récente dans laquelle le Conseil affirme que « l'amnistie (...) vise au rétablissement de la paix sociale »¹¹⁰⁹. C'est ce qui semble avoir conduit T. Rombaud à estimer que le but d'apaisement politique et social poursuivi par une disposition d'amnistie « est une condition à part entière de la constitutionnalité d'une loi d'amnistie »¹¹¹⁰ et B. Mathieu et M. Verpeaux à considérer que l'apaisement politique et social est un « démembrement de l'intérêt général »¹¹¹¹.

467. Ainsi, que ce soit en contrôlant le champ d'application du dispositif d'amnistie ou le but poursuivi par le législateur lorsqu'il adopte ce dernier, le Conseil semble résolu à juguler les effets négatifs de la perméabilité de la séparation des pouvoirs. Le juge constitutionnel ne s'arrête d'ailleurs pas là, puisqu'il encadre également les effets des mesures d'amnistie.

¹¹⁰⁵ « Sur un sujet aussi sensible, les réactions furent sans surprise : du secrétaire national du PS à l'économie Éric Besson clamant que "ce gouvernement prêche l'impunité zéro pour la France d'en bas et des mesures de mansuétude pour la France des tricheurs, des détenteurs de capitaux (sans qu'on comprenne d'ailleurs très bien si, dans l'esprit de l'homme politique, les détenteurs de capitaux sont consubstantiellement des tricheurs...), au pourtant modéré auteur du rapport Charzat sur l'attractivité du territoire qui assure « en père la morale" : "c'est choquant, c'est l'hommage du vice à la vertu", Laurent Fabius ajoutant "ce gouvernement ne donne des signaux que dans une seule direction, celle du MEDEF", sans qu'on comprenne là non plus très bien le lien entre les représentants des entreprises françaises et les capitaux détenus à l'étranger par des personnes physiques... Le PC, par la voix de la sénatrice Marie-Claude Beaudeau a, quant à lui, fort classiquement dénoncé "une prime aux fraudeurs du fisc" » (M.-C. Bergères et E. Pichet, « Amnistie fiscale : les voies du salut », art. cit., n.p.d.a. 1209).

¹¹⁰⁶ Voir les circulaires en date du 21 juin 2013 (dite « circulaire Cazeneuve »), du 12 décembre 2013 (dite « Cazeneuve II ») et du 10 décembre 2014 (dite « circulaire Sapin »).

¹¹⁰⁷ Voir *supra*.

¹¹⁰⁸ Décision C.C., n°88-244 DC, préc. et décision C.C., n°89-271 DC, préc.

¹¹⁰⁹ Décision C.C., n°2013-319 QPC du 7 juin 2013, M. Philippe B. [Exception de vérité des faits diffamatoires constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision], J.O. du 9 juin 2013, p. 9632, cons. 5.

¹¹¹⁰ T. Rombaud, « L'amnistie », art. cit., p. 238.

¹¹¹¹ B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2002, p. 425.

B. L'encadrement des effets de l'amnistie

468. C'est au niveau des effets produits par une disposition portant amnistie que l'effort du Conseil pour juguler les conséquences de la perméabilité de la séparation des pouvoirs sur la garantie des droits est le plus marquant. L'amnistie a d'abord des effets pour la personne amnistiée. « Dans l'hypothèse où l'amnistie est prononcée avant que les poursuites soient engagées, il ne peut y avoir d'action publique ; si la juridiction d'instruction a été saisie, un non-lieu est prononcé ; si la juridiction de jugement a été saisie, l'inculpé bénéficiera d'une relaxe ou d'un acquittement ; enfin, si la condamnation a été prononcée avant l'amnistie, le condamné bénéficiera d'une remise de peine ». La personne amnistiée est donc, et de manière évidente, favorisée par la mesure d'amnistie. Le Conseil a toutefois encadré les effets de cette dernière sur la personne amnistiée et ayant fait l'objet d'une condamnation en prévoyant que « l'amnistie ne peut en aucun cas mettre obstacle ni à la réhabilitation ni à l'action en révision devant toute juridiction compétente tendant à faire établir l'innocence du condamné »¹¹¹². Mais ce sont surtout les droits des tiers que le Conseil constitutionnel s'est employé à préserver, comme il le fait souvent¹¹¹³. Il a en effet d'abord jugé que l'amnistie ne saurait avoir pour effet de porter atteinte aux droits des tiers (1.). Le Conseil a ensuite décidé que l'amnistie ne saurait permettre au législateur de prévoir une interdiction générale et absolue d'évoquer les faits amnistiés (2.).

1. L'interdiction pour l'amnistie de porter atteinte aux droits des tiers

469. Dans une décision du 20 juillet 1988¹¹¹⁴, les requérants estimaient que la disposition d'amnistie adoptée par le législateur méconnaissait la Constitution en ce qu'elle portait atteinte aux droits des tiers. Les saisissants considéraient en effet que « même si le législateur a le pouvoir d'effacer le caractère illicite de certains comportements, et d'en supprimer ou d'en atténuer les conséquences pour leurs auteurs, le résultat recherché ne saurait justifier l'atteinte que la loi d'amnistie porte aux droits de personnes étrangères à ces comportements et encore moins aux droits des victimes de ceux-ci »¹¹¹⁵. En l'espèce, la disposition examinée prévoyait d'amnistier les fautes passibles de sanctions disciplinaires ou professionnelles et, en conséquence, organisait un droit à réintégration pour certains salariés protégés lorsque les

¹¹¹² Décision C.C., n°89-258 DC, préc., cons. 11.

¹¹¹³ B. Mathieu, « Fragments d'un droit constitutionnel de l'amnistie », art. cit., p. 8.

¹¹¹⁴ Décision C.C., n°88-244 DC, préc.

¹¹¹⁵ Décision C.C., n°88-244 DC, préc., cons. 21.

faits à l'origine du licenciement n'étaient pas constitutifs d'une faute lourde. Or, le Conseil, avant de valider la disposition, a repris le raisonnement développé dans la saisine en considérant « que le respect des droits et des libertés des personnes étrangères aux faits amnistiés et, a fortiori, de ceux qui ont pu, sans faute de leur part, en subir des conséquences dommageables, impose des limites à la compétence confiée au législateur en matière d'amnistie »¹¹¹⁶. Le Conseil pose donc le respect des droits des tiers comme une limite à la compétence législative en matière d'amnistie¹¹¹⁷. Il s'agit là d'une limite importante, puisqu'elle permet de juguler les impacts négatifs de la perméabilité de la séparation des pouvoirs sur la garantie des droits à un double point de vue.

470. D'abord, en affirmant que les droits des tiers constituent une limite à la compétence législative en matière d'amnistie, le Conseil fait en sorte que les faits amnistiés, quand bien même ils ne pourraient plus donner lieu à une condamnation de leur auteur, ne disparaissent pas pour les victimes ni pour les tiers. Ce faisant, il sauvegarde, autant que faire se peut, la garantie des droits de ces derniers. Celle-ci est très concrète, et c'est au juge administratif comme au juge judiciaire de s'en faire le relai. Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé que la circonstance que des faits aient été amnistiés « ne fait pas obstacle à ce que le (supérieur hiérarchique) retînt lesdits faits, en plus du comportement général de Mme X (...) pour fonder les décisions (...) par lesquelles il a prononcé le licenciement de l'intéressé pour faute professionnelle »¹¹¹⁸. De même, le juge judiciaire a estimé que la mention d'une condamnation amnistiée dans un acte juridique n'a pas pour effet d'emporter la nullité dudit acte¹¹¹⁹. Mais le plus important, en termes de garantie des droits, reste la possibilité pour la victime de faits amnistiés d'obtenir réparation, et ce en dépit de l'amnistie. « Le droit à l'oubli ne concerne pas les conséquences liées au dommage qui a trouvé son origine dans le fait amnistié. Qui plus est, la jurisprudence a admis que la juridiction pénale saisie de l'action civile alors que les faits sont amnistiés pouvait statuer sur l'action publique "dès lors que pour fonder sa décision quant aux intérêts civils, il lui appartenait d'apprécier si les éléments constitutifs de l'infraction étaient réunis" ¹¹²⁰ »¹¹²¹. Ainsi, le Conseil, en décidant que les droits des tiers constituent une limite à la compétence législative en matière d'amnistie, tempère

¹¹¹⁶ Décision C.C., n°88-244 DC, préc., cons. 23. Le Conseil réitère sa position dans une décision C.C., n°89-258 DC, préc., cons. 9.

¹¹¹⁷ Le code pénal rappelle cette limite, puisque son article 133-10 prévoit que « L'amnistie ne préjudicie pas aux tiers ».

¹¹¹⁸ Décision C.E., 1^{er} et 4^e S.S.R., 17 février 1993, n°67890.

¹¹¹⁹ Décision Cass, crim., 8 novembre 1995, n°95-81.306, Bull. 343.

¹¹²⁰ Voir par exemple la décision Cass, crim., 24 mars 1987, n°84-91330, Bull. 136.

¹¹²¹ J. Danet, S. Grunvald, M. Herzog-Evans et Y. Le Gall, *Prescription, amnistie et grâce en France : rapport final*, op. cit., p. 261.

fortement les atteintes à la garantie des droits qui pourraient résulter de ce dispositif. Il rappelle ainsi que l'amnistie est un instrument de pardon social, et non une « impunité niant les droits de la victime »¹¹²².

Le deuxième apport de cette limite à la compétence législative d'amnistie que constitue le respect des droits des tiers concerne davantage la séparation des pouvoirs. En préservant les droits des tiers des effets de l'amnistie, le Conseil limite l'intervention du législateur dans la fonction juridictionnelle. Celle-ci se voit donc amputée de la seule possibilité de juger les faits amnistiés en tant que tels, mais peut toujours s'exercer pour tout ce qui touche à ces faits à partir du moment où sont mis en cause les droits des tiers.

471. Dès lors, en posant le respect des droits des tiers comme une limite à la compétence du législateur, le Conseil constitutionnel fait en sorte de juguler l'impact négatif de la perméabilité de la séparation des pouvoirs sur la garantie des droits. Une seconde limite portant sur les effets de l'amnistie a été posée plus récemment par le Conseil.

2. La relativisation de l'interdiction d'évoquer les faits amnistiés

472. En tant qu'elle instaure, dans le but d'apaisement social, un droit à l'oubli, l'amnistie a pour effet d'interdire « à toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, a connaissance de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou d'interdictions, déchéances ou incapacités effacées par l'amnistie, d'en rappeler l'existence sous quelque forme que ce soit ou d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque »¹¹²³. La personne qui méconnaît cette interdiction est susceptible de se voir condamner pour diffamation. Dans une telle hypothèse, l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 prévoyait que la vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf « lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision »¹¹²⁴. En d'autres termes, l'amnistie a pour effet direct et immédiat d'instaurer un droit à l'oubli des infractions ou condamnations amnistiées, qui, s'il n'est pas respecté, donne lieu à une condamnation pour diffamation. Mais l'amnistie a également pour effet indirect et médiat, en vertu de l'article 35 de la loi de 1881,

¹¹²² *Ibid.*, p. 261.

¹¹²³ Article 133-11 du code pénal. Cette interdiction est constante depuis la loi du 3 janvier 1925, et figure généralement aussi dans chaque loi d'amnistie.

¹¹²⁴ Article 35, c, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

d'empêcher les personnes poursuivies pour diffamation de prouver la véracité des faits allégués et, partant, de faire valoir leurs droits devant un juge.

473. C'est pourquoi le Conseil a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité à la Constitution de l'article 35 de la loi de 1881. Le requérant estimait en effet que cette disposition « porte atteinte à la liberté d'expression et aux droits de la défense »¹¹²⁵. Le Conseil a répondu à l'argumentation du requérant en trois temps. D'abord, il a rappelé la compétence du législateur en matière d'amnistie et le pouvoir d'appréciation dont il dispose pour en déterminer le champ d'application. Ensuite, il a précisé que les dispositions concernant l'amnistie « n'ont pas, par elles-mêmes, pour objet d'interdire qu'il soit fait référence à des faits qui ont motivé une condamnation amnistiée (...) ou à des faits constituant une infraction amnistiée »¹¹²⁶. Enfin, le Conseil a examiné la disposition contestée pour juger que l'interdiction de rapporter la preuve des allégations qui sont à l'origine de la poursuite en diffamation, en ce qu'elle est une interdiction générale et absolue, « porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi »¹¹²⁷. La perméabilité du principe de séparation des pouvoirs et l'amnistie ne sauraient donc avoir pour effet de porter atteinte plus que nécessaire à la liberté d'expression. Le but d'une mesure d'amnistie, à savoir la préservation de la paix sociale, impose certes une limitation de la liberté d'expression afin de favoriser l'oubli des condamnations amnistiées ou de leurs conséquences, et sans lequel l'amnistie serait dépourvue d'effectivité. Mais le législateur ne saurait aller jusqu'à méconnaître complètement cette liberté au nom de la compétence qu'il détient en matière d'amnistie.

474. Les désagréments causés à la garantie des droits par l'amnistie et, partant, la perméabilité de la séparation des pouvoirs, sont donc assez fortement jugulés par le Conseil constitutionnel. Ce dernier adopte une démarche similaire à propos des commissions d'enquête parlementaires, qui constituent la seconde hypothèse dans laquelle la perméabilité de la séparation des pouvoirs est induite par la Constitution.

¹¹²⁵ Décision C.C., n°2013-319 QPC, préc., cons. 2.

¹¹²⁶ Décision C.C., n°2013-319 QPC, préc., cons. 8.

¹¹²⁷ Décision C.C., n°2013-319 QPC, préc., cons. 9.

Section 2 - L'encadrement de la perméabilité constitutionnelle de la séparation des pouvoirs : le cas des commissions d'enquête parlementaires

475. Les commissions d'enquête parlementaires n'ont jamais fait l'unanimité. Depuis leur création, sous la monarchie de Juillet¹¹²⁸, elles font l'objet d'un certain nombre de critiques. A titre d'exemple, A. Tardieu estimait ainsi au début du XX^e siècle que, « créées à des fins politiques, conduites par des politiciens, les commissions d'enquête comportent à la fois la possibilité de découvrir la vérité et les possibilités de l'enterrer ; un moyen de sauver les coupables et un moyen de déshonorer les innocents. Elles usent, sans se gêner, de ces deux moyens »¹¹²⁹. L'existence de ces commissions a d'abord été dégagée par la pratique avant d'être saisie par un texte en 1914¹¹³⁰. Sous la V^e République, l'existence et le régime des commissions d'enquête parlementaires ont longtemps été prévus par une simple ordonnance¹¹³¹ adoptée en vertu de l'article 92 de la Constitution¹¹³² avant d'être enfin hissés « jusqu'à la loi fondamentale »¹¹³³ en 2008¹¹³⁴. Ainsi, désormais, l'article 51-2 de la Constitution prévoit que « pour l'exercice des missions de contrôle et d'évaluation définies au premier alinéa de l'article 24, des commissions d'enquête peuvent être créées au sein de chaque assemblée pour recueillir, dans les conditions prévues par la loi, des éléments d'information. La loi détermine leurs règles d'organisation et de fonctionnement. Leurs conditions de création sont fixées par le règlement de chaque assemblée ». Mais c'est l'ordonnance du 17 novembre 1958 qui, la première, a fixé les « règles d'organisation et de

¹¹²⁸ *Les commissions à l'Assemblée nationale*, La documentation française, Paris, 1992, p. 57.

¹¹²⁹ A. Tardieu, *La profession parlementaire*, E. Flammarion (Ed.), Paris, 1937.

¹¹³⁰ Il s'agissait alors de la loi dite « Rochette » du 23 mars 1914 qui contraint les témoins à déposer sous peine d'amende et prévoit qu'ils doivent prêter serment.

¹¹³¹ Ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958.

¹¹³² L'article 92 de la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit, en son premier alinéa, que « les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions et, jusqu'à cette mise en place, au fonctionnement des pouvoirs publics, seront prises en Conseil des Ministres, après avis du Conseil d'Etat, par ordonnances ayant force de loi ».

¹¹³³ G. Carcassonne, *La Constitution*, Ed. du Seuil, Paris, 2011, 10^{ème} édition, p. 253.

¹¹³⁴ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, article 26. L'inscription des commissions d'enquête dans la Constitution avait déjà été suggérée en 1993 par le comité Vedel (*Propositions pour une révision de la Constitution*, rapport remis le 15 février 1993, p. 63 : « La proposition du Président de la République tendant à la constitutionnalisation des commissions parlementaires d'enquête, dont le statut est à l'heure actuelle fixée par la loi, a paru très opportune au comité »). Sur le sens de cette constitutionnalisation, voir J.-P. Camby, « La constitutionnalisation des commissions d'enquête parlementaire : une reconnaissance plus qu'une nouveauté », *L.P.A.*, 2008, n°254, pp. 95-100 et J.-P. Camby, « L'article 51-2 de la Constitution », in *La Constitution de la République française : analyses et commentaires*, F. Luchaire, G. Conac et X. Prétot (dir.), Economica, Paris, 2008, 3^{ème} édition, p. 1286 et s.

fonctionnement » des commissions parlementaires¹¹³⁵. Elle prévoyait, dans sa formulation originelle, que les commissions d'enquête « sont formées pour recueillir des éléments d'information sur des faits déterminés et soumettre leurs conclusions à l'assemblée qui les a créées »¹¹³⁶, qu'elles « ont un caractère temporaire »¹¹³⁷ et, enfin, que leurs travaux sont par principe couverts par le secret¹¹³⁸. Le constat de E. Vallet, selon lequel « la volonté des fondateurs du régime a conduit à priver les commissions d'enquête de tout pouvoir »¹¹³⁹, se vérifie à la lecture de l'ordonnance du 17 novembre 1958, celle-ci ne prévoyant en effet aucun pouvoir qui permettrait aux commissions de mener à bien leur mission¹¹⁴⁰. Mais au fur et à mesure que le carcan du parlementarisme rationalisé s'est relâché, le législateur¹¹⁴¹ a modifié l'ordonnance de 1958 pour octroyer davantage de pouvoirs aux commissions d'enquête qui, aujourd'hui, voient leur champ d'intervention élargi¹¹⁴². Elles ont ainsi désormais la possibilité d'exercer leur mission sur pièces et sur place, de demander tout document utile à leur investigation ainsi que de convoquer toute personne dont elles estiment l'audition utile¹¹⁴³. Les règlements des assemblées apportent par ailleurs un certain nombre de précisions sur les conditions de création des commissions d'enquête¹¹⁴⁴.

¹¹³⁵ Article 6 de l'ordonnance n°58-1100, préc.

¹¹³⁶ Article 6, alinéa 2 de l'ordonnance n°-1100, préc.58-1100, préc.

¹¹³⁷ Article 6, alinéa 5 de l'ordonnance n°58-1100, préc.

¹¹³⁸ Article 6, alinéa 6 et 7 de l'ordonnance n°58-1100, préc.

¹¹³⁹ E. Vallet, « Les commissions d'enquête parlementaires sous la V^e République », *R.F.D.C.*, 2003, n°54, p. 269.

¹¹⁴⁰ L'explication de cette absence de pouvoir est donnée par J. Desandre : « Sous les III^e et IV^e Républiques, elles abusèrent parfois de leurs pouvoirs. Il leur arriva d'empiéter sur le domaine du pouvoir judiciaire. (...) Les fondateurs de la V^e République ont entendu réagir contre une tradition jugée néfaste et ils ont octroyé aux commissions d'enquête un statut comportant des contraintes mais ne conférant aucun droit » (J. Desandre, « Les commissions d'enquête ou de contrôle : secret ou publicité des travaux ? », *Pouvoirs*, 1985, n°34, p. 51).

¹¹⁴¹ Voir la loi n°77-807 du 19 juillet 1977 et la loi n°91-698 du 20 juillet 1991 tendant à modifier l'article 6 de l'ordonnance n°58-1100.

¹¹⁴² Les commissions d'enquêtes peuvent désormais être créées pour recueillir des éléments d'information sur des faits déterminés, mais également sur « la gestion des services publics ou des entreprises nationales » (art. 6, I, al. 2 de l'ordonnance n°58-1100, préc.).

¹¹⁴³ Art. 6, II, al. 2 et 3 de l'ordonnance n°58-1100, préc.

¹¹⁴⁴ Les règlements des assemblées prévoient que la création d'une commission d'enquête résulte du vote d'une proposition de résolution déposée puis renvoyée à la commission permanente compétente, en fonction de l'objet de la commission d'enquête, dont les règlements précisent qu'il doit être défini avec précision (art. 137 et 140 R.A.N. et art. 11 R.S.). Le règlement du Sénat prévoit toutefois que lorsque la commission compétente n'est pas la commission des lois, cette dernière a la possibilité de formuler un avis sur la proposition de création de la commission d'enquête. Dans tous les cas, les commissions permanentes sont sommées de se prononcer sur la régularité de la proposition, c'est-à-dire sa conformité aux conditions posées par l'article 6 de l'ordonnance n°58-1100, ainsi que, pour l'Assemblée nationale uniquement, sur l'opportunité de cette création (art. 140 R.A.N.). L'avis de la commission permanente compétente n'est pas contraignant et la création de la commission d'enquête résulte du vote de la résolution par l'assemblée concernée. En outre, les règlements des assemblées prévoient un maximum de 30 députés (art. 142 R.A.N.) et de 21 sénateurs (art. 11, 1 R.S.) membres d'une commission d'enquête.

476. La constitutionnalisation des commissions d'enquête parlementaires organise une certaine perméabilité de la séparation des pouvoirs en consacrant l'existence d'un organe parlementaire dont la fonction peut potentiellement se confondre avec celle du pouvoir juridictionnel. Parce qu'elle est aujourd'hui consacrée par la Constitution, cette perméabilité de la séparation des pouvoirs, potentiellement attentatoire à la garantie des droits, s'impose au Conseil constitutionnel (§1.). Ce dernier tente toutefois de juguler, certes avec une efficacité relative, la perméabilité de la séparation des pouvoirs afin d'en limiter les effets néfastes tant sur le pouvoir juridictionnel que sur la garantie des droits (§2.).

§1. La perméabilité de la séparation des pouvoirs impliquée par l'office des commissions d'enquête parlementaires

477. Avant même leur constitutionnalisation, les commissions d'enquête parlementaires posaient un problème majeur en termes de séparation des pouvoirs. En effet, par le passé, elles sont intervenues, à maintes reprises, dans les fonctions du pouvoir juridictionnel, allant jusqu'à s'y substituer. Les exemples sont nombreux, et E. Vallet rappelle les plus marquants¹¹⁴⁵. Ainsi, en 1832, une commission d'enquête de la Chambre des pairs fit le procès de Charles X et alla jusqu'à « faire procéder à l'arrestation des inculpés. Sous la Seconde République, la commission parlementaire sur les événements de juin 1848 use de pouvoirs de saisie et de perquisition. De même, en 1892, la première commission d'enquête sur l'affaire de Panama opère des saisies de documents, effectue des perquisitions et va jusqu'à demander une exhumation »¹¹⁴⁶. La persistance et la constitutionnalisation des commissions d'enquête parlementaires malgré ces écueils témoignent donc bien d'une véritable volonté d'instaurer une certaine perméabilité de la séparation des pouvoirs au profit du Parlement et au détriment du pouvoir juridictionnel (A.). Or, cette perméabilité n'est pas sans effet sur la garantie des droits (B.).

¹¹⁴⁵ E. Vallet, « Les commissions d'enquête parlementaires sous la Ve République », art. cit.

¹¹⁴⁶ E. Vallet, « Les commissions d'enquête parlementaires sous la Ve République », art. cit., p. 252, note 17.

A. Les commissions d'enquête, un mécanisme potentiellement attentatoire à la séparation des pouvoirs

478. « Le problème des rapports des commissions d'enquête et du pouvoir judiciaire est de tous ceux soulevés par le fonctionnement des commissions d'enquête, celui qui, dans la pratique, nous apparaît le plus délicat. Il est dominé par un principe qui (...) gouverne notre droit public : le principe de la séparation des pouvoirs »¹¹⁴⁷. A compter de 2008, le Conseil ne pouvait toutefois qu'admettre la perméabilité de la séparation des pouvoirs qui permet l'existence des commissions d'enquête parlementaires, dans la mesure où celle-ci est prévue par la Constitution. Mais le juge constitutionnel n'avait pas attendu que ces commissions figurent expressément dans le texte constitutionnel pour convenir de leur conformité à la Constitution¹¹⁴⁸. Deux éléments peuvent expliquer la tolérance manifeste du Conseil à l'égard des commissions d'enquête. Le Conseil a d'abord pu considérer que l'existence de ces dernières découle de la logique parlementaire du régime, et que dans la mesure où la Constitution prévoit des mécanismes plus radicaux de contrôle parlementaire de l'action du Gouvernement tels que la motion de censure¹¹⁴⁹, elle admet implicitement l'existence de mécanismes plus « doux » de contrôle tels que les commissions d'enquête. Le juge constitutionnel ferait ainsi sien l'adage « qui peut le plus peut le moins ». Cette logique est toutefois contestable dans la mesure où la motion de censure et les commissions d'enquête parlementaires ne mettent pas nécessairement en cause le même pouvoir, puisque les commissions d'enquête peuvent également enquêter sur les affaires du Gouvernement. Ensuite, le Conseil a pu estimer que, dans la mesure où les commissions d'enquête ne font que comporter la potentialité d'une atteinte au principe de séparation des pouvoirs, il suffit d'empêcher la réalisation de cette potentialité pour conclure à leur constitutionnalité. C'est d'ailleurs probablement pour cette dernière raison que, contrairement à ce qu'il fait pour l'amnistie, le juge constitutionnel ne présente pas l'existence des commissions d'enquête

¹¹⁴⁷ J. Le Gueut, *Les pouvoirs judiciaires des commissions d'enquête parlementaire*, th. dact., Dijon, 1939, p. 71.

¹¹⁴⁸ Voir les décisions C.C., n°77-86 DC du 3 novembre 1977, Résolution tendant à modifier les articles 142 et 143 du règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 6 novembre 1977, p. 5347, Rec. p. 18, cons. 3 ; décision C.C., n°91-301 DC du 15 janvier 1992, Résolution rendant le règlement du Sénat conforme aux nouvelles dispositions de l'article 6 de l'ordonnance n°58-1100, J.O. du 18 janvier 1992, p. 884, Rec. p. 9, cons. 3 à 10 ; décision C.C., n°95-366 DC du 8 novembre 1995, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 11 novembre 1995, p. 16658, Rec. p. 226, cons. 25 ; décision C.C., n°96-382 DC du 14 octobre 1996, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 18 octobre 1996, p. 15301, Rec. p. 120, cons. 4 à 10 ; décision C.C., n°2003-470 DC du 9 avril 2003, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 15 avril 2003, p. 6692, Rec. p. 359, cons. 20 ; décision C.C., n°2004-493 DC du 26 février 2004, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 29 février 2004, p. 4164, Rec. p. 64, cons. 2 à 4.

¹¹⁴⁹ Art. 49 al. 2 de la Constitution.

comme étant, en soi, une dérogation au principe de séparation des pouvoirs (1.). Il semble toutefois que le risque d'atteinte à la séparation des pouvoirs subsiste, ainsi qu'ont pu parfois le souligner les juridictions (2.).

1. Une dérogation minimisée par le Conseil constitutionnel

479. Il est possible de soutenir que les commissions d'enquête, de par le rôle qui leur est imparti, portent atteinte au principe de séparation des pouvoirs. En effet, en rassemblant des éléments d'information et en formulant des propositions écrites et publiées – sauf décision contraire –, les commissions d'enquête sont susceptibles d'empiéter sur les fonctions dévolues au pouvoir juridictionnel. L'examen de la jurisprudence du Conseil révèle une position plus nuancée de ce dernier. A plusieurs reprises, le Conseil a eu à se prononcer sur des dispositions de résolutions visant à modifier la partie du règlement des assemblées consacrée aux commissions d'enquête parlementaires¹¹⁵⁰. D'un côté, le Conseil a récemment jugé, par le biais d'un contrôle incident, qu'aucune des dispositions de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relatives aux prérogatives des commissions d'enquête n'est contraire à la Constitution, et partant, au principe de séparation des pouvoirs¹¹⁵¹. Mais, d'un autre côté, deux décisions du 25 juin 2009¹¹⁵² et du 11 décembre 2014¹¹⁵³ mettent en lumière le caractère problématique du lien entre pouvoir juridictionnel et commissions d'enquête parlementaires. Le juge constitutionnel a en effet rappelé dans ces décisions que, conformément à l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958, le principe de séparation des pouvoirs « interdit que soient créées des commissions d'enquête sur des faits ayant donné lieu à des poursuites judiciaires et aussi longtemps que ces poursuites sont en cours et, d'autre part, impose que toute commission d'enquête prenne fin dès l'ouverture d'une information judiciaire relative aux faits sur lesquels elle est chargée d'enquêter »¹¹⁵⁴. En effectuant ce rappel, le Conseil ne va pas jusqu'à affirmer que les commissions d'enquête portent elles-mêmes atteinte au

¹¹⁵⁰ Voir les décisions C.C., n°77-86 DC du 3 novembre 1977, préc., cons. 3 ; décision C.C., n°91-301 DC, préc., cons. 3 à 10 ; décision C.C., n°95-366 DC, préc., cons. 25 ; décision C.C., n°96-382 DC, préc., cons. 4 à 10 ; décision C.C., préc., cons. 20 ; décision C.C., n°2004-493 DC préc., cons. 2 à 4 ; décision C.C., n°2013-664 DC du 28 février 2013, Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 2 mars 2013, p. 3896, cons. 2 à 8.

¹¹⁵¹ Décision C.C., n°2014-703 DC du 19 novembre 2014, Loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution, J.O. du 25 novembre 2014, p. 19698, cons. 30.

¹¹⁵² Décision C.C., n°2009-582 DC du 25 juin 2009, Résolution tendant à modifier le règlement du Sénat pour mettre en œuvre la révision constitutionnelle, J.O. du 28 juin 2009, p. 10871, Rec. p. 132.

¹¹⁵³ Décision C.C., n°2014-705 DC du 11 décembre 2014, Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 13 décembre 2014, p. 20882.

¹¹⁵⁴ Décision C.C., n°2009-582 DC, préc., cons. 5 et décision C.C., n°2014-705 DC, préc., cons. 58.

principe de séparation des pouvoirs. Il admet toutefois qu'il existe une possibilité pour que ce soit le cas. Plus précisément, au vu de la précision apportée par le Conseil à l'occasion des décisions précitées de 2009 et 2014, l'existence des commissions d'enquête porterait atteinte au principe de séparation des pouvoirs si elles venaient à intervenir sur des faits que le juge est en train d'examiner dans le cadre de ses fonctions juridictionnelles.

480. La fonction des commissions d'enquête est donc susceptible de porter atteinte aux fonctions juridictionnelles mais, selon le Conseil, la règle posée par l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 suffit à annihiler tout risque d'atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Par cette affirmation, le juge constitutionnel tente de minimiser la potentialité d'une atteinte audit principe. En effet, il est douteux que la règle posée par l'ordonnance suffise à écarter toute atteinte potentielle à la séparation des pouvoirs. D'abord, parce que rien n'empêche une commission d'enquête de se saisir de faits n'ayant pas encore donné lieu à des poursuites et de rendre un rapport *antérieurement* à l'intervention du juge. Dans ce cas, le juge pourrait être influencé par les travaux de la commission parlementaire et, bien que cette influence doive davantage être le fruit des éventuelles pressions médiatiques relayant le rapport de la commission d'enquête, il n'en demeure pas moins que l'organe parlementaire serait intervenu en amont de l'exercice de la fonction juridictionnelle. Ensuite, parce que l'ordonnance de 1958 n'interdit la formation d'une commission d'enquête que tant que les poursuites sont en cours. Elle n'interdit donc pas qu'une commission d'enquête soit constituée *a posteriori* sur des faits ayant déjà donné lieu à des poursuites, une fois que celles-ci ont été sanctionnées par une décision pourvue de l'autorité de chose jugée, remettant indirectement en cause la décision de justice et, partant, portant atteinte au principe de séparation des pouvoirs. On le voit, les craintes formulées sous la III^e République au sujet de l'ingérence des commissions d'enquête dans le cours de la justice¹¹⁵⁵ n'ont pas lieu d'être totalement apaisées, même après les précautions prises en 1958. Malgré ces dernières,

¹¹⁵⁵ Parmi ces craintes soulevées sous la III^e République, on peut citer celle d'E. Rouher, qui estimait qu'une commission d'enquête aboutit « inévitablement à un conflit entre l'autorité législative et l'autorité judiciaire. Voilà un pouvoir judiciaire saisi, qui fonctionne, qui peut-être déjà a arrêté des délibérations, qui peut être a décidé des poursuites et peut être a décidé qu'il n'y avait pas lieu de diriger contre tels ou tels individus une action judiciaire. La commission législative arrive, elle ne partage pas l'opinion du pouvoir judiciaire ; elle signale la nécessité d'une poursuite là où l'enquête judiciaire a reconnu que l'enquête était inutile. Voilà le conflit. Qui le règlera ? (...) Ne voyez vous pas qu'il y a quelque chose de très grave, d'oppressif vis-à-vis du pouvoir judiciaire, dans ce fait de commissaires du pouvoir législatif, de la chambre des députés, signalant individuellement telle ou telle personne, disant qu'elle doit être poursuivie, et remplissant ainsi une fonction dont je ne trouve de précédent qu'à la Convention ? » (intervention d'E. Rouher, député, le 18 décembre 1879, à l'occasion du débat relatif à l'instauration d'une commission d'enquête concernant le régime disciplinaire des établissements pénitentiaires de Nouvelle-Calédonie, cité in E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Loysel (Ed.), Paris, 1989 (rééd.), p. 679).

l'existence même des commissions d'enquête illustre bien « le bras de fer entre le monde politique et les juges »¹¹⁵⁶ et porte en germe une atteinte – désormais constitutionnelle – au principe de séparation des pouvoirs et, plus précisément, à la séparation des fonctions du Parlement et du pouvoir judiciaire qui en découle. La seule différence entre l'amnistie et les commissions d'enquête réside donc dans le caractère certain ou potentiel de l'atteinte portée au principe de séparation des pouvoirs. Quand il n'est pas envisageable que l'amnistie puisse ne pas porter atteinte à ce dernier, il est envisageable qu'une commission d'enquête puisse remplir les fonctions qui sont les siennes sans pour autant mettre en cause les fonctions judiciaires.

481. Or, quelle que soit la fréquence à laquelle survient cette seconde hypothèse, le simple fait qu'elle puisse advenir pose problème au regard du principe de séparation des pouvoirs. La tentative du Conseil de minimiser l'atteinte à la séparation des pouvoirs que peut entraîner l'existence des commissions d'enquête parlementaires ne résiste d'ailleurs pas à l'étude des faits.

2. Une dérogation vécue comme telle par les juridictions

482. Les précautions prises par l'ordonnance du 17 novembre 1958 ne suffisent pas, contrairement à ce qu'affirme le Conseil, à faire en sorte que les commissions d'enquête n'empiètent pas sur les fonctions judiciaires. Le cas du procès d'Outreau¹¹⁵⁷ et de la « commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement »¹¹⁵⁸ est sur ce point éclairant. L'affaire, débutée en 2001, portait sur des faits de viol, d'agression sexuelle et de corruption de mineurs. Après la mise en accusation, l'affaire a donné lieu à une vague de condamnations devant la cour d'assises, le 2 juillet 2004. Un an plus tard, le 1^{er} décembre 2005, l'acquittement a été prononcé au profit de l'ensemble des condamnés ayant fait appel. Au-delà de ces faits, l'affaire d'Outreau met en lumière un certain nombre de dysfonctionnements dans la Justice – notamment en termes de formation et de responsabilité des magistrats – que tant la presse que les membres des pouvoirs politiques

¹¹⁵⁶ F. Samson, *Outreau et après ? La justice bousculée par la Commission d'enquête parlementaire*, L'Harmattan, Paris, 2006, p. 150-151.

¹¹⁵⁷ Sur l'affaire d'Outreau, voir not. F. Samson, *Outreau et après ? La justice bousculée par la Commission d'enquête parlementaire*, L'Harmattan, Paris, 2006, 221 p. et Y. Benhamou, « La commission d'Outreau et la séparation des pouvoirs », *D.*, 2007, n°9, pp. 589-590.

¹¹⁵⁸ Rapport n°3125 fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, remis à l'Assemblée nationale le 6 juin 2006.

ont souligné¹¹⁵⁹. C'est dans ce contexte qu'une proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête a été déposée à l'Assemblée nationale¹¹⁶⁰ afin de procéder, d'une part, à une « réflexion sur le fonctionnement de l'institution judiciaire » mais également, et d'autre part, à une « autopsie du dossier » d'Outreau¹¹⁶¹. Adoptée par la commission des lois¹¹⁶² puis par l'Assemblée¹¹⁶³, la résolution a donné naissance à une commission d'enquête qui a entendu 221 personnes en l'espace de trois mois. Parmi les personnes auditionnées figurait un certain nombre de magistrats et, parmi eux, le juge d'instruction F. Burgaud, de telle sorte qu'en exerçant sa fonction, la commission d'enquête ne se contentait pas de réunir les éléments nécessaires à une réflexion générale sur le bon fonctionnement du service public de la Justice. En enquêtant sur les dysfonctionnements révélés par une affaire judiciaire en particulier, en s'interrogeant sur l'existence d'une faute de la part des magistrats, la commission s'est immiscée dans le fonctionnement du pouvoir juridictionnel et a méconnu le principe de séparation des pouvoirs.

483. Face à cet empiètement, le pouvoir juridictionnel a réagi par l'intermédiaire du Conseil supérieur de la magistrature qui a dénoncé, à plusieurs reprises, cette atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Il a exprimé cette crainte, d'abord, dans un avis en date du 15 décembre 2005 : « Au moment où des magistrats peuvent être appelés à déposer devant une commission d'enquête parlementaire constituée pour recueillir des éléments d'information sur le fonctionnement du service public de la justice, le Conseil supérieur de la magistrature, composé de magistrats et de personnalités extérieures, tient à rappeler que cette participation aux travaux de la commission doit s'inscrire dans le respect des principes constitutionnels de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire »¹¹⁶⁴, avant de réitérer plus fermement cette crainte dans un second avis trois mois plus tard¹¹⁶⁵. Cette immixtion d'un organe parlementaire dans le fonctionnement de la justice, bien que particulièrement symbolique, n'est pas un cas isolé. D'autres exemples pourraient être ici développés, que ce soit dans le cadre des régimes antérieurs¹¹⁶⁶ ou sous la V^e République¹¹⁶⁷. Par ailleurs, le

¹¹⁵⁹ Voir par exemple le discours prononcé par P. Clément, alors ministre de la Justice, postérieurement à l'acquittement des prévenus ainsi que la réaction du Président de la République, J. Chirac.

¹¹⁶⁰ Cette proposition n°2722 est déposée par J.-L. Debré et P. Houillon le 5 décembre 2005.

¹¹⁶¹ Exposé des motifs de la proposition n°2722, préc.

¹¹⁶² Rapport n°2725 déposé le 7 décembre 2005 par M. P. Houillon.

¹¹⁶³ Vote de la résolution par l'Assemblée nationale le mercredi 7 décembre 2005 (1^{ère} séance).

¹¹⁶⁴ Avis accessible à l'adresse suivante : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/?q=node/150>.

¹¹⁶⁵ Avis accessible à l'adresse suivante : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/?q=node/151>.

¹¹⁶⁶ L'un des exemples les plus marquants s'est déroulé sous la III^e République. Il s'agit de l'affaire de Panama. « Une information judiciaire était déjà ouverte sur cette affaire. Il appartenait donc, semble-t-il, aux tribunaux judiciaires de sanctionner ces faits de corruption, si l'existence en était vérifiée. Néanmoins, la Chambre s'est

risque d'immixtion du politique dans le fonctionnement du juridictionnel qu'introduit l'existence des commissions d'enquête peut être rattaché à une problématique connexe, celle de la mise en cause « de l'honneur et de la probité des juges », et particulièrement des juges d'instruction¹¹⁶⁸.

484. Ainsi, l'affaire d'Outreau et l'enquête parlementaire à laquelle elle a donné lieu démontrent, si besoin est, que les fonctions des commissions d'enquête parlementaires sont susceptibles de conduire ces dernières à s'immiscer dans l'exercice des fonctions juridictionnelles, lorsqu'elles sont constituées afin de connaître de faits qui ont fait ou feront l'objet d'un examen par une juridiction. L'existence des commissions d'enquête instaure donc la potentialité d'une atteinte au principe de séparation des pouvoirs, qui n'est admissible que parce qu'elle dispose d'un fondement constitutionnel. Toutefois, la perméabilité de la séparation des pouvoirs ne préjudicie pas ici seulement au pouvoir juridictionnel, elle est également susceptible de mettre en cause la garantie des droits.

B. Les commissions d'enquête, un mécanisme potentiellement dommageable à la garantie des droits

485. L'existence et le fonctionnement des commissions d'enquête parlementaires est d'abord susceptible de porter *directement* atteinte à la garantie des droits en faisant pression sur le juge ou en auditionnant des personnes avec des garanties moindres que celles dont ces personnes bénéficieraient devant un juge (1.). Mais les commissions d'enquête sont également susceptibles de porter *indirectement* atteinte à la garantie des droits, par le biais du rapport qu'elles publient une fois leurs travaux achevés (2.)

reconnu le droit de les examiner » (J. Le Gueut, *Les pouvoirs judiciaires des commissions d'enquête parlementaire*, *op. cit.*, p. 73).

¹¹⁶⁷ On peut par exemple citer un extrait du rapport n°1095 rédigé par P. Mazeaud au nom de la commission des lois à propos de la résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur l'affaire Luchaire et déposé le 14 décembre 1989 à l'Assemblée nationale : « Cette proposition de résolution a été déposée à la suite de la réquisition de non-lieu déposée par le Procureur de la République de Paris le 16 juin 1989 et de l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction au terme d'une information judiciaire qui aura duré trois ans. Les auteurs de la proposition ont en effet le sentiment que la procédure judiciaire est loin d'avoir éclairci cette affaire et que, dès lors, il appartient au Parlement de prendre les dispositions nécessaires pour établir et déterminer les responsabilités. Ce sentiment est largement partagé ».

¹¹⁶⁸ Lettre de saisine du C.S.M. par le Garde des Sceaux en date du 25 mars 2013. Sur cette question, voir not. B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, LGDJ, Paris, 2015, p. 149 et s.

1. Une potentielle atteinte directe à la garantie des droits

486. Les fonctions des commissions d'enquête parlementaires, en ce qu'elles sont susceptibles de permettre à ces dernières d'empiéter sur les fonctions des juridictions, posent un problème au regard du principe de séparation des pouvoirs. Toutefois, et bien que ce point ait fait l'objet d'une attention doctrinale moindre, les fonctions des commissions d'enquête peuvent également entraîner une autre conséquence: la mise en cause directe de la garantie des droits. Les commissions d'enquête parlementaires sont d'abord susceptibles de menacer la garantie des droits des personnes qu'elles auditionnent et, le cas échéant, qu'elles mettent en cause et ce en raison de la nature des commissions d'enquête et de la procédure qui a cours devant elles. Car lorsqu'une personne est mise en cause et poursuivie devant une juridiction, elle bénéficie d'un certain nombre de garanties inhérentes à la procédure juridictionnelle, parmi lesquelles l'indépendance et l'impartialité de la juridiction, le respect des droits de la défense, du principe du contradictoire, l'existence de voies de recours ou encore le droit d'être assisté par un représentant.

487. A la lumière de l'ordonnance du 17 novembre 1958, les commissions d'enquêtes parlementaires n'offrent pas l'intégralité de ces garanties, loin s'en faut. La seule garantie réside dans la possibilité, pour une personne auditionnée par la commission d'enquête, de prendre connaissance du compte rendu de son audition et, sans apporter de correction à ce dernier, de faire part de ses observations par écrit. La commission est libre d'inscrire ou non ces observations dans le rapport qu'elle remet à l'assemblée¹¹⁶⁹. « Les travaux des commissions parlementaires n'offrent pas toutes les garanties nécessaires à la manifestation de la vérité »¹¹⁷⁰. Ainsi, c'est à raison que le membre d'une commission d'enquête parlementaire belge, A. Beernaert, estimait que « rien ne ressemble moins à la justice que ce que nous sommes. La justice, c'est le calme, c'est l'impartialité, c'est le droit. Et dans nos assemblées politiques, sommes-nous tout cela ? Nous, nous sommes le mouvement, nous, nous sommes la vie, nous sommes la passion, nous sommes la partialité »¹¹⁷¹. Peut-être convient-il de nuancer quelque peu ces critiques, dans la mesure où les commissions d'enquête ne produisent, il est vrai, qu'un rapport non-contraignant. Mais il n'en demeure pas

¹¹⁶⁹ Article 6, IV, alinéa 2 de l'ordonnance n°58-1100, préc.

¹¹⁷⁰ M. Carius, « La responsabilité de l'Etat du fait d'un rapport d'enquête parlementaire. A propos d'un rapport "anti-sectes" (C.A.A. Nantes, plén., 30 juillet 2003, Association l'Arbre au milieu », R.F.D.A., 2005, n°3, n.p.d.a. 577.

¹¹⁷¹ Cité in M. Carius, « La responsabilité de l'Etat du fait d'un rapport d'enquête parlementaire. A propos d'un rapport "anti-sectes" (C.A.A. Nantes, plén., 30 juillet 2003, Association l'Arbre au milieu », art. cit., n.p.d.a. 577.

moins que ce rapport, ainsi que certains des actes accomplis par la commission d'enquête tels que des auditions peuvent, en raison de la pression médiatique qui peut les accompagner, conduire à influencer le juge lorsqu'il est amené à connaître de certains actes.

2. Une potentielle atteinte indirecte à la garantie des droits

488. Les commissions d'enquête sont susceptibles de menacer la garantie des droits des personnes ou institutions directement ou indirectement mises en cause par les rapports qu'elles produisent. Cela a ainsi pu conduire une partie de la doctrine à s'interroger sur la responsabilité de l'Etat du fait de la publication d'un rapport d'enquête parlementaire. Ainsi, M. Carius estimait que « si l'on a coutume de dire, après G. Clémenceau, qu'en France, les commissions servent à "enterrer" les problèmes rencontrés par l'Etat, il faut également admettre que la publication des travaux d'une commission peut susciter des désagréments à certains administrés, lorsque leur réputation est mise en cause. Ainsi, les conclusions adoptées et rendues publiques par une commission d'enquête parlementaire peuvent porter préjudice à des institutions, des organisations ou des individus »¹¹⁷². M. Carius poursuivait en s'interrogeant : « Dès lors, l'Etat n'est-il pas comptable des dommages de toutes sortes subis par celui qui est stigmatisé par une commission d'enquête parlementaire ? L'opprobre jeté sur quelques-uns peut porter atteinte à l'égalité devant les charges publiques. En outre, les critiques parlementaires ne doivent-elles pas conduire à réparation du préjudice subi lorsqu'elles sont infondées ? ».

489. Or, les juridictions tendent à refuser de reconnaître la responsabilité de l'Etat du fait d'un rapport d'enquête parlementaire au motif qu'elles sont incompétentes pour connaître des actes du Parlement¹¹⁷³. Ainsi, la garantie des droits est mise en cause, d'une part, par l'existence des commissions d'enquête parlementaires et, d'autre part, par le respect de la séparation des pouvoirs conduisant les juridictions à refuser de connaître des préjudices susceptibles d'être causés par les rapports d'enquête parlementaires. Dès lors, le Conseil ne semble admettre la constitutionnalité des commissions d'enquête que parce que leur existence est prévue depuis 1958 et qu'elle est désormais actée par la Constitution. Toutefois, dans la mesure où elles constituent une atteinte potentielle tant à la séparation des pouvoirs qu'à la

¹¹⁷² *Ibid*, p. 577.

¹¹⁷³ Décision C.A.A. Nantes, plén., 30 juillet 2003, Association l'Arbre au milieu, n°00NT01259 et, plus généralement, décision C.E., ass., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale, n°163328. Il s'agit d'une position ancienne de la part du juge administratif (décision C.E., 24 novembre 1882, Merley ; décision C.E., 3 février 1899, Héritiers Joly, n°87801).

garantie des droits, le Conseil tente de juguler la perméabilité de la séparation des pouvoirs afin de limiter son impact sur la garantie des droits.

§2. La perméabilité jugulée de la séparation des pouvoirs par l'encadrement jurisprudentiel des commissions d'enquête

490. Conscient de l'atteinte que les commissions d'enquête sont susceptibles de porter tant au principe de séparation des pouvoirs qu'à la garantie des droits, le Conseil constitutionnel a tenté d'en juguler la portée en rappelant que le législateur ne saurait retenir une conception trop perméable de la séparation des pouvoirs. Pour ce faire, il a repris à son compte une limite à la fonction des commissions d'enquête parlementaires posée dès 1958 par l'ordonnance du 17 novembre¹¹⁷⁴ (**A.**). Il convient cependant de souligner que cette limitation de la perméabilité de la séparation des pouvoirs, si elle témoigne de la volonté du Conseil constitutionnel de juguler cette dernière, est d'une efficacité toute relative (**B.**).

A. La consécration d'une limite à la perméabilité

491. En jugeant, dans une décision du 25 juin 2009¹¹⁷⁵, que « conformément au principe de séparation des pouvoirs, l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 (...), d'une part, interdit que soient créées des commissions d'enquête sur des faits ayant donné lieu à des poursuites judiciaires et aussi longtemps que ces poursuites sont en cours et, d'autre part, impose que toute commission d'enquête prenne fin dès l'ouverture d'une information judiciaire relative aux faits sur lesquels elle est chargée d'enquêter »¹¹⁷⁶, le Conseil reprend à son compte la limite fixée par l'ordonnance de 1958 en faisant de cette dernière le prolongement du principe de séparation des pouvoirs (**1.**). Or, cette limite, fixée au nom du principe de la séparation des pouvoirs, a bien pour objet de juguler l'atteinte que l'existence des commissions d'enquête porte à ce principe et, partant, de limiter les immixtions du Parlement dans les fonctions du pouvoir juridictionnel (**2.**).

¹¹⁷⁴ Ordonnance n°58-1100, préc.

¹¹⁷⁵ Décision C.C., n°2009-582 DC, préc.

¹¹⁷⁶ Décision C.C., n°2009-582 DC, préc., cons. 5.

1. Une limite instaurée par l'ordonnance du 17 novembre

1958

492. L'ordonnance du 17 novembre 1958 prévoyait déjà, dans sa rédaction originelle, l'impossibilité de constituer une commission d'enquête parlementaire « lorsque les faits ont donné lieu à des poursuites judiciaires et aussi longtemps que ces poursuites sont en cours »¹¹⁷⁷. Il s'agit là d'une prohibition que J.-P. Camby qualifie de « traditionnelle »¹¹⁷⁸. Cette interdiction a d'ailleurs donné lieu à une pratique de collaboration entre les pouvoirs politiques et le pouvoir juridictionnel. Cette pratique, formelle à l'Assemblée nationale¹¹⁷⁹ et informelle au Sénat, consiste pour le président de l'assemblée concernée à notifier au Garde des Sceaux toute proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête parlementaire afin que celui-ci informe l'assemblée de l'existence de procédures judiciaires présentes ou passées sur les faits. Une partie de la doctrine a par ailleurs regretté que cette limite opposée aux commissions d'enquête parlementaires et à leurs fonctions n'ait pas été levée à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Cette limitation comporte en effet un « risque de manipulation »¹¹⁸⁰, dans la mesure où il suffirait que des poursuites judiciaires « soient ouvertes – voire de les ouvrir à cette fin – pour désarmer abusivement le contrôle parlementaire »¹¹⁸¹. Le Comité Vedel est également allé dans ce sens, en estimant, « après un large débat, que l'interdiction faite aux commissions parlementaires d'enquête d'interférer dans le déroulement des procédures judiciaires pouvait être tempérée avec prudence. Il est utile d'assouplir le régime actuellement fixé par la loi qui, restreignant considérablement le domaine d'investigation des commissions, peut avoir pour effet de laisser le champ libre aux entreprises médiatiques »¹¹⁸².

493. Ainsi, malgré les critiques dont elle fait l'objet, le Conseil a jugé la limitation fixée par l'ordonnance du 17 novembre 1958 « conforme au principe de séparation des pouvoirs »¹¹⁸³. Mais il ne s'est pas contenté d'accorder un brevet de conformité à cette disposition. Le Conseil semble en effet faire de cette limitation le prolongement du principe

¹¹⁷⁷ Article 6, alinéa 2 de l'ordonnance n°58-1100, préc., dans sa rédaction originelle.

¹¹⁷⁸ J.-P. Camby, « L'article 51-2 de la Constitution », art. cit., p. 1290.

¹¹⁷⁹ Article 139, al. 1^{er} R.A.N. : « Le dépôt d'une proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête est notifié par le Président de l'Assemblée au Garde des Sceaux, ministre de la justice ».

¹¹⁸⁰ A. Gilles, « Statut de l'opposition parlementaire et commissions d'enquête parlementaires », *Politeia*, 2011, n°19, p. 121.

¹¹⁸¹ P. Avril et J. Gicquel, *Droit parlementaire*, Montchrestien, Paris, 2010, 4^e édition, p. 311, note 22.

¹¹⁸² *Propositions pour une révision de la Constitution*, préc., p. 63.

¹¹⁸³ Décision C.C., n°2009-582 DC, préc., cons. 5 et décision C.C., n°2014-705 DC, préc., cons. 58.

de séparation des pouvoirs¹¹⁸⁴. En effet, à première vue, la formulation retenue par le Conseil dans les décisions du 25 juin 2009¹¹⁸⁵ et du 11 décembre 2014¹¹⁸⁶ laisse supposer que le Conseil se contente de rappeler la conformité de l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 au principe de séparation des pouvoirs et, partant, à la Constitution. Mais ce serait oublier que le Conseil considère que la constitutionnalité des règlements des assemblées ne s'apprécie pas seulement au regard de la Constitution et des lois organiques, mais également au regard des « mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions, prises en vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 92 de la Constitution »¹¹⁸⁷. Dès lors, la règle selon laquelle une commission d'enquête parlementaire ne saurait être créée lorsque les faits ont donné lieu à des poursuites judiciaires, et aussi longtemps que ces dernières sont en cours, acquiert une valeur supérieure à celle des règlements des assemblées. Cette règle ne se contente donc pas de respecter le principe de séparation des pouvoirs, elle permet de s'assurer que les dispositions du règlement des assemblées relatives aux commissions d'enquête respectent le principe de séparation des pouvoirs.

494. En effet, la constitutionnalisation de la limite instaurée par l'ordonnance du 17 novembre 1958 semble bien avoir pour but de réintroduire un peu d'étanchéité dans la perméabilité de la séparation des pouvoirs qui permet l'existence des commissions d'enquête parlementaires.

2. Une limite destinée à atténuer la perméabilité de la séparation des pouvoirs

495. Si la limite reprise par le Conseil constitutionnel en 2009 puis en 2014 a été fixée en 1958, c'est dans le but d'exclure la possibilité offerte aux commissions d'enquête parlementaires d'intervenir dans les fonctions du pouvoir juridictionnel. En effet, avant la mise en place de la V^e République, les commissions d'enquête parlementaires ont empiété largement, et à de nombreuses reprises, sur les fonctions juridictionnelles. « L'enquête parlementaire est (alors) le moyen législatif d'arriver à ses fins, elle constitue l'instrument privilégié des chambres pour empiéter sur les compétences des autres pouvoirs »¹¹⁸⁸. Les

¹¹⁸⁴ Voir *supra*.

¹¹⁸⁵ Décision C.C., n°2009-582 DC, préc.

¹¹⁸⁶ Décision C.C., n°2014-705 DC, préc.

¹¹⁸⁷ Décision C.C., n°66-28 DC du 8 juillet 1966, Résolution tendant à modifier les articles 18, 42, 54 et 60 du règlement du Sénat et à compléter celui-ci par l'adjonction d'un article 21 bis, J.O. du 24 juillet 1966, p. 6376, Rec. p. 15, cons. 2 et décision C.C., n°69-37 DC du 20 novembre 1969, Résolution modifiant et complétant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 30 novembre 1969, p. 11682, Rec. p. 15, cons. 2.

¹¹⁸⁸ J.-M. Crouzatier, « Le rôle des commissions d'enquête au Congrès des Etats-Unis », *R.D.P.*, 1975, p. 1001.

commissions d'enquête ont ainsi pu exiger que leur soient remises des pièces réunies par le pouvoir judiciaire dans le cadre de procédures judiciaires, user de pouvoirs de saisie et de perquisition et exercer leur fonction alors même qu'une information judiciaire était déjà ouverte sur les faits concernés¹¹⁸⁹. De même, avant 1958, la perception de la problématique posée par les rapports entre les organes parlementaires et le pouvoir judiciaire semblait très différente. En effet, dans les écrits de la doctrine de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, on peut par exemple lire qu'il résulte de la distinction entre les enquêtes parlementaires et judiciaires que « les tribunaux judiciaires ne sont pas tenus de surseoir à statuer parce qu'une enquête parlementaire est en cours sur les faits qui sont soumis à leur appréciation »¹¹⁹⁰, ou que cette distinction a pour autre conséquence que, dans l'hypothèse où une commission d'enquête parlementaire est amenée à examiner des faits sur lesquels la justice s'est déjà prononcée, « il ne saurait être question (...) d'invoquer l'exception de chose jugée »¹¹⁹¹. La compétence du Parlement, telle qu'elle se dégage de ces considérations doctrinales, apparaît comme le principe. En effet, lorsque des enquêtes parlementaire et judiciaire concernent des mêmes faits, la doctrine ne semble pas considérer que le Parlement doive s'abstenir d'agir et d'empiéter sur les fonctions judiciaires. Elle semble au contraire s'interroger sur la possibilité pour le pouvoir judiciaire de continuer à exercer ses fonctions. Et bien que ces auteurs répondent par l'affirmative à cette question, le sens de l'interrogation est parlant, et correspond bien à la culture légicentriste profondément implantée. En revanche, depuis 1958, la perspective est toute autre puisque la question est de savoir si, constituée sur des faits identiques, la commission d'enquête parlementaire peut continuer d'exercer sa fonction d'enquête concomitamment au pouvoir judiciaire. Et, cette fois, la réponse est négative, bien que l'enquête parlementaire puisse commencer – ou reprendre – une fois la procédure judiciaire terminée.

496. Or, il est constant que, même bien avant 1958, les membres des pouvoirs politiques semblaient conscients de ce que les commissions parlementaires, en intervenant dans les fonctions du pouvoir judiciaire, portent atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Ainsi, A. Briand considérait par exemple, comme ministre de la Justice, « qu'il y aurait le plus grand inconvénient à ce que (la commission parlementaire tienne un débat) pendant que la Cour d'appel est saisie du cas Rochette. Lorsque la Cour se sera prononcée, la Chambre

¹¹⁸⁹ E. Vallet, « Les commissions d'enquête parlementaires sous la Ve République », préc., p. 252.

¹¹⁹⁰ J. Le Gueut, *Les pouvoirs judiciaires des commissions d'enquête parlementaire*, op. cit., p. 76 et E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, op. cit., p. 682-683.

¹¹⁹¹ J. Le Gueut, *ibid.*, p. 76.

pourra discuter le rapport de sa commission d'enquête. Je la prie aujourd'hui d'ajourner le débat sur cette affaire »¹¹⁹². De même, les parlementaires membres de commissions d'enquêtes ont parfois pu être conscients de l'atteinte portée par leur travail aux fonctions du pouvoir juridictionnel. C'est le cas de R. Montillot, membre de la commission d'enquête relative à l'affaire Stavisky, qui proposait en 1934 le vote d'une motion prévoyant que « la commission, respectueuse du principe de la séparation des pouvoirs, affirme sa volonté que M. le juge d'instruction soit laissé libre de poursuivre et de rédiger son information dans sa pleine indépendance de magistrat ». Le rejet de la motion – à 17 voix contre 6 – témoigne du peu d'attention porté au respect du principe de séparation des pouvoirs politiques et juridictionnel avant 1958.

497. C'est donc bien pour éviter que perdurent les nombreuses atteintes au principe de séparation des pouvoirs que l'ordonnance du 17 novembre 1958 a instauré l'interdiction de créer une commission d'enquête lorsque les faits ont donné lieu à des poursuites judiciaires et aussi longtemps que ces poursuites sont en cours. Et c'est bien afin de juguler la perméabilité de la séparation des pouvoirs induite par l'existence des commissions d'enquête parlementaires que le Conseil a jugé bon de reprendre à son compte cette même limitation. Ce faisant, il espérait certainement limiter l'impact de cette perméabilité tant sur le pouvoir juridictionnel que sur la garantie des droits. Pourtant, il convient d'admettre que l'effort du juge constitutionnel pour juguler la perméabilité de la séparation des pouvoirs et endiguer ses effets revêt une efficacité relative.

B. Une limite à l'efficacité relative

498. Le Conseil constitutionnel, faisant de l'interdiction de créer une commission d'enquête lorsque des faits ont donné lieu à des poursuites judiciaires et aussi longtemps que ces poursuites sont en cours le prolongement contentieux du principe de séparation des pouvoirs, tente de juguler la perméabilité de la séparation des pouvoirs et d'atténuer les désagréments qui en résultent pour le pouvoir juridictionnel ainsi que pour la garantie des droits. L'effort du Conseil est toutefois d'une efficacité relative. En effet, la tentative du juge constitutionnel de juguler la perméabilité de la séparation des pouvoirs se heurte à deux obstacles majeurs. Elle se heurte, d'une part, au caractère théorique de la limitation posée par le Conseil afin de juguler la perméabilité de la séparation des pouvoirs (1.). D'autre part, elle

¹¹⁹² A. Briand, *J.O.D.P.*, Chambre, 26 janvier 1912, p. 96.

ne semble pas tenir compte du lien intrinsèque qui existe entre la mission des commissions d'enquête parlementaires et la fonction juridictionnelle (2.).

1. Une efficacité relative en raison du caractère théorique de la limite

499. L'idée selon laquelle il est possible de juguler la perméabilité de la séparation des pouvoirs en fixant une limite destinée à empêcher l'intervention d'un organe parlementaire dans la fonction juridictionnelle repose sur un postulat incontournable, celui de l'existence d'une délimitation réelle et franche entre les domaines d'intervention des commissions d'enquête parlementaires et des juridictions. Pour J. Le Gueut, il s'agit de penser que « la coexistence de deux enquêtes, l'une de nature parlementaire, l'autre judiciaire, portant sur les mêmes événements, n'est pas de nature à entraîner nécessairement une confusion des pouvoirs »¹¹⁹³. Il existerait une différence de nature entre chacune de ces enquêtes. « L'une, l'enquête politique, se préoccupe d'examiner des responsabilités politiques, d'étudier le fonctionnement d'un service public relativement aux faits sur lesquels elle porte. (...) L'enquête judiciaire a pour but de rechercher si les faits qui lui sont soumis tombent sous le coup de la loi pénale ; quels en sont les auteurs et, si leur responsabilité existe, de les déférer à la justice »¹¹⁹⁴. Il y aurait donc deux domaines bien distincts pour chacune des enquêtes, de telle sorte que si la délimitation entre ces deux domaines est respectée, la fonction des commissions d'enquête parlementaires ne peut conduire ces dernières à s'immiscer dans la fonction juridictionnelle. Le Conseil semble adhérer à ce raisonnement, en estimant que la limitation fixée par l'ordonnance du 17 novembre 1958 est suffisante à assurer le respect du principe de séparation des pouvoirs par les règles relatives au fonctionnement des commissions d'enquête parlementaires.

500. Le problème de cette conception est qu'elle n'est pertinente que sur un plan théorique. Le domaine d'intervention des commissions d'enquête parlementaires devrait de limiter à l'étude politique des faits – au sens large –, c'est-à-dire dans le cadre de la fonction de contrôle et d'évaluation du Parlement, ou de sa fonction législative, tandis que les juridictions se limiteraient à l'étude de l'aspect judiciaire des faits. Or, « si le principe est clair, son application semble laisser une certaine marge de manœuvre au Parlement puisque c'est aux assemblées de décider s'il existe un risque réel d'empiètement sur les compétences

¹¹⁹³ J. Le Gueut, *Les pouvoirs judiciaires des commissions d'enquête parlementaire*, op. cit., p. 75.

¹¹⁹⁴ *Ibid*, p. 76.

de l'autorité judiciaire »¹¹⁹⁵. Cette difficulté est mise en avant par les nombreux assouplissements qu'a connus l'interdiction posée par l'ordonnance du 17 novembre 1958, si bien que, souvent, « le dépôt d'une proposition de résolution est consécutif à la mise en œuvre de poursuites judiciaires »¹¹⁹⁶. Ainsi, l'existence d'une poursuite judiciaire ne conduit pas les commissions d'enquête parlementaires à suspendre leurs travaux, comme semble l'exiger l'ordonnance du 17 novembre 1958, mais seulement à restreindre leur champ d'application¹¹⁹⁷. La difficulté de séparer les domaines d'intervention du pouvoir juridictionnel et des commissions d'enquête parlementaires résulte également – et paradoxalement – de l'usage politique, ou plutôt politicien, qui est fait de ces dernières. Celui-ci conduit en effet souvent les membres des commissions d'enquête parlementaires à vouloir porter une appréciation sur les faits dont doivent connaître les juridictions, de telle sorte que les organes parlementaires deviennent inévitablement susceptibles d'influencer le pouvoir juridictionnel dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, M. Savary, auteur de la proposition de constitution d'une commission d'enquête relative à la liquidation des biens des établissements ecclésiastiques, estimait le 31 décembre 1907 que « les faits allégués qui peuvent être jugés définitivement par la justice civile, qui peuvent ne pas constituer des infractions à la loi pénale, doivent tout au moins être examinés quant à leur existence même et au point de vue moral, par une enquête parlementaire »¹¹⁹⁸. Par ailleurs, il convient de souligner que le caractère théorique de la distinction entre les fonctions des commissions parlementaires et les fonctions juridictionnelles est accentué par l'absence de sanction dans l'hypothèse où une commission d'enquête serait constituée en violation des règles de l'ordonnance et, partant, en méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs. La constitution d'une commission d'enquête résulte en effet d'un vote de l'assemblée parlementaire concernée, et rien ne permet d'opérer un contrôle destiné à s'assurer qu'une commission d'enquête ne se saisit pas de faits pour lesquels une procédure judiciaire est en cours. La seule solution envisageable serait alors la dissolution¹¹⁹⁹, mais elle se heurte à plusieurs objections. D'abord, il s'agit d'une sanction

¹¹⁹⁵ A. Le Quinio, « Commissions d'enquête parlementaires et autorité judiciaire », intervention prononcée au VIII^e Congrès français de droit constitutionnel, Nancy, 16-18 juin 2011, p. 5-6. Communication disponible à l'adresse suivante : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN6/lequinioT6.pdf>.

¹¹⁹⁶ E. Vallet, « Les commissions d'enquête parlementaires sous la Ve République », art. cit., n.p.d.a. 249.

¹¹⁹⁷ Voir not. le rapport n°1095 déposé le 14 décembre 1989 à l'Assemblée nationale, préc., les débats ayant eu lieu lors de la 3^{ème} séance du 19 mai 1999 à l'Assemblée nationale (p. 4641), ainsi que l'avis du Garde des Sceaux reproduit dans l'annexe n°1 du rapport n°2290 déposé par M. Le Douarec le 10 avril 1972 à l'Assemblée nationale au nom de la commission d'enquête sur le fonctionnement des sociétés civiles de placement immobilier.

¹¹⁹⁸ Cité in P. Begouin, *Les commissions d'enquête parlementaires*, Montchrestien, Paris, 1931, p. 54.

¹¹⁹⁹ Art. 12, al. 1^{er} de la Constitution : « Le Président de la République peut, après consultation du Premier ministre et des Présidents des Assemblées, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale ».

pour le moins disproportionnée, puisqu'elle ne met pas seulement fin à la commission d'enquête, elle met aussi fin au mandat de l'ensemble des membres de l'assemblée parlementaire. Ensuite, cette sanction n'est prévue que pour l'Assemblée nationale, elle est donc impuissante à mettre un terme à une commission d'enquête sénatoriale. Enfin, la décision de dissoudre l'Assemblée nationale relève de l'Exécutif et, plus précisément, du Président de la République. Or, il n'est pas certain que celui-ci s'érige en protecteur du pouvoir juridictionnel au lieu de soutenir, par son abstention, la commission d'enquête parlementaire¹²⁰⁰. Des considérations politiques pourraient en effet conduire le chef de l'Etat à méconnaître les prérogatives qui lui sont attribuées par les articles 5 et 64 de la Constitution, qui prévoient respectivement que « le Président de la République veille au respect de la Constitution »¹²⁰¹ et qu'il est « le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire »¹²⁰².

501. Ainsi, l'efficacité de la limitation de la perméabilité de la séparation des pouvoirs fondée sur l'existence de deux domaines distincts, dont relèveraient respectivement les commissions d'enquête parlementaires et les juridictions, se heurte, dans la pratique, à deux éléments. Elle se heurte, d'une part, à l'absence de clarté de cette distinction des domaines d'intervention et, d'autre part, à la propension du politique à estimer qu'il est de son devoir de porter une appréciation sur l'intégralité des faits qui se déroulent dans la société, indépendamment du principe de séparation des pouvoirs et du respect des fonctions juridictionnelles. Or, le Conseil a aussi peu de prise sur le premier que sur le second élément. En outre, l'existence d'un lien intrinsèque entre les fonctions des commissions d'enquête parlementaires et des juridictions conduit à douter de la possibilité d'empêcher absolument les premières d'empiéter sur les secondes.

2. Une efficacité relative en raison du lien intrinsèque entre les fonctions du juge et de la commission d'enquête

502. L'interdiction de créer une commission d'enquête parlementaire lorsque les faits ont donné lieu à des poursuites judiciaires et aussi longtemps que ces poursuites sont en cours, tout comme l'obligation de mettre un terme à une commission d'enquête lorsqu'une enquête judiciaire est ouverte sur les faits qui ont justifié sa constitution sont supposées constituer des limites propres à assurer le respect du principe de séparation des pouvoirs. Ces limitations

¹²⁰⁰ La tentation serait en revanche plus grande si les faits sur lesquels porte l'enquête parlementaire concernaient l'Exécutif.

¹²⁰¹ Art. 5, al. 1^{er} de la Constitution.

¹²⁰² Art. 64, al. 1^{er} de la Constitution.

laissent entendre que les phases de l'enquête parlementaire et de l'enquête judiciaire sont parfaitement distinctes. Or, il semble que ce ne soit pas véritablement le cas. En effet, les enquêtes parlementaires et judiciaires sont susceptibles d'entretenir un lien au moment de leur création. Ainsi que le relève E. Pierre dans son *Traité de droit politique*, « si des faits allégués devant un tribunal se trouvaient de nature à émouvoir les Chambres et le pays, une enquête parlementaire pourrait être ordonnée à cette occasion »¹²⁰³ une fois la procédure judiciaire terminée. Inversement, lorsqu'une assemblée parlementaire examine une proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête, « en principe, si les faits que détermine la proposition de résolution sont trop précis, le Garde des Sceaux est contraint d'ouvrir une enquête judiciaire »¹²⁰⁴. Les enquêtes parlementaire et judiciaire entretiennent donc, dès leur commencement, un lien certain qui brouille la délimitation entre les fonctions respectives des commissions d'enquête et des juridictions.

503. Il en va de même une fois le déroulement de l'une ou de l'autre de ces enquêtes achevé. En effet, il n'est pas rare de voir une commission d'enquête parlementaire se constituer une fois la décision juridictionnelle adoptée, ce qu'autorise l'ordonnance du 17 décembre 1958¹²⁰⁵. Cette pratique est ainsi susceptible de conduire la commission parlementaire à mettre en cause, politiquement et publiquement, une décision juridictionnelle, de telle sorte que le principe de séparation des pouvoirs s'en trouve nécessairement affecté. L'affaire d'Outreau en est un parfait exemple¹²⁰⁶. Inversement, le rapport conclusif d'une commission d'enquête peut donner lieu à l'ouverture de poursuites judiciaires. Ainsi, « il est arrivé que des juges judiciaires reconnaissent que des tiers visés lors d'une audition puissent mener des actions à l'encontre desdits témoins »¹²⁰⁷, ou encore que des tiers demandent à être indemnisés du préjudice subi par un rapport d'enquête parlementaire lorsqu'ils estiment que ce dernier leur a porté préjudice¹²⁰⁸.

504. Il existe donc un lien fort entre les enquêtes parlementaires et judiciaires, tantôt basé sur la complémentarité, tantôt fondé sur la concurrence. Dans les deux cas, ce lien semble

¹²⁰³ E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, op. cit., p. 679.

¹²⁰⁴ E. Vallet, « Les commissions d'enquête parlementaires sous la Ve République », art. cit., n.p.d.a. 249.

¹²⁰⁵ Article 6, I, alinéa 3 de l'ordonnance n°58-1100, préc. : « Il ne peut être créé de commission d'enquête sur des faits ayant donné lieu à des poursuites judiciaires et aussi longtemps que ces poursuites sont en cours ».

¹²⁰⁶ Voir *supra*.

¹²⁰⁷ J.-P. Camby, « L'article 51-2 de la Constitution », art. cit., p. 1293. 1. Les personnes auditionnées par les commissions d'enquête parlementaires ne bénéficient pas en effet de l'immunité conférée aux membres de ces commissions au titre de leur statut de parlementaire (Décision Cass., civ., 22 février 1956, Revers c/ Varin dit Wibot ; décision Cass., civ. 1ère, 23 novembre 2004, n°02-13293 ; décision C.A.A. Paris, 3^e chambre, 10 mars 2011, Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France, n°10PA01353).

¹²⁰⁸ Décision C.A.A. Nantes, plén., 30 juillet 2003, Association de l'Arbre du milieu, n°00NT01259.

rendre vaine toute tentative du Conseil de juguler la perméabilité de la séparation des pouvoirs induite par l'existence des commissions d'enquête parlementaires. Ainsi, malgré les efforts déployés par le juge constitutionnel, le pouvoir juridictionnel et la garantie des droits ne sont pas entièrement préservés des atteintes qu'est susceptible de leur porter la perméabilité de la séparation des pouvoirs imposée par la Constitution. Cette protection ne semble en effet revêtir une véritable efficacité que dans le cas de l'amnistie.

505. Conclusion de Chapitre. Si, le plus souvent, le Conseil a toute latitude pour retenir une conception étanche ou perméable de la séparation des pouvoirs en vue d'assurer la meilleure garantie des droits, il arrive parfois que la Constitution lui impose de retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs dont les effets tendent à être néfastes pour la garantie des droits. Le Conseil s'efforce alors de limiter autant que possible ces effets. C'est le cas dans deux hypothèses qui ont donné lieu à un contentieux relativement important : l'amnistie et les commissions d'enquête parlementaires. En effet, en prévoyant l'existence de ces deux mécanismes, la Constitution introduit une certaine perméabilité du principe de séparation des pouvoirs en autorisant le Parlement à intervenir dans les fonctions du pouvoir judiciaire, que ce soit permettant au législateur d'adopter une loi d'amnistie qui conduit à interdire toute poursuite ou à mettre fin à l'exécution d'une peine prononcée par un juge pour des faits amnistiés, ou en permettant aux commissions d'enquête parlementaires d'exercer leur office sur des faits dont le juge a été ou sera potentiellement saisi. Ce faisant, la Constitution permet que puissent être mises en cause les fonctions judiciaires mais également, et plus indirectement, la garantie des droits.

Contraint d'appliquer les dispositions constitutionnelles relatives à la compétence législative en matière d'amnistie et aux commissions d'enquête parlementaires, le Conseil demeure pragmatique en limitant les effets de la perméabilité de la séparation induite par la Constitution de manière à en atténuer l'impact sur la garantie des droits. Dans le cas de l'amnistie, l'effort du Conseil porte ses fruits, tandis que dans le cas des commissions d'enquête, son efficacité est plus relative.

Le pragmatisme dont fait preuve le Conseil dans le maniement du principe de séparation des pouvoirs transparaît également, et de manière plus flagrante encore, lorsque qu'il fait le choix, sans contrainte constitutionnelle, de retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs alors que cette conception emporte des effets néfastes sur le respect des fonctions judiciaires et la garantie des droits, tout en élaborant un encadrement de la perméabilité destiné à limiter ces effets.

Chapitre 2 – L’endiguement des restrictions à la garantie des droits consenties par le Conseil constitutionnel

506. Si, comme on l’a vu, la Constitution elle-même prévoit l’existence de mécanismes ou d’organes induisant une perméabilité de la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel, il existe deux hypothèses dans lesquelles le Conseil fait le choix, pour des raisons d’ordre pratique, et non, du moins dans la plupart des cas, par nécessité constitutionnelle, de retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs, alors même qu’une conception étanche aurait été plus appropriée pour protéger le juge et la garantie des droits. Le Conseil constitutionnel juge ainsi que ni le principe des lois de validation ni celui du pouvoir de sanction aux autorités administratives – indépendantes ou non – ne méconnaissent en eux-mêmes le principe de séparation des pouvoirs. Pourtant, les lois de validation permettent au législateur de s’immiscer dans le cours de la justice, et l’octroi d’un pouvoir de sanction à des autorités non-juridictionnelles substitue ces dernières aux juges dans l’exercice de ce qui a longtemps constitué une fonction purement juridictionnelle.

507. La constitutionnalité des principes des lois de validation et du pouvoir de sanction des autorités non-juridictionnelles suppose que le Conseil a choisi de retenir une conception perméable du principe de séparation des pouvoirs. Ainsi que le note B. Mathieu¹²⁰⁹, l’amnistie – et les commissions d’enquête parlementaires – ont en commun avec les lois de validation – et le pouvoir de sanction des autorités non-juridictionnelles – de mettre en cause le principe de séparation des pouvoirs. Une différence existe pourtant, puisque seules les deux premières trouvent un fondement dans la Constitution, les deux dernières reposant « sur une construction jurisprudentielle assez subtile et élaborée en fait pour des raisons d’opportunité »¹²¹⁰. Il est alors tentant de critiquer l’acceptation du principe des lois de validation et du pouvoir de sanction des autorités non-juridictionnelles¹²¹¹. « Mais, qu’on le regrette ou non, nous vivons dans une société qui s’est judiciarisée par suite de l’émergence d’ordres juridiques supra-étatiques et de la prolifération de normes juridiques. Le Conseil constitutionnel ne pouvait se recroqueviller sur une interprétation littérale de son bloc de

¹²⁰⁹ B. Mathieu, « Fragments d’un droit constitutionnel de l’amnistie », *L.P.A.*, 1990, n°36, pp. 2-9.

¹²¹⁰ *Ibid*, p. 6.

¹²¹¹ Certains auteurs, à l’instar d’A. Pariente, parlent toutefois de « contrainte » imposée au Conseil constitutionnel (A. Pariente, « La Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs », in *La séparation des pouvoirs, Théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2007, p. 69).

constitutionnalité sans affaiblir la Constitution qu'il a pour mission de faire respecter »¹²¹². Au regard de la contrainte que crée le « réseau »¹²¹³ des normes juridiques dans lequel s'inscrit la Constitution, il était peu probable que le Conseil retienne une conception étanche du principe de séparation des pouvoirs qui l'aurait conduit à censurer toute loi de validation ou tout pouvoir de sanction dévolu à une autorité non-juridictionnelle, au nom de la garantie des droits.

508. A première vue, le contentieux des lois de validation et du pouvoir de sanction des autorités non-juridictionnelles apparaît donc comme une exception à la poursuite de l'objectif de garantie des droits qui est l'une des caractéristiques de la jurisprudence relative à la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel. En effet, l'application du principe par le juge constitutionnel conduit non pas à protéger le pouvoir juridictionnel et la garantie des droits mais, au contraire, permet qu'il y soit porté atteinte par le législateur et les autorités non-juridictionnelles dotées d'un pouvoir de sanction. Cette analyse n'est toutefois que partiellement exacte. Car, que ce soit dans le cas des lois de validation ou du pouvoir de sanction des autorités non-juridictionnelles, le Conseil ne perd pas complètement de vue l'objectif de garantie des droits. En effet, il s'attache à concilier ce dernier avec d'autres considérations plus pratiques. Il ne saurait d'ailleurs lui en être fait le reproche car, de l'avis de B. Mathieu, « alors même que doit être admise l'existence d'un pouvoir judiciaire, la raison commande de garder présentes à l'esprit ces deux nécessités que sont l'efficacité du pouvoir et la limitation du pouvoir, la première garantissant les intérêts de la nation, c'est-à-dire de la collectivité, la seconde la protection des droits fondamentaux individuels. L'une et l'autre participent à l'équilibre entre ces deux exigences qui conditionnent aujourd'hui le développement de la société politique que la Constitution a pour objet de régir »¹²¹⁴. Cette double préoccupation éclaire alors particulièrement le traitement jurisprudentiel des lois de validation (**Section 1.**) et du pouvoir de sanction des autorités administratives (**Section 2.**). Dans un cas comme dans l'autre, le Conseil retient certes une conception perméable de la séparation des pouvoirs afin de pouvoir satisfaire des nécessités pratiques qu'il ne peut ignorer purement et simplement, mais fait en sorte de limiter cette perméabilité en encadrant le recours à ces deux procédés pour continuer à assurer la garantie des droits.

¹²¹² R. Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *C.C.C.*, 2014, n°44, p. 15.

¹²¹³ F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 596 p.

¹²¹⁴ B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, LGDJ, Paris, 2015, p. 47. Voir également F. Fukuyama, *Le début de l'histoire : des origines de la politique à nos jours*, Saint-Simon (Ed.), Paris, 2012, p. 436.

Section 1 – La perméabilité de la séparation des pouvoirs et les lois de validation

509. Ainsi que le rappelle B. Mathieu en introduction de sa thèse relative aux validations législatives, M. Lesage, en 1960, formulait le vœu que « le gouvernement n'utilise plus le législateur pour écarter les conséquences des décisions juridictionnelles qui lui déplaisent »¹²¹⁵. Ces interventions étaient en effet pour le moins fréquentes sous les III^e et IV^e Républiques, donnant lieu à de nombreux excès¹²¹⁶. Mais, selon B. Mathieu, « rien n'a changé, si ce n'est que le législateur a, semble-t-il, fait preuve d'une imagination fertile pour diversifier les modalités de son intervention »¹²¹⁷. Ce constat est d'ailleurs partagé par une large partie de la doctrine. X. Prétot rappelle ainsi que « simple commodité ou véritable fléau, selon l'opinion qu'on en a, les validations législatives occupent une place de choix dans l'arsenal dont dispose le Gouvernement et le Parlement pour faire échec à l'intervention du juge »¹²¹⁸. En effet, une « validation législative peut se définir comme étant l'opération par laquelle le législateur entend empêcher le juge d'annuler des actes juridiques en raison d'un vice particulier ou pour tout motif que ce soit, ou l'opération par laquelle il rend à nouveau valide en le réintroduisant dans l'ordonnement juridique un acte qui vient d'être annulé ou privé d'efficacité par une juridiction »¹²¹⁹. Il existe toutefois plusieurs types de validations législatives, correspondant à plusieurs hypothèses¹²²⁰.

¹²¹⁵ Cité in B. Mathieu, *Les « validations législatives ». Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Economica, Paris, 1987, p. 3.

¹²¹⁶ Voir not. M. Lesage, *Les principes de droit public régissant les rapports entre le législateur et le juge - Contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, L.G.D.J., Paris, 1960, 337 p.

¹²¹⁷ B. Mathieu, *Les « validations législatives ». Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, op. cit., p. 3.

¹²¹⁸ X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives. A constitutionnalisme, conventionnalisme et demi », in *Le nouveau constitutionnalisme : mélanges en l'honneur de G. Conac*, Economica, Paris, 2001, p. 219.

¹²¹⁹ M. Lesage, *Les principes de droit public régissant les rapports entre le législateur et le juge - Contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, op. cit., p. 305. Pour d'autres définitions, voir not. J. Massot, « Validations législatives », *Répertoire de contentieux constitutionnel* ; B. Mathieu, « La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot », *R.F.D.A.*, 2004, n° 2, n.p.d.a. 224 ; L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *R.F.D.A.*, 2006, n°3, n.p.d.a. 447.

¹²²⁰ J. Massot en distingue trois. « Le premier type de validation s'efforce de remédier aux conséquences de l'illégalité d'un acte réglementaire. (...) Le législateur peut alors intervenir pour prévenir (des) annulations en cascade. (...) La deuxième hypothèse, plus fréquente encore que la précédente, concerne les cas où l'acte annulé par le juge, sans être un acte réglementaire, est un acte, le plus souvent collectif, qui possède un tel lien avec d'autres actes que ceux-ci risquent d'être également annulés par le juge par voie de conséquence et que, même en l'absence de recours recevable contre ces décisions "dérivées", l'administration est tenue d'en prononcer le retrait. C'est le cas, chaque fois qu'il existe un lien d'indivisibilité entre les maillons d'une chaîne de décisions. (...) La troisième hypothèse, également plus fréquente, est celle où la situation tranchée par une décision juridictionnelle est purement individuelle, mais a de très nombreux "proches parents", c'est-à-dire des actes adoptés ou qui pourront l'être selon les mêmes procédures ou des situations déjà constituées qui devraient être

510. Au vu de l'objet de la validation législative – mis en évidence par cette définition –, et étant donné que la V^e République a porté un coup d'arrêt à l'omnipotence du législateur en le subordonnant au respect de la Constitution par l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité, il existait une possibilité pour que le Conseil constitutionnel juge ces validations législatives contraires au principe de séparation des pouvoirs. Pourtant, il n'en a rien été. Saisi d'une telle disposition, le Conseil a estimé, dès 1980¹²²¹, qu'en vertu du principe de l'indépendance des juridictions et du caractère spécifique de leurs fonctions, « s'il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence, (...) ces principes de valeur constitutionnelle ne s'opposent pas à ce que, dans l'exercice de sa compétence et au besoin, sauf en matière pénale, par la voie de dispositions rétroactives, le législateur modifie les règles que le juge a mission d'appliquer »¹²²².

511. Ainsi, le Conseil constitutionnel, mu par des considérations pratiques, a consenti – à demi-mot – à retenir une conception perméable du principe de séparation des pouvoirs en admettant le recours aux lois de validation qui, par définition, portent atteinte au pouvoir juridictionnel ainsi qu'à la garantie des droits (§1.). Mais la première décision rendue au sujet des validations législatives porte également en germe l'élaboration d'un encadrement du recours à ces dispositions. La jurisprudence ultérieure du Conseil témoigne également de l'effort croissant qu'il fournit afin de juguler la perméabilité de la séparation des pouvoirs, de telle sorte que l'atteinte à la fonction juridictionnelle et à la garantie des droits s'en trouve limitée (§2.).

réglées en application des mêmes règles que celles qui viennent d'être dégagées par une situation juridictionnelle. Le risque de voir ces actes annulés conduit souvent le Gouvernement à proposer une loi de validation » (J. Massot, « Validations législatives », art. cit., §10 et s.).

¹²²¹ Décision C.C., n°80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs, J.O. du 24 juillet 1980, p. 1868, Rec. p. 46. G. Gondouin note toutefois que le Conseil a manqué de se prononcer sur la constitutionnalité des validations législatives en 1976 et 1978 (décision C.C., n°76-67 DC du 15 juillet 1976, Loi modifiant l'ordonnance n°59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires, J.O. du 20 juillet 1976, p. 4330, Rec. p. 35 et décision C.C., n°78-97 du 27 juillet 1978, Loi portant réforme de la procédure pénale sur la procédure judiciaire et le jury d'assises, J.O. du 29 juillet 1978, p. 2949, Rec. p. 31), voir G. Gondouin, *Le Conseil constitutionnel et la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : contribution à l'étude du contrôle de constitutionnalité des lois*, th. dact., Grenoble, 1989, p. 343.

¹²²² Décision C.C., n°80-119 DC, préc., cons. 6.

§1. L'élaboration de la perméabilité : la constitutionnalité du recours aux lois de validation

512. Si le Conseil a décidé de juger que, dans leur principe, les lois de validations sont conformes à la Constitution, il est évident que ce n'est pas dans le but d'assurer la garantie des droits¹²²³ mais, plutôt, en vue de faire droit à d'autres exigences (A.). Or, la solution retenue par le Conseil pose problème tant au regard de la séparation des pouvoirs qu'au regard de la garantie des droits (B.).

A. La constitutionnalité du principe des lois de validation : une solution pragmatique

513. Le choix du Conseil de juger conforme à la Constitution le principe des lois de validation et, partant, de retenir une conception perméable du principe de séparation des pouvoirs est le résultat d'une double démarche pragmatique. D'abord, il semble que ce soit des considérations d'ordre pratique qui ont motivé le Conseil (1.). Ensuite, en autorisant les validations législatives, le Conseil semble avoir voulu adopter une solution favorable à la sécurité juridique (2.)

1. Une solution motivée par des raisons d'ordre pratique

514. Ainsi que le note X. Prétot, « le recours à la validation législative peut s'autoriser, il est vrai, de solides raisons d'ordre pratique »¹²²⁴. Parmi ces raisons, l'auteur évoque la possibilité pour le législateur, « en prévenant la décision du juge ou en en prévenant les effets », de « tempérer (...) la rigueur qui s'attache, d'ordinaire, aux décisions du juge »¹²²⁵ puisque ce dernier, lorsqu'il est saisi d'un acte illégal, se voit dans l'obligation de l'annuler, et ce quelles que soient les conséquences de son annulation. Cette difficulté semble plus présente encore lorsqu'il s'agit du juge administratif. C'est d'ailleurs pour cette raison que G. Jèze voyait dans le recours pour excès de pouvoir « la plus merveilleuse création des juristes, l'arme la plus efficace, la plus pratique, le plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés »¹²²⁶. Mais, dans les faits, l'efficacité louée du recours pour excès de pouvoir entraîne une rigueur, parfois jugée excessive, des décisions du juge administratif. Il

¹²²³ Voir *infra*.

¹²²⁴ X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives. A constitutionnalisme, conventionnalisme et demi », art. cit., p. 220.

¹²²⁵ *Ibid.*

¹²²⁶ G. Jèze, in *Annuaire de l'institut international de droit public*, PUF, Paris, 1929, p. 129.

faut toutefois admettre que, ces dernières années, celui-ci a pris certaines libertés avec la rigueur qui caractérisait jusqu'alors l'effet de ses décisions. Le Conseil d'Etat a ainsi notamment¹²²⁷ décidé de moduler dans le temps les effets d'une annulation lorsque son effet rétroactif est « de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets »¹²²⁸. Cette faculté découverte par le juge administratif, et manifestement calquée sur la jurisprudence relative aux validations législatives, ne suffit pourtant pas à faire disparaître les raisons pratiques qui justifient le recours à ce procédé. Les raisons d'ordre pratique qui conduisent à recourir aux validations législatives sont, par conséquent, fondées sur la prise en considération des conséquences induites par certaines décisions de justice.

515. Premièrement, dans la mesure où l'atténuation – voire parfois la disparition – des effets d'une illégalité résulte d'un choix de la part du juge, celles-ci ne peuvent être anticipées, et encore moins maîtrisées par les pouvoirs politiques. Or, c'est bien ce à quoi ces derniers aspirent en recourant aux validations législatives. Le Conseil, en jugeant ce procédé conforme à la Constitution, semble considérer que ces situations nécessitent parfois une solution de portée générale que seule une validation législative permet. Ainsi, à l'instar de *L. Milano*, une partie de la doctrine admet que « si elle est problématique, (...) l'intrusion du législateur dans le cours de la justice est parfois nécessaire à la sauvegarde d'intérêts supérieurs, qu'ils soient individuels ou collectifs »¹²²⁹.

Une seconde raison d'ordre pratique est susceptible de justifier le recours au procédé des validations législatives. En effet, le motif d'illégalité dont le législateur entend purger l'acte validé est parfois « minime » au regard des conséquences qu'entraînerait son annulation ou celle des actes pris sur son fondement. Ainsi, la décision du 22 juillet 1980¹²³⁰ a validé les actes portant nomination d'enseignants à l'université dans l'hypothèse où ces nominations auraient été contestées au motif de l'absence de consultation du comité technique paritaire

¹²²⁷ La jurisprudence AC ! est le moyen le plus avouable par le juge administratif d'atténuer les effets d'une illégalité constatée. Mais il n'est pas le seul moyen. B. Seiller en répertorie d'autres, comme l'hypothèse – extrême – rarement mise en œuvre qui consiste pour le juge administratif à se soustraire à son obligation de sanctionner une illégalité en faisant « comme si » celle-ci n'existait pas, ou encore le fait pour le juge de « réécrire » un acte pour en effacer les illégalités potentielles (B. Seiller, « L'illégalité sans l'annulation », *A.J.D.A.*, 2004, pp. 963- 970). Voir également O. Mamoudy, « D'AC ! à M6 en passant par Danthony. 10 ans d'application de la jurisprudence AC ! – Bilans et perspectives », *A.J.D.A.*, 2014, n°9, pp. 501-508 et A.-C. Bezzina, « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC ! », *A.J.D.A.*, 2014, n°4, pp. 735-752.

¹²²⁸ Décision C.E., ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres, n°255886 à 255892.

¹²²⁹ *L. Milano*, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », art. cit., n.p.d.a. 447.

¹²³⁰ Décision C.C., n°80-119 DC, préc.

central des personnels de statut universitaire. De même, la décision du 29 décembre 1999¹²³¹ a validé des avis de mise en recouvrement de T.V.A. non acquittée émis par le receveur du nouveau domicile d'un contribuable, lorsque celui-ci a déménagé, le juge administratif ayant estimé que le recevable territorialement compétent était celui de l'ancien domicile. Ces deux décisions, bien que différentes, illustrent l'idée – pleinement subjective – selon laquelle il n'est pas souhaitable que de « petites irrégularités » emportent de « lourds effets ». Les validations législatives permettent d'éviter de telles situations de disproportion entre l'irrégularité de l'acte et les effets de son annulation, sans que toutefois soit résolue la question des modalités de l'appréciation de ce contrôle de proportionnalité.

516. Le pragmatisme du Conseil, s'agissant de son choix de décerner un brevet de conformité aux validations législatives, est donc visible dans ces deux motivations d'ordre pratique. Mais il est également perceptible dans le souci du juge constitutionnel de préserver la sécurité juridique, ce à quoi peuvent concourir les validations législatives.

2. Une solution guidée par le souci de préserver la sécurité juridique

517. La sécurité juridique¹²³² n'est pas un principe constitutionnel. C'est ce qui ressort d'une décision du 29 décembre 1984¹²³³, dans laquelle le Conseil refuse d'accueillir le grief formulé par les requérants, selon lequel la modification rétroactive d'une loi porterait atteinte « à la sécurité juridique qui fonde le droit des personnes dans une démocratie »¹²³⁴. Or, si cette position a été maintenue, depuis, par le juge constitutionnel, ce dernier a progressivement accueilli la sécurité juridique non pas en tant que principe constitutionnel, mais en tant qu'objectif¹²³⁵ ou motif d'intérêt général¹²³⁶ susceptible de justifier l'intervention du

¹²³¹ Décision C.C., n°99-425 DC du 29 décembre 1999, Loi de finances rectificative pour 1999, J.O. du 31 décembre 1999, p. 20012, Rec. p. 168.

¹²³² Sur le principe de sécurité juridique, voir not. A.-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Paris, 2005, 534 p. ; B. Mathieu, « Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l'Horloge », *D.*, 2004, n°22, pp. 1603-1604 ; F. Grech, « Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français », *R.F.D.C.*, 2015, n°102, pp. 405-428 ; G. Pelissier, « La sécurité juridique, vecteur de prise en compte de la vie économique dans l'appréciation de l'intérêt général », *R.J.E.P.*, 2010, n°674, pp. 29-32.

¹²³³ Décision C.C., n°84-184 DC du 29 décembre 1984, Loi de finances pour 1985, J.O. du 30 décembre 1984, p. 4167, Rec. p. 94.

¹²³⁴ Décision C.C., n°84-184 DC, préc., cons. 31. Le refus du Conseil de considérer la sécurité juridique comme une norme de référence est d'autant plus perceptible que le juge constitutionnel reprend le grief soulevé par les requérants en utilisant des guillemets.

¹²³⁵ Décision C.C., n°2007-547 DC du 15 février 2007, Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, J.O. du 22 février 2007, p. 3252, Rec. p. 60, cons. 36 ; décision C.C., n°2008-568 DC du 7 août 2008, Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, J.O. du 21 août 2008, p. 13079, Rec. p. 352, cons. 6 ; décision C.C., n°2012-659 DC du 13 décembre 2012, Loi

législateur, ou encore en tant que motif susceptible de justifier le report des effets dans le temps d'une déclaration d'inconstitutionnalité dans le cadre du contrôle *a posteriori*¹²³⁷. Le Conseil a également conféré une valeur constitutionnelle à certaines des implications de la sécurité juridique, telles que l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi, qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle¹²³⁸ ou l'interdiction de porter aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant¹²³⁹. Il est donc plus qu'évident que la sécurité juridique fait l'objet d'une préoccupation certaine de la part du Conseil constitutionnel, et ce bien que ce dernier n'en ait pas donné de définition précise. En revanche, le Conseil d'Etat, à l'occasion de son rapport public de 2006 consacré à la sécurité juridique, a estimé que « le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis de ce qui est défendu par le droit applicable ». Il a ensuite précisé que « pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles »¹²⁴⁰.

518. Dès lors, dans une certaine mesure, les validations législatives participent de la sécurité juridique. En effet, il résulte du risque d'annulation d'une décision une certaine insécurité juridique, notamment en raison de « l'effet destructeur de la rétroactivité de la décision juridictionnelle »¹²⁴¹. D'un côté, cette insécurité est la conséquence inévitable de l'application des principes de l'Etat de droit, au premier rang desquels le principe de légalité et le respect de la hiérarchie des normes. C'est parce qu'à tout moment l'acte porteur d'une

de financement de la sécurité sociale pour 2013, J.O. du 18 décembre 2012, p. 19861, Rec. p. 680, cons. 80. Le Conseil reprend cette idée même en dehors de son office contentieux, voir la décision C.C., n°2008-24 ELEC du 29 mai 2008, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2007, J.O. du 4 juin 2008, p. 9205, Rec. p. 305 : « L'objectif de sécurité juridique requiert par conséquent que le code électoral réglemente précisément les bulletins de vote en énumérant les mentions obligatoires ou facultatives et en interdisant expressément toute autre mention non prévue, à charge pour les commissions de propagande de faire respecter cette réglementation sous le contrôle du juge des référés administratifs ».

¹²³⁶ Voir not. la décision C.C., n°2014-691 DC du 20 mars 2014, Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, J.O. du 26 mars 2014, p. 5925, cons. 9.

¹²³⁷ Voir not. la décision C.C., n°2010-45 QPC du 6 octobre 2010, M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet], J.O. du 7 octobre 2010, p. 18156, Rec. p. 270, cons. 7.

¹²³⁸ Voir not. décision C.C., n°2009-592 DC du 19 novembre 2009, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, J.O. du 25 novembre 2009, p. 20223, Rec. p. 193, cons. 6 et décision C.C., n°2009-599 DC du 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010, J.O. du 31 décembre 2009, p. 22995, Rec. p. 218, cons. 55 et s.

¹²³⁹ Voir not. décision C.C., n°2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006, J.O. du 31 décembre 2005, p. 20705, Rec. p. 168, cons. 45-46 et décision C.C., n°2007-550 DC du 27 février 2007, Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, J.O. du 7 mars 2007, p. 4368, Rec. p. 81, cons. 4 et 10.

¹²⁴⁰ *Rapport public du Conseil d'Etat pour 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, Paris, 2006, p. 281.

¹²⁴¹ B. Mathieu, « Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l'Horloge », art. cit., p. 1603.

irrégularité est susceptible de faire l'objet d'un recours juridictionnel et d'être annulé que l'Etat de droit¹²⁴² est assuré. D'un autre côté, si elle est excessive, cette insécurité juridique peut être contre-productive et attentatoire à la stabilité juridique que requiert un tel Etat de droit¹²⁴³. Il s'agit donc de trouver le bon équilibre entre la sanction des actes porteurs d'irrégularités et le maintien d'une certaine stabilité juridique. Et lorsque le législateur procède à des validations législatives, c'est précisément à cet équilibre qu'il semble vouloir contribuer. G. Pellissier abonde dans ce sens en notant que « toute décision administrative risque de faire l'objet d'un recours contentieux et d'être annulée. L'insécurité juridique qui en résulte est importante lorsque la décision a créé des droits. (...) Le risque contentieux est d'autant plus important que les droits accordés par les décisions administratives ont une valeur économique importante », pour en déduire que « le souci d'éviter une atteinte excessive à la sécurité juridique constitue le motif d'intérêt général qui justifie la validation législative »¹²⁴⁴. Le Conseil a lui-même admis explicitement qu'une validation législative « confort(e) la sécurité juridique », en l'occurrence des employeurs et des employés du secteur économique concerné par la mesure de validation¹²⁴⁵. Et en effet, les validations législatives permettent de préserver des droits ou des situations acquis. A première vue, il est étonnant de constater que les requérants, tant dans le cadre du contrôle *a priori*¹²⁴⁶ que du contrôle *a posteriori*¹²⁴⁷, continuent de s'appuyer sur la méconnaissance de la sécurité juridique pour demander au Conseil de censurer les dispositions législatives porteuses de validation. B. Mathieu propose toutefois une explication à cet apparent paradoxe. Il estime en effet que « le principe de sécurité juridique présente deux aspects ». D'une part, « la préservation de la sécurité juridique peut engendrer des atteintes à certains droits individuels comme le droit au recours » alors que, d'autre part, « la sécurité exige la protection des droits

¹²⁴² J. Chevallier propose la définition suivante de l'Etat de droit : « dans un tel Etat, le pouvoir ne peut user que des moyens autorisés par l'ordre juridique en vigueur, tandis que les administrés disposent de voies de recours juridictionnelles contre les abus qu'il est susceptible de commettre » (J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 12-13).

¹²⁴³ *Ibid*, p. 1603.

¹²⁴⁴ G. Pellissier, « La sécurité juridique, vecteur de prise en compte de la vie économique dans l'appréciation de l'intérêt général », *R.J.E.P.*, 2010, n°674, n.p.d.a. 29.

¹²⁴⁵ Décision C.C., n°2006-544 DC du 14 décembre 2006, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, J.O. du 22 décembre 2006, p. 19356, Rec. p. 129, cons. 21.

¹²⁴⁶ Voir la décision C.C., n°99-422 DC du 21 décembre 1999, Loi de financement pour la sécurité sociale pour 2000, J.O. du 30 décembre 1999, p. 19730, Rec. p. 143, cons. 56 ; la décision C.C., n°2014-695 DC, du 24 juillet 2014, Loi relative à la sécurisation des contrats de prêt structurés souscrits par les personnes morales de droit public, J.O. du 30 juillet 2014, p. 12514, cons. 6.

¹²⁴⁷ Voir la décision C.C., n°2010-2 QPC du 11 juin 2010, Mme Viviane L. [Loi dite « anti-Perruche »], J.O. du 12 juin 2010, p. 10847, Rec. p. 105, cons. 20 ; décision C.C., n°2010-78 QPC du 10 décembre 2010, Société IMNOMA [Intangibilité du bilan d'ouverture], J.O. du 11 décembre 2010, p. 21712, Rec. p. 387, cons. 2.

individuels, elle en constitue la garantie »¹²⁴⁸. Les validations législatives se situent au confluent de ce double mouvement de la sécurité juridique¹²⁴⁹. Elles contribuent, ainsi que cela vient d'être démontré, au maintien d'une certaine sécurité juridique. Mais, en conférant une sorte d'immunité contentieuse à des actes irréguliers, elles portent atteinte à un certain nombre de principes qui sont autant d'éléments contribuant à la sécurité juridique et au maintien de l'Etat de droit.

519. Ainsi, la décision du Conseil constitutionnel de décerner un brevet de conformité aux dispositions législatives de validation relève d'un arbitrage entre ces deux versants de la sécurité juridique. Or, cette solution consistant à favoriser la stabilité des normes, quand bien même celles-ci seraient irrégulières, est problématique à plusieurs égards.

B. La constitutionnalité du principe des lois de validation : une solution problématique

520. Si les validations législatives sont parfois – voire souvent – décrites comme « un procédé aussi brutal et décrié que commode à utiliser, (...) chargé de tous les maux »¹²⁵⁰, c'est parce que, aussi pratique et favorable à la stabilité juridique que ce procédé puisse être, il n'en pose pas moins un certain nombre de difficultés. En effet, même si les validations législatives ne peuvent pas remettre en cause les décisions de justice devenues définitives¹²⁵¹ et, partant, ne remettent pas non plus en cause les droits que « les justiciables ont acquis en faisant triompher leur cause »¹²⁵², elles sont susceptibles de mettre en cause tant la garantie des droits **(1.)** que le principe de séparation des pouvoirs **(2.)**. C'est donc à l'ensemble de l'article 16 de la Déclaration de 1789 que se heurtent les validations législatives.

1. Une solution problématique pour la garantie des droits

521. En premier lieu, dans la mesure où les validations législatives ne sauraient, sous peine d'être censurées par le Conseil constitutionnel, remettre en cause les décisions de justice devenues définitives, il résulte inévitablement du recours à ce procédé une différence de

¹²⁴⁸ B. Mathieu, « Rétroactivité des lois fiscales et sécurité juridique : l'application concrète d'un principe implicite », *R.F.D.A.*, 1999, n°1, n.p.d.a. 89.

¹²⁴⁹ Voir également B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, LGDJ, Paris, 2015, p. 55-56.

¹²⁵⁰ J.-P. Camby, « Validations législatives : des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *R.D.P.*, 2000, n°3, p. 611.

¹²⁵¹ Voir *infra*.

¹²⁵² M. Entiope, « Une nouvelle étape dans le contrôle des validations législatives : la nécessité de la constitutionnalité de l'acte validé », *L.P.A.*, 1999, n°34, n.p.d.a. 12.

traitement des justiciables devant la loi. En effet, les justiciables dont l'instance est close par une décision de justice devenue définitive au moment de l'entrée en vigueur de la loi de validation se trouvent dans une situation différente des justiciables qui n'ont pas encore engagé d'instance ou dont l'instance est en cours. L'effet de la validation n'atteindra que cette seconde catégorie de justiciables, en plus de profiter à l'Etat. Dès lors, que la disposition soit favorable ou non aux requérants, seule une partie d'entre eux « bénéficiera » - ou « supportera » le poids – de la mesure de validation, de telle sorte qu'il est possible de soutenir que les validations législatives portent en germe une atteinte au principe d'égalité devant la loi, garanti par l'article 6 de la Déclaration de 1789¹²⁵³. Mais avant même que le grief ait été soulevé par des requérants à l'occasion d'une saisine relative à une loi de validation, le Conseil constitutionnel a lui-même désamorcé ce grief en prononçant son inopérance. Dans une décision du 26 juin 1987¹²⁵⁴, à l'occasion du contrôle obligatoire d'une loi organique relative à la situation des magistrats, le Conseil estimait en effet que si les magistrats dont la nomination a été annulée par une décision de justice « se trouvent traités différemment quant au déroulement de leur carrière de ceux de leurs collègues dont la nomination est validée par le texte présentement examiné, cette différence tire son origine du fait qu'il n'appartient pas au législateur de censurer les décisions des juridictions et d'enfreindre par là même le principe de séparation des pouvoirs »¹²⁵⁵. Cette affirmation n'a pourtant pas empêché les requérants de soulever, régulièrement, l'existence d'une rupture d'égalité du fait des validations législatives¹²⁵⁶, et explique que le Conseil rejette invariablement ce grief en réitérant sa position formulée en 1987.

522. D'un côté, la position du juge constitutionnel est compréhensible. La création d'une différence de traitement entre les justiciables est en effet inhérente à l'acte de légiférer,

¹²⁵³ Article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

¹²⁵⁴ Décision C.C., n°87-228 DC du 26 juin 1987, Loi organique relative à la situation des magistrats nommés à des fonctions de premier grade, J.O. du 26 juin 1987, p. 6998, Rec. p. 38.

¹²⁵⁵ Décision C.C., n°87-228 DC, préc., cons. 8.

¹²⁵⁶ Voir la décision C.C., n°91-298 DC du 24 juillet 1991, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, J.O. du 26 juillet 1991, p. 9920, Rec. p. 82, cons. 20 ; décision C.C., n°96-375 DC du 9 avril 1996, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, J.O. du 13 avril 1996, p. 5730, Rec. p. 60, cons. 7 ; décision C.C., n°2010-78 QPC du 10 décembre 2010, préc., cons. 2 ; décision C.C., n°2013-682 DC du 19 décembre 2013, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, J.O. du 24 décembre 2013, p. 21069, Rec. p. 1094, cons. 9 ; décision C.C., n°2013-685 DC du 29 décembre 2013, Loi de finances pour 2014, J.O. du 30 décembre 2013, p. 22188, Rec. p. 1127, cons. 73 ; décision C.C., n°2013-327 QPC du 21 juin 2013, SA Assistance Sécurité et Gardiennage [Taxe additionnelle à la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises – Validation législative], J.O. du 23 juin 2013, p. 10457, Rec. p. 851 ; décision C.C., n°2014-695 DC, préc., cons. 7.

puisque l'intervention du législateur apporte nécessairement une modification de l'ordre juridique qui, par voie de conséquence, instaure une différence de traitement entre les individus soumis à l'ancien état du droit, d'une part, et ceux soumis au nouvel état du droit, d'autre part. De ce point de vue, l'intervention du législateur, lorsqu'il opère une validation législative, ne se démarque de son action « habituelle » que par la temporalité choisie, la rétroactivité inhérente aux validations impliquant un déplacement du curseur de l'application de l'« ancien » et du « nouveau » droit. Pour justifier la différence de traitement, le Conseil ne s'appuie cependant pas sur le caractère inévitable de celle-ci, mais sur le respect du principe de séparation des pouvoirs. L'utilisation dudit principe à cette fin montre qu'il ne peut être pensé systématiquement comme un instrument – direct ou indirect – de protection des droits et libertés.

523. D'un autre côté, si la sécurité juridique, comprise en tant que stabilité du droit, se satisfait des validations législatives, en ce qu'elles permettent la continuité de l'application d'un acte en dépit de son irrégularité, il n'en va pas de même pour le second « versant » de la sécurité juridique évoqué par B. Mathieu¹²⁵⁷, qui repose sur la garantie des droits. En effet, la sécurité juridique implique également le respect de certains principes qui contribuent à la garantie des droits, au nombre desquels figure la non-rétroactivité de la loi. La Constitution prohibe néanmoins l'adoption de dispositions rétroactives uniquement en matière pénale, en vertu de l'article 8 de la Déclaration de 1789¹²⁵⁸. Il n'en demeure pas moins que le recours du législateur à la rétroactivité – qui est l'un des éléments essentiels de définition des validations législatives – est susceptible d'entraîner une certaine insécurité juridique, dans le sens où elle fait perdurer les effets d'une norme dont il était légitime de penser, en raison de son irrégularité, qu'elle serait annulée ou écartée par le juge. Parmi les principes qui contribuent à la garantie des droits figure également le droit au recours, qui découle selon le Conseil de l'article 16 de la Déclaration de 1789¹²⁵⁹. Or, il est plus qu'évident que « le mécanisme (des validations législatives) porte atteinte au principe à valeur constitutionnelle du droit au recours »¹²⁶⁰ dans la mesure où il interdit à un justiciable de saisir un juge afin de ne pas se voir soumis aux effets d'un acte irrégulier. Le Conseil écarte pourtant l'ensemble de ces

¹²⁵⁷ Voir *supra*.

¹²⁵⁸ Article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

¹²⁵⁹ Voir not. décision C.C., n°2012-288 QPC du 17 janvier 2013, Consorts M. [Qualité pour agir en nullité d'un acte pour insanité d'esprit], J.O. du 18 janvier 2013, p. 1293, cons. 4.

¹²⁶⁰ B. Mathieu, « Les validations législatives devant le juge constitutionnel. Bilan d'une jurisprudence récente », *R.F.D.A.*, 1995, n.p.d.a. 780.

arguments pour accueillir relativement favorablement les validations législatives dans sa jurisprudence.

524. Ainsi, et malgré le refus manifeste du Conseil de considérer que les validations législatives portent atteinte à différentes composantes de la garantie des droits, il convient d'admettre qu'elles ne sont guère favorables à ces dernières¹²⁶¹.

2. Une solution problématique pour le principe de séparation des pouvoirs

525. Le brevet de constitutionnalité décerné aux validations législatives découle d'une conception perméable du principe de séparation des pouvoirs. C'est-à-dire que le mécanisme des lois de validation, en étant jugé conforme à la Constitution par le Conseil, constitue une dérogation, ou au moins un « tempérament »¹²⁶² au principe de séparation des pouvoirs tel qu'il est employé par le juge constitutionnel lorsqu'il s'agit de la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel. Cette idée correspond en outre au sentiment des juridictions ordinaires, comme en témoigne par exemple le communiqué de la Cour de cassation à l'occasion d'une décision du 23 janvier 2004 dans lequel le juge judiciaire sous-entend que les lois de validation constituent une ingérence du législateur dans le fonctionnement de la justice¹²⁶³.

526. P. Terneyre avance une explication quant au tempérament aménagé par le Conseil au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs « qui, en apparence, n'est pas susceptible d'exceptions. Toutefois, en pensant peut-être aux graves échecs des régimes politiques fondés sur une séparation des pouvoirs rigide et dogmatique »¹²⁶⁴, le Conseil aurait estimé que le principe de séparation des pouvoirs ne s'oppose pas, en principe, à ce que le législateur ait recours aux validations législatives. Mais l'explication de P. Terneyre n'emporte pas la conviction. D'abord, parce que si la « rigidité » de la séparation des pouvoirs est à l'origine des dysfonctionnements des régimes précédents, il s'agit uniquement de la séparation entre les pouvoirs politiques, et non de celle entre les pouvoirs politiques et juridictionnel. Les validations législatives relevant de la seconde, il est peu probable que le Conseil ait vu en

¹²⁶¹ Il était d'ailleurs possible d'imaginer que la Cour européenne des droits de l'homme examine la conventionnalité des lois de validation à travers le prisme du droit à un recours juridictionnel effectif, aboutisse à un jugement d'inconventionnalité pour méconnaissance de ce dernier. Or, c'est à la lumière d'un autre principe que la Cour de Strasbourg examine les validations législatives : le droit au procès équitable.

¹²⁶² P. Terneyre, « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité. Contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité », *R.D.P.*, 1987, n°6, p. 1510.

¹²⁶³ Décision Cass., plén., 23 janvier 2004, n°03-13617.

¹²⁶⁴ *Ibid*, p. 1510.

elles un moyen de mettre un terme aux errements politiques des républiques précédentes. Nul ne saurait par ailleurs prétendre que l'interdiction du recours aux validations législatives entraîne un risque sérieux de blocage ou d'effondrement du régime politique. L'explication de P. Terneyre ne convainc pas, ensuite, parce que même dans le cadre de la séparation entre les pouvoirs politiques, le Conseil retient une conception étanche du principe de séparation des pouvoirs. En revanche, l'explication se révèle probante sur un point, qu'elle n'évoque par ailleurs qu'implicitement, le pragmatisme qui pousse le Conseil à adopter une conception perméable du principe de séparation des pouvoirs¹²⁶⁵.

527. Plusieurs éléments témoignent de ce que les validations législatives constituent une ingérence du législateur dans la fonction juridictionnelle, ce qui aurait pu, par conséquent, mener le Conseil à la juger contraire au principe de séparation des pouvoirs¹²⁶⁶. D'abord, en prononçant la validité d'un acte qui, pourtant, comporte des irrégularités, le législateur empêche le juge d'exercer sa fonction juridictionnelle « qui vise, notamment, à assurer le respect du principe de légalité et aux droits des justiciables d'obtenir satisfaction » lorsqu'un acte est irrégulier¹²⁶⁷. Cet élément est d'ailleurs souvent invoqué par les requérants à l'occasion de saisines visant à contester la constitutionnalité d'une disposition de validation¹²⁶⁸. Il est pourtant systématiquement rejeté par le Conseil, qui estime que le principe de séparation des pouvoirs interdit seulement au législateur et au Gouvernement de « censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence »¹²⁶⁹. En revanche, le fait d'empêcher le juge d'exercer sa fonction ne serait donc pas, sous réserve du respect de certaines conditions, contraire au principe de séparation des pouvoirs, ce qui témoigne d'une perméabilité – même faible – de la conception que le juge constitutionnel a de ce dernier. Si la doctrine semble aujourd'hui considérer comme acquise cette conception de la séparation des pouvoirs, celle-ci suscitait auparavant l'ire de certains auteurs, à l'instar de R. Capitant. A l'occasion de la remise de son rapport au nom de la commission des lois, celui-ci se livrait à

¹²⁶⁵ Voir *supra*.

¹²⁶⁶ Il aurait retenu une solution analogue au premier état de la jurisprudence européenne en la matière (décision Cour E.D.H., 9 décembre 1994, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce, n°13427/87, §49).

¹²⁶⁷ B. Mathieu, « Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l'Horloge », art. cit., n.p.d.a. 1603.

¹²⁶⁸ Voir not. décision C.C., n°96-375 DC du 9 avril 1996, préc., cons. 7 : « les sénateurs auteurs de la saisine soutiennent tout d'abord que cette disposition porterait une très grave atteinte au principe de la séparation des pouvoirs en conduisant au rejet de la plupart des recours actuellement pendants devant la juridiction judiciaire et en interdisant aux justiciables s'estimant lésés par une mauvaise application de la loi de faire utilement valoir leurs droits devant le juge ».

¹²⁶⁹ Décision C.C., n°80-119 DC, préc., cons. 6.

une salve de critiques à l'égard des validations législatives : « Lorsque l'administration a commis une illégalité, lorsque l'acte administratif illégal a été annulé par la juridiction administrative ou lorsqu'il a fait l'objet de recours contentieux de la part des intéressés qui ont été lésés par lui, le Gouvernement peut-il demander au Parlement de couvrir la faute qu'il a commise, d'effacer l'illégalité dont il s'est rendu coupable ? La Constitution permet-elle au Gouvernement de solliciter pour lui-même cette sorte d'amnistie ? Le principe de la séparation entre pouvoir législatif et autorité juridictionnelle s'applique directement à la question qui vous est posée. Des décisions juridictionnelles, annulant certains actes administratifs, ayant été rendues ou susceptibles de l'être, il s'agit de savoir si le législateur peut légitimement intervenir en vue de priver d'effet ces sentences ou de les prévenir en dessaisissant le juge... Sans doute, lorsque si souvent, dans le passé, il a accepté de valider des actes illégaux, le législateur a péché surtout par faiblesse : il a cédé à la pression gouvernementale, elle-même actionnée par une administration toujours plus orgueilleuse et impatiente du joug de la loi ; mais sa faiblesse n'en est pas moins coupable. Il n'y a pas de devoir plus sacré pour lui que de veiller à l'autorité de la loi qu'il a votée : il n'a pas le droit de consentir à ce qu'elle soit foulée aux pieds. Or, c'est ce qu'il fait quand il accepte de valider ces illégalités »¹²⁷⁰.

528. Ensuite, les validations législatives ont également pour effet d'influer sur le dénouement des procédures en cours. Là encore, cette circonstance gêne peu le Conseil qui a estimé, dès 1980, que le fait que la loi intervienne « dans une matière ayant donné lieu à des recours actuellement pendant », et s'applique à ces derniers, « n'est pas de nature à faire regarder cette loi comme non conforme à la Constitution »¹²⁷¹. La Cour européenne des droits de l'homme est, en revanche, plus attentive à cet élément. En 1994, elle a « paru frapper d'opprobre le principe même des validations législatives »¹²⁷² en condamnant « toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement du litige »¹²⁷³ au nom du principe de prééminence du droit et du droit à un procès équitable garantis par l'article 6 de la Convention. Ce faisant, la Cour de Strasbourg se

¹²⁷⁰ Rapport n° 528 de R. Capitant fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur les articles 8, 9, 12, 23, 24, 28 et 29 retirés du projet de loi de finances rectificative pour 1967 (n° 488), en application de l'article 119 du Règlement, rendu le 28 novembre 1967. J.O., A.N., 1^{ère} session, 1967-1968, n°528, annexe au procès-verbal de la séance du 28 novembre 1967.

¹²⁷¹ Décision C.C., n°80-119 DC, préc., cons. 6.

¹²⁷² J. Roux, « Du "but d'intérêt général suffisant" au "motif impérieux d'intérêt général" : les mots et les choses », *A.J.D.A.*, 2014, n°21, n.p.d.a. 1204.

¹²⁷³ Décision Cour E.D.H., 9 décembre 1994, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce, n°13427/87, §49.

positionnait en protectrice de l' « indépendance fonctionnelle »¹²⁷⁴ du pouvoir juridictionnel, pour retenir une conception de la séparation des pouvoirs franchement différente de celle du Conseil. Le fait pour le législateur d'influer sur les procédures en cours n'est pas in conventionnel, mais le devient lorsqu'il est le principal but poursuivi par le législateur, de telle sorte que la Cour ne condamne pas tant l'atteinte au principe de séparation des pouvoirs, qu'elle a par ailleurs consacré en 2002¹²⁷⁵, que l'atteinte au droit à un procès équitable. Depuis, la Cour a nuancé sa position, puisqu'elle admet les ingérences de l'Etat dans des procédures pendantes sous certaines conditions¹²⁷⁶.

529. Tous ces éléments auraient pu être retenus par le Conseil pour juger les validations législatives contraires au principe de séparation des pouvoirs et témoignent de ce qu'il a, au contraire, choisi de retenir une conception perméable de ce principe. Les validations législatives constituent donc, ainsi, qu'il vient d'être démontré, un mécanisme problématique, tant au vu de la garantie des droits qu'au vu du principe de séparation des pouvoirs, mais que le Conseil a pourtant choisi de tolérer. C'est d'ailleurs probablement pour cette raison que, le plus souvent, le juge constitutionnel semble consacrer un soin particulier à la motivation de ses décisions lorsqu'il décide de déclarer une validation législative conforme à la Constitution, bien plus que quand il fait le choix de la censurer. Et c'est également « parce qu'elles sont susceptibles d'affecter tant la garantie des droits des individus que le principe de séparation des pouvoirs, (que) les validations législatives font l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par le juge constitutionnel »¹²⁷⁷. Ce faisant, le Conseil s'emploie à juguler la perméabilité de la séparation des pouvoirs qui lui permet de décerner un brevet de conformité aux validations législatives.

¹²⁷⁴ X. Souvignet, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 351.

¹²⁷⁵ Décision Cour E.D.H., 2^{ème} section, 28 mai 2002, *Stafford c/ R.U.*, n°46295/99, §78. Dans cette décision, il s'agissait de la séparation entre l'Exécutif et le pouvoir judiciaire. La référence au principe de la « séparation entre le législatif et le judiciaire » apparaît peu de temps après dans la jurisprudence de la Cour (décision Cour E.D.H., 17 décembre 2002, *A. c/ R.U.*, n°35373/97, §77).

¹²⁷⁶ Décision Cour E.D.H., 23 octobre 1997, *National and Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society and the Yorkshire Building Society c/ R.-U.*, n° 21319/93, n°21449/93 et n°21675/93, § 112.

¹²⁷⁷ L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », art. cit., n.p.d.a. 447.

§2. L'encadrement de la perméabilité : les conditions du recours aux lois de validation

530. Les conditions du recours aux validations législatives, dont on sait désormais qu'il est possible tant pour les actes administratifs¹²⁷⁸ que pour les actes de droit privé¹²⁷⁹, ont été fixées dès la décision du 22 juillet 1980¹²⁸⁰. La perméabilité de la séparation des pouvoirs n'était alors toutefois jugulée que par un encadrement minimaliste, si bien que le recours aux validations législatives était fréquent et aisé (**A.**). Mais cet état, favorable au législateur, n'a pas duré. En effet, le juge constitutionnel, essentiellement sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, a progressivement renforcé l'encadrement juridictionnel des validations législatives. Ce faisant, il a jugulé davantage la perméabilité de la séparation des pouvoirs pour éviter que cette dernière n'emporte un nombre trop important d'effets néfastes sur le pouvoir juridictionnel et la garantie des droits (**B.**).

A. Un encadrement initial peu contraignant

531. La décision du 22 juillet 1980¹²⁸¹, dans laquelle le Conseil se prononce pour la première fois sur une disposition de validation, est également l'occasion pour le juge constitutionnel de poser les jalons du contrôle qu'il entend opérer sur de telles dispositions. Il apparaît ainsi que le législateur peut, sauf en matière pénale¹²⁸², agir par voie de dispositions rétroactives, à condition, d'une part, de ne pas méconnaître le principe de l'indépendance des juridictions (**1.**) et, d'autre part, de poursuivre un but d'intérêt général (**2.**)

1. Le respect du principe d'indépendance des juridictions

532. Dans la décision du 22 juillet 1980, les requérants demandaient au Conseil constitutionnel de censurer la disposition de validation, estimant qu'elle est contraire au principe de séparation des pouvoirs en ce qu'elle comporte « une intervention du législateur

¹²⁷⁸ Le législateur peut donc valider un acte réglementaire (voir not. décision C.C., n°80-119 DC, préc.) ou une mesure individuelle (voir not. décision C.C., n°85-192 DC du 24 juillet 1985, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, J.O. du 26 juillet 1985, p. 8510, Rec. p. 56, cons. 10).

¹²⁷⁹ Décision C.C., n°2006-545 DC du 28 décembre 2006, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant certaines dispositions d'ordre économique et social, J.O. du 31 décembre 2006, p. 20320, Rec. p. 138, cons. 35.

¹²⁸⁰ Décision C.C., n°80-119 DC, préc.

¹²⁸¹ Décision C.C., n°80-119 DC, préc.

¹²⁸² Ce principe trouve son fondement dans l'article 8 de la Déclaration de 1789, qui prévoit que « la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliqué ».

dans le fonctionnement de la justice »¹²⁸³. En guise de réponse, et afin de procéder à l'examen de la disposition législative de validation, le Conseil a choisi de ne pas invoquer le principe constitutionnel général de la séparation des pouvoirs, mais l'une de ses implications contentieuses¹²⁸⁴ : le principe de l'indépendance des juridictions. Il a estimé que « le principe de l'indépendance des juridictions, ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions »¹²⁸⁵ impose trois limites au Gouvernement¹²⁸⁶ et au législateur lorsque ce dernier adopte une disposition de validation.

533. En premier lieu, le législateur ne doit pas, à l'occasion d'une validation, censurer de décision de justice devenue définitive. Autrement dit, si le législateur peut adopter des dispositions rétroactives, il ne saurait exiger qu'il en soit fait application aux situations déjà jugées. Il s'agit là d'une interdiction constante dans la jurisprudence, et qui ne saurait connaître d'exception, sous peine de « mettre à néant »¹²⁸⁷ la séparation entre le législateur et le pouvoir juridictionnel. Dès lors, le législateur ne saurait revenir sur une décision de justice ou une série de décisions de justice. Cette interdiction faite au législateur se décline sous plusieurs formes dans la jurisprudence constitutionnelle. Elle empêche ainsi le législateur de priver d'effets une décision de justice¹²⁸⁸, de porter atteinte à son dispositif ou de méconnaître ses motifs¹²⁸⁹. En revanche, le Conseil a précisé dans une décision du 21 décembre 2006 que cette interdiction ne s'oppose pas à ce que le législateur « corrige les effets » d'une décision de justice¹²⁹⁰. Or, la nuance entre la correction des effets d'une décision juridictionnelle et le

¹²⁸³ Décision C.C., n°80-119 DC, préc., cons. 5.

¹²⁸⁴ Voir *supra*.

¹²⁸⁵ Décision C.C., n°80-119 DC, préc., cons. 6.

¹²⁸⁶ Il est possible de s'étonner de la mention du Gouvernement ici dans la mesure où le Conseil énonce les normes de référence au contrôle de constitutionnalité des lois de validation. Il semble que le Conseil constitutionnel ait voulu ici montrer qu'il est conscient de ce que les validations législatives correspondent à une volonté commune et complémentaire des pouvoirs politiques, ce que tend à confirmer la formulation de la décision du 22 juillet 1980, dans laquelle le Conseil précise « qu'il résulte des débats parlementaires que le législateur, avec l'assentiment du Gouvernement, a, par-là, entendu préserver le fonctionnement continu du service public et le déroulement normal des carrières du personnel des conséquences d'éventuelles décisions contentieuses qui viendraient à annuler, comme ayant été prises sans consultation régulière du comité technique paritaire, les décrets visés par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ainsi que d'autres éventuelles décisions contentieuses qui viendraient annuler des actes réglementaires ou non réglementaires pris sur la base de ces décrets » (décision C.C., n°80-119 DC, préc., cons. 2).

¹²⁸⁷ Commentaire officiel de la décision n°2006-544 DC du 21 décembre 2006, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, J.O. du 22 décembre 2006, p. 19356, Rec. p. 129, p. 6.

¹²⁸⁸ Voir la décision C.C., n°2005-531 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances rectificative pour 2005, J.O. du 31 décembre 2005, p. 20730, Rec. p. 186, cons. 6. Dans cette décision, le Conseil censure une disposition législative au motif qu'elle prive « d'effets, pour la période antérieure au 1^{er} janvier 2001, l'arrêt précité de la Cour de justice des Communautés européennes ainsi que la décision précitée du Conseil d'Etat ».

¹²⁸⁹ Voir la décision C.C., n°2006-544 DC préc., cons. 20 dans laquelle le Conseil refuse de censurer une disposition - que les requérants accusaient de censurer une décision de justice - au motif qu'elle ne porte pas atteinte à son dispositif n'y n'en méconnaît les motifs.

¹²⁹⁰ Voir la décision C.C., n°2006-544 DC, préc., cons. 20.

fait de priver de priver cette dernière d'effets peut paraître ténue. Elle apparaît d'autant plus mince que le Conseil estime que le fait d'empêcher la « complète exécution » des conséquences financières d'une décision de justice relève de la correction de ses effets, mais ne la prive pas d'effets¹²⁹¹. Il semble donc falloir considérer que le principe de l'indépendance des juridictions tolère une intervention du législateur sur les effets d'une décision de justice, mais seulement si cette intervention a pour objet d'en atténuer les conséquences financières, que ce soit au bénéfice des justiciables, comme c'est le cas dans la décision du 21 décembre 2006, ou, le plus souvent, au profit de l'Etat¹²⁹². Cette ligne de partage entre le fait de corriger les effets et de priver d'effets une décision de justice est contestable dans la mesure où la correction des effets d'une décision de justice emporte une intervention – quelle que soit son degré – du législateur dans l'exécution d'une décision juridictionnelle, qui ne produit alors pas son plein effet. Elle s'explique toutefois par le maniement pragmatique du principe de séparation des pouvoirs et, partant, du principe d'indépendance des juridictions. En vertu de celui-ci, les principes précités ont pour objet de permettre au juge de sanctionner un acte irrégulier en vue d'assurer, directement et indirectement, la garantie des droits. Or, l'intervention du législateur afin d'atténuer les conséquences financières d'une décision de justice ne semble pas, le plus souvent, susceptible de porter atteinte à la garantie des droits. Cette considération pourrait donc justifier que ce type de dispositions législatives ne soit pas jugé contraire au principe de séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel par le Conseil.

534. En second lieu, le principe de l'indépendance des juridictions – et, partant, celui de la séparation des pouvoirs – interdit au législateur d'adresser des injonctions aux juridictions. Cette interdiction est interprétée de manière relativement restrictive puisque le Conseil admet que le législateur adopte des dispositions interprétatives, qui « s'apparentent à la loi de validation »¹²⁹³ et ont pour but de trancher une divergence d'interprétation entre plusieurs

¹²⁹¹ Commentaire officiel de la décision n°2006-544 DC, préc., p. 7.

¹²⁹² Décision C.C., n°2008-571 DC du 11 décembre 2008, Loi de financement pour la sécurité sociale pour 2009, J.O. du 18 décembre 2008, p. 19327, Rec. p. 378, cons. 13 : « Considérant (...) qu'il résulte des travaux parlementaires que l'article 37 de la loi déferée a pour objet de permettre, par une minoration de la part des cotisations prise en charge par les caisses au titre de l'année 2009, de tenir compte des conséquences financières de l'application de la décision du Conseil d'État ; que, si la disposition contestée compense les effets de cette décision, elle n'a pas pour effet de rétablir l'acte annulé ».

¹²⁹³ L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », art. cit., n.p.d.a. 447 : « bien qu'elles n'aient pas les mêmes caractéristiques, ces différentes lois ont des effets communs : d'une part, elles remettent en cause des droits acquis, d'autre part, lorsqu'elles sont applicables aux instances en cours, elles constituent une immixtion du législateur dans la fonction juridictionnelle ». C'est d'ailleurs pour cette raison que le Conseil contrôle leur constitutionnalité en faisant usage de la même grille de lecture que pour les lois de validation (décision C.C., n°91-298, préc., cons. 23 et 24).

juridictions ordinaires¹²⁹⁴ ou d'imposer aux juges une interprétation potentiellement différente de celle qu'ils retenaient jusque-là¹²⁹⁵. Or, ces dispositions, en ce qu'elles enjoignent au juge de retenir *une* – et une seule – interprétation, peuvent être considérées comme des injonctions. La Cour européenne et, à sa suite, la Cour de cassation¹²⁹⁶ abondent d'ailleurs dans ce sens lorsqu'elles estiment, certes sur des terrains différents, que l'article 6 de la Convention s'oppose à « toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige »¹²⁹⁷. En troisième lieu, le Conseil interdit au législateur de se substituer aux juridictions « dans le jugement des litiges relevant de leur compétence »¹²⁹⁸. Cette troisième conséquence contentieuse du principe d'indépendance des juridictions diffère peu de la précédente et n'a pas trouvé d'écho dans la jurisprudence jusqu'à aujourd'hui.

535. Outre ces trois limites tenant au respect du principe d'indépendance des juridictions, le Conseil conditionne l'intervention rétroactive du législateur à la poursuite d'un motif d'intérêt général.

2. La poursuite d'un motif d'intérêt général

536. Dès la décision du 22 juillet 1980, le Conseil a conditionné l'intervention rétroactive du législateur à la poursuite d'un motif d'intérêt général. Cette condition était alors exprimée de manière peu explicite, le Conseil estimant que « le législateur (...) avait, pour des raisons d'intérêt général, la faculté d'user de son pouvoir de prendre des dispositions rétroactives »¹²⁹⁹. Cette condition a ensuite fait l'objet d'une formulation plus explicite et plus générale en 1991, lorsque le Conseil a jugé que « par exception aux dispositions de valeur législative de l'article 2 du code civil, le législateur peut, pour des raisons d'intérêt général, modifier rétroactivement les règles que l'administration fiscale et le juge de l'impôt ont pour

¹²⁹⁴ Décision C.C., n°93-332 DC du 13 janvier 1994, Loi relative à la santé publique et à la protection sociale, J.O. du 18 janvier 1994, p. 925, Rec. p. 21, cons. 14 : « il était loisible (au législateur), sous réserve du respect des principes susvisés, d'user comme lui seul pouvait le faire en l'espèce, de son pouvoir de prendre des dispositions rétroactives afin de régler pour des raisons d'intérêt général les situations nées des divergences de jurisprudence ci-dessus évoquées ».

¹²⁹⁵ Décision C.C., n°91-298 DC, préc., cons. 23 et 24.

¹²⁹⁶ Décision Cass., plén., 24 janvier 2003, n°01-41.757 et 01-40.967. Sur ce sujet, voir B. Mathieu, « La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot », art. cit.

¹²⁹⁷ Décision Cour E.D.H., 9 décembre 1994, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce, n°13427/87, §49.

¹²⁹⁸ Décision C.C., n°80-119 DC, préc., cons. 6.

¹²⁹⁹ Décision C.C., n°80-119 DC, préc., cons. 9. Cette formulation se retrouve dans la décision C.C., n°85-192 DC, préc., cons. 15 et, de manière proche, dans la décision C.C., n°94-357 DC du 25 janvier 1995, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, J.O. du 31 janvier 1995, p. 1651, Rec. p. 179, cons. 16.

mission d'appliquer »¹³⁰⁰. La formulation retenue par le Conseil a varié jusqu'en 1999¹³⁰¹ mais, toujours, l'existence d'un lien entre validations législatives et poursuite d'un motif d'intérêt général est exigée par le Conseil constitutionnel. Ce motif d'intérêt général peut lui aussi être variable. Le plus souvent, il s'agit de préserver le fonctionnement continu du service public de l'enseignement ou de la justice et le déroulement normal des carrières¹³⁰², mais il peut également s'agir de considérations financières ou économiques¹³⁰³. Parfois, et il faut le regretter, le Conseil a affirmé que le législateur poursuivait un motif d'intérêt général, sans fournir plus de précision¹³⁰⁴.

537. En imposant au législateur de poursuivre un but d'intérêt général, le Conseil tend à rappeler à ce dernier que le recours aux validations législatives et, partant, l'adoption de dispositions rétroactives, a un coût en termes de séparation des pouvoirs et de garantie des droits. Dès lors, le Conseil ne consent à ce que le législateur sacrifie l'étanchéité de la séparation des pouvoirs, laquelle permettrait de protéger le pouvoir juridictionnel et la garantie des droits, que s'il a des « bonnes » raisons pour le faire, s'il poursuit un « but légitime »¹³⁰⁵. La difficulté réside dans l'identification de ce qui constitue, aux yeux du Conseil, une « bonne raison » susceptible de justifier la perméabilité de la séparation entre le

¹³⁰⁰ Décision C.C., n°91-298 DC, préc., cons. 23.

¹³⁰¹ Dans la décision C.C., n°87-228 DC, préc., le Conseil juge par exemple que le législateur, en adoptant les dispositions en cause, « a uniquement pourvu, comme lui seul avait pouvoir de le faire, à une situation qui, quelles que soient les erreurs administratives (...) commises, (...) doit être réglée conformément aux exigences du service public et de l'intérêt général » (cons. 7). Dans la décision C.C., n°93-332 DC, préc., le Conseil décidait « qu'au regard de l'intérêt général apprécié par le législateur, il lui était loisible en l'espèce, eu égard à la finalité invoquée, d'user de son pouvoir de prendre des dispositions rétroactives afin de régler, comme lui seul pouvait le faire, les situations nées de l'annulation » d'actes par le juge (cons. 8). Enfin, le Conseil a également jugé que le principe de l'indépendance des juridictions ne s'oppose pas à ce que, « dans l'exercice de sa compétence et au besoin, sauf en matière pénale, par la voie de dispositions rétroactives, le législateur modifie, dans un but d'intérêt général, les règles que le juge a mission d'appliquer dès lors qu'il ne méconnaît pas des principes ou des droits de valeur constitutionnelle » (décision C.C., n°96-375 DC, préc., cons. 8).

¹³⁰² Décision C.C., n°80-119 DC, préc., cons. 2 ; décision C.C., n°85-192 DC, préc., cons. 8 ; décision C.C., n°87-228 DC, préc., cons. 5.

¹³⁰³ Décision C.C., n°93-332 DC, préc., cons. 12 et 13 ; décision C.C., n°96-375 DC, préc., cons. 11.

¹³⁰⁴ Décision C.C., n°94-357 DC, préc., cons. 16. Ce silence du Conseil est d'autant plus surprenant que les travaux parlementaires soulignaient un certain nombre de raisons susceptibles de constituer un motif d'intérêt général à la validation. Ainsi, la commission des lois du Sénat estimait qu'« une telle motivation ne peut être raisonnablement discutée. La situation des comptes de l'assurance maladie (...) montre bien qu'il serait irresponsable d'empêcher la poursuite de la maîtrise médicalisée des dépenses de l'assurance maladie » mise en place par l'acte validé (rapport n°57, 1994-1995, fait par MM. C. Huriet et L. Souvet au nom de la commission des affaires sociales du Sénat).

¹³⁰⁵ Cette notion a d'ailleurs été employée par le Gouvernement français au titre de sa défense devant la Cour européenne dans l'affaire Zielinski (décision Cour E.D.H., 28 octobre 1999, Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ Fr., n°24846/94 et 34165/96 à 34173/96, §53). Elle est également reprise par la doctrine, notamment par N. Lenoir durant les débats de la table ronde organisée à l'occasion de la deuxième journée d'étude annuelle du centre de recherche de droit constitutionnel de l'Université Panthéon-Sorbonne (« Le Parlement, le juge et l'intérêt général », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), Dalloz, Paris, 2007, p. 82.

législateur et le pouvoir juridictionnel. Car, ainsi que le note P. Mazeaud, « la référence à l'intérêt général emprunte au sacré deux de ses traits essentiels : elle a un caractère vital ; elle est impossible à définir complètement »¹³⁰⁶. L'expression de « motif d'intérêt général » ne fournit en effet qu'une indication, à savoir que la validation législative doit constituer une sorte de plus-value qui profite à l'ensemble des justiciables et acteurs institutionnels. Sur ce point, elle s'oppose à l'intérêt particulier, ou à l'intérêt de quelques-uns¹³⁰⁷, et justifie que l'atteinte portée aux droits et libertés de ces derniers plie devant la poursuite de l'intérêt de tous. C'est alors une « balance entre ces intérêts contradictoires »¹³⁰⁸ à laquelle doit se livrer le législateur sous le contrôle du Conseil. Toutefois, cette indication ne suffit pas à cerner précisément la notion de « motif d'intérêt général », ce qui laisse au juge constitutionnel une importante marge d'appréciation pour contrôler la qualification à laquelle le législateur procède – implicitement ou explicitement – lorsqu'il vote une disposition de validation. Or, le Conseil, jusqu'en 1999, a fait usage de cette marge d'appréciation pour retenir une approche très large de l'intérêt général, de telle sorte qu'au cours de cette période, seules deux censures ont été prononcées à l'encontre d'une disposition de validation législative¹³⁰⁹. Au-delà du faible nombre de censures, deux éléments laissent penser que le Conseil s'est montré conciliant vis-à-vis du législateur. C'est, d'une part, la motivation quantitativement et qualitativement fluctuante des décisions dans lesquelles le Conseil prononce la conformité à la Constitution des dispositions de validation qui sème le doute sur la rigueur du Conseil lorsqu'il s'agit de s'assurer que la validation poursuit bien un motif d'intérêt général. C'est, d'autre part, la condamnation de France par la Cour de Strasbourg, le 28 octobre 1999¹³¹⁰, pour méconnaissance de l'article 6 de la Convention européenne, qui lève tout doute sur cette absence de rigueur. Saisie d'une disposition législative de validation jugée constitutionnelle par le Conseil¹³¹¹, la Cour a en effet jugé cette disposition inconstitutionnelle au motif qu'elle

¹³⁰⁶ P. Mazeaud, « Propos d'ouverture », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), Dalloz, Paris, 2007, p. 3. Dans le même registre, G. Merland emploie le terme de « halo mythique » qui entoure la notion d'intérêt général, qu'il qualifie également de « notion fuyante, insaisissable et floue » (G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), Dalloz, Paris, 2007, p. 36.

¹³⁰⁷ Bien que le Conseil leur ait donné tort, les requérants ont utilisé cette idée de poursuite d'un intérêt particulier pour demander au Conseil de censurer une validation législative (décision C.C., n°96-375 DC, préc., cons. 7 et s.).

¹³⁰⁸ B. Mathieu, « Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l'Horloge », art. cit., n.p.d.a. 1603.

¹³⁰⁹ Décision C.C., n°95-369 DC du 28 décembre 1995, Loi de finances pour 1996, J.O. du 31 décembre 1995, p. 19099, Rec. p. 257, cons. 33 à 35 et décision C.C., n°98-404 DC du 18 décembre 1998, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999, J.O. du 27 décembre 1998, p. 19663, Rec. p. 315, cons. 2 à 7.

¹³¹⁰ Décision Cour E.D.H., Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ Fr., préc.

¹³¹¹ Décision C.C., n°93-332 DC, préc., cons. 2 à 8.

ne poursuivait pas un « impérieux motif d'intérêt général » qui, seul, justifie l'intervention du législateur dans le cours de la justice¹³¹².

538. Cette condamnation de la France et, indirectement, du caractère excessivement permissif de la jurisprudence du Conseil, constitue le point de départ d'un long resserrement de l'encadrement par ce dernier du recours aux validations législatives. Dès lors, à partir du mois de décembre 1999, la perméabilité de la séparation des pouvoirs est jugulée de plus en plus fermement par le Conseil constitutionnel.

B. Un encadrement progressivement renforcé

539. A partir du mois de décembre 1999, le Conseil a considérablement renforcé l'encadrement des validations législatives et, par conséquent, jugulé davantage la perméabilité de la séparation des pouvoirs. Deux catégories successives de facteurs expliquent l'évolution du contrôle de la constitutionnalité des dispositions de validation et la difficulté croissante d'y avoir recours pour le législateur. Le Conseil a en effet intégré, d'une part, et dès 1999, un facteur externe, lié aux exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg (1.). Mais il semble également, d'autre part, que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a conduit le Conseil à effectuer un pas supplémentaire dans le renforcement de l'encadrement du recours aux validations législatives (2.).

1. La prise en compte d'un facteur externe

540. En raison du « laxisme »¹³¹³ dont une partie de la doctrine accuse le Conseil de faire preuve, il n'est pas étonnant que les validations législatives aient été un terrain d'affrontement entre les logiques du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité, du fait de l'intervention successive du juge constitutionnel, des juges ordinaires¹³¹⁴, et de la Cour de Strasbourg. La décision *Zielinski* de la Cour européenne¹³¹⁵ constitue le point d'orgue de cette confrontation. Dans cette décision, la Cour était saisie d'une disposition de validation¹³¹⁶ sur

¹³¹² Décision Cour E.D.H., *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ Fr.*, préc., §57.

¹³¹³ L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », art. cit., n.p.d.a. 447.

¹³¹⁴ Voir not. la décision C.E., ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert*, n°140032 et avis C.E., 5 décembre 1997, *Ministre de l'Education nationale c./ OGEC de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, n°188530.

¹³¹⁵ Décision Cour E.D.H., *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ Fr.*, préc.

¹³¹⁶ Il s'agissait de l'article 85 de la loi n°94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale.

laquelle s'était déjà prononcé le Conseil quelques années plus tôt¹³¹⁷. Celui-ci avait estimé que, dans la mesure où le législateur avait réservé le cas des décisions de justice devenues définitives et poursuivi un motif d'intérêt général, la disposition devait être jugée conforme à la Constitution. Or, en dépit de ce constat de conformité à la Constitution, c'est à un constat d'inconventionnalité que s'est livré la Cour européenne le 28 octobre 1999, estimant que le législateur ne pouvait procéder à une validation législative que lorsqu'il poursuit un « impérieux motif d'intérêt général »¹³¹⁸. La divergence des solutions retenues par le Conseil et la Cour européenne à propos des validations législatives est loin d'être un cas isolé. En effet, comme le rappelle P. Gaia, « la communautarisation et la conventionnalisation à marche forcée du droit français à l'aube des années quatre-vingt ont concurrencé de plus en plus la constitutionnalisation du droit car le mouvement loin d'être parallèle était en fait convergent : plus la constitutionnalisation et la conventionnalisation allaient de conserve, plus les points de contacts – et donc les points de friction – entre normes constitutionnelles et normes européennes allaient trouver matière à s'affirmer et à se développer. La confrontation est alors devenue inéluctable »¹³¹⁹. Or, le résultat de cette confrontation est souvent – pour ne pas dire toujours – le même et se solde par un ralliement du Conseil à l'interprétation de la Cour européenne¹³²⁰. En cela, la jurisprudence de cette dernière constitue un véritable facteur externe de contrainte pour le Conseil.

541. Ainsi, le juge constitutionnel, suite à la décision *Zielinski*, a dû renforcer l'encadrement du recours aux validations législatives et, ainsi, juguler davantage la perméabilité de la séparation des pouvoirs dont elles sont le résultat. Au lendemain de la décision de la Cour européenne¹³²¹, plusieurs modifications de la jurisprudence constitutionnelle relative aux lois de validations ont témoigné de ce changement. Tout d'abord, la mention de l'article 16 de la Déclaration de 1789 au titre des normes de référence du contrôle des validations législatives, devenue systématique, « révèle dans toute sa radicalité le virage que le Conseil a dû négocier pour se fondre dans les standards

¹³¹⁷ Décision C.C., n°93-332 DC, préc., cons. 13 et 14.

¹³¹⁸ Il est possible de noter que la position de la Cour européenne à l'égard des lois de validation a évolué jusqu'en 1999. Sur ce point, voir not. S. Vidal, « L'inconventionnalité d'une loi de validation déclarée constitutionnelle. Conclusions sur C.A.A. Paris, 18 juin 2012, Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création et Ville de Paris, n°11PA00758 et n°11PA00812 », *R.F.D.A.*, 2012, pp. 650- 661. Les juges ordinaires se sont par la suite ralliés à la position déployée par la Cour en 1999 (décision Cass., soc., 24 avril 2001, Association Etre enfant au Chesnay, n°00-44148 et décision C.E., 1^{ère} et 6^{ème} SSR, 23 juin 2004, Société Laboratoire Génévrier, n°257797).

¹³¹⁹ P. Gaia, « Le Conseil constitutionnel peut-il encore résister à l'Europe ? », *R.F.D.C.*, 2014, n°100, p. 924.

¹³²⁰ *Ibid.*, p. 921 et 927.

¹³²¹ Décision C.C., n°99-422 DC, préc. et décision C.C., n°99-425 DC, préc.

européens »¹³²². La mention de cette disposition témoigne en effet de ce que le Conseil a intégré l'idée que les validations législatives ne sont pas seulement une entorse à la séparation des pouvoirs, mais constituent également une atteinte à la garantie des droits. Or, si cette idée n'était pas absente de la jurisprudence antérieure du Conseil, la mention de l'article 16 permet au Conseil d'afficher clairement son intention d'opérer un contrôle plus exigeant et d'encadrer davantage le recours aux validations législatives. Ensuite, ce sont les nouvelles conditions de la constitutionnalité du recours aux validations législatives qui témoignent d'un véritable resserrement du contrôle opéré par le Conseil.

542. En premier lieu, le juge constitutionnel opère un contrôle plus exigeant des motifs d'intérêt général susceptibles de justifier le recours à une validation législative. Au lendemain de la décision *Zielinski*, il a ainsi précisé que ce motif d'intérêt général doit être *suffisant*¹³²³. Plus récemment – suite à une nouvelle confrontation entre les logiques des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité¹³²⁴ – il semble avoir opéré un pas supplémentaire dans la portée du contrôle opéré sur le motif d'intérêt général, ce dernier devant désormais être un « motif *impérieux* d'intérêt général »¹³²⁵. Or, si cette dernière évolution n'est, de l'avis majoritaire de la doctrine, qu'une « coquetterie terminologique »¹³²⁶, ainsi qu'une « concession » du Conseil « au nom de l'autorité de sa jurisprudence »¹³²⁷, ce n'est pas le cas de l'évolution terminologique de 1999. Le « basculement de l'intérêt général tout court à l'intérêt général suffisant exprimait, à l'évidence, un renforcement de la garantie constitutionnelle des droits »¹³²⁸. Le Conseil s'engage ainsi explicitement à exercer un véritable contrôle de « proportionnalité entre l'atteinte portée à des droits individuels et

¹³²² P. Gaia, « Le Conseil constitutionnel peut-il encore résister à l'Europe ? », art. cit., p. 928.

¹³²³ Décision C.C., n°99-422 DC, préc., cons. 64.

¹³²⁴ Voir les décisions C.C., n°2011-224 QPC du 24 février 2012, Coordination pour la sauvegarde du bois de Boulogne [Validation législative de permis de construire], J.O. du 25 février 2012, p. 3287, Rec., p. 136 et décision C.A.A. Paris, 18 juin 2012, Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création et Ville de Paris, n°11PA00758 et n°11PA00812. Sur ce point, voir not. A. Roblot-Troizier, « Un contrôle plus rigoureux des validations législatives ? », *N.C.C.C.*, 2014, n°3, p. 93 et s.

¹³²⁵ Décision C.C., n°2013-366 QPC, préc., cons. 3.

¹³²⁶ A. Roblot-Troizier, « Un contrôle plus rigoureux des validations législatives ? », art. cit., p. 94.

¹³²⁷ A. Roblot-Troizier, « Validation législative : le Conseil constitutionnel se soumet pour renforcer l'autorité de sa jurisprudence », *R.F.D.A.*, 2014, n° 3, n.p.d.a. 589. Un certain nombre d'auteurs partage cette analyse (voir not. S. Vidal, « L'inconventionnalité d'une loi de validation déclarée constitutionnelle. Conclusions sur C.A.A. Paris, 18 juin 2012, Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création et Ville de Paris, n°11PA00758 et n°11PA00812 », art. cit., n.p.d.a. 650 et J. Roux, « Du "but d'intérêt général suffisant" au "motif impérieux d'intérêt général" : les mots et les choses », *A.J.D.A.*, 2014, n°21, n.p.d.a. 1204. Le commentaire officiel de la décision C.C., n°2013-366 QPC (p. 16) et la décision Cour E.D.H., 11 février 2010, Sud parisienne de construction c/ Fr., n°33704/04, §39 conduisent également à penser que les termes « motif d'intérêt général suffisant » et « impérieux motif d'intérêt général » sont équivalents.

¹³²⁸ J. Roux, « Du "but d'intérêt général suffisant" au "motif impérieux d'intérêt général" : les mots et les choses », art. cit., n.p.d.a. 1204.

l'intérêt général »¹³²⁹ afin de se hisser au niveau des standards européens¹³³⁰. Ce contrôle de proportionnalité est particulièrement visible lorsque le motif d'intérêt général poursuivi par le législateur est d'ordre financier. En effet, le Conseil considère depuis qu'il ne s'agit pas d'un motif suffisant pour justifier une validation législative¹³³¹, sauf à ce que l'absence de validation représente un véritable danger au vu des sommes en jeu¹³³².

En second lieu, le Conseil rappelle que, si l'acte validé est inconstitutionnel, le motif d'intérêt général ne doit pas seulement être suffisant, il doit également être constitutionnel¹³³³. Enfin, pour que la validation législative soit jugée conforme à la Constitution, le législateur doit avoir défini « strictement la portée de cette validation (...) sous peine de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, qui découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »¹³³⁴.

543. Sous l'effet de la jurisprudence européenne, le Conseil a renforcé le contrôle opéré sur les validations législatives. Il estime ainsi depuis 1999 que « si le législateur peut valider un acte administratif dans un but d'intérêt général suffisant, c'est sous réserve du respect des décisions de justice ayant force de chose jugée et du principe de non rétroactivité des peines et des sanctions ; que l'acte validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé par la validation soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'en outre, la portée de la validation doit être strictement définie, sous peine de méconnaître l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que c'est à la lumière de l'ensemble de ces principes que doit être appréciée la

¹³²⁹ B. Mathieu, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle. A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC », *R.F.D.A.*, 2000, n.p.d.a. 289.

¹³³⁰ La Cour de Strasbourg a par ailleurs accueilli favorablement cette évolution terminologique (décision Cour E.D.H., 2^e section, 14 février 2006, Lecarpentier et autre c./ Fr., n°67847/01, §46).

¹³³¹ Voir not. décision C.C., n°2012-287 QPC du 15 janvier 2013, Société française du radiotéléphone – SFR [Validation législative et rémunération pour copie privée II], J.O. du 17 janvier 2013, p. 1109 et décision C.C., n°2013-682 DC, préc., cons. 18 à 20. Sur ce point, voir not. J.-M. Léger, « Du bon usage de l'intérêt général financier. Brefs commentaires de la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 2013 », *R.L.D.I.*, 2013, n°91, pp. 6-7.

¹³³² En cela, il rejoint la position de la Cour européenne (voir not. décision Cour E.D.H., 11 avril 2006, Cabourdin c./ Fr., n°60796/00, §37 ; décision Cour E.D.H., 9 janvier 2007, Arnolin c./ Fr., n°20127/03, §76 et décision Cour E.D.H., 25 novembre 2010, Lilly France c./ Fr., n°20429/07) et celle du Conseil d'Etat (décision C.E., 1^{ère} et 6^{ème} SSR, 21 décembre 2007, Fédération de l'hospitalisation privée, n°298463, décision C.E., ass., 8 février 2007, Gardedieu, n°279522 et décision C.E., 8^{ème} et 3^{ème} SSR, 27 février 2006, Krempff, n°257964).

¹³³³ Décision C.C., n°99-425 DC, préc., cons. 8. Cette condition avait toutefois été posée dès 1997 (décision C.C., n°97-390 DC du 19 novembre 1997, Loi organique relative à la fiscalité applicable en Polynésie française, J.O. du 25 novembre 1997, p. 17020, Rec. p. 254, cons. 3). Sur ce point, voir not. B. Mathieu, « Valeur et portée des validations législatives devant le juge constitutionnel : un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits ? », *R.F.D.A.*, 1998, n.p.d.a. 289.

¹³³⁴ Décision C.C., n°99-422 DC, préc., cons. 64. Pour un exemple de censure sur ce fondement, voir décision C.C., n°2006-545 DC, préc., cons. 36.

conformité à la Constitution des dispositions soumises à l'examen du Conseil constitutionnel »¹³³⁵. Or, si ce considérant de principe n'a pas fait l'objet de changement majeur, il n'en demeure pas moins que, ces dernières années, un facteur interne semble également avoir contribué à renforcer, certes plus à la marge, l'encadrement constitutionnel du recours aux validations législatives.

2. La prise en compte de facteurs internes

544. Depuis 2010, le Conseil a apporté un certain nombre de précisions sur les conditions que le législateur doit respecter lorsqu'il adopte une disposition de validation. Il a ainsi jugé qu'une loi de validation est contraire aux exigences de l'article 16 de la Déclaration dès lors qu'elle porte atteinte à l'équilibre des droits des parties¹³³⁶. Il s'agit là d'un pas supplémentaire dans l'encadrement des lois de validations, dans la mesure où, « jusqu'à présent, l'équilibre des droits des parties n'avait été reconnu qu'en matière de procédure pénale »¹³³⁷. Il en résulte que toute validation dite « asymétrique », parce qu'elle ne bénéficie qu'à l'Etat et non aux justiciables, est absolument proscrite, indépendamment du fait de savoir si le législateur a entendu poursuivre un motif d'intérêt général suffisant.

545. Le Conseil a également précisé, dans une décision du 11 juin 2010, qu'une loi rétroactive ne doit pas engendrer de modification excessive aux droits des parties. La formulation retenue par le Conseil est toutefois ambiguë. En jugeant que « si les motifs d'intérêt général précités pouvaient justifier que les nouvelles règles fussent rendues applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement, ils ne pouvaient justifier des modifications aussi importantes aux droits des personnes qui avaient, antérieurement à cette date, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice »¹³³⁸, le Conseil ouvre la porte à deux interprétations. Il est d'abord possible de

¹³³⁵ Décision C.C., n°99-425 DC, cons. 8., La formulation du considérant de principe a été quelque peu modifiée depuis la décision du 14 février 2014. Le Conseil estime désormais qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 que « que si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition que cette modification ou cette validation respecte tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions et que l'atteinte aux droits des personnes résultant de cette modification ou de cette validation soit justifiée par un motif impérieux d'intérêt général ; qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le motif impérieux d'intérêt général soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie » (décision C.C., n°2013-366 QPC du 14 février 2014, SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »], J.O. du 16 février 2014, p. 2724, cons. 3).

¹³³⁶ Décision C.C., n°2010-78 QPC, préc., cons. 7.

¹³³⁷ Commentaire officiel de la décision C.C., n°2010-78 QPC, préc., p. 5.

¹³³⁸ Décision C.C., n°2010-2 QPC, préc., cons. 23.

considérer que les motifs d'intérêt général poursuivis par le législateur sont suffisants pour permettre le recours à une disposition rétroactive, mais ne le sont pas assez pour justifier une modification d'une telle ampleur des droits des parties. Selon cette interprétation, il y aurait une gradation dans les motifs d'intérêt général que doit poursuivre le législateur : d'abord, le motif d'intérêt général « simple », dont on exige qu'il soit suffisant pour justifier le recours à une loi de validation « ordinaire ». Ensuite, le motif dont on n'exige plus seulement qu'il poursuive un intérêt général suffisant, mais également un motif d'intérêt général particulièrement important pour justifier une modification considérable des droits des parties. Enfin, un dernier type de motif d'intérêt général, particulièrement exigeant puisque devant être de valeur constitutionnelle, lorsque l'acte validé est inconstitutionnel¹³³⁹.

Mais il est également possible de lire cette décision comme prohibant tout recours à une disposition législative rétroactive qui aurait pour effet d'apporter une modification d'ampleur aux droits des parties, et ce quel que soit le motif d'intérêt général invoqué par le législateur. Si, pour l'heure, rien dans la jurisprudence n'indique laquelle de ces interprétations il convient de retenir, il semble falloir privilégier la seconde. En effet, il est possible d'estimer que lorsque le législateur procède à une validation qui modifie, de manière importante, les droits des parties, il méconnaît le droit à un recours effectif et, partant, la Constitution, ce que semble par ailleurs confirmer le commentaire officiel de la décision¹³⁴⁰. Il en résulte que le Conseil ne saurait accorder un brevet de conformité à une telle validation. Ainsi, la décision du 11 juin 2010 semble bien être porteuse d'une nouvelle limitation du recours aux lois de validation.

546. Enfin, le Conseil a jugé que les critères retenus par le législateur pour définir la portée de la validation doivent être en adéquation avec l'objectif poursuivi, sous peine de porter une atteinte injustifiée aux droits des personnes et de méconnaître les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789¹³⁴¹.

547. Ainsi, en l'espace de quelques années, le Conseil a renforcé, par l'ajout de nouvelles conditions, l'encadrement du recours aux validations législatives. Mais si les contraintes supplémentaires imposées au législateur à la suite de la décision *Zielinski* portaient tant sur le volet séparation des pouvoirs que sur le volet garantie des droits, cette seconde vague de contraintes vise exclusivement à réduire, autant que faire se peut, les effets négatifs des lois de

¹³³⁹ Décision C.C., n°99-425 DC, préc., cons. 8.

¹³⁴⁰ Commentaire officiel de la décision C.C., n°2010-2 QPC, préc., p. 17. Sur ce point, voir également D. Vigneau, « La guerre des "trois" aura bien lieu ! A propos de l'application dans le temps du dispositif législatif "anti-Perruche" », *D.*, 2012, n°5, pp. 323-326

¹³⁴¹ Décision C.C., n°2013-685 DC, préc., cons. 79.

validation sur la garantie des droits. Or, cette seconde vague de renforcement de l'encadrement du recours aux lois de validation est concomitante à l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité¹³⁴² instaurée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008¹³⁴³. Cette concomitance ne saurait être une coïncidence. En effet, la création de cette nouvelle voie de droit pour les justiciables est due à la volonté des pouvoirs politiques ou, plus exactement, du pouvoir constituant de renforcer « la protection et la garantie des droits fondamentaux de la personne (qui) sont l'un des fondements les plus nobles de la tradition juridique française »¹³⁴⁴. Le Conseil semble donc avoir pris acte de cette préoccupation, et avoir saisi cette occasion pour juguler encore davantage la perméabilité de la séparation entre les fonctions législatives et juridictionnelles et limiter ses effets sur la protection du pouvoir juridictionnel et la garantie des droits.

548. Le Conseil ne semble toutefois « pas près de condamner le principe même des validations législatives », et ce « alors même qu'elles sont contraires au plus grand de nos principes de la séparation des pouvoirs »¹³⁴⁵. Ainsi se désolait C. de la Mardière. Pourtant, l'atteinte que les validations législatives portent au principe de séparation des pouvoirs est finalement limitée par l'encadrement de ces dernières, devenu aujourd'hui fortement contraignant pour le législateur. Dès lors, le Conseil ne s'écarte finalement que peu de l'objectif de protection du pouvoir juridictionnel et de la garantie des droits qui préside à sa jurisprudence relative à la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel. Il ne se départit pas non plus de son pragmatisme, qui est la seconde caractéristique de cette jurisprudence, puisque c'est cet élément qui le conduit, d'une part, à retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs pour permettre le recours aux validations législatives et, d'autre part, à juguler cette perméabilité pour éviter qu'elle ne porte excessivement atteinte au juge et à la garantie des droits. L'appréciation, progressivement affinée, de cet équilibre demande une casuistique et un pragmatisme que le Conseil ne cesse de mettre en œuvre. Mais

¹³⁴² L'article 5 de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution prévoit que la procédure entre en vigueur « le premier jour du troisième mois suivant celui de sa promulgation », soit le 1^{er} mars 2010.

¹³⁴³ L'article 29 de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République instaure un article 61-1 dans la Constitution qui prévoit que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

¹³⁴⁴ *Une Ve République plus démocratique, Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*, La Documentation française, Paris, 2008, p. 85.

¹³⁴⁵ C. de la Mardière, « La réticence du Conseil constitutionnel à sanctionner les validations législatives », *Constitutions*, 2011, n°2, p. 248.

les validations législatives ne sont pas le seul domaine dans lequel le Conseil adopte une telle démarche.

Section 2 – La perméabilité de la séparation des pouvoirs et le pouvoir de sanction dévolu aux autorités administratives

549. « Le temps est définitivement révolu où la solennité des audiences judiciaires pouvaient seules conduire le citoyen au châtime¹³⁴⁶ ». Désormais, certaines autorités administratives disposent d'un pouvoir de sanction. Celui-ci se concrétise par l'adoption d'actes administratifs unilatéraux à contenu punitif¹³⁴⁷, et constitue l'expression du « pouvoir répressif accordé à l'administration pour punir les comportements sociaux considérés comme des infractions à une réglementation préexistante »¹³⁴⁸. Bien que le phénomène des sanctions administratives soit ancien, son champ s'est « considérablement élargi avec le développement des autorités administratives indépendantes »¹³⁴⁹, ce qui ne va pas sans poser un certain nombre de problèmes. En effet, en plus du risque de « déboucher sur une forme d'anarchie juridique, préjudiciable à la bonne organisation des pouvoirs publics »¹³⁵⁰, l'exercice d'un pouvoir de sanction par les autorités administratives – qu'elles soient indépendantes ou non – pose un problème en termes de séparation des pouvoirs. F. Casorla estime ainsi que « l'existence de cet ordre juridictionnel d'exception, organisé en camp retranché, est une source d'incohérences, de contradictions de décisions, de sursis à statuer, (...) de compétences mal définies »¹³⁵¹. Pourtant, le Conseil a admis leur existence dès 1989, estimant qu'il est loisible au législateur « de charger une autorité administrative indépendante de veiller au

¹³⁴⁶ J. Mourgeon, *La répression administrative*, LGDJ, Paris, 1967, p.9. L'auteur poursuit : « A l'époque de la Révolution, on estimait à la fois démocratique et libéral – et donc juste – d'attirer tout individu pour tout acte juridiquement répréhensible devant un juge appliquant une règle identique pour tous, sans que la puissance exécutive et son Administration puisse interférer dans le processus répressif. Toutefois, l'existence de répressions parallèles, largement indépendantes de la répression pénale et bénéficiant d'une autonomie souvent accusée, apporte à ces principes des exceptions qui, pour n'être pas toujours manifestes, n'en possèdent pas moins une importance pratique certaine. D'entre elles se dégage la répression administrative, c'est-à-dire la répression effectuée par l'Administration, régie par le droit administratif répressif, et utilisant des sanctions administratives ».

¹³⁴⁷ G. Gondouin, V. Inserguet-Brisset, A. Van Lang, *Dictionnaire de droit administratif*, Dalloz, Paris, 2012, p.257.

¹³⁴⁸ F. Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle : contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*, Economica, Paris, 1993, p. 5.

¹³⁴⁹ Conseil d'Etat, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 8 décembre 1994*, La Documentation française, Paris, 1995, p. 35.

¹³⁵⁰ J. Ribs et R. Schwartz, « L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes », *Gazette du Palais*, 29 juillet 2000, n°211, n.p.d.a. 3.

¹³⁵¹ F. Casorla, « La justice séparée », *L.P.A.*, 2007, n°139, n.p.d.a. 4.

respect des principes constitutionnels » – en l’espèce, il s’agissait des principes constitutionnels « en matière audiovisuelle » – en la dotant de pouvoirs de sanction¹³⁵². Le brevet de conformité accordé par le Conseil aux sanctions administratives prononcées, d’abord, par les A.A.I. puis, plus tard, par les autorités administratives en général¹³⁵³, témoigne dès lors d’une conception perméable de la séparation des pouvoirs, en dépit des effets négatifs que cette dernière emporte potentiellement sur le pouvoir juridictionnel et la garantie des droits, et ce au nom du pragmatisme du Conseil (§1.). Pour autant, le juge constitutionnel continue de faire preuve de pragmatisme dans l’application du principe de séparation des pouvoirs en encadrant le pouvoir de sanction des autorités administratives et, partant, en jugulant la perméabilité de la séparation des pouvoirs afin d’assurer la garantie des droits (§2.).

§1. L’élaboration de la perméabilité : la constitutionnalité de l’octroi d’un pouvoir de sanction aux autorités administratives

550. En jugeant conforme à la Constitution le principe de l’exercice d’un pouvoir de sanction par des autorités administratives – qu’elles soient indépendantes ou non – le juge constitutionnel a adopté une solution pour le moins pragmatique, et nombreux sont ceux qui s’en félicitent (A.). Il n’en demeure pas moins que la conception perméable de la séparation des pouvoirs, retenue afin de conclure à la constitutionnalité des sanctions administratives, pose un certain nombre de problèmes, tant en termes de définition et de protection de la fonction juridictionnelle qu’en matière de garantie des droits (B.).

¹³⁵² Décision C.C., n°88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O. du 18 janvier 1989, p. 754, Rec. p. 18, cons. 27.

¹³⁵³ Depuis 1997, lorsqu’il est question des sanctions administratives, le Conseil adopte en effet une formulation plus générale en estimant que le principe de séparation des pouvoirs ne s’oppose pas à ce qu’une *autorité administrative*, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction, et en précisant que les principes constitutionnels du droit répressif s’appliquent, quand bien même il s’agirait d’une *autorité non-juridictionnelle* (Décision C.C., n°97-389 DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l’immigration, J.O. du 25 avril 1997, p. 6271, Rec. p. 45, cons. 30. Depuis, cette précision accompagne chaque considérant de principe relatif au pouvoir de sanction des autorités administratives ou des A.A.I. Pour un exemple récent, voir not. décision C.C., n°2014-453/454 et 2014-462 QPC du 18 mars 2015, M.John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d’initié et des poursuites pour manquement d’initié], J.O. du 20 mars 2015, p. 5183). Voir *infra*.

A. La constitutionnalité des sanctions administratives : une solution pragmatique

551. Le Conseil, en estimant que le principe de l'octroi d'un pouvoir de sanction à des autorités administratives est conforme à la Constitution, retient une approche pragmatique à un double titre. En effet, cette solution semble être influencée tant par l'ancrage historique du pouvoir de sanction de l'administration (1.) que par les arguments pratiques qui plaident en faveur de son existence (2.).

1. Une solution ancienne¹³⁵⁴

552. Dans sa thèse sur la fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni¹³⁵⁵, T. Perroud retrace l'historique de la fonction contentieuse de l'administration¹³⁵⁶. Il estime que ce phénomène, présent dès l'Ancien-Régime, s'explique par deux éléments. D'abord, « la confusion organique (entre l'administration et le pouvoir juridictionnel) s'explique par le fait qu'au départ le pouvoir est un, et la justice est partie intégrante de l'Administration », et ce en vertu du principe selon lequel toute justice émane du Roi¹³⁵⁷. Ensuite, l'exercice d'une fonction contentieuse par l'administration est « le résultat d'une volonté délibérée de la monarchie (...) de soustraire le contentieux administratif à la compétence du Parlement »¹³⁵⁸, cette fois eu égard au principe selon lequel « juger l'administration, c'est encore administrer »¹³⁵⁹. Par la suite, le choix de conférer une fonction contentieuse à l'administration n'a pas été remis en cause par les révolutionnaires¹³⁶⁰. La

¹³⁵⁴ J.-M. Sauvé parle de « mode de régulation ancien et traditionnel (J.-M. Sauvé, « Les sanctions administratives en droit public français : état des lieux, problèmes et perspectives », *A.J.D.A.*, 2001, n°1, p. 17).

¹³⁵⁵ T. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, Paris, 2013, 1293 p.

¹³⁵⁶ Sur le développement historique de la répression administrative, voir également M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, Paris, 1992, p. 13 et s.

¹³⁵⁷ *Ibid*, p. 18.

¹³⁵⁸ *Ibid*, p. 18.

¹³⁵⁹ Voir l'Edit de Saint-Germain de 1641 puis, sous la Révolution, la loi des 16 et 24 août 1790. Voir également S. Soleil, « Administration, justice, justice administrative avant 1789. Retour sur trente ans de recherches », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, G. Bigot et M. Bouvet (dir.), Litec, Paris, pp. 3-30 ; J.-L. Mestre, *Introduction au droit administratif français*, PUF, Paris, 1985, 294 p. ; G. Sicard, « Administration et justice dans l'histoire des institutions françaises », *Ann. Fac de droit de Toulouse*, t. XI, 1963, pp. 74-75 et J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, Paris, 1970, 319 p.

¹³⁶⁰ M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris, 1980, p. 43 : « Le pouvoir exécutif doit, selon le principe de la spécialisation des organes, exercer la fonction exécutive et n'exercer qu'elle. Pourtant, dans deux, au moins, des régimes qui sont censés reposer sur le principe de séparation des pouvoirs, l'Administration, dépendant du pouvoir exécutif, est compétente pour régler certains litiges, auxquels elle est elle-même partie. Il s'agit des régimes établis par les Constitutions de 1791 et de l'an III ».

justification, telle que rapportée par M. Troper, est la suivante : « si, au nom du principe de la spécialisation, on remettait au pouvoir judiciaire la connaissance de tous les litiges quels qu'ils soient, y compris les litiges administratifs, l'Administration se trouverait bientôt placée sous la domination des juges et perdrait toute indépendance »¹³⁶¹. Il en résulte que les différents régimes qui se sont succédé après la Révolution ont opté pour un système de justice retenue. Dans le cadre de ce dernier, il est postulé que le ministre (ou, plus largement, l'administrateur) dit le droit, et que dire le droit, c'est juger. La qualité juridictionnelle d'un organe est donc déterminée par un critère matériel, l'activité de dire le droit, indépendamment de la nature de l'organe. Le système du ministre-juge postule donc une confusion organique parfaite des fonctions administrative, contentieuse et juridictionnelle.

553. Cette solution a perduré exactement un siècle, jusqu'à l'arrêt *Cadot* de 1889¹³⁶², dont la loi du 24 mai 1872 est l'une des conditions de réalisation. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat se déclare compétent pour connaître de tout recours en annulation dirigé contre une décision administrative, sauf disposition expresse contraire. Le Conseil d'Etat, mettant ainsi un terme à la théorie du ministre-juge et à la confusion organique des fonctions administrative et contentieuse, devient le juge administratif de droit commun. A première vue, l'arrêt du Conseil d'Etat opère ici une double dissociation. Une dissociation organique, d'abord, en ce que la fonction contentieuse et la fonction administrative ne seront plus exercées par le même organe administratif – ou, plutôt, devrait-on dire par le même ensemble d'organes relevant de l'Exécutif. Une dissociation fonctionnelle, ensuite, en ce que la fonction contentieuse se trouverait détachée de la fonction administrative pour être rattachée à la fonction juridictionnelle, exercée par le juge administratif. Cette dissociation fonctionnelle est pourtant trompeuse, dans la mesure où, comme le rappelle R. Carré de Malberg, la théorie du ministre-juge repose sur « la théorie matérielle qui définit la juridiction (comme) une fonction consistant à dire le droit. De ce que le ministre dit le droit comme un juge, on concluait qu'il est juge »¹³⁶³. Dès lors, l'arrêt *Cadot* ne modifie en rien cette définition matérielle de l'acte juridictionnel ni ne met fin à l'assimilation de la fonction contentieuse à la fonction juridictionnelle. En revanche, en ce qu'il pose le principe selon lequel il est lui-même

¹³⁶¹ M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 49.

¹³⁶² Décision C.E., 13 décembre 1889, *Cadot*, n°66145.

¹³⁶³ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. 1, Ed. du CNRS, Paris, 1920-1922, pp. 796-797 et note 24. Voir également L.-A. Macarel : « Toutes les fois que, par un acte de son autorité, un ministre porte atteinte à des droits ou des intérêts privés, il y a décision contentieuse, et par conséquent, juridiction contentieuse exercée » (L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs ou l'introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Roret (Ed.), Paris, 1828, p. 137).

compétent pour exercer cette fonction contentieuse, le Conseil d'Etat semble ajouter un critère organique au critère matériel qui, jusque-là, suffisait à constituer la fonction juridictionnelle.

554. Toutefois, ni l'arrêt *Cadot* ni l'affirmation progressive de la juridiction administrative n'ont mis un terme à l'exercice d'une fonction contentieuse par l'administration. « Maintenu donc au-delà de la Révolution, la répression administrative s'est véritablement développée en même temps que s'affirmait l'Etat interventionniste »¹³⁶⁴, pour se « redéployer » avec l'avènement d'un Etat régulateur dans les années 70¹³⁶⁵. Mais c'est avec la création des autorités administratives indépendantes que l'exercice d'une fonction contentieuse hors des murs des juridictions a connu un véritable essor, et ce bien que ces dernières ne disposent pas toujours d'un tel pouvoir¹³⁶⁶ et que des autorités administratives « non-indépendantes » bénéficient désormais elles aussi d'un pouvoir de sanction¹³⁶⁷. Dès lors, il est fort probable que le choix du Conseil de juger conforme à la Constitution l'exercice d'une fonction contentieuse par des autorités administratives a été influencé par cette longue tradition. La prise en compte de l'ancrage historique des sanctions administratives n'est toutefois pas le seul facteur qui semble indiquer que le brevet de constitutionnalité conféré au pouvoir de sanction des autorités administratives est le résultat d'une approche pragmatique du juge constitutionnel.

2. Une solution nécessaire ?

555. L'octroi d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives est fortement plébiscité, tant par les acteurs institutionnels que par les acteurs économiques ou par une grande majorité de la doctrine¹³⁶⁸. Certains, à l'instar de B. Genevois, estiment que « ce qui importe, c'est moins l'autorité compétente pour infliger une sanction d'ordre pécuniaire que le respect, sur le plan procédural comme sur le fond, des principes du droit répressif ayant valeur

¹³⁶⁴ M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal*, op. cit., p. 14.

¹³⁶⁵ *Ibid*, p. 18 : « La répression administrative s'est ainsi redéployée ; "redéployée" en effet car, au-delà de l'élargissement de son champ (à de nouveaux secteurs et de nouveaux destinataires), la répression a été confiée non à des autorités classiques, mais à ces autorités spécifiques que sont les A.A.I. qui conjuguent leur appartenance à l'administration et indépendance par rapport à elle ».

¹³⁶⁶ M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly expliquent cette différence quant aux types de pouvoirs conférés aux A.A.I. par le fait que, parfois, une « autre logique du droit préside à leur institution (leur autorité devant reposer sur leurs facultés de persuasion » (M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal*, op. cit.). H.-M. Crucis estime à huit le nombre d'A.A.I. dotées d'un pouvoir de sanction (H.-M. Crucis, « Sanctions administratives », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 108-40, §22).

¹³⁶⁷ Il s'agit, le plus souvent, d'autorités ministérielles ou des préfets. Sur ce point, voir H.-M. Crucis, « Sanctions administratives », art. cit., §19 et 20).

¹³⁶⁸ Pour une opinion contraire, voir not. T. Achour, « La justification du pouvoir de sanction des A.A.I. de régulation est-elle toujours pertinente ? », *R.I.D.P.*, 2013, n°3, pp. 463-480.

constitutionnelle »¹³⁶⁹. Mais, le plus souvent, ce sont des considérations tenant à l'efficacité et à la nécessité des sanctions administratives qui sont invoquées, comme cela ressort des propos tenus par J.-M. Sauvé lors de son audition en vue de l'élaboration d'un rapport sur les A.A.I. par le comité permanent d'évaluation et de contrôle des politiques publiques¹³⁷⁰. Le vice-président du Conseil d'Etat estimait que « ces autorités jouissent aujourd'hui d'une légitimité institutionnelle difficilement contestable. Loin de correspondre à une simple mode, la création des autorités administratives indépendantes relève, selon moi, d'une véritable nécessité. Leurs caractéristiques ont été entérinées par le juge constitutionnel et administratif, et leur création répond à un besoin évident d'efficacité dans certains domaines de l'action publique »¹³⁷¹. Ce besoin est constitué par l'intervention des pouvoirs publics dans des domaines « sensibles, complexes, techniques ou répondant à des enjeux éthiques particuliers »¹³⁷², différents de ceux dans lesquels les juridictions classiques ont l'habitude d'intervenir, et qui requièrent des connaissances particulières, une démarche plus proche de la réalité, pesée, en de nombreux cas, dans toutes ses incidences non pas seulement par des juristes mais par des hommes de terrain étroitement conscients à la fois de la nécessité de la sanction en termes de pédagogie déontologique et de son adéquation à la matière sociale et économique qu'il s'agit d'encadrer »¹³⁷³. Il résulte du bilan que J.-L. Autin¹³⁷⁴, P. Quilichini¹³⁷⁵ ou E. Piwnica¹³⁷⁶ dressent de cette activité répressive que la répression administrative est parfois plus adaptée, mais aussi plus efficace que la répression juridictionnelle. D. Spielman, président de la Cour européenne des droits de l'homme, concédait d'ailleurs cette idée, à l'occasion de la douzième conférence de l'Association des juges de droit européen de la concurrence, organisée le 14 juin 2013 à Luxembourg¹³⁷⁷, tout comme J.-M. Sauvé, qui estime que, en dépit de la

¹³⁶⁹ B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel. A propos de la décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989 », *R.F.D.A.*, 1989, n°3, n.p.d.a. 215.

¹³⁷⁰ Rapport d'information n°2925 sur les autorités administratives indépendantes, déposé le 28 octobre 2010

¹³⁷¹ Audition disponible à l'adresse suivante : <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/discours-et-interventions/les-autorites-administratives-independantes.html>.

¹³⁷² M.C. Roques-Bonnet., « Les blocs de pouvoirs "éclipsés" par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contrepouvoirs ? », contribution au VIIe Congrès français de droit constitutionnel, Paris, 25-27 septembre 2008,

<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC6/RoquesTXT.pdf><http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC6/RoquesTXT.pdf>, p.2-3.

¹³⁷³ J. Ribs et R. Schwartz, « L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes », art. cit., n.p.d.a. 3.

¹³⁷⁴ J.-L. Autin, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *R.F.D.A.*, 2010, n°5, n.p.d.a. 875.

¹³⁷⁵ P. Quilichini, « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur le pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *A.J.D.A.*, 2004, n°20, n.p.d.a. 1060.

¹³⁷⁶ E. Piwnica, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *R.F.D.A.*, 2010, n°5, n.p.d.a. 915.

¹³⁷⁷ « Notre Cour est consciente que des impératifs de souplesse et d'efficacité peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et, a fortiori, d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous

contrariété manifeste avec le principe de séparation des pouvoirs, « la sanction administrative constitue, il faut bien le reconnaître, un mode important, sans doute même essentiel d'action de l'administration comme elle est un élément peut-être déterminant de régulation sociale. Disons-le tout net, sans elle, le fonctionnement de l'Etat serait moins assuré et la vie sociale moins cohérente, sinon harmonieuse »¹³⁷⁸.

556. La sanction administrative permet donc également d'éviter la pénalisation à outrance de la société. Pour toutes ces raisons, il s'agit d'un mécanisme fortement plébiscité par l'ensemble des acteurs des domaines dans lesquels il est appliqué. Par l'Exécutif, d'abord, qui voit en lui un moyen de s'assurer plus directement du respect des normes qu'il édicte et dont les sanctions administratives punissent le non-respect. Par les acteurs économiques, ensuite, qui, parce que la composition des A.A.I. disposant d'un pouvoir de sanction dans le domaine économique comprend souvent des professionnels reconnus, ont l'impression d'être jugés « en connaissance de cause » et, partant, de manière plus équitable¹³⁷⁹. Par la doctrine, enfin, qui voit – paradoxalement – dans les sanctions administratives un instrument « moderne » de résolution des conflits, correspondant à « l'évolution de nos sociétés »¹³⁸⁰. Les juges ordinaires ne semblent d'ailleurs pas en reste puisque si l'existence de cette « justice parallèle » empiète sur leurs fonctions, d'un point de vue pratique, elle permet également de désencombrer leurs prétoires. Dès lors, il était difficile au Conseil constitutionnel de faire abstraction d'un engouement aussi largement partagé à l'égard des sanctions administratives. Sans aller jusqu'à dire, comme le fait A. Pariente, que le « principe même de la reconnaissance d'un pouvoir de sanction à leur profit a été en partie imposé au Conseil »¹³⁸¹, il donc est possible d'affirmer que le brevet de conformité qui lui a été décerné par le juge constitutionnel est le résultat d'une démarche pragmatique de ce dernier. Conscient de la nécessité de pérenniser l'exercice d'un pouvoir de sanction, le Conseil estime que « la loi peut, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs », doter une

tous leurs aspects aux prescriptions de l'article 6 » (D. Spielman, http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20130614_Spielmann_Luxembourg_FRA.pdf, p. 2).

¹³⁷⁸ J.-M. Sauvé, « Les sanctions administratives en droit public français : état des lieux, problèmes et perspectives », n.p.d.a. 16.

¹³⁷⁹ *Ibid.*

¹³⁸⁰ P. Martens, « Les magistratures économiques », *R.I.D.E.*, 1997, n°2, p. 120-121.

¹³⁸¹ Selon l'auteur, c'est « la nécessité de permettre l'existence par l'intermédiaire de ces autorités d'un contrôle accru en matière de concurrence, dans un secteur en pleine mutation » qui a imposé au Conseil de décider de la constitutionnalité du pouvoir de sanction des A.A.I. (A. Pariente, « La Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs », in *La séparation des pouvoirs, Théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2007, n.p.d.a. 65).

autorité administrative – en l’espèce, indépendante – d’un pouvoir de sanction¹³⁸². Or, si elle peut être louable d’un point de vue pratique, cette solution apparaît juridiquement problématique.

B. La constitutionnalité des sanctions administratives : une solution problématique

557. En ne faisant pas obstacle à ce que soit conféré un pouvoir de sanction aux autorités administratives, le Conseil adopte une solution problématique à deux égards. C’est, d’abord, la garantie des droits qui est susceptible d’être affectée par l’exercice d’un pouvoir de sanction par les autorités non-juridictionnelles, et ce d’autant plus que cet exercice peut être confié à des autorités qui ne sont pas des A.A.I. (1.). Ensuite, que ces autorités soient qualifiées d’indépendantes ou non, il semble que le fait de leur confier un pouvoir de sanction entraîne un certain nombre de difficultés au vu du principe de séparation des pouvoirs (2.).

1. Une solution problématique pour la garantie des droits

558. La problématique des sanctions administratives remonte au fondement du pouvoir répressif de l’administration. Selon F. Moderne, en effet, ce dernier « puise ses racines dans une certaine conception de l’Etat et de l’ordre institué en son sein et sous son égide : toute conception de l’Etat qui privilégie la puissance publique, l’autorité, la "police" (au sens que la théorie allemande confère à ce concept) s’accommode assez bien de l’octroi du pouvoir de punir à des autorités administratives – quel que soit l’habillage juridique retenu »¹³⁸³. Le transfert de ce pouvoir répressif du pouvoir juridictionnel à des autorités non-juridictionnelles met en lumière un certain nombre de difficultés au regard de la garantie des droits puisque la fonction juridictionnelle et, par conséquent, l’exercice du pouvoir répressif dont bénéficient les juridictions, s’accompagnent d’un certain nombre d’éléments destinés à protéger la garantie des droits dont bénéficient, au moment d’un procès, les justiciables. La Déclaration

¹³⁸² Décision C.C., n°88-248 DC, préc., cons. 27. Cette solution sera formulée de manière plus générale dans un considérant de principe dans la décision C.C., n°89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, J.O. du 1^{er} août 1989, p. 9676, Rec. p. 71, cons. 6 : « Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu’aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu’une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d’une part, que la sanction susceptible d’être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d’autre part, que l’exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ».

¹³⁸³ F. Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle. Contribution à l’étude du jus puniendi de l’Etat dans les démocraties contemporaines*, Economica, Paris, 1993, p. 5.

de 1789 – telle qu’interprétée par le Conseil – prévoit en effet, des garanties d’ordre procédural. Parmi celles-ci figurent le droit au recours, le droit à un procès équitable, le principe du contradictoire, le respect des droits de la défense. Sont également prévues des garanties d’ordre substantiel, telles que le principe de légalité, de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines, ou le respect de la présomption d’innocence. Or, les juridictions sont organisées autour de ces garanties et sont habituées à en observer le respect au quotidien. Il en résulte pour le justiciable une certaine sécurité en raison de l’assurance qu’il a de voir ses droits respectés et ce d’autant plus que, dans l’imaginaire collectif, le juge apparaît comme cette figure du tiers indépendant et impartial, dont la légitimité découle de ces caractéristiques. Dès lors, le transfert d’une partie de ce pouvoir répressif à des autorités non-juridictionnelles pose question, d’autant plus lorsque ces autorités ne sont pas des A.A.I. mais de simples autorités administratives : si les premières présentent des caractéristiques qui les rapprochent des organes juridictionnels¹³⁸⁴, ce n’est pas le cas des simples autorités administratives.

559. L’exercice d’un pouvoir de sanction par des organes non-juridictionnels pose question parce que pour chaque transfert opéré, il convient de s’assurer que le législateur adopte les dispositions nécessaires pour satisfaire à l’ensemble des principes applicables au droit répressif et qui constituent autant de garanties pour les droits des justiciables. De même, il convient de s’assurer que les organes à l’égard desquels ce transfert a lieu présentent les mêmes caractéristiques structurelles que les juridictions, tenant à la fois à leur indépendance et à leur impartialité. Or, s’il est envisageable que des A.A.I., en raison de leur statut et des diverses garanties d’indépendance vis-à-vis du pouvoir politique qui y sont attachées, puissent être qualifiées de « quasi-juridictions »¹³⁸⁵, l’emploi de cette expression semble beaucoup moins adapté dès lors qu’il s’agit de simples autorités administratives.

2. Une solution problématique pour la séparation des pouvoirs

560. Ainsi que le présentent M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, « le débat sur la constitutionnalité de la répression administrative a porté essentiellement sur la violation par

¹³⁸⁴ A ce sujet, A. Roblot-Troizier parle de « juridictionnalisation rampante des A.A.I. (A. Roblot-Troizier, « Une juridictionnalisation rampante mais incomplète des autorités administratives indépendantes », *R.F.D.A.*, 2013, n°1, pp. 144-148.

¹³⁸⁵ Sur l’emploi de ce terme, voir not. D. Costa, « L’autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », *R.F.D.A.*, 2005, n°6, pp. 1174-1182 ; M. Pochard, « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », *A.J.D.A.*, numéro spécial, p. 107 ; F. Dupuis-Toubol, « Le juge en complémentarité du régulateur », *L.P.A.*, 2003, n°17, pp. 17-23.

cette répression du principe de séparation des pouvoirs. Ce principe (...) se trouvant atteint dans (...) le principe de la spécialisation des pouvoirs en vertu duquel le juge judiciaire a le monopole de la répression – principe considéré comme une garantie essentielle pour les citoyens en raison de l'indépendance du juge et des modalités d'exercice de sa compétence »¹³⁸⁶. Bien que la Constitution ne prévoie pas expressément que l'exercice d'un pouvoir de sanction est réservée aux organes juridictionnels, il est possible de soutenir que l'existence d'une fonction contentieuse exercée par des organes non-juridictionnels pose problème au regard de la conception classique de la séparation des pouvoirs. Toutefois, selon les défenseurs de l'exercice d'une fonction contentieuse de l'administration et des A.A.I., cette affirmation repose sur un postulat erroné, qui est celui de l'assimilation de la fonction contentieuse à la fonction juridictionnelle. Ainsi, pour T. Perroud, « la principale difficulté à surmonter pour définir la notion de fonction contentieuse est le besoin de la dissocier de la fonction juridictionnelle »¹³⁸⁷. Pour opérer cette dissociation, il s'appuie sur la pensée de plusieurs auteurs¹³⁸⁸ et estime que la fonction juridictionnelle n'est que l'une des modalités d'expression de la fonction contentieuse, qui se définit selon lui comme « celle qui vise à surmonter toute difficulté dans l'exécution du droit par la production d'un acte juridique contraignant »¹³⁸⁹. La fonction juridictionnelle serait donc davantage une attribution consistant dans l'exercice d'une fonction contentieuse par un organe juridictionnel. La difficulté de la doctrine française à concevoir cette définition et, partant, à accepter l'exercice d'une fonction contentieuse par des organes non-juridictionnels serait liée au refus « de prendre en compte la spécificité de la fonction contentieuse de l'administration en dehors des cadres conceptuels classiques »¹³⁹⁰ et au fait « que les démocraties libérales se sont construites autour de l'idée de séparation des pouvoirs »¹³⁹¹. Autrement dit, toute affirmation visant à affirmer que l'octroi d'un pouvoir de sanction à des autorités non-juridictionnelles est contraire à la séparation des pouvoirs serait entachée d'une sorte de conservatisme conceptuel.

¹³⁸⁶ M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal*, op. cit., p. 30.

¹³⁸⁷ T. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., p. 57.

¹³⁸⁸ Voir not. M. Waline, « Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle », *R.D.P.*, 1928, p. 146 ; J. Chevallier, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices, Revue générale du Droit processuel*, 1995, n°1, p. 90 ; M. Gjidara, *La fonction administrative contentieuse : étude de science administrative*, LGDJ, Paris, 1972, p. 66.

¹³⁸⁹ T. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., p. 60.

¹³⁹⁰ *Ibid*, p. 44.

¹³⁹¹ *Ibid*, p. 45.

561. Pourtant, nombreux sont les auteurs qui estiment que les sanctions administratives posent un problème de conformité au principe de séparation des pouvoirs¹³⁹², à l'instar de R. Drago, qui qualifie leur existence d'« aberration »¹³⁹³, et considère que « le pouvoir répressif appartient en principe au juge »¹³⁹⁴. C'est d'ailleurs cette analyse qu'il semble falloir privilégier, et ce pour deux raisons. D'abord, parce que lorsque T. Perroud définit la notion de « fonction contentieuse », il le fait indépendamment de toute considération organique. Or, une fonction n'a de sens qu'en tant qu'elle est attribuée à un – ou à plusieurs – organe(s). A titre d'exemple, il apparaît peu pertinent de définir la fonction législative comme la fonction consistant à élaborer des normes de portée générale. La fonction législative ne saurait en effet être définie selon ce seul critère matériel et, pour obtenir une définition satisfaisante de la fonction législative, il convient d'ajouter un critère organique, l'adoption de ces normes par le législateur, ainsi qu'un critère procédural, le respect d'une procédure prévue par la Constitution. Ainsi, et par analogie la fonction contentieuse apparaît donc bien comme le fait, pour un organe juridictionnel, de surmonter une difficulté dans l'exécution du droit par la production d'un acte juridique contraignant¹³⁹⁵. Cette conclusion est d'ailleurs conforme à l'étude menée par P. Lampué en 1946 sur la notion d'acte juridictionnel, dans laquelle l'auteur laisse paraître que, pris isolément, les critères matériel, organique et formel sont insuffisants à identifier l'acte juridictionnel¹³⁹⁶. Dès lors, dans la mesure où on ne saurait considérer que chacune des autorités administratives ou des A.A.I. exerçant un pouvoir de sanction est une juridiction, les sanctions administratives sont problématiques au regard du principe de séparation des pouvoirs. Le fait que ce pouvoir de sanction s'exerce, en toute circonstance, sous le contrôle du juge est révélateur de ce point de vue. L'octroi d'un pouvoir

¹³⁹² Pour d'autres analyses similaires, voir not. F. Casorla, « La justice séparée », art. cit ; J.-L. Autin, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », art. cit. ; J.-P. Feldman, « Les "autorités administratives indépendantes" sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *D.*, 2010, n°43, n.p.d.a. 2852 ; M. Waline, *Traité de droit administratif*, Sirey, Paris, 1963, 9^{ème} édition ; A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, Paris, 1980, 8^{ème} édition, p. 333.

¹³⁹³ « En dehors du domaine hiérarchique, l'attribution d'un pouvoir sanctionnateur à des autorités administratives est peut-être une aberration. Il serait plus simple et plus clair de transférer directement ce pouvoir à des juges » (R. Drago, « Note sous C.A. Paris, 1^{ère} chambre, section H, 7 mars 2000 », *JCPG*, 2000, n°42, n.p.d.a. 1931).

¹³⁹⁴ E. Piwnica, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », art. cit., n.p.d.a. 915.

¹³⁹⁵ Il est possible de noter que la Cour européenne opère également un lien entre l'exercice d'un pouvoir répressif et la qualité de juridiction – ou de tribunal, conformément à l'article 6§1 de la Convention européenne, qui prévoit que « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Voir not. décision Cour E.D.H., 8 juin 1976, Engel et autres c./ Pays-Bas, n°5100/71 ; n°5101/71 ; n°5102/71 ; n°5354/72 et n°5370/72 et décision Cour E.D.H., 21 février 1984, Oztürk c./ Allemagne, n°8544/79.

¹³⁹⁶ P. Lampué, « La notion d'acte juridictionnel », *R.D.P.*, 1946, pp. 5-67

de sanction aux autorités administratives apparaît dès lors comme une dérogation partielle et limitée au principe de séparation des pouvoirs, et les autorités administratives disposant de ce pouvoir de sanction comme un complément du juge dans l'exercice de la fonction juridictionnelle¹³⁹⁷.

Ensuite, la thèse de T. Perroud semble devoir être écartée dans la mesure où affirmer que des attributions contentieuses peuvent être exercées par un organe non-juridictionnel, « c'est avouer que le droit administratif rebrousse chemin, puisqu'il irait alors à rebours de l'évolution que connut le Conseil d'Etat tout au long du XX^e siècle »¹³⁹⁸, à savoir la « juridictionnalisation de la fonction contentieuse », afin que cette dernière puisse être exercée en dehors de toute pression des pouvoirs politiques. L'apparition d'un pouvoir et d'une fonction juridictionnels ne relève donc pas simplement d'un processus d'institutionnalisation d'une prétendue fonction contentieuse qui incombe au système social, consistant à apaiser les conflits apparus en son sein¹³⁹⁹. Elle relève également du processus d'instauration de l'Etat de droit¹⁴⁰⁰. De ce point de vue, la persistance d'un pouvoir de sanction dévolu à l'administration apparaît comme le dernier bastion de la justice retenue. Cet élément renforce d'autant plus l'idée selon laquelle le pouvoir de sanction des autorités administratives est peu conforme au principe de séparation des pouvoirs tel qu'entendu traditionnellement. Ainsi, les révolutionnaires, fervents défenseurs d'une conception absolue de la théorie de Montesquieu, avaient d'abord pensé à confier le contentieux administratif à de véritables tribunaux avant de renoncer et de laisser l'Exécutif l'exercer lui-même¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁷ F. Dupuis-Touboul, « Le juge en complémentarité du régulateur », art. cit. n.p.d.a. 17.

¹³⁹⁸ D. Costa, « L'autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », art. cit., n.p.d.a. 1174.

¹³⁹⁹ A. Lalonde, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 1991, entrée « fonction ».

¹⁴⁰⁰ B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, LGDJ, Paris, 2015, p. 7.

¹⁴⁰¹ M. Troper rappelle que le choix de la justice est avant tout un choix de circonstance : « Il faut observer ensuite que la loi des 16-24 août 1790, si elle a bien eu pour but d'assurer l'indépendance de l'Administration par rapport aux tribunaux, n'entendait pas pour autant retirer à ceux-ci la connaissance du contentieux administratif. Ces deux problèmes n'ont, en réalité, jamais été mêlés. La démonstration en est faite par Esmein (A. Esmein, « La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée constituante », in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 1911, p. 3). L'Assemblée avait adopté, le 31 mars 1790, un plan de travail sur l'ordre judiciaire, proposé par Barrère de Vieuzac. Selon ce plan, la neuvième question à débattre était la suivante : "les mêmes juges connaîtront-ils de toutes les matières, ou divisera-t-on les différents pouvoirs de juridiction pour les causes de commerce, de l'Administration, des impôts et de la police ?". On voit, qu'il n'était pas question, à cette époque (en 1790), de retirer aux tribunaux le contentieux administratif. Le choix se limitait à l'alternative : tribunaux uniques, ou tribunaux d'exception pour certaines catégories de litiges, dont la connaissance était considérée comme faisant appel à des compétences techniques particulières » (M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 51). La question fut renvoyée aux comités. Or, « Le comité de Constitution élaborait un nouveau projet, dont le titre XIV instituait des tribunaux d'Administration. Le projet fit l'objet d'un débat (...) mais le titre XIV ne fut jamais discuté » par manque de temps, si bien qu'« on présenta donc à la sanction du Roi uniquement les dispositions qui avaient été votées, et la question du

562. Dès lors, en jugeant conforme à la Constitution l'exercice d'un pouvoir de sanction par des autorités administratives ou par des A.A.I., le Conseil se laisse manifestement guider par des considérations pratiques et fait donc preuve de pragmatisme¹⁴⁰². Il fait le choix de la perméabilité de la séparation des pouvoirs, laissant à première vue de côté la protection du pouvoir juridictionnel et de la garantie des droits, à laquelle les sanctions administratives semblent peu favorables. S'arrêter à ce constat serait pourtant une erreur, puisqu'une analyse plus approfondie de la jurisprudence démontre que le Conseil ne laisse pas de côté ces préoccupations. En effet, le Conseil continue de faire preuve de pragmatisme et, dans une certaine mesure, de mettre le principe de séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits en introduisant, au nom de ce principe, un certain nombre de limites destinées à juguler la perméabilité de la séparation des pouvoirs et, partant, à assurer la garantie des droits.

§2. L'encadrement de la perméabilité : les conditions de l'octroi d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives

563. Le Conseil, par pragmatisme, a décidé de retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs en admettant l'exercice d'un pouvoir de sanction par des organes non-juridictionnels, qu'il s'agisse d'autorités administratives, relevant du pouvoir exécutif¹⁴⁰³, ou d'A.A.I.¹⁴⁰⁴ Ce faisant, il semblait avoir laissé de côté les préoccupations qui le guident traditionnellement dans le cadre de sa jurisprudence relative à la séparation des pouvoirs politiques et juridictionnel, à savoir la protection du juge et la garantie des droits. Il n'en est rien. En effet, le pragmatisme conduit également le Conseil, dans un second temps, à juguler – ou à canaliser¹⁴⁰⁵ – cette perméabilité de la séparation des pouvoirs afin de limiter l'impact des sanctions administratives sur la garantie des droits et la sphère d'intervention du juge¹⁴⁰⁶.

contentieux administratif resta en suspens» (M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 52).

¹⁴⁰² A propos de l'idée de « pragmatisme » du juge constitutionnel au sujet du pouvoir de sanction des A.A.I., voir not. A. Roblot-Troizier, « Une juridictionnalisation rampante mais incomplète des autorités administratives indépendantes », art. cit., n.p.d.a. 144 et M.-T. Viel, « Errements des sanctions administratives », *A.J.D.A.*, 2007, n°19, n.p.d.a. 1006.

¹⁴⁰³ Décision C.C., n°2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, J.O. du 2 avril 2006, p. 4964, Rec. p. 50, cons. 34 à 38 ; C.C., n°2014-690 DC du 13 mars 2014, Loi relative à la consommation, J.O. du 18 mars 2014, p. 5450, cons. 67 à 69.

¹⁴⁰⁴ Voir not. la décision C.C., n°88-248 DC, préc., cons. 27.

¹⁴⁰⁵ C. Teitgen-Colly, « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, n°1, p. 193.

¹⁴⁰⁶ Ainsi que le notent C. Teitgen-Colly et M. Delmas-Marty, le Conseil d'Etat adopte une démarche identique de celle du Conseil constitutionnel : « Ce droit de la répression administrative tel que l'a façonné le juge administratif traduit sa double volonté, d'une part de protection des intérêts des particuliers, laquelle se justifie par des emprunts au droit pénal, d'autre part de la protection des intérêts de l'administration, laquelle explique

La volonté pragmatique du juge d'encadrer ce pouvoir de sanction exercé par des organes non juridictionnels se traduit, dans la jurisprudence constitutionnelle, par une double démarche. Celle-ci tient, d'une part, au contrôle du respect de la quasi-totalité des principes constitutionnels du droit répressif et du droit processuel¹⁴⁰⁷ à la procédure administrative de sanction (A.) et, d'autre part, au maintien d'une distinction des fonctions des organes juridictionnels dotés d'un pouvoir de sanction et du juge (B.).

A. L'application des principes du droit répressif

564. L'examen de la jurisprudence constitutionnelle révèle que si le Conseil constitutionnel accepte que des organes non-juridictionnels exercent un pouvoir de sanction, il n'a pas pour autant renoncé à assurer la garantie des droits des administrés¹⁴⁰⁸. Pour ce faire, il exige que le régime applicable aux sanctions administratives présente certaines garanties similaires à celles qui existent dans le cadre de la procédure pénale. Et bien que « plusieurs principes constitutionnels (fassent) l'objet de tempéraments pour prendre en compte la spécificité des sanctions administratives »¹⁴⁰⁹, il convient d'admettre que les exigences du Conseil quant au régime des sanctions administratives sont propres à assurer la garantie des droits (1.), et ce d'autant plus que cette solution apparaît proche de celle retenue par le droit européen (2.).

1. Une solution propre à assurer la garantie des droits

565. La position du Conseil quant à la constitutionnalité d'un pouvoir de sanction exercé par une autorité administrative, peu claire en 1984¹⁴¹⁰, est établie à partir de la décision du 28 juillet 1989¹⁴¹¹. Depuis cette date, le Conseil, lorsqu'il doit se prononcer sur la question du pouvoir de sanction dévolu aux autorités non-juridictionnelles, énonce systématiquement un

les éléments de particularisme du droit de la répression administrative » (M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal*, *op. cit.*, p. 28).

¹⁴⁰⁷ Le Conseil a estimé que seul le principe *non bis in idem* ne s'applique pas aux sanctions administratives. Voir *infra*.

¹⁴⁰⁸ Dès 1960, il semble que le Conseil d'Etat a estimé que les textes prévoyant qu'une autorité administrative exerce un pouvoir de sanction doivent être d'interprétation stricte (décision C.E., 4 mars 1960, Lévy, note de M. Waline, *R.D.P.*, 1960, p. 1030-1031).

¹⁴⁰⁹ M.-T. Viel, « Errements des sanctions administratives », art. cit., n.p.d.a. 1006.

¹⁴¹⁰ Décision C.C., n°84-181 DC, préc. Dans cette décision, le Conseil a censuré les dispositions relatives au pouvoir de la commission pour la transparence et le pluralisme de la presse en estimant qu'elles produisent « des effets équivalents à ceux d'un régime d'autorisation préalable » et que quand bien même il s'agirait de réprimer les abus de la liberté d'expression qui découle de l'article 11 de la Déclaration de 1789, « cette répression ne saurait être confiée à une autorité administrative » (cons. 81).

¹⁴¹¹ Décision C.C., n°89-260 DC, préc.

considérant de principe dans lequel il estime que « le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que *l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* »¹⁴¹². La première réserve formulée par le juge se comprend aisément, puisqu'elle fait référence au second alinéa de l'article 66 de la Constitution, qui prévoit que l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle¹⁴¹³. La seconde réserve, comme le précise par la suite le Conseil, est relative aux principes de droit répressif, c'est-à-dire aux différents principes constitutionnels traditionnellement appliqués afin de protéger les personnes dans le cadre d'un procès. Pourtant, l'intégralité de ces principes n'est pas applicable à la procédure qui conduit les autorités non-juridictionnelles à prononcer une sanction. C'est au gré de sa jurisprudence que le Conseil a précisé quels sont « les droits et libertés constitutionnellement garantis » que doivent respecter les dispositions législatives instaurant des sanctions administratives. Parmi ceux-ci figurent invariablement le principe des

¹⁴¹² Décision C.C., n°89-260 DC, préc., cons. 6. (Nous soulignons.) Ce considérant de principe a peu varié par la suite. Il en existe une seconde version : « Considérant que la loi peut sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter une autorité administrative indépendante de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission ; qu'il appartient toutefois au législateur d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de sanction de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis » (décision C.C., n°96-378 DC du 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications, J.O. du 27 juillet 1996, p. 11400, Rec. p. 99, cons. 15). Il en existe une troisième – et dernière – version qui combine les deux précédentes et est systématiquement retenue depuis 2009 : « Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier doivent être respectés... » (décision C.C., n°2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, J.O. du 13 juin 2009, Rec. p. 107, cons. 14 ; décision C.C., n°2012-280 QPC du 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction], J.O. du 13 octobre 2012, p. 16031, Rec. p. 529, cons. 16 ; décision C.C., n°2013-331 QPC du 5 juillet 2013, Société Numéricâble SAS et autre [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes], J.O. du 7 juillet 2013, p. 11356, Rec. p. 876, cons. 10 ; décision C.C., n°2013-341 QPC du 27 septembre 2013, M. Smaïn Q. et autre [Majoration de la redevance d'occupation du domaine public fluvial pour stationnement sans autorisation], J.O. du 1 octobre 2013, p. 16304, cons. 10 ; décision C.C., n°2013-678 DC du 14 novembre 2013, Loi organique portant actualisation de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O. du 16 novembre 2013, p. 18634, cons. 8 ; décision C.C., n°2013-359 QPC du 13 décembre 2013, Société Sud Radio Services et autre [Mise en demeure par le Conseil supérieur de l'audiovisuel], J.O. du 15 décembre 2013, p. 20432, Rec. p. 1090, cons. 3 et décision C.C., n°2014-690 DC, préc., cons. 67).

¹⁴¹³ Cette réserve est d'ailleurs l'une des premières à avoir été posée par le Conseil, et ce dès 1983 (décision C.C., n°83-164 DC du 29 décembre 1983, Loi de finances pour 1984, J.O. du 30 décembre 1983, p. 3871, Rec. p. 67, cons. 28 ; décision n°84-181 DC, préc., cons. 88 et 89).

droits de la défense¹⁴¹⁴ ainsi que le principe de légalité des délits et des peines¹⁴¹⁵, dont le Conseil semble estimer qu'ils constituent le niveau minimum exigible de garantie dès lors qu'un pouvoir de sanction est exercé. Le juge constitutionnel a également rappelé que doivent être respectés le principe de la présomption d'innocence¹⁴¹⁶ et celui de l'interdiction des peines automatiques¹⁴¹⁷.

En outre, M.-T. Viel note que « plusieurs principes constitutionnels font l'objet de tempéraments pour prendre en compte la spécificité des sanctions administratives »¹⁴¹⁸. L'auteur continue en remarquant que « le principe de légalité des infractions a été assoupli par le Conseil constitutionnel lui-même qui a décidé que l'exigence d'une définition des infractions se trouvait satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements »¹⁴¹⁹. De même, le Conseil, après quelques hésitations¹⁴²⁰, le Conseil a d'abord

¹⁴¹⁴ Le Conseil a fait du respect des droits de la défense un P.F.R.L.R. dans la décision C.C., n°76-70 DC du 2 décembre 1976, Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail, J.O. du 7 décembre 1976, p. 7052, Rec. p. 39, cons. 2. Il rappelle que lorsque le législateur instaure un pouvoir de sanction au profit d'une autorité administrative – qu'elle soit indépendante ou non – le législateur doit mettre en place des mesures destinées à assurer les droits de la défense dans un certain nombre de décisions : décision C.C., n°97-389 DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, J.O. du 25 avril 1997, p. 6271, Rec. p. 45, con. 30 et 32 ; décision C.C., n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O. du 2 août 2000, p. 11922, Rec. p. 121, cons. 50 ; décision C.C., n°2006-535 DC, préc., cons. 36 et 38 ; décision C.C., n°2009-580 DC, préc., cons. 14 ; décision C.C., n°2012-280 QPC, préc., cons. 16 ; décision C.C., n°2013-331 QPC, préc., cons. 10 ; décision C.C., n°2013-341 QPC, préc., cons. 10 et 11 ; décision C.C., n°2013-678 DC, préc., cons. 8 ; décision C.C., n°2013-359 QPC, préc., cons. 3 et décision C.C., n°2014-690 DC, préc., cons. 67).

¹⁴¹⁵ Le Conseil a pour la première fois fait usage du principe de légalité des délits et des peines, qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789, dans une décision C.C., n°80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, J.O. du 22 janvier 1981, p. 308, Rec. p. 15, cons. 7. Il rappelle que lorsque le législateur instaure un pouvoir de sanction au profit d'une autorité administrative – qu'elle soit indépendante ou non – le législateur doit mettre en place des mesures destinées à assurer ce principe dans un certain nombre de décisions : décision C.C., n°97-389 DC, préc., con. 30 et 32 ; décision C.C., n°2000-433 DC, préc., cons. 50 ; décision C.C., n°2006-535 DC, préc., cons. 36 et 37 ; décision C.C., n°2009-580 DC, préc., cons. 14 ; décision C.C., n°2012-280 QPC, préc., cons. 16 ; décision C.C., n°2013-331 QPC, préc., cons. 10 ; décision C.C., n°2013-341 QPC, préc., cons. 10 ; décision C.C., n°2013-678 DC, préc., cons. 8 ; décision C.C., n°2013-359 QPC, préc., cons. 3 et 5 ; décision C.C., n°2014-690 DC, préc., cons. 67).

¹⁴¹⁶ Pour la reconnaissance du principe de la présomption d'innocence, qui découle de l'article 9 de la Déclaration de 1789, voir la décision C.C., n°89-258 DC du 8 juillet 1989, Loi portant amnistie, J.O. du 11 juillet 1989, p. 8734, Rec. p. 48, cons. 10. Sur l'obligation de respect de ce principe à l'occasion d'une procédure administrative de sanction, voir la décision C.C., n°2009-580 DC, préc., cons. 17.

¹⁴¹⁷ Décision C.C., n°84-181 DC, préc., cons. 80 ; décision C.C., n°2000-433 DC, préc., cons. 51 et 52.

¹⁴¹⁸ M.-T. Viel, « Errements des sanctions administratives », art. cit., n.p.d.a. 1006.

¹⁴¹⁹ Décision C.C., n°88-248 DC, préc., cons. 37. Cette solution est reprise par le Conseil d'Etat (décision C.E., sect., 12 octobre 2009, n°311641).

¹⁴²⁰ Dans les décisions C.C., n°88-248 DC, préc., cons. 30 et décision C.C., n°96-378 DC, cons. 15, le Conseil estimait qu'une sanction administrative pécuniaire ne peut être cumulée avec une sanction pénale. En revanche, dans la décision C.C., n°89-260 DC, préc., il estimait que ce principe de non cumul des sanctions « ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives » (cons. 16). Enfin, dans une décision C.C., n°97-395 DC du 30 décembre 1997, Loi de finances pour 1998, J.O. du 31 décembre 1997, p. 19313, Rec. p. 333, le Conseil jugeait que le cumul de poursuites en matières disciplinaire et pénale pouvait donner lieu à un cumul de sanctions qui n'est pas en lui-même contraire au principe de proportionnalité des

estimé que le principe de *non bis in idem*, auquel il ne confère pas de valeur constitutionnelle¹⁴²¹, ne joue pas en matière de sanctions administratives qui peuvent se cumuler avec des sanctions pénales sous la seule réserve que le montant global des sanctions pécuniaires ne dépasse pas le maximum de l'une des sanctions encourues, sauf à méconnaître le principe de proportionnalité¹⁴²². Plus récemment, il a paru « mettre sa jurisprudence en harmonie avec les exigences conventionnelles du principe du *non bis in idem* »¹⁴²³ en censurant, sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration de 1789, la possibilité de voir une même personne de faire l'objet, pour les mêmes faits, de poursuites devant une A.A.I. et devant une juridiction¹⁴²⁴. Il n'en demeure pas moins que, comme le souligne F. Sudre, c'est « un principe *non bis in idem* "au rabais" que consacre » le Conseil constitutionnel¹⁴²⁵.

566. Dès lors, la jurisprudence du Conseil « illustre à merveille le tiraillement du régime des sanctions administratives entre le respect des principes protecteurs des droits des administrés et les avantages d'une répression réaliste, efficace, simple et rapide »¹⁴²⁶. D'un côté, le Conseil constitutionnel s'emploie à juridictionnaliser la procédure applicable devant les A.A.I. et les autorités administratives exerçant un pouvoir de sanction en soulignant que tant ces règles de fond que ces règles de procédures sont applicables « à toute sanction ayant le caractère d'une punition, *même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non-juridictionnelle* »¹⁴²⁷. Ce faisant, il tente de juguler autant que possible les effets de la perméabilité de la séparation des pouvoirs pour neutraliser les effets de cette dernière sur la garantie des droits. La garantie des droits demeure donc l'une de ses priorités. Mais, d'un autre côté, le juge constitutionnel ne se départit pas non plus des considérations pragmatiques qui l'ont conduit à décerner un brevet de constitutionnalité aux sanctions administratives, puisqu'il accepte d'adapter, lorsque c'est nécessaire, les principes constitutionnels applicables au droit répressif aux spécificités de la procédure administrative.

peines garantis par l'article 8 de la Déclaration de 1789 à condition que « le montant global des sanctions (...) ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues » (cons. 41).

¹⁴²¹ Décision C.C., n°82-143 DC du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, J.O. du 31 juillet 1982, p. 2470, Rec. p. 57, cons. 13.

¹⁴²² Décision C.C., n°97-395 DC, préc., cons. 41.

¹⁴²³ F. Sudre, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », *J.C.P.G.*, 2015, n°13, pp. 605-609.

¹⁴²⁴ Décisions C.C., n°2014-453/454 et n°2014-462 QPC du 18 mars 2015, M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié], J.O. du 20 mars 2015, p. 5183, cons. 28.

¹⁴²⁵ F. Sudre, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », préc.

¹⁴²⁶ M.-T. Viel, « Errements des sanctions administratives », art. cit., n.p.d.a. 1006.

¹⁴²⁷ Décision C.C., n°97-389 DC, préc., cons. 30. (Nous soulignons.) Depuis, cette précision accompagne chaque considérant de principe relatif au pouvoir de sanction des autorités administratives ou des A.A.I. Pour un exemple récent, voir not. décisions C.C., n°2014-453/454 et n°2014-462 QPC du 18 mars 2015, M. John L., préc.

La recherche constante d'un équilibre entre ces deux préoccupations emporte parfois certains effets problématiques, et notamment un manque de clarté de la jurisprudence constitutionnelle. La question de l'applicabilité des principes d'indépendance et d'impartialité – qui découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 – aux organes non-judicieux disposant d'un pouvoir de sanction, dans les mêmes conditions que les juridictions, en est une illustration¹⁴²⁸. Si ces exigences sont en principe remplies lorsque c'est une A.A.I. qui est titulaire de ce pouvoir, il est douteux qu'elles le soient lorsque c'est une autorité administrative qui exerce un pouvoir de sanction. Or, le Conseil a parfois fait de l'indépendance de l'organe titulaire du pouvoir de sanction une condition nécessaire pour conclure à la constitutionnalité des dispositions législatives, d'abord implicitement¹⁴²⁹ puis explicitement¹⁴³⁰. D'autres fois, en revanche, le Conseil a renoncé à cette exigence et a consenti à ce qu'une « simple » autorité administrative exerce un pouvoir de sanction, comme c'est le cas dans une décision récente du 13 mars 2014¹⁴³¹. Il faut admettre que, dans cette dernière décision, il s'agissait d'instaurer des sanctions administratives comme *alternative* aux sanctions pénales et civiles, et que la procédure prévue à cette fin par le législateur instaurait un très grand nombre de garanties¹⁴³², dont J.-H. Robert constatait qu'elles vont « bien au-delà de ce qu'exige le Conseil constitutionnel »¹⁴³³. Il n'en demeure pas moins que le constat formulé par C. Teitgen-Colly en 1990¹⁴³⁴, selon lequel la position du Conseil sur ce point demanderait à être clarifiée est aujourd'hui encore d'actualité.

¹⁴²⁸ Décision C.C., n°2012-280 QPC du 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction], J.O. du 13 octobre 2012, p. 16031, Rec. p. 529, cons. 16.

¹⁴²⁹ Voir la décision C.C., n°88-248 DC, préc., cons. 27 : « la loi peut, de même, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission » (nous soulignons); décision C.C., n°96-378 DC, préc., cons. 15 : « la loi peut sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter une autorité administrative indépendante de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission » (nous soulignons).

¹⁴³⁰ A compter de la décision du 12 octobre 2012, le Conseil ajoute très régulièrement aux principes applicables au pouvoir de sanction des autorités administratives les principes d'indépendance et d'impartialité (C.C., n°2012-280 QPC, préc., cons. 16).

¹⁴³¹ Décision C.C., n°2014-690 DC, préc., cons. 67. Pour un autre exemple, voir la décision C.C., n°2006-535 DC, préc., cons. 34 à 38, dans laquelle le Conseil juge que la possibilité offerte au président du Conseil général, « lorsqu'il constate que les obligations incombant aux parents ou au représentant légal du mineur n'ont pas été respectées ou lorsque, sans motif légitime, le contrat (de responsabilité parentale) n'a pu être signé de leur fait », de décider la suspension des prestations familiales afférentes à l'enfant ».

¹⁴³² La loi prévoyait en effet : une procédure contradictoire, l'information du professionnel mis en cause par l'administration avant le prononcé de la sanction, la possibilité pour le professionnel de prendre connaissance des pièces du dossier, celle de se faire assister par un conseil de son choix, de présenter des observations écrites et / ou orales et, enfin, la possibilité de saisir le juge administratif pour connaître du contentieux de ces sanctions administratives et veiller au respect de la procédure (décision C.C., n°2014-690 DC, préc., cons. 69).

¹⁴³³ J.-H. Robert, « Juridictionnalisation administrative », *Droit pénal*, 2014, n°6, pp. 46-49.

¹⁴³⁴ « L'indépendance de l'autorité répressive n'est pas relevée de la même façon. (...) S'agissant du C.S.A., le Conseil insiste largement sur cette indépendance au point que, bien qu'il ne l'érige pas expressément en

567. Pourtant, malgré les quelques flottements jurisprudentiels, le tiraillement du Conseil entre la volonté d'assurer la garantie des droits et la prise en compte de la spécificité des sanctions administratives est difficilement condamnable, d'abord parce que le niveau de garantie qui en résulte est, à peu de choses près, équivalent à celui qui s'applique lors d'une procédure juridictionnelle et, ensuite, parce que la jurisprudence européenne semble indiquer que ce tiraillement est inévitable.

2. Une solution compatible avec les standards européens

568. J.-M. Sauvé rappelait, en 2001, que « s'est posée dans un passé récent la question lancinante de savoir quelle est la procédure applicable à l'édition des sanctions administratives. Le laconisme de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme sur la notion de "procès équitable et public" conduit par "un tribunal indépendant et impartial", joint à la multiplicité des autorités juridictionnelles amenées à en préciser le sens et la portée (Cour européenne des droits de l'homme, Conseil d'Etat, Cour de cassation) et à la diversité de leurs réponses ont conduit ces dernières années à des hésitations et des tâtonnements. Par ricochet, beaucoup de questions ont pu surgir »¹⁴³⁵. Ainsi, de la même manière que le Conseil était amené à définir un équilibre entre la garantie des droits qui doit accompagner le prononcé de toute sanction ayant le caractère d'une punition et la spécificité des sanctions administratives, la Cour européenne et, à sa suite, les juges ordinaires, ont dû définir, au coup par coup, quelles sont les exigences de l'article 6§1 de la Convention applicables aux sanctions administratives. Le premier alinéa de cette disposition prévoit en effet que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Il appartenait donc à la Cour de Strasbourg de déterminer si les sanctions administratives relèvent ou non de la matière pénale et, le cas échéant, si les autorités administratives dotées d'un pouvoir de sanction

condition de la constitutionnalité du pouvoir de sanction, l'on en vient à se demander ce qu'il adviendrait de la constitutionnalité d'une répression assurée par des autorités administratives classiques. (...) Dans la décision relative à la C.O.B., l'indépendance n'est pourtant plus évoquée dans le considérant énonçant les conditions générales de constitutionnalité de la répression administrative où il est fait état du pouvoir de sanction des "autorités administratives". Cependant, l'influence constitue la garantie principale, voire exclusive, que le Conseil relève avant de conclure à la conformité à la Constitution du pouvoir de la C.O.B. et il se livre (...) à une analyse minutieuse de la réalité de cette garantie » (C. Teitgen-Colly, « Les instances de régulation et la Constitution », art. cit., p. 201-202).

¹⁴³⁵ J.-M. Sauvé, « Les sanctions administratives en droit public français : état des lieux, problèmes et perspectives », art. cit., p. 16-17.

doivent être considérées comme un tribunal au sens de la Convention européenne. La Cour a fait le choix d'une interprétation autonome de la notion de « matière pénale »¹⁴³⁶ – de sorte que la qualification de « sanction administrative » donnée par le droit interne ne suffit pas à écarter l'applicabilité de l'article 6§1 – et a posé trois critères afin de déterminer si une mesure relève ou non de la matière pénale¹⁴³⁷, ce qui l'a conduit à estimer que les sanctions administratives relèvent bien du champ d'application de l'article 6§1¹⁴³⁸. La Cour, en retenant une interprétation autonome de la notion de « tribunal »¹⁴³⁹, a également estimé que les autorités administratives dotées d'un pouvoir de sanction relèvent de cette notion¹⁴⁴⁰. Les juridictions internes se sont ralliées à cette interprétation¹⁴⁴¹.

569. On pourrait alors être fondé à penser que, dans la mesure où l'article 6§1 est applicable au même titre aux juridictions qu'aux organes non-juridictionnels dotés d'un pouvoir de sanction, le droit conventionnel européen est à la fois plus simple et plus protecteur que les exigences constitutionnelles. Pourtant, la Cour européenne a décidé de retenir une « appréciation globale »¹⁴⁴², « caractérisée par un souci de pragmatisme »¹⁴⁴³, en recherchant « si l'un au moins des différents organes qui ont été appelés à se prononcer constituait un tribunal répondant à l'ensemble des prescriptions de l'article 6-1 »¹⁴⁴⁴. Dès lors,

¹⁴³⁶ Décision Cour E.D.H., 8 juin 1976, Engel et autres c./ Pays-Bas, préc. La Cour procède de même pour la notion de « contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil » (décision Cour E.D.H., 16 juillet 1971, Ringeisen c./ Autriche, n°2614/65).

¹⁴³⁷ Ces trois critères sont énumérés au §82 de la décision du 8 juin 1976. Il s'agit de la qualification juridique de l'infraction dans le droit national, de la nature même de l'infraction ainsi que du degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé ».

¹⁴³⁸ Décision Cour E.D.H., 21 février 1984, Oztürk c./ Allemagne, préc.

¹⁴³⁹ Décision Cour E.D.H., 27 août 1991, Demicoli c./ Malte, n°13057/87, §39 : « "un 'tribunal' se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel: trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence (...). Il doit aussi remplir une série d'autres conditions - indépendance, notamment à l'égard de l'exécutif, impartialité, durée du mandat des membres, garanties offertes par la procédure - dont plusieurs figurent dans le texte même de l'article 6 par. 1 (art. 6-1)" ». Voir également décision Cour E.D.H., 29 avril 1988, Belilos c./ Suisse, n°10328/83, §64.

¹⁴⁴⁰ Voir not. décision Cour E.D.H., 22 octobre 1984, Sramek c./ Autriche, n°8790/79, §36.

¹⁴⁴¹ C'est la Cour de cassation qui, la première, a rejoint la Cour européenne dans son interprétation extensive de la notion de matière pénale (décision Cass., comm., 27 janvier 1998, n°96-10735 ; décision Cass., plén., 5 février 1999, COB c./ Oury et autres, n°07-16440 ; décision Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 1999, n°96-19491 et 07-15277). Le Conseil, après avoir résisté en estimant que l'article 6 de la Convention n'est applicable que devant les organes juridictionnels (avis C.E., sect., 31 mars 1995, Ministre du Budget c./ SARL Auto-industrie Méric, n°164008), s'est également rallié à la position de la Cour (décision C.E., ass., 3 décembre 1999, Didier, n° 207434). Sur l'évolution de la position du Conseil d'Etat, voir not. P. Collin et M. Guyomar, « Une juridiction peut-elle régulièrement statuer sur une affaire au sujet de laquelle elle a, ès qualités, précédemment exprimé une opinion ? », *A.J.D.A.*, 2000, n° 5, n.p.d.a. 404. Voir également M. Guyomar, « Le principe vu par le Conseil d'Etat », *A.J.D.A.*, 2001, n°6, pp. 518- 525

¹⁴⁴² P. Collin et M. Guyomar, « Une juridiction peut-elle régulièrement statuer sur une affaire au sujet de laquelle elle a, ès qualités, précédemment exprimé une opinion ? », art. cit., n.p.d.a. 404.

¹⁴⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴⁴ A. Seban, « Le principe d'impartialité et les autorités de régulation : le cas du Conseil des marchés financiers. Conclusions sur C.E., ass., 3 décembre 1999, Didier », *R.F.D.A.*, 2000, n°2, n.p.d.a. 435.

la Cour module l'application des garanties qui découlent de l'article 6 de la Convention en distinguant ce qui relève du « noyau dur du droit pénal » de ce qui n'en relève pas. Pour les mesures appartenant cette dernière catégorie, « les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur »¹⁴⁴⁵. Ainsi, n'est pas contraire à cette disposition le fait pour les services fiscaux – qui sont « un organe administratif qui ne saurait passer pour satisfaire aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention » – de poursuivre et réprimer certaines infractions en cas d'absence de bonne foi des contribuables, à la condition que « le contribuable (puisse) saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un organe judiciaire de pleine juridiction, ayant notamment le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise »¹⁴⁴⁶. Finalement, le Conseil d'Etat, synthétisant l'état de la jurisprudence européenne des juridictions ordinaires, estimait que seules les exigences procédurales qui permettent de « garantir, dès l'origine de la procédure, son caractère équitable par le respect de la conduite des débats » doivent être mises en œuvre devant les organes non-judicieux exerçant un pouvoir de sanction¹⁴⁴⁷. « En revanche des obligations, telles que la publicité de l'audience, le secret du délibéré, la mention de la composition du tribunal ou encore la lecture publique des décisions, ne sont pas exigées dès le stade du travail des autorités administratives et ne s'imposent que lors de la procédure de pleine juridiction »¹⁴⁴⁸. Par ailleurs, le Conseil d'Etat semble désormais retenir le même raisonnement s'agissant de l'applicabilité de l'article 6§3 – relatif aux droits de la défense – à la procédure devant les organes non-judicieux exerçant un pouvoir de sanction¹⁴⁴⁹. Il est toutefois un point sur lequel le droit européen est plus clair que la jurisprudence constitutionnelle. En effet, si la différence dans les régimes des sanctions prononcées par une

¹⁴⁴⁵ Décision Cour E.D.H., 23 novembre 2006, Jussila c./ Finlande, n°73053/01, §43. La Cour a retenu la même solution s'agissant des contestations sur les droits et obligations de caractère civil : décision Cour E.D.H., 23 juin 1981, Le Comte, Van Leuven et de Meyere c./ Belgique, n°6878/65 et 7238/75, §51).

¹⁴⁴⁶ Décision Cour E.D.H., 23 juillet 2002, Janosevic c./ Suède, n°34619/97, §81. Voir également la décision Cour E.D.H., 24 février 1994, Bendenoun c./ France, n°12547, §46 et, pour la reprise de cette solution dans le droit interne, l'avis C.E., sect., 31 mars 1995, , Ministre du Budget c./ SARL Auto-industrie Méric, préc.

¹⁴⁴⁷ Décision C.E., sect., 27 octobre 2006, M. Parent, n°276069, n°277198 et n°277460. Voir également la décision Cass., ass., 5 février 1999, C.O.B. c./ Oury, préc.).

¹⁴⁴⁸ M.-T. Viel, « Errements des sanctions administratives », art. cit., n.p.d.a. 1006. La Cour recherche donc si les recours possibles permettent au juge de réexaminer tant les questions de fait que celles de droit (décision Cour E.D.H., 29 avril 1988, Bellilos c./ Suisse, n°10328/83, §71), ce qui n'est pas le cas du recours en cassation (décision Cour E.D.H., 26 septembre 1995, Diennet c./ France, n°18160/91, §34).

¹⁴⁴⁹ Décision C.E., sect., 27 octobre 2006, M. Parent, préc. Voir not. A. Friboulet, « Article 6 CEDH et sanctions infligées par les autorités de régulation. Commentaire sous les arrêts C.E., sect., 27 octobre 2006, M. Parent, n°276069, n°277198 et n°277460 », *Revue générale du droit on line*, 2008, n°1908, http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/01/03/article-6-cedh-et-sanctions-infligees-par-les-autorites-de-regulation/#.VS_ULfmsVBp. En cela, le juge administratif se conforme à la position exprimée par la Cour dans une décision du 28 octobre 1993 (décision Cour E.D.H., 28 octobre 1993, Imbrioscia c./ Suisse, n°13972/88, §36).

autorité administrative et une A.A.I. ne semble pas réglée par le Conseil constitutionnel, les juges qui appliquent le droit européen considèrent que la procédure de sanction devant les A.A.I. exige davantage de garanties, notamment en matière d'impartialité, dans la mesure où ces organes assurent également, le plus souvent, une fonction réglementaire¹⁴⁵⁰.

570. Ainsi, les juges européens, tout comme le Conseil constitutionnel, sont partagés entre, d'une part, le souhait d'assurer au maximum la garantie des droits et, d'autre part, le constat de la spécificité des sanctions administratives, prononcées par des organes qui ne sauraient être complètement assimilés à des juridictions. Mais, en prenant acte de la spécificité des sanctions administratives, de leur régime et de l'organe qui les prononce, le Conseil constitutionnel souligne également, en creux, la spécificité des juridictions¹⁴⁵¹.

B. Le maintien d'une distinction fonctionnelle

571. La notion de juridiction et celle d'acte juridictionnel posent, depuis plus d'un siècle, un grand nombre de difficultés à la doctrine¹⁴⁵². La perméabilité de la séparation des pouvoirs et la juridictionnalisation progressive des autorités non-juridictionnelles dotées d'un pouvoir de sanction emportent « un chevauchement des notions (qui) est source d'imprécisions, de confusions car il ne permet plus une délimitation nette entre fonction administrative et fonction juridictionnelle »¹⁴⁵³. Forte de ce constat, L. Milano estime « qu'il est permis de douter de l'utilité de la recherche d'une définition de la notion de juridiction »¹⁴⁵⁴. Le Conseil ne semble pas partager ce doute et maintient, au travers de ses décisions successives sur les sanctions administratives, une spécificité de la notion de juridiction, et ce afin de limiter la perméabilité de la séparation des pouvoirs et ses effets sur la fonction juridictionnelle et la garantie des droits. Le juge constitutionnel opère donc une différenciation entre les autorités

¹⁴⁵⁰ Décision Cass., ass., 5 février 1999, préc., n°99-16440 ; décision Cass., ass., 3 décembre 1999, Didier, préc., décision C.E., 5^{ème} et 7^{ème} SSR, 29 juillet 2002, Association Radio Deux couleurs, n°221302 ; décision C.E., 9^{ème} et 10^{ème} SSR, 28 octobre 2002, M. Laurent, n°222188.

¹⁴⁵¹ Il est étonnant de noter que la doctrine, concentrée sur les questions relatives aux autorités administratives ou A.A.I. dotées d'un pouvoir de sanction, a très peu appréhendé les choses du point de vue des juridictions. A notre connaissance, seule L. Milano choisit de le faire (L. Milano, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *R.F.D.A.*, 2014, n°6, pp. 1119-1130).

¹⁴⁵² Voir not. L. Duguit, « La fonction juridictionnelle », *R.D.P.*, 1922, pp. 165-189 ; M. Waline, « Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français », *R.D.P.*, 1928, pp. 441-462 ; M. Waline, « Du critère des actes juridictionnels », *R.D.P.*, 1933, pp. 565-572 ; P. Lampué, « La notion d'acte juridictionnel », art. cit. ; J. Chevallier, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, Paris, 1974, pp. 275-290 ; R. Chapus, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Ed. Cujas, Paris, 1975, pp. 265-292.

¹⁴⁵³ L. Milano, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », art. cit., n.p.d.a. 1119.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*

non-juridictionnelles dotées d'un pouvoir de sanction et les juridictions à deux niveaux. Il affirme d'abord que la portée du pouvoir de sanction de chacun de ces organes ne saurait être identique (1.) et, ensuite, que la sanction prononcée par les organes non-juridictionnels ne saurait revêtir la même nature ni le même champ d'application que celle prononcée par une juridiction (2.).

1. Une distinction quant à la portée du pouvoir de sanction

572. Ce qui caractérise les juridictions c'est, en premier lieu, le caractère général de leur compétence, que ne remettent pas en cause les règles relatives à la compétence territoriale des tribunaux, à l'existence de juridictions spécialisées ou à la répartition des contentieux entre les deux ordres de juridiction. Quelles que soient ces règles, un organe juridictionnel demeure toujours compétent pour connaître d'un litige. L'exercice d'un pouvoir de sanction par des organes non-juridictionnels ne remet par ailleurs pas en cause cette compétence générale des juridictions, dans la mesure où l'une des conditions de conformité à la Constitution – comme à la Convention européenne – est l'existence d'une voie de recours devant une juridiction. Le Conseil défend cette caractéristique des juridictions depuis qu'il a admis l'exercice d'un pouvoir de sanction par des autorités non-juridictionnelles et l'a jugé conforme à la Constitution. Par ailleurs, dans chacune de ses décisions relative à cette question, le Conseil rappelle que « la loi peut, de même, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction *dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission* »¹⁴⁵⁵. Il résulte de cette affirmation systématique que le Conseil opère une première différence entre les juridictions et les organes non-juridictionnels dotés d'un pouvoir de sanction en fonction du caractère limité ou, au contraire, du caractère général de leur mission. Si les organes non-juridictionnels peuvent, conformément à la Constitution, bénéficier d'un pouvoir de sanction, la portée de ce dernier est limitée, puisqu'il ne doit pas aller au-delà de ce que la mission dévolue à l'autorité administrative exige, et dont le Conseil rappelle qu'il s'inscrit dans le cadre de prérogatives de puissance publique. Là encore, il est donc possible de noter que le Conseil adopte une approche pragmatique, puisqu'il accepte de retenir une conception perméable de la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel, sans pour autant perdre de vue la protection des fonctions

¹⁴⁵⁵ Décision C.C., n°88-248 DC, préc., cons. 27. (Nous soulignons.)

juridictionnelles et de la garantie des droits en ce qu'il exige que ce pouvoir de sanction soit strictement limité à ce qui est nécessaire à l'accomplissement de la mission de l'autorité qui en est dotée.

573. Le caractère limité du pouvoir de sanction susceptible d'être exercé par une autorité non-juridictionnelle n'est pas un vain mot sous la plume du Conseil. Saisi d'une disposition relative aux pouvoirs de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (H.A.D.O.P.I.), le juge constitutionnel, dans une décision du 10 juin 2009¹⁴⁵⁶, censurait ces derniers au motif notamment « que la compétence reconnue à cette autorité administrative *n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes mais s'étend à la totalité de la population* »¹⁴⁵⁷. A. Binet Grosclaude note que « cette juridiction sans limite n'est à l'évidence pas compatible avec l'étendue de la mission habituellement reconnue aux A.A.I. »¹⁴⁵⁸. C'est donc bien, ici, le caractère « particulièrement large »¹⁴⁵⁹, et même général, du pouvoir de sanction qui pose problème au Conseil. Un pouvoir de sanction d'une telle portée – puisqu'il « s'étend à la totalité de la population » – est réservé aux juridictions, les organes non-juridictionnels étant régis par ce que J. Ribs et R. Schwartz nomment « le principe de spécialité »¹⁴⁶⁰. Ce n'est toutefois pas le seul critère spécifique aux juridictions. La jurisprudence constitutionnelle identifie en effet d'autres spécificités permettant de distinguer ces dernières des organes non-juridictionnels dotés d'un pouvoir de sanction et, partant, de juguler la perméabilité de la séparation des pouvoirs.

2. Une distinction quant à la nature et au champ d'application du pouvoir de sanction

574. Le Conseil a laissé entendre, à plusieurs reprises, qu'il existe bien une différence dans la nature et le champ d'application du pouvoir de sanction entre les juridictions et les organes non-juridictionnels. En premier lieu, comme le Conseil l'a rappelé dans une décision du 28 juillet 1989¹⁴⁶¹, le principe de séparation des pouvoirs ne s'oppose pas à ce qu'une autorité administrative exerce un pouvoir de sanction à condition, notamment, que « la

¹⁴⁵⁶ Décision C.C., n°2009-580 DC, préc.

¹⁴⁵⁷ Décision C.C., n°2009-580 DC, préc., cons. 16. (Nous soulignons.)

¹⁴⁵⁸ A. Binet-Grosclaude, « La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des A.A.I. ? », *Droit pénal*, 2009, n°11, n.p.d.a. 11.

¹⁴⁵⁹ Commentaire officiel de la décision C.C., n°2009-580 DC, préc., p. 10.

¹⁴⁶⁰ J. Ribs et R. Schwartz, « L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes », *Gazette du Palais*, 29 juillet 2000, n°211, n.p.d.a. 3.

¹⁴⁶¹ Décision C.C., n°89-260 DC, préc.

sanction susceptible d'être infligée (soit) exclusive de toute privation de liberté »¹⁴⁶². La nature du pouvoir de sanction exercé par une autorité non-juridictionnelle ne saurait donc être une privation de liberté. Toutefois, ce critère de distinction entre le pouvoir de sanction des organes non-juridictionnels et celui des juridictions n'en est pas vraiment un dans la mesure où, d'une part, il ne concerne que les juridictions judiciaires, et non l'ensemble des juridictions et, d'autre part, parce qu'il résulte de l'article 66 de la Constitution, dont la parenté intellectuelle avec le principe de séparation des pouvoirs est pour le moins incertaine. En second lieu, pour conclure à la censure des dispositions relatives aux pouvoirs de sanction de la H.A.D.O.P.I., le Conseil s'appuyait sur le caractère général de ce pouvoir de sanction¹⁴⁶³, mais également sur la nature et les effets du pouvoir de sanction conféré à la Haute Autorité. On peut en effet lire dans la décision du 10 juin 2009¹⁴⁶⁴ que dans la mesure où le pouvoir de sanction en question consiste dans la restriction de l' « exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile », et « eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 (...) le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative »¹⁴⁶⁵. C'est donc tant la gravité de la sanction susceptible d'être prononcée par la H.A.D.O.P.I. que le fait que cette sanction porte atteinte à une liberté « d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés »¹⁴⁶⁶ qui justifie la censure du Conseil. La doctrine s'est d'ailleurs étonnée de cette décision¹⁴⁶⁷, estimant qu'elle est « originale au regard de la jurisprudence traditionnelle du Conseil constitutionnel en matière de sanctions administratives » en ce qu'elle en limite le domaine¹⁴⁶⁸, ou encore qu'elle marque « un coup d'arrêt au développement sans limite du pouvoir de sanction des A.A.I. »¹⁴⁶⁹. Il semble pourtant que cette décision ne se détache pas tant que cela de la jurisprudence du Conseil. En effet, celui-ci, dans une décision du 11 octobre 1984¹⁴⁷⁰,

¹⁴⁶² Décision C.C., n°89-260 DC, préc., cons. 6.

¹⁴⁶³ Voir *supra*.

¹⁴⁶⁴ Décision C.C., n°2009-580 DC, préc.

¹⁴⁶⁵ Décision C.C., n°2009-580 DC, préc., cons. 16.

¹⁴⁶⁶ Décision C.C., n°2009-580 DC, préc., cons. 15.

¹⁴⁶⁷ Voir not. J.-M. Bruguière, « Loi "sur la protection de la création sur internet" : mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ? », *D.*, 2009, n°26, pp. 1770-1771

¹⁴⁶⁸ A. Capello, « Retour sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux sanctions administratives », *R.S.C.*, 2010, n°2, p. 416.

¹⁴⁶⁹ A. Binet-Grosclaude, « La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des A.A.I. ? », art. cit., n.p.d.a. 11.

¹⁴⁷⁰ Décision C.C., n°84-181 DC, préc.

semblait déjà estimer qu'une sanction « dont les conséquences peuvent être très graves » ne saurait être prononcée par une autorité administrative¹⁴⁷¹. En l'espèce, l'autorité de sanction pouvait priver les publications ne respectant pas les règles définies par la loi d' « avantages fiscaux ou postaux »¹⁴⁷². Ce n'est donc pas tant la sanction en elle-même qui a posé problème au Conseil que les conséquences qui sont susceptibles d'en résulter pour la liberté d'expression, garantie par l'article 11 de la Déclaration¹⁴⁷³.

575. Ainsi, en jugeant que seule une juridiction peut adopter une sanction qui a pour objet de restreindre ou de supprimer l'exercice d'une liberté telle que la liberté de communication et d'expression, garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789¹⁴⁷⁴, le Conseil entend distinguer la nature et la portée des sanctions susceptibles d'être adoptées par un organe non-juridictionnel de celles adoptées par une juridiction. Il en résulte que, pour répondre à la question que se pose L. Milano, la raison d'être de la distinction entre les juridictions et tout autre organe exerçant un pouvoir de sanction n'a pas disparu. Le Conseil constitutionnel s'emploie en effet à rappeler que le pouvoir de sanction exercé par des autorités non-juridictionnelles, n'est en aucun cas appelé à se confondre – et encore moins à se substituer – aux fonctions des juridictions. Le pouvoir juridictionnel demeure, avec sa spécificité organique et fonctionnelle, le pouvoir compétent par principe pour connaître des litiges impliquant les citoyens et le plus apte, selon le Conseil, à garantir leurs droits et libertés. Ainsi, bien que le juge constitutionnel ait consenti à une certaine perméabilité de la séparation entre le pouvoir juridictionnel et les autres pouvoirs, il n'en oublie pas pour autant l'objectif de protection des fonctions du juge et de la garantie des droits.

¹⁴⁷¹ Décision C.C., n°84-181 DC, préc., cons. 80 et 81. Le Conseil constitutionnel, en cela, se rapproche du Conseil d'Etat qui a estimé que, lorsqu'un organe détient certains pouvoirs particulièrement importants, il est nécessairement une juridiction (décision CE., sect., 25 juillet 1952, *Gingold* et décision C.E., sect., 14 avril 1961, *Chatenay*).

¹⁴⁷² Décision C.C., n°84-181 DC, préc., cons. 80.

¹⁴⁷³ La décision du 10 juin 2009 (décision C.C., n°2009-580, préc., cons. 16) confirme cette analyse. Le fait que la sanction prononcée par l'A.A.I. puisse « conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile » est un des éléments qui conduisent le Conseil à juger la disposition relative au pouvoir de sanction de la H.A.D.O.P.I. contraire à la Constitution.

¹⁴⁷⁴ Article 11 de la Déclaration de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ».

576. Conclusion de Chapitre. Dans la jurisprudence relative à la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel, il est deux hypothèses dans lesquelles l'objectif de protection du juge et de la garantie des droits semble céder le pas à des considérations dont la Constitution n'impose pourtant pas, le plus souvent, la prise en compte. En effet, dans le cas des lois de validation et du pouvoir de sanction des autorités non-juridictionnelles, ce double objectif se trouve concurrencé par certaines considérations, telles que la sécurité juridique ou les spécificités techniques de certains contentieux, qui conduisent le Conseil à retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs. Le brevet de constitutionnalité décerné à ces procédés surprend doublement. Il surprend, d'abord, dans la mesure où la perméabilité apparaît défavorable tant au pouvoir juridictionnel – puisque celui-ci voit, selon le cas, le législateur, des autorités administratives ou encore des A.A.I. s'immiscer dans sa fonction – qu'à la garantie des droits. Il surprend, ensuite, parce que cette perméabilité n'est ici pas imposée par la Constitution, comme cela pouvait être le cas pour l'amnistie et, dans une moindre mesure, pour les commissions d'enquête parlementaires. A première vue, le contentieux des lois de validation et du pouvoir de sanction des autorités non-juridictionnelles semble donc bien se détacher du reste de la jurisprudence relative à la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel.

Ce n'est toutefois pas le cas car, si la garantie des droits n'est plus la seule cause qui justifie l'adaptation de la conception de la séparation des pouvoirs par le Conseil, elle demeure une de ses préoccupations. Le juge constitutionnel jugule en effet les effets néfastes de la perméabilité de la séparation des pouvoirs sur la garantie des droits en encadrant le recours aux validations législatives et au pouvoir de sanction des autorités administratives.

577. Conclusion de Titre. Il arrive parfois que l'objectif de garantie juridictionnelle des droits habituellement poursuivi par le Conseil dans le maniement du principe de séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel soit concurrencé par d'autres considérations. Par des considérations de nature constitutionnelle, en premier lieu. En effet, certaines dispositions de la Constitution organisent une perméabilité de la séparation en permettant que le législateur ou une commission d'enquête parlementaire s'immisce – ou soit susceptible de s'immiscer – dans les fonctions juridictionnelles. Or, cette perméabilité de la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel affecte la garantie des droits. Contraint d'appliquer ces dispositions constitutionnelles relatives à la compétence législative en matière d'amnistie et aux commissions d'enquête parlementaires dont les investigations peuvent concurrencer l'exercice de la justice, le Conseil demeure pragmatique en jugulant, de manière plus ou moins efficace selon le cas, les effets de la perméabilité de la séparation induite par la Constitution de manière à en limiter l'impact sur la garantie des droits.

En second lieu, dans d'autres cas, ce sont des considérations, d'ordre essentiellement pratique, qui ont amené le Conseil à faire le choix de retenir une conception perméable de la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel. C'est ainsi que le juge constitutionnel a admis la constitutionnalité du principe des lois de validation et du pouvoir de sanction dévolu aux autorités administratives. En prenant acte de ces considérations, et en les mettant en concurrence avec l'objectif de garantie des droits, le Conseil fait œuvre de pragmatisme. Il en va de même lorsqu'il jugule les effets de la perméabilité de la séparation des pouvoirs en encadrant le recours aux validations législatives et au pouvoir de sanction des autorités non-juridictionnelles afin d'en limiter les effets néfastes sur les fonctions du juge et sur les droits et libertés.

578. Conclusion de Partie. Le Conseil brille par son pragmatisme lorsqu'il fait application du principe de séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel. Il fait œuvre de pragmatisme, d'abord, et de façon particulièrement éclatante, lorsqu'il adapte sa conception de la séparation des pouvoirs afin de protéger le juge et de promouvoir la garantie des droits. Ainsi, lorsqu'il le peut, il choisit de retenir une conception étanche ou perméable de la séparation des pouvoirs selon ce qui est le plus favorable à ce double objectif. A ce titre, le plus souvent, c'est une conception étanche qui permet de protéger le pouvoir juridictionnel des pouvoirs politiques et, partant, lui permet d'assurer sa mission de garantie des droits. Le contentieux relatif au principe d'indépendance des juridictions illustre particulièrement bien cette hypothèse. Plus exceptionnellement, il arrive paradoxalement qu'une conception perméable de la séparation des pouvoirs permette de poursuivre de manière plus efficace la garantie des droits et la protection du pouvoir juridictionnel. C'est le cas lorsque le Conseil estime que le principe de séparation des pouvoirs doit être concilié avec un droit ou une liberté constitutionnellement garanti. Et c'est encore le cas lorsque le juge constitutionnel estime qu'il peut être dérogé à la règle de séparation des polices administrative et judiciaire au profit de cette dernière seule, dans le but de promouvoir la garantie des droits, ou lorsqu'il instaure une collaboration entre les pouvoirs exécutif et juridictionnel en prévoyant l'obligation pour l'Exécutif de prêter son concours à l'exécution forcée d'une décision de justice.

Mais, parfois, le Conseil retient une conception perméable de la séparation alors que seule une conception étanche aurait permis de protéger le pouvoir juridictionnel et d'assurer la garantie des droits. Qu'elles soient de nature constitutionnelle ou pratique, des considérations autres que ce double objectif poussent le Conseil à admettre une certaine perméabilité de la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel. Toutefois, si ces considérations concurrencent le double objectif de protection du juge et de la garantie des droits, elles ne l'annihilent pas, et le pragmatisme du Conseil le conduit à opérer une conciliation entre ces différentes finalités. En effet, dans le cas de dispositions législatives relatives à l'amnistie et aux commissions d'enquête parlementaires, c'est la Constitution qui impose de retenir cette conception perméable de la séparation des pouvoirs. On ne saurait donc reprocher au Conseil de perdre de vue l'objectif de protection du pouvoir juridictionnel et de garantie des droits. On aurait d'autant plus tort de le lui reprocher que, bien loin d'oublier ce double objectif, le Conseil fait en sorte de limiter autant que faire se peut les effets de la perméabilité résultant des dispositions constitutionnelles. En revanche, s'agissant des validations législatives et du

pouvoir de sanction des autorités non-juridictionnelles, le Conseil retient une conception perméable de la séparation alors que, le plus souvent, aucune disposition constitutionnelle ne l'y contraint, permettant au législateur ou à des autorités non-juridictionnelles de s'immiscer dans les fonctions du juge. Dans ces hypothèses, c'est la concurrence entre l'objectif de garantie des droits et d'autres considérations, d'ordre essentiellement pratique, qui conduit le Conseil à admettre la conformité du principe des lois de validation et du pouvoir de sanction des autorités administratives à la Constitution. Pour autant, si le pragmatisme conduit le juge constitutionnel à retenir une séparation perméable, il le conduit également à juguler les effets de cette perméabilité, de telle sorte que les avantages en sont préservés et les inconvénients pour le juge et la garantie des droits limités.

CONCLUSION GENERALE

580. L'avènement de la Constitution-garantie des droits dans les années 70, initié par la constitutionnalisation du Préambule de la Constitution de 1958 et, partant, du Préambule de la Constitution de 1946 et de la Déclaration de 1789 aurait entraîné le déclin, voire la disparition de la Constitution-séparation des pouvoirs. C'est, en tout cas, l'opinion des tenants du néo-constitutionnalisme¹⁴⁷⁵. Et il est vrai que, en tant que notion de philosophie politique, l'intérêt que suscitait autrefois la séparation des pouvoirs auprès de la doctrine est aujourd'hui bien moindre¹⁴⁷⁶. Plus encore, la séparation des pouvoirs est perçue avec une certaine méfiance par la plupart des auteurs, qui estiment qu'elle n'est plus qu'une « conception mythique qui, depuis longtemps, n'a plus aucune espèce de rapport avec la réalité »¹⁴⁷⁷. Pour étayer cette affirmation, ils s'appuient essentiellement sur l'absence de signification univoque de la notion, qui se manifeste par la multiplicité des conceptions doctrinales de la séparation des pouvoirs, ainsi que sur l'émergence du fait majoritaire qui, par la fusion du pouvoir de l'Exécutif et du législatif dans les mains d'un même courant politique majoritaire, rendrait obsolète l'idée même de séparation des pouvoirs.

581. Presque enterrée, la « séparation des pouvoirs » a pourtant connu un renouveau au gré du développement du contrôle de constitutionnalité qui, loin d'avoir provoqué la chute de la Constitution-séparation des pouvoirs au profit de la Constitution-garantie des droits, a, dans un mouvement simultané, revivifié la première tout en consacrant la seconde. Plus exactement, la constitutionnalisation de la Déclaration de 1789 et de son article 16 – qui prévoit que « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » – fait de la séparation des pouvoirs non plus un concept explicatif, mais une norme constitutionnelle prescriptive : le principe de séparation des pouvoirs. Le recours croissant du Conseil à celui-ci renouvelle indéniablement la problématique de la séparation des pouvoirs. La présente étude vise dès lors à déterminer le sens et la portée du principe de séparation des pouvoirs au vu de la

¹⁴⁷⁵ L. Favoreu, « Propos d'un "néo-constitutionnaliste" », in *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, J.-L. Seurin (dir.), Economica, Paris, 1984, pp. 23-27 et F. Saint-Bonnet, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France. La justice politique au prisme des conceptions françaises », *R.D.P.*, 2007, n°3, p. 753.

¹⁴⁷⁶ « Il faut attendre, on le sait, 1971 et plus encore 1974, pour qu'éclate la constitution-séparation des pouvoirs et que vive la constitution-charte des droits et des libertés » (D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *R.D.P.*, 1990, n° 1, p. 8.

¹⁴⁷⁷ P.-H. Teitgen à propos du projet de Constitution pour la Ve République, estimant qu'il s'agit d'un « retour à la vieille doctrine de Montesquieu sur la séparation stricte des pouvoirs » (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol I, La Documentation française, Paris, 1987, p.148)

jurisprudence du Conseil constitutionnel. A cet égard, ce dernier disposait d'une importante latitude. En effet, dans la mesure où il a recours à la séparation des pouvoirs en tant que norme, le juge constitutionnel est libre de s'affranchir de la doctrine, et ce d'autant plus que celle-ci ne s'accorde pas sur une conception univoque de la séparation des pouvoirs en tant que concept descriptif. La concision de l'article 16 de la Déclaration de 1789 offre également une importante marge d'appréciation au Conseil, dans la mesure où, si la disposition exige que la séparation des pouvoirs soit assurée, elle ne précise pas ce qu'il convient d'entendre par « séparation » ni quels sont les « pouvoirs » concernés par cette dernière. L'article 16 de la Déclaration de 1789 n'est pas non plus explicite quant à la potentielle finalité de la séparation des pouvoirs, sauf à considérer que cette finalité est la garantie des droits et que, par conséquent, l'énoncé de la disposition est pour le moins redondant.

582. Au terme de cette étude, basée sur l'analyse critique des décisions du Conseil relatives – explicitement ou indirectement – au principe de séparation des pouvoirs, il s'avère qu'il n'y a pas un traitement unique du principe de séparation des pouvoirs, mais deux jurisprudences autonomes, voire deux principes de séparation des pouvoirs : le principe de séparation entre les pouvoirs politiques, d'une part, et le principe de séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel, d'autre part. Le recours au premier principe obéit à ce qu'il convient d'appeler le dogme séparatiste, fondée sur une interprétation littérale de la *séparation* des pouvoirs et, peut-être, sur la conviction du Conseil qu'entre les pouvoirs politiques, la seule séparation des pouvoirs qui vaille est une séparation étanche, sous réserve évidemment des dispositions constitutionnelles aménagées par le constituant. Le traitement du principe de séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel, en revanche, obéit à une démarche pragmatique du Conseil en vue de promouvoir ou, à tout le moins, de sauvegarder la garantie des droits, dont le juge est l'instrument privilégié.

583. Lorsqu'il fait **application du principe de séparation des pouvoirs entre les pouvoirs politiques**, le Conseil applique ledit principe selon le « **dogme séparatiste** ». Le juge constitutionnel estime alors que le principe est l'étanchéité de la séparation, et que le constituant est seul compétent pour aménager celle-ci en prévoyant des mécanismes de collaboration ou d'interdépendance entre les pouvoirs qui, par ailleurs, déterminent la nature du régime. Autrement dit, à moins que la Constitution ne prévoie expressément une telle perméabilité de la séparation, le Conseil s'emploie à s'assurer que les dispositions soumises à son contrôle respectent une séparation étanche entre les pouvoirs politiques. Ce dogme séparatiste est appliqué par le Conseil à un double niveau.

584. Il l'applique *au niveau organique*, d'abord, en s'assurant qu'il n'est pas porté atteinte à l'indépendance des organes politiques. Le dogme séparatiste a ainsi conduit le Conseil à découvrir un principe d'autonomie financière des pouvoirs publics, destiné à s'assurer que les organes politiques bénéficient d'une autonomie matérielle. S'il ne bénéficie pas à la totalité des organes politiques, ce principe permet aux principaux d'entre eux de bénéficier d'une liberté absolue au stade de la détermination des crédits, et d'une liberté importante dans l'utilisation qu'ils en font. Plus largement, le principe de séparation des pouvoirs, interprété à la lumière du dogme séparatiste, permet au Conseil de dégager un ensemble d'exigences plus diffuses destinées à assurer l'indépendance structurelle des organes politiques. Il censure ainsi, en vertu du principe de séparation des pouvoirs, toute disposition qui permettrait à un pouvoir d'intervenir dans la composition d'un organe relevant d'un autre pouvoir, que ce soit au stade de la nomination ou de la révocation de ses membres – exception faite des A.A.I. pour lesquelles le dogme séparatiste est rigoureusement inapplicable s'agissant de la nomination de leurs membres. De même, il censure toute disposition qui permettrait à un pouvoir de porter atteinte à l'autonomie d'un organe qui relève d'un autre pouvoir, en énonçant par exemple certaines règles relatives aux modalités de fonctionnement qui conduiraient à priver les membres d'un organe politique de leur autonomie.

585. Le Conseil applique également, de manière globale, le dogme séparatiste à la *séparation fonctionnelle* entre les pouvoirs politiques, c'est-à-dire lorsqu'il est amené à s'assurer de ce que les organes de chacun des pouvoirs politiques exercent leurs compétences conformément à la séparation des fonctions, sans immixtion de la part des organes de l'autre pouvoir politique. Si l'application du dogme séparatiste profite plus souvent à l'Exécutif qu'au Parlement, cela tient non à un parti pris du Conseil, qui a su se libérer de sa vocation initiale de « canon braqué contre le Parlement »¹⁴⁷⁸, mais plutôt à la nature même de son office de contrôle des actes du Parlement. Le Conseil veille certes bien à ce que le Parlement ne commette pas d'ingérence dans l'exercice par l'Exécutif de ses fonctions. Aussi, s'il admet que le Parlement mette à la charge de ce dernier une obligation de l'informer, dans la mesure où une telle obligation ne porte en rien atteinte à la substance des fonctions de l'Exécutif, le Conseil censure, en revanche, toute injonction visant à contraindre l'Exécutif à mettre en œuvre ses fonctions et, plus encore, à les mettre en œuvre d'une façon que le Parlement

¹⁴⁷⁸ L'expression de « canon braqué contre le Parlement » pour désigner le Conseil constitutionnel est attribuée à F. Luchaire (« Souvenirs du 16 juillet 1971 », allocution prononcée le 29 juin 2001 à l'occasion du centenaire de la loi de 1901 relative au contrat d'association, disponible à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/dossiers-thematiques/2001-anniv.-loi-de-1901-relative-au-contrat-d-association/allocution-de-monsieur-francois-luchaire.16461.html>)

déciderait, ces injonctions portant ostensiblement atteinte à l'essence même des fonctions de l'Exécutif. Mais le dogme séparatiste a également pour effet de protéger les fonctions du Parlement et, plus précisément, du législateur. Le Conseil censure ainsi les incompétences négatives de ce dernier, en ce qu'elles sont le préalable à l'immixtion du pouvoir réglementaire dans le domaine de la loi et constituent, de ce fait, une méconnaissance médiate de la séparation des fonctions législative et réglementaire.

586. Il arrive pourtant que le Conseil déroge au dogme séparatiste dans deux cas de figure qui se distinguent nettement à la fois quant à la cause et quant à la portée de la dérogation. Le premier cas de figure relève des aménagements prévus par la Constitution elle-même à la séparation des pouvoirs lorsqu'elle introduit des mécanismes reposant sur une certaine perméabilité de la séparation fonctionnelle des pouvoirs au profit du Parlement. La fonction dévolue à la Haute Cour pour connaître des éventuels manquements du Président de la République à ses devoirs et les fonctions parlementaires de contrôle du Gouvernement et d'évaluation des politiques publiques autorisent ainsi le Parlement à intervenir dans les fonctions de l'Exécutif. Toutefois, l'abandon du dogme séparatiste impliqué par ces dispositions constitutionnelles n'est pas complet dans la mesure où le Conseil, en s'appuyant sur le principe de séparation des pouvoirs, veille à ce que la portée de la perméabilité circonscrite par la Constitution ne soit pas dépassée. Le Parlement ne saurait empiéter sur les fonctions de l'Exécutif au-delà de ce que la Constitution permet.

A l'inverse, dans le second cas de figure, celui des empiètements législatifs sur le domaine réglementaire, non seulement le Conseil constitutionnel abandonne intégralement le dogme séparatiste en refusant de tenir ces incompétences positives pour inconstitutionnelles mais, en outre, il le fait de son propre chef. Certes, il affirme que c'est bien la Constitution qui « n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité les dispositions réglementaires contenues dans une loi »¹⁴⁷⁹, mais cette affirmation repose sur une interprétation discutable du texte constitutionnel qui cache mal les motifs intéressés poussant le Conseil à maintenir cette ligne jurisprudentielle.

587. Lorsqu'il s'agit de faire application du **principe de séparation entre les pouvoirs politiques, d'une part, et juridictionnel, d'autre part**, la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne s'ordonne plus autour d'une conception univoque, érigée en dogme du principe de séparation, mais procède au contraire d'une démarche pragmatique, conduisant le

¹⁴⁷⁹ Décision C.C., n°82-143 DC du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, J.O. du 31 juillet 1982, p. 2470, Rec. p. 57, cons. 11.

Conseil à faire varier le sens et la portée de la séparation des pouvoirs en fonction des objectifs qu'il poursuit.

588. Le principal de ces objectifs est bien sûr la garantie des droits, que l'article 16 de la Déclaration de 1789 associe d'ailleurs étroitement à la séparation des pouvoirs. Le plus souvent, en effet, le Conseil met le principe de séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel *au service de la protection du juge et de la promotion de la garantie des droits*, confirmant l'intuition d'une large partie de la doctrine selon laquelle « la protection de la liberté est le fondement premier de la séparation des pouvoirs »¹⁴⁸⁰. Il le fait sans esprit de système mais, au contraire, avec un pragmatisme assumé, en retenant dans chaque cas la conception de la séparation des pouvoirs la plus profitable à ce double objectif. Ainsi, il retient le plus souvent une conception étanche de la séparation des pouvoirs, dont le principe de l'indépendance des juridictions est la principale concrétisation. En dégagant ce principe, essentiellement fondé sur celui de la séparation des pouvoirs, le Conseil s'assure que les dispositions qui lui sont soumises ne permettent pas aux pouvoirs politiques de porter atteinte à l'indépendance du juge – que ce soit au stade du recrutement ou au cours de l'exercice de ses fonctions –, lequel se trouve alors en mesure d'assurer correctement ces dernières et, partant, d'assurer pleinement la garantie juridictionnelle des droits. De la même manière, le Conseil impose une séparation étanche des pouvoirs afin de s'assurer de l'intégrité des fonctions juridictionnelles face aux tentatives d'immixtion des pouvoirs politiques. Le Conseil admet ainsi notamment que les pouvoirs politiques adressent des propositions au juge, par exemple en matière d'alternatives aux poursuites, mais censure toute disposition qui leur permettrait de se substituer à lui.

589. Moins fréquemment, il arrive qu'une conception perméable de la séparation des pouvoirs soit plus favorable à la protection du juge et de la garantie des droits. Le pragmatisme du Conseil le conduit alors à adopter sans hésitation une telle conception. La dérogation « à sens unique » à la règle de séparation des polices administrative et judiciaire dans le seul but de promouvoir la garantie des droits ou encore la découverte d'un corollaire du principe de séparation des pouvoirs faisant en principe obligation à l'Exécutif de prêter le concours de la force publique à l'exécution d'une décision de justice témoignent de cette démarche.

¹⁴⁸⁰ C. Lazerges, « Indépendance de la magistrature et séparation des pouvoirs », allocution prononcée à l'occasion du colloque organisé à Pérouse le 22 mai 2009.

590. Aussi cardinale soit-elle, l'exigence de garantie des droits n'exclut cependant pas que d'autres impératifs doivent également être pris en compte par le Conseil constitutionnel, en particulier lorsqu'il met en œuvre le principe de la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnel. Leur prise en considération conduit alors ce dernier à retenir de la séparation des pouvoirs une conception perméable au détriment, cette fois, de la garantie des droits. Faute, dans ce cas, de pouvoir s'exercer en amont, dans la définition du sens et de la portée du principe de séparation, le pragmatisme du Conseil se manifeste ici, en aval, dans la *conciliation qu'il opère entre les considérations impliquant la conception perméable de la séparation et la garantie des droits*. Certaines de ces considérations procèdent de la Constitution elle-même. Tel est le cas des dispositions constitutionnelles relatives à la compétence du législateur en matière d'amnistie et à celles des commissions d'enquête parlementaires, qui implique, ou au moins dans le second cas est susceptible d'impliquer une « ingérence » parlementaire dans la fonction juridictionnelle et donc une perméabilité de la séparation des pouvoirs néfaste à la garantie juridictionnelle des droits. Pour autant, le Conseil s'attache à endiguer ces effets pernicioeux en prévoyant notamment que l'amnistie ne saurait porter atteinte aux droits des tiers ou que les commissions d'enquête parlementaires ne puissent être constituées pour enquêter sur des faits ayant donné lieu à des poursuites judiciaires et aussi longtemps que ces poursuites sont en cours.

591. Lorsque la Constitution ne l'oblige pas à retenir une conception perméable de la séparation entre les pouvoirs politiques et juridictionnels, il peut arriver que le Conseil retienne tout de même une telle conception, peu propice à la garantie des droits, et ce au nom de nécessités le plus souvent pratiques. Il en va ainsi des validations législatives, dont le Conseil admet la constitutionnalité en dépit de l'ingérence législative qu'elles constituent dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, parce qu'elles peuvent être justifiées par des motifs impérieux d'intérêt général – qui ne correspondent pas toujours pourtant à des impératifs constitutionnels. Il en va de même au sujet du pouvoir de sanction des autorités non-juridictionnelles dont le Conseil, accompagnant une tendance lourde du droit répressif contemporain, admet, au nom de justifications pratiques, qu'il puisse être confié pour une part à des autorités administratives, indépendantes ou non, plutôt qu'à des juridictions. Mais là encore, le Conseil veille à juguler les effets délétères sur la garantie des droits de ces dérogations à une séparation étanche des pouvoirs. Il instaure ainsi un encadrement des validations législatives de plus en plus contraignant en exigeant notamment que soit respecté le principe d'indépendance des juridictions et que les validations législatives poursuivent un

impérieux motif d'intérêt général. De même, le Conseil, d'une part, s'assure de ce que le pouvoir de sanction, quand bien même il serait exercé par des autorités non-juridictionnelles, respecte les principes constitutionnels du droit répressif et, d'autre part, maintient une distinction fonctionnelle entre les juridictions et les autorités juridictionnelles quant à l'exercice du pouvoir de sanction.

592. Ainsi, s'il était discutable d'annoncer, voici quelques décennies, le déclin de la Constitution-séparation des pouvoirs en raison de l'ascension de la Constitution-garantie des droits, il serait tout aussi erroné de conclure aujourd'hui inversement à l'éclipse de la garantie des droits par l'ombre portée de la séparation des pouvoirs. Conformément à la logique de l'article 16 de la Déclaration de 1789, la séparation des pouvoirs et de la garantie des droits coexistent dans la jurisprudence constitutionnelle et s'articulent selon des logiques complexes, de sorte que l'une comme l'autre semble appelée à demeurer l'un des principes cardinaux de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

BIBLIOGRAPHIE

I. SOURCES

- Archives parlementaires : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises, t. 8 (5 mai 1789 – 15 septembre 1789), P. Dupont (Ed.), 1875, 731 p.
- <http://www.assemblee-nationale.fr/>
- <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>
- <http://www.conseil-etat.fr/>
- <https://www.courdecassation.fr/>
- <http://www.legifrance.gouv.fr/>
- <http://www.senat.fr/>

II. OUVRAGES MANUELS ET TRAITES

- *L'Écriture de la Constitution de 1958*, Économica, Presses universitaires d'Aix Marseille, 1988, 852 p.
- *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986*, Dalloz, Paris, 2013, 598 p.
- *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol I, II, III et IV, La documentation française, Paris, 1987
- *Dictionnaire de la culture juridique*, S. Rials et D. Alland (dir.), PUF, Paris, 1649 p.
- *Pouvoir exécutif et Parlement, de nouveaux équilibres ? : l'impact de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur le rééquilibrage des institutions*, X. Magnon (dir.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2010, 560 p.
- *Les commissions à l'Assemblée nationale*, La documentation française, Paris, 1992, 162 p.
- **A -**
- ALTHUSSER L., *Montesquieu - La politique et l'histoire*, P.U.F., Paris, 1959, 128 p.
- ARISTOTE, *Les politiques*, Flammarion, Paris, 1999, 576 p.

- AUBY J.-B., AUBY J.-F., NOGUELLOU R., *Droit des collectivités locales*, PUF, Paris, 2008, 4^{ème} éd., 379 p.
- AVRIL P. et GICQUEL J., *Droit parlementaire*, Montchrestien, Paris, 2010, 4^{ème} édition, 482 p.

- B -

- BADINTER R. et BREYER S.G., *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Fayard (Ed.), Paris, 2003, 379 p.
- BECANE J.C., COUDERC M., HERIN J.-L., *La loi*, Dalloz, Paris, 2010, 2^{ème} édition, 270 p.
- BECCARIA C., *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1991, 187 p.
- BERGERON G., *Tout était dans Montesquieu. Une relecture de l'Esprit des lois*, L'Harmattan, Paris, 1996, 263 p.
- BONTEMS C. (dir.), *Le juge : une figure d'autorité*, L'Harmattan, Paris, 1996, 685 p.
- BOUDON J., *Le frein et la balance. Etudes de droit constitutionnel américain*, Mare et Martin (Ed.), Paris, 2010, 403 p.
- BOUDON J., *Manuel de droit constitutionnel. La V^e République*, t. 2, PUF, Paris, 2014, 295 p.
- BOUVIER M., ESCLASSAN M.-C., LASSALE J.-P., *Finances publiques*, L.G.D.J., 10^e édition, Paris, 2010, 1030 p.
- BRUN H. et TREMBLAY G., *Droit constitutionnel*, Les Editions Yvon Blais Inc., Québec, 1990, 1232 p.

- C -

- CAPPELLETTI M., *Le pouvoir des juges*, Economica, Paris, 1990, 397 p.
- CEREXHE E. (dir.), *Principes généraux du droit. Le phénomène institutionnel, juridictionnel et normatif*, Presses universitaires de Namur, Bruxelles, 1977, 547 p.
- CHANTEBOUT B., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2003, 20^e édition, 596 p.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, Paris, 2000, 14^e édition, 1399 p.
- CHARPENEL Y., *Le glaive et la rustine, 15 questions pour sortir la Justice française de l'impasse*, Economica, Paris, 2012, 118 p.

- CHAVRIER G., *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, L.G.D.J., Paris, 2011, 182 p.
- CHEKROUN D. et NALLET H., *Pour un Etat de justice*, Fondation Jean-Jaurès (Ed.), Paris, 2012, 261 p.
- CHEVALLIER J., *Science administrative*, PUF, Paris, 2002, 3^e édition, 633 p.
- CHEVALLIER J., *L'Etat de droit*, Montchrestien, Paris, 1992, 160 p.
- CONSTANTINESCO V. et PIERRE-CAPS S., *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 2006, 2^e édition, 564 p.
- COPPENS P., *Normes et fonction de juger*, L.G.D.J., Paris, 1998, 291 p.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2001, 970 p.
- COULON J.-M. et SOULEZ LARIVIERE D., *La justice à l'épreuve*, Odile Jacob (Ed.), Paris, 2007, 335 p.
- CROZIER M. et FRIEDBERG E., *L'acteur et le système, Les contraintes de l'action collective*, Editions du Seuil, Paris, 1977, 497 p.
- CRUCIS H. M., *Finances publiques*, Montchrestien, Paris, 2009, 2^e édition, 270 p.

- D -

- DE GAULLE C., *Mémoires*, Gallimard, Paris, 2000, 1505 p.
- DENOIX DE SAINT MARC R., *Histoire de la loi*, France Culture (Ed.), Paris, 2008, 203 p.
- DONEGANI J.-M. et SADOUIN M., *La V^o République, naissance et mort*, Calmann-Lévy (Ed.), Paris, 1998, 306 p.
- DUHAMEL O. et MENY Y., *Dictionnaire constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1992, 1112 p.
- DULONG D., *Moderniser le politique. Aux origines de la V^o République*, L'Harmattan, Paris, 1997, 291 p.

- E -

- ESMEIN A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, t. 2, Sirey, Paris, 1928, 8^e édition, 728 p.

- F -

- FABERON J.-Y. et ZILLER J., *Droit des collectivités d'outre-mer*, L.G.D.J., Paris, 2007, 546 p.
- FAURE B., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, Paris, 2011, 686 p.
- FAVOREU L., PHILIP L., *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2013, 17^e édition, 656 p.
- FAVRE P., *Naissances de la science politique en France (1870-1914)*, Fayard, Paris, 1989, 331 p.
- FORTIER V. (dir.), *Le juge, gardien des valeurs ?*, CNRS (Ed.), Paris, 2007, 217 p.
- FUKUYAMA F., *Le début de l'histoire : des origines de la politique à nos jours*, Saint-Simon (Ed.), Paris, 2012, 463 p.

- G -

- GARAPON A., *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Ed. Odile Jacob, Paris, 2001, 351 p.
- GENEVOIS B., *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Editions STH, Paris, 1988, 406 p.
- GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1994, 158 p.
- GICQUEL J., *Essai sur la pratique de la Ve République*, L.G.D.J., Paris, 1977, 2^e édition, 399 p.
- GOHIN O., DEGOFFE M., MAITROT DE LA MOTTE A. et DUBREUIL C.-A., *Droit des collectivités territoriales*, Editions Cujas, Paris, 2011, 647 p.
- GOLDZINK J., *La solitude de Montesquieu. Le chef d'œuvre introuvable du libéralisme*, Fayard, Paris, 2011, 409 p.
- GONDOUIN G., INSERGUET-BRISSET V. et VAN LANG A., *Dictionnaire de droit administratif*, Dalloz, Paris, 2012, 6^{ème} édition, 477 p.
- GOYARD-FABRE S., *L'Etat, figure moderne de la politique*, Armand Colin, Paris, 1999, 186 p.
- GREWE C. et H. RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, PUF, Paris, 1995, 661 p.
- GUARNIERI C. et PEDERZOLI P., *La puissance de juger*, Editions Michalon, Paris, 1996, 208 p.

- GUETTIER C., *Institutions administratives*, Dalloz, Paris, 2005, 3^e édition, 647 p.
- GUINCHARD S., *Droit processuel : droit commun du procès*, Dalloz, Paris, 2009, 5^e édition, 962 p.

- H -

- HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, LGDJ, 2005, 29^e édition, 896 p.
- HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1929, 2^e édition, 759 p.
- HOURQUEBIE F., *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, Paris, 2010, 212 p.

- J -

- JOUANJAN O. et MULLER F., *Avant de dire le droit. Le texte, la norme et le travail du droit*, Presses de l'Université de Laval, Québec, 2007, 96 p.

- K -

- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, Paris, 1999, 367 p.
- KRYNEN J., *L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, Paris, 2012, 448 p.

- L -

- LABBEE X., *Introduction générale au droit : pour une approche éthique*, Presses universitaires de Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2010, 279 p.
- LALUMIERE P., *Les Finances publiques*, A. Colin (Ed.), Paris, 1986, 8^e édition, 543 p.
- LAVROFF D.-G., *Le droit constitutionnel de la Vème République*, Dalloz, Paris, 1999, 3^e édition, 1100 p.
- LOCKE J., *Traité du gouvernement civil*, Flammarion, Paris, 1999, 381 p.

- M -

- MAGNON X., (dir.), *Pouvoir exécutif et Parlement : de nouveaux équilibres ? L'impact de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur le rééquilibrage des institutions*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012, 560 p.
- MATHIEU B., *Constitution, rien ne bouge et tout change*, Lextenso, Paris, 2013, 191 p.
- MATHIEU B., *Justice et politique : la déchirure ?*, LGDJ, Paris, 2015, 192 p.

- MAUS D. (dir.), *Les grands textes de la pratique institutionnelle de la Vème République : textes et documents*, La Documentation française, Paris, 1995, 409 p.
- MEKHANTAR J., *Droit politique et constitutionnel*, Eska (Ed.), Paris, 1998, 2^e édition, 732 p.
- MESTRE J.-L., *Introduction au droit administratif français*, PUF, Paris, 1985, 294 p.
- MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, T1, Flammarion, Paris, 2002, 510 p.
- MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, T2, Flammarion, Paris, 2002, 638 p.
- MORIN F., *Pourquoi juge-t-on comme on juge ? Bref essai sur le jugement*, Liber, Montréal, 2005, 111 p.

- N -

- NEVEU E., *Une société de communication ?*, Montchrestien, Paris, 2006, 4^e édition, 160 p.
- NOEL L., *De Gaulle et les débuts de la Vème République*, Plon, Paris, 1976, 310 p.

- O -

- OST F., *Dire le droit, faire le juste*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 206 p.

- P -

- PACTET P., *Institutions politiques – Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2003, p. 667
- PARODI J.-L., *La politique*, Hachette, Paris, 1971, 511 p.
- PERRET B., *L'évaluation des politiques publiques*, La Découverte (Ed.), Paris, 2001, 120 p.
- PEYREFITTE A., *C'était De Gaulle*, Gallimard, 2002, 1955 p.
- PONTTHOREAU M.-C., *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, Paris, 2010, 401 p.

- R -

- RENOUX T., *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire : l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica, Paris, 1984, 606 p.
- ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2006, 7^e édition,

- ROUSSEAU D. (dir.), *La démocratie continue : actes du colloque de Montpellier, 2-4 avril 1992*, LGDJ, Paris, 1995, 165 p.

- ROUVILLOIS F., *Droit constitutionnel*, t. II, Flammarion, Paris, 2004, 2^e édition, 384 p.

- S -

- SALAS D., *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Hachette, Paris, 1998, 323 p.

- SAMSON F., *Outreau et après ? La justice bousculée par la Commission d'enquête parlementaire*, L'Harmattan, Paris, 2006, 221 p.

- SCHNAPPER D., *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Ed. Gallimard, Paris, 2010, 452 p.

- SOULAS LARIVIERE D., *Les juges dans la balance*, Ed. Ramsay, Paris, 1987, 328 p.

- T -

- TARDIEU A., *La profession parlementaire*, E. Flammarion (Ed.), Paris, 1937, 362 p.

- TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, Paris, 1994, 358 p.

- TROTABAS L. et COTTERETS J.-M., *Droit budgétaire et comptabilité publique*, Dalloz, 1995, 5^e édition, 420 p.

- TURK P., *Le contrôle parlementaire en France*, LGDJ, Paris, 2011, 256 p.

- V -

- VALERY P., *Œuvres*, t. 1, Gallimard, Paris, 1933, 1857 p.

- VERPEAUX M., *Droit des collectivités territoriales*, PUF, Paris, 2005, 312 p.

- W -

- WALINE M., *Traité de droit administratif*, Sirey, Paris, 1963, 9^e édition, 641 p.

- Z -

- ZOLLER E., *Introduction au droit public*, Dalloz, Paris, 2006, 1^e édition, 230 p.

III. THESES ET MONOGRAPHIES

- A -

- ALONSO C., *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*, th. dact., Université Toulouse I, 2010, 787 p.
- AMALRIC V., *L'autonomie financière des autorités indépendantes. Contribution à la notion d'autonomie financière en droit public*, th. dact., Toulouse 1, 2014, 605 p.
- ARMAND G., *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. dact., Université de Caen/Basse Normandie, 2000, 546 p.
- AUVRET P., *La séparation des pouvoirs dans l'Antiquité*, mémoire dact., Paris II., 1978, 59 p.
- AVRIL P., *Les conventions de la Constitution : normes non-écrites du droit politique*, PUF, Paris, 1997, 202 p.

- B -

- BALACHOWSKY-PETIT S., *La loi et l'ordonnance dans les pays qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs législatif et exécutif*, Arthur Rousseau (Ed.), Paris, 1901, 234 p.
- BARILARI A., *L'Etat de droit : réflexion sur les limites du juridisme*, LGDJ, Paris, 2000, 119 p.
- BASILIEN-GAINCHE M.-L., *Etat de droit et états d'exception : une conception de l'Etat*, PUF, Paris, 2013, 303 p.
- BASTID P., *L'idée de Constitution*, Economica, Paris, 1985, 197 p.
- BECHILLON D. de, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, Paris, 1996, 577 p.
- BEGOUIN P., *Les commissions d'enquête parlementaires*, Montchrestien, Paris, 1931, 188 p.
- BENOIT J.-A., *Les normes constitutionnelles financières en droit public de 1789 à nos jours* LGDJ, Paris, 2010, 593 p.
- BEZES P., *Réinventer l'Etat. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, Paris, 2009, 519 p.
- BLACHER P., *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, PUF, Paris, 2001, 246 p.

- BOISSY X., *La séparation des pouvoirs, œuvre jurisprudentielle. Sur la construction de l'État de droit post-communiste*, Bruylant, Bruxelles, 2003, 649 p.
- BOLLET-PONSIGNON A., *La notion de séparation des pouvoirs dans les travaux préparatoires de la Constitution de 1958*, LGDJ, 1993, 64 p.
- BONNET J., *Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, Paris, 2009, 716 p.
- BOUCOBZA I., *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, Paris, 2005, 449 p.
- BUSSY F. et POIRMEUR Y., *La justice politique en mutation*, LGDJ, Paris, 2010, 205 p.

- C -

- CARPENTIER E., *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, LGDJ, Paris, 2006, 545 p.
- CHARVIN R., *Justice et politique : évolution de leurs rapports*, LGDJ, Paris, 1968, 542 p.
- CHEVALLIER J., *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, Paris, 1970, 319 p.
- COLLIARD J.-C., *Les régimes parlementaires contemporains*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1978, 368 p.
- COLLIARD C.-A., TIMSIT G., *Les autorités administrative indépendantes*, PUF, Paris, 1992, 319 p.
- COLSON R., *La fonction de juger. Etude historique et positive*, Presses universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2006, 350 p.

- D -

- DEBRE J.-L., *Les idées constitutionnelles du général de Gaulle*, LGDJ, Paris, 1974, 461 p.
- DELMAS-MARTY M. et TEITGEN-COLLY C., *Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, Paris, 1992, 191 p.
- DUSSART V., *L'autonomie financière des pouvoirs publics*, CNRS Ed., Paris, 2000, 334 p.

- E -

- EL FADILI M., *Le Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs au Maroc*, th. dact., Université Paul Cézanne – Aix Marseille III, 2009, 690 p.

- F -

- FAVOREU L., *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988, 153 p.
- FELDMAN J.-P., *De la Vème République à la Constitution de la liberté*, Charles Coquelin (Ed.), Paris, 2008, 148 p.
- FRANCOIS B., *La Cinquième République dans son droit. La production d'un corps de connaissances spécialisées sur la politique et les institutions*, th. dact., Université Paris I, 1992, 700 p.
- FUZIER-HERMAN E., *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, Ed. A. Marescq, Paris, 1880, 616 p.

- G -

- GAUTHIER A., *Etudes sur la liste civile en France*, E. Plon (Ed.), Paris, 1882, 213 p.
- GELIN-RACINOUX L., *Recherches sur le rapport de la Constitution au temps. Le droit constitutionnel français entre discontinuité et continuité*, th. dact., Université de Nantes, 2005, 582 p.
- GEORGOPOULOS T., *La séparation horizontale des pouvoirs en France et en Allemagne à l'épreuve du droit communautaire : la fonction de contre-pouvoir*, Dalloz, Paris, 2005, 658 p.
- GJIDARA M., *La fonction administrative contentieuse : étude de science administrative*, LGDJ, Paris, 1972, 473 p.
- GONDOUIN G., *Le Conseil constitutionnel et la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : contribution à l'étude du contrôle de constitutionnalité des lois*, th. dact., Université de Grenoble, 1989, 888 p.
- GROS J.-M., *La doctrine française et les autorités administratives indépendantes*, th. dact., Université Montpellier I, 1995, 986 p.
- GUENAIRE M., *Déclin et renaissance du pouvoir*, Gallimard, Paris, 2002, 207 p.
- GUIEZE J.L., *Le partage des compétences entre la loi et le règlement en matière financière*, LGDJ, Paris, 1974, 261 p.

- H -

- HAMON L., *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Fayard, Paris, 1987, 300 p.
- HOURQUEBIE F., *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 678 p.

- J -

- JANET P., *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, t. 2, Ed. F. Alcan, Paris, 1887, 781 p.
- JOUVENEL B. de, *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Hachette Littératures, Paris, 1998, 607 p.

- K -

- KRIEGEL B., *Philosophie de la République*, Plon, Paris, 1998, 401 p.

- L -

- LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Berger-Levrault (Ed.), Paris, 1896, 2^e édition, 675 p.
- LE DIVELLEC A., *Le Gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale*, L.G.D.J., Paris, 2004, 612 p.
- LE GUEUT J., *Les pouvoirs judiciaires des commissions d'enquête parlementaire*, th. dact., Université de Dijon, 1939, 142 p.
- LESAGE M., *Les principes de droit public régissant les rapports entre le législateur et le juge – Contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, L.G.D.J., Paris, 1960, 337 p.
- LUCHAIRE F., *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, Paris, 1987, 501 p.

- M -

- MACAREL L.-A., *Des tribunaux administratifs ou l'introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Roret (Ed.), Paris, 1828, 581 p.

- MAITROT J.-C., *Recherches sur la notion d'autonomie financière*, th. dact. , Université Paris I, 1972, 311 p.
 - MALAURIE P., *L'ordre public et le contrat*, *L'ordre public et le contrat*, Matot-Braine (Ed.), Reims, 1953, 278 p.
 - MARCAGGI V., *Les origines de la déclaration des droits de l'homme de 1789*, LGDJ, Paris, 1904, 190 p.
 - MARINESE V., *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Etude sur les qualités de la loi*, th. dact. Université de Nanterre Paris X, 2007, 800 p., accessible à l'adresse suivante : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00626046/document>
 - MARTI G., *Le pouvoir constituant européen*, th.dact., Université de Nancy II, 2008, 803 p.
 - MATHIEU B., *Les « validations législatives ». Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Economica, Paris, 1987, 329 p.
 - MEUNIER J., *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, LGDJ, Paris, 1994, 373 p.
 - MIRKINE-GUETZEVITCH B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 1936, 218 p.
 - MODERNE F., *Sanctions administratives et justice constitutionnelle : contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*, Economica, Paris, 1993, 341 p.
 - MOOR P., « Du modèle de la séparation des pouvoirs à l'évaluation des politiques publiques », in *De la Constitution : Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, P. Zen-Ruffinnen et A. Auer (Ed.), Bâle, 1996, pp. 627-646
 - MOURGEON J., *La répression administrative*, LGDJ, Paris, 1967, 644 p.
 - MUHINDO MALONGA T., *Le contrôle juridictionnel des pouvoirs publics et la séparation des pouvoirs. L'affirmation du juge dans le parlementarisme en France*, th. dact., Université Toulouse 1, 2005, 429 p.
- N -
- NEGRI A., *Le pouvoir constituant. Essai sur les alternatives de la modernité*, PUF, Paris, 1992, 448 p.

- O -

- OLIVA E., *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958. Initiative législative et Constitution*, Economica, Paris, 1997, 603 p.
- OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis (Ed.), Bruxelles, 1987, 602 p.
- OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 596 p.
- OST F., *Le temps du droit*, O. Jacob (Ed.), Paris, 1999, 376 p.
- OULD BOUBOUTT A., *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica, Paris, 1987, 590 p.

- P -

- PAPATOLIAS A., *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2000, 528 p.
- PARDINI J.J., *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Économica, Paris, 2001, 442 p.
- PASQUINO P., *Sièyès et l'invention de la Constitution en France*, O. Jacob (Ed.), Paris, 1998, 262 p.
- PERROUD T., *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, Paris, 2013, 1293 p.
- PICARD E., *La notion de police administrative*, LGDJ, Paris, 1984, 2 vol., 926 p.
- PICQ J., *Une histoire de l'Etat en Europe : pouvoir, justice et droit du Moyen-Age à nos jours*, Presses de Sciences Po, Paris, 2009, 611 p.
- PIMENTEL C.-M., *La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, th. dact., Université Paris II, 2000, 700 p.
- PORTE N., *Le Conseil constitutionnel, gardien de la liberté des anciens*, th. dact., Université Montpellier 1, 819 p.
- POUILLAIN B., *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Economica, Paris, 1990, 309 p.

- R -

- RENOUX T., *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire : l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica, Paris, 1984, 606 p.
- RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, L.G.D.J., Paris, 1980, 564 p.
- RICOEUR P., *Le juste*, Esprit (Ed.), Paris, 1995, 221 p.
- RIPERT G., *Le déclin du droit : études sur la législation contemporaine*, LGDJ, Paris, 1949, 225 p.
- ROLAND S., *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs. Recherches sur la distribution des pouvoirs législatif et exécutif dans la Communauté*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 701 p.
- ROSSETTO J., *Recherche sur la notion de Constitution et sur l'évolution des régimes constitutionnels*, th. dact., Université de Poitiers, 1982, 473 p.
- ROYER J.-P., *Histoire de la justice en France. De la monarchie absolue à la République*, PUF, Paris, 2001, 3e édition, 1032 p.
- RRAPI P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel. Etude du discours sur la « qualité de la loi »*, Dalloz, Paris, 2014, 280 p.

- S -

- SAVONITTO F., *Les discours constitutionnels sur la "violation de la Constitution" sous la V^e République*, L.G.D.J., Paris, 2013, 581 p.
- STOURM R., *Le Budget*, Guillaumin et Cie (Ed.), Paris, 1900, 4^e édition, 653 p.
- SOUVIGNET X., *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 574 p.

- T -

- TREMEAU J., *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, Economica, Paris, 1997, 414 p.
- TROPER M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., Paris, 1973, 251 p.
- TSIKLITIRAS S., *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*, L.G.D.J., Paris, 1991, 386 p.

- TUSSEAU G., *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle, Essai de critique méthodologique*, Bolonia University Press, Bologna, 2009, 87 p.

- V -

- VALMBOIS A.-L., *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Paris, 2005, 534 p.

- VERGNE A., *La notion de Constitution d'après les cours et les assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, Ed. De Brocard, Paris, 2007, 613 p.

- VERPEAUX M., *Les collectivités territoriales en France*, Dalloz, Paris, 2011, 180 p.

- VINTZEL C., *Les armes du Gouvernement dans la procédure législative. Etude comparée Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni*, Dalloz, Paris, 2011, 836 p.

- VON FRITZ K., *The theory of Mixed Constitution in Antiquity*, Columbia University press, New-York, 1954, 490 p.

IV. RAPPORTS

- Club des juristes, *Des principes communs pour les autorités administratives dotées d'attributions répressives*, mai 2012, accessible à l'adresse suivante : www.leclubdesjuristes.com/.../Rapport_Autorites_administratives.pdf, 82 p.

- Commission sur la rénovation et la déontologie de la vie publique, *Pour un renouveau démocratique*, La Documentation française, Paris, 2012, 143 p.

- *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport n° 404 (2005-2006) de P. GÉLARD, fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, remis au Sénat le 15 juin 2006, accessible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-11.pdf>, 138 p.

- *Les autorités administratives indépendantes – 2006-2014 : un bilan*, Rapport d'information n°616 (2013-2014) de P. Gélard, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, remis au Sénat le 11 juin 2014, accessible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/r13-616/r13-6161.pdf>, 66 p.

- Rapport n°3125 de (2005-2006) P. Houillon, fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, remis à

l'Assemblée nationale le 6 juin 2006, disponible à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp>

- *Les autorités administratives indépendantes*, t. 1, Rapport d'information n°2925 (2009-2010) de R. Dosière et C. Vaneste, fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, remis à l'Assemblée nationale le 28 octobre 2010, accessible à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2925-tI.asp>

- *Rapport public du Conseil d'Etat pour 2001 - Les autorités administratives indépendantes*, La Documentation française, Paris, 2001, 470 p.

- *Rapport public du Conseil d'Etat pour 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, Paris, 2006, 412 p.

- *Rapport public du Conseil d'Etat pour 1999 – Réflexions sur l'intérêt général*, La Documentation française, Paris, 1999, 449 p.

- *Propositions pour une révision de la Constitution*, Rapport remis au Président de la République le 15 février 1993, La documentation française, Paris, 106 p.

- *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 8 décembre 1994*, La Documentation française, Paris, 1995, 197 p.

- *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 4 février 1993*, La Documentation française, Paris, 1993, 163 p.

- DANET J., GRUNVALD S., HERZOG-EVANS M. et LE GALL Y., *Prescription, amnistie et grâce en France : rapport final*, GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2006, 448 p.

V. ARTICLES, CONTRIBUTIONS, COMMUNICATIONS ET CHRONIQUES

- *Les usages sociaux du droit*, D. Lochak (dir.), PUF, Paris, 1989, 335 p.
- « L'indépendance des juges à l'épreuve de leur responsabilité, Actes du colloque à Paris le 5 avril 2006 », *La Gazette du Palais*, 10-12 décembre 2006, pp. 22-33
- *Un Parlement renforcé ? Bilan et perspectives de la réforme de 2008*, J. Gicquel, A. Levade, B. Mathieu et D. Rousseau (dir.), Dalloz, Paris, 2012, 202 p.
- *L'indépendance de la justice. Actes du deuxième congrès de l'Association des Hautes juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF). Dakar - 7 et 8 novembre 2007*, Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du Français (Ed.), Paris, 2008, 229 p.
- *Le jeu : un paradigme pour le droit*, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), LGDJ, Paris, 300 p.
- *La juridicisation du politique : Leçons scientifiques*, J. Commaille, L. Dumoulin et C. Robert (dir.), L.G.D.J., Paris, 2000, 254 p.
- *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, R. Ben Achour (dir.), Bruylant, Belgique, 2009, 242 p.
- *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, G. Conac, M. Debene et G. Teboul (dir.), Economica, Paris, 1993, 365 p.
- *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, O. Cayla et M.-F. Renoux-Zagamé (dir.), LGDJ, Paris, 2001, 239 p.
- *Le statut des juges. Rapport 2009-2010 du Réseau européen des Conseils de la Justice*, accessible à l'adresse suivante : <http://www.csm.it/ENCJ/pdf/statutoDelGiudice-FR.pdf>
- *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, Tome I, fait par MM. R. Dosière et C. Vaneste, A.N., n°2925 (2009-2010)

- A -

- ACAR T. et GEBLAT A., « Transparence de la vie publique : validation partielle des lois organique et ordinaire du 11 octobre 2013 », in *Lettre « Actualités droits-libertés » du CREDOF*, 21 octobre 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://revdh.files.wordpress.com/2013/10/lettre-adl-du-credof-21-octobre-2013.pdf>

- ACHOUR T., « La justification du pouvoir de sanction des A.A.I. de régulation est-elle toujours pertinente ? », *R.I.D.P.*, 2013, n°3, pp. 463-480
- ACKERMAN B., « The new separation of powers », *Harvard Law Review*, 2000, n°3, pp. 633-725
- ALBENTOSA J.-R., « La Cour des comptes, une place constitutionnelle confortée », *P.A.*, 2008, n°254, pp. 82-86
- ALBERTINI P., « L'article 16 », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, G. Conac, M. Debene et G. Teboul (dir.), Economica, Paris, 1993, pp. 331-342
- ALBERTONE M., « "Que l'autorité souveraine soit unique", la séparation des pouvoirs dans la pensée des physiocrates et son legs : du despotisme légal à la démocratie de Condorcet », in *Les usages de la séparation des pouvoirs*, S. Baume et B. Fontana (dir.), Ed Houdiard, Paris, 2007, pp. 38-68
- AMEDRO J.-F., « L'évaluation des politiques publiques : structure et portée constitutionnelle d'une nouvelle fonction parlementaire », *R.D.P.*, 2013, n°5, pp. 1137-1178
- AMSELEK P., « La teneur indécise du droit », *R.D.P.*, 1991, n°5, pp. 1200-1216
- ARGENTON C., « Pour l'indépendance statutaire du parquet », *Commentaire*, 2012, n°138, pp. 449-457
- ARMAND G., « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *R.F.D.C.*, 2006, n°65, pp. 37-72
- AUBY J.-B., « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *A.J.D.A.*, 1995, n° spécial, pp. 91-98
- AUBY J.-B., « Loi et règlement », *C.C.C.*, 2005, n°19, pp. 105-108
- AUBY J.-B., « L'avenir de la jurisprudence Blocage des prix et des revenus », *C.C.C.*, 2006, n°19, pp. 105-108
- AUBY J.-B., « Remarques terminales », *R.F.D.A.*, 2010, n°5, pp. 931-935
- AUTIN J.-L., « Autorités administratives indépendantes », *Jurisclasseur Adm.*, Fasc. 75
- AUTIN J.-L., « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *R.F.D.A.*, 2010, n°5, pp. 875-883
- AUTIN J.-L., « Le statut du Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, n°139, pp. 421-431

- AUVRET P., « La revanche du régime parlementaire », *R.D.P.*, 1997, n°5, pp. 1231-1236
- AVRIL P., « Le Parlement législateur », *R.F.S.P.*, 1981, n°1, pp. 15-31
- AVRIL P., « La Constitution : Lazare ou Janus ? », *R.D.P.*, 1990, n° 4, pp. 949-960
- AVRIL P., « De Gaulle interprète de la Constitution. Une paradoxale leçon de droit constitutionnel », in *De Gaulle et son siècle*, t. II, La Documentation française, Paris, 1992, pp. 173-179
- AVRIL P., « Les conventions de la Constitution », *R.F.D.C.*, 1993, n°14, pp. 327-340
- AVRIL P., « La séparation des pouvoirs aujourd'hui », in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque des 2, 3 et 4 mars 1989 à Paris*, LGDJ, Paris, 1994, pp. 295-303
- AVRIL P., « L'incompatibilité édictée par l'article 23 de la Constitution », in *Mélanges Patrice Gélard : Droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2000, pp. 145-149
- AVRIL P., « Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, 2005, n°3, pp. 89-99
- AVRIL P., « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? », *A.P.D.*, 2006, n°50, pp. 33-39.
- AVRIL P., « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? », in *La création du droit par le juge*, R. Sève (dir.), Dalloz, Paris, 2007, pp. 33-39
- AVRIL P., « La séparation des pouvoirs sous la Vème République – Rhétorique et pratique », in *Les usages de la séparation des pouvoirs*, S. Baume et B. Fontana (dir.), Ed Houdiard, Paris, 2007, pp. 130-135
- AVRIL P., « La séparation des pouvoirs et la Vème République : le paradoxe de 1958 », in *La séparation des pouvoirs, Théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2007, pp. 79-84
- AVRIL P., « La séparation des pouvoirs est-elle un concept opératoire ? », contribution au VIIème Congrès français de Droit constitutionnel organisé à Paris du 25 au 27 sept. 2008, accessible à l'adresse suivante : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC6/Avril.html>
- AVRIL P., « Enchantement en désenchantement constitutionnels sous la V^e République », *Pouvoirs*, 2008, n°126, pp.5-16
- AVRIL P., « L'introuvable contrôle parlementaire », *L.P.A.*, 2009, n°140, pp. 7-8

- AVRIL P., « Article 8 », in *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, F. Luchaire, G. Conac et X. Prétot (dir.), Economica, Paris, 2009, 3^e édition, pp. 352-370
- AVRIL P., « Le contrôle. Exemple du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques », *Jus politicum*, 2011, n°6, pp. 65-68
- AVRIL P., « Renforcer le Parlement, qu'est-ce à dire ? », *Pouvoirs*, 2013, n°146, pp. 9-9
- AZOULAI L., « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *R.F.D.A.*, 2003, n°3, pp. 859-875

- B -

- BACHSCHMIDT P., « Le Conseil constitutionnel accentue son contrôle sur les règlements des assemblées parlementaires », *Constitutions*, 2015, n°1, pp. 41-42
- BACOT G., « La notion d'exécution chez Montesquieu », *R.H.I.P.*, 2011, n°34, pp. 253-273
- BARAK A., « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *R.F.D.C.*, 2006, n°66, pp. 227-302
- BARANGER D., « Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la Vème République », *Droits*, 2007, n°44, pp.33-50
- BARANGER D., « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum*, 2009, n°3, accessible à l'adresse suivante : http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP3_baranger.pdf
- BARANGER D., « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivation et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, 2012, n°7, accessible à l'adresse suivante : <http://www.juspoliticum.com/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre.html>
- BARBERIS M., « La séparation des pouvoirs », in *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, t. 1, D. Chagnollaud et M. Troper (dir.), Dalloz, Paris, 2012, pp. 114-141
- BARBERIS M., « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012, n°143, pp. 5-15
- BARQUE F., « Le Conseil constitutionnel et la technique de la "censure virtuelle" : développements récents », *R.D.P.*, 2006, n°5, p. 1409-1425

- BASILIEN-GAINCHE M.-L., « Le modèle européen de démocratie parlementaire serait-il gouvernemental ? », *R.D.P.*, 2009, n°3, pp. 877-892
- BAUDOT P.-Y. et REVILLARD A., « Le médiateur de la République : périmètre et autonomisation d'une institution », *R.F.A.P.*, 2011, n°139, pp. 339-352
- BAUDU A., « QPC et contrôle des actes internes au Parlement : un déni de justice conforme à la Constitution », *Constitutions*, 2011, n°3, pp. 306-309
- BAUDU A., « L'évaluation parlementaire, problème ou solution ? », *R.F.F.P.*, 2011, n°113, pp. 131- 161
- BAUME S. et BIANCAMARIA F., « Préface – La séparation des pouvoirs : sens d'une exigence juridico-politique », in *Les usages de la séparation des pouvoirs*, S. Baume et B. Fontana (dir.), Ed Houdiard, Paris, 2007, pp. 7-16
- BAUME S., « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, 2012, n°143, pp. 17-27
- BAZY-MALAUURIE C., « Les rapports de la Cour des comptes au Parlement : synthèse », *R.F.F.P.*, 2007, n°99, pp. 53-58
- BEAUD O., « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - A propos d'un ouvrage récent », *C.C.C.*, 1999, n°6, pp. 97-110
- BEAUD O., « Joseph Barthelemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, 2000, n°32, pp. 89-108
- BEAUD O., « L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la V^e République : un constat critique », *Esprit*, 2002, n°1, pp. 108-121
- BEAUD O., « L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la V^eme République : un constat critique », *Esprit*, 2002, n°281, pp. 108-121
- BEAUD O., « La Révolution française et le droit – L'histoire juridique de la Révolution française est-elle possible ? », *Droits*, 2003, n°17, pp. 3-18
- BEAUD O., « Constitution et droit constitutionnel », in *Dictionnaire de la culture juridique*, S. Rials et D. Alland (Dir.), PUF, Paris, 2003, pp.257-266
- BEAUD O., « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits*, 2003, n°37, pp.149-171
- BEAUD O., « La justice comme problème constitutionnel », in *Figures de Justice : études en l'honneur de Jean-Pierre Royer*, Centre d'histoire judiciaire de Lille (Ed.), Lille, 2004, pp. 537-551

- BEAUD O., « L'histoire du concept de Constitution en France. De la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l'Etat », *Jus Politicum*, 2009, n°3, pp. 1-29
- BEAUD O., « Le Conseil constitutionnel et le traitement du Président de la République : une hérésie », *Jus politicum*, 2012, n°9, accessible à l'adresse suivante : <http://juspoliticum.com/Le-Conseil-constitutionnel-et-le.html>
- BEAUD O., « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012, n°143, pp.47-59
- BEAUD O., « La séparation des pouvoirs une nouvelle fois dénaturée », *A.J.D.A.*, 2013, n°1, pp. 137-137
- BEAUDOUIN G.-A., « Le principe de la sécurité financière : élément essentiel de l'indépendance judiciaire », in *Justice et droits de l'homme, XXVIIIe Congrès de l'Institut International de Droit d'Expression et d'Inspiration Françaises (IDEF) tenu au Palais du Luxembourg à Paris du 6 au 8 mars 2003*, E. Decaux (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 149-162
- BECHILLON D. (de) et TROPER M., « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation », *R.R.J.*, 1994, n°1, pp. 245-274
- BECHILLON D. de, « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », *C.C.C.*, 2008, n°24, pp. 78-112
- BECK B., « La Cour des comptes et le Parlement », in *Etudes de finances publiques : mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Economica, Paris, 1984, pp. 269-278
- BEIGNIER B., « « L'ordre public renaissant ? », *Droit de la famille*, 2009, n°3, p. 1-1
- BELORGEY J.-M., « L'Etat entre transparence et secret », *Pouvoirs*, 2001, n°97, pp. 25-32
- BEN ACHOUR R., « Rapport introductif », in *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, R. Ben Achour (dir.), Bruylant, Belgique, 2009, pp. 1-17
- BEN ACHOUR R., « Constitution et institutions », in *La Constitution aujourd'hui*, *A.I.D.C., Recueil de cours*, 2006, Vol. XV, pp. 1-85
- BENETTI J., « L'impact du fait majoritaire sur la nature du régime (Réflexions sur le régime parlementaire de la V^e République) », *P.A.*, 2008, n°138, pp. 20-25
- BENETTI J., « "Exception jurisprudentielle" et "décision d'espèce" ou comment (re)virer de direction sans le dire », *Constitutions*, 2012, n°2, pp. 267-269
- BENETTI J., « Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique. Du remède au trouble », *A.J.D.A.*, 2014, n°3, pp. 157-163

- BENHAMOU Y., « Réflexions sur l'évolution de la fonction de juger dans l'Etat de droit », *R.A.*, 1999, n°311, pp. 522-538
- BENHAMOU Y., « La commission d'Outreau et la séparation des pouvoirs », *D.*, 2007, n°9, pp. 589-590
- BENHAMOU Y., « Plaidoyer pour le retour en grâce des juges. Contribution à l'étude critique de la fonction de juger », *D.*, 2009, n°15, pp. 1040-1043
- BERGERES M.-C. et PICHET E., « Amnistie fiscale : les voies du salut », *R.D.F.*, 2004, n°30, pp. 1209-1214
- BERGOUGNOUS G., « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *N.C.C.C.*, 2013, n°1, pp. 5-21
- BERGOUGNOUS G., « L'avis des commissions permanentes sur les nominations à certains emplois et fonctions : entre élargissement et approfondissement », *Constitutions*, 2013, n°1, pp. 50-53
- BERGOUGNOUS G., « La relecture de la Constitution à la lumière de la révision de 2008 par le Conseil constitutionnel, gardien vigilant de l'équilibre des institutions », *Constitutions*, 2015, n°1, pp. 35-37
- BERGOUGNOUS G., « L'incompétence négative vue du Parlement », *N.C.C.C.*, 2015, n°46, pp. 41-54
- BERTILLE V., « Transferts de compétences et autonomie réelle, Le cas des collectivités territoriales d'Outre-Mer », in *Le transfert de compétences de l'Etat aux collectivités locales*, J.F. Brisson (dir.), L'Harmattan, Paris, 2009, pp. 385-405
- BEZZINA A.-C., « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC ! », *A.J.D.A.*, 2014, n°4, pp. 735-752
- BINET-GROSCLAUDE A., « La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des A.A.I. ? », *Droit pénal*, 2009, n°11, pp. 11-17
- BIOY X. et MOUTON S., « Les (r)évolutions du droit constitutionnel : propos introductifs », in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, t. II, J. Krynen et M. Hecquard-Théron (dir.), Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, pp. 543-563
- BIOY X., « La dignité justifie-t-elle le refus de concours de la force publique pour expulser un locataire ? », *A.J.D.A.*, 2010, n°8, pp. 448-455

- BIOY X., « La transgression de la séparation des pouvoirs », in *La transgression*, J.-J. Sueur et P. Richar (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 205-224
- BLACHER P., « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, 2003, n°105, pp. 17-28
- BLACHER P., « Les pouvoirs discrétionnaires du chef de l'Etat, sources de la présidentialisation du régime », *P.A.*, 2008, n°138, pp. 5-13
- BLAIRON K., « La séparation territoriale des pouvoirs à l'épreuve de l'empirisme », contribution au VIIIème Congrès mondial de droit constitutionnel de Mexico des 6, 7, 8, 9 et 10 décembre 2010, accessible à l'adresse suivante : <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/fr/g14.htm>
- BLANQUER J.-M., « La distance parcourue : de l'ordre institutionnel à l'ordre constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, LGDJ, Paris, 1998, pp. 26-33
- BLANQUER J.-M., « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », in *Mélanges Jacques Robert – Libertés*, Montchrestien, Paris, 1998, pp. 227-238
- BLANQUER J.-M., « L'ordre constitutionnel d'un régime mixte, Le sens donné à la Constitution par le Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1998, n°5/6, pp. 1526-1540
- BLUMANN C., « Equilibre institutionnel et séparation des pouvoirs en droit communautaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, Paris, 2000, pp. 1639-1659
- BOITEUX D., « Du bon usage des deniers publics », *R.D.P.*, 2011, n°5, pp. 1099-1135
- BON P., « Les modalités restrictives de contrôle des actes non législatifs du Parlement par le juge ordinaire sont constitutionnelles », *R.F.D.C.*, 2012, n°89, pp. 127-135
- BONNARD R., « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933, pp. 3-28
- BORELLA F., « La situation actuelle du droit constitutionnel », *R.F.D.C.*, 2012, n°89, pp. 3-9
- BOUCHER J., « L'incompétence négative du législateur », *R.F.D.A.*, 2010, n°4, pp. 704-708
- BOUCHEZ R., « Le Conseil d'Etat, conseil du Parlement – Premières consultations du Conseil d'Etat sur des propositions de loi », *J.C.P.A.*, 2010, n°17, pp. 13-17
- BOUCOBZA I., « Du bon usage de deux modèles de Constitution : la machine ou/et la norme dans la réforme de la justice italienne », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 195-206

- BOUCOBZA I., « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, 2012, n°143, pp. 73-87
- BOUDON J., « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », *R.F.D.C.*, 2009, n°78, pp. 247-267
- BOUDON J., « La qualité juridictionnelle du Conseil d'Etat », in *Concurrence des contrôles et rivalité des juges*, Mare et Martin (Ed.), Paris, 2012, pp. 31-62
- BOUHADANA I., « Vers un nouveau rôle des commissions des finances des assemblées parlementaires », in *Réforme des finances publiques, démocratie et bonne gouvernance : Actes de la 1^{ère} université de printemps de finances publiques du Groupement européen de recherches en finances publiques les 27, 28 et 29 avril 2004 à Paris*, M. Bouvier (dir.), LGDJ, Paris, 2004, pp. 39-45
- BOULOUIS J., « L'influence des articles 34 et 37 sur l'équilibre politique entre les pouvoirs », in *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, L. Favoreu (dir.), Economica, Paris, 1981, pp. 195-207
- BOULOUIS J., « Les limites du droit constitutionnel », *R.I.D.C.*, 1986, n°2, pp.601-610
- BOURDIEU P., « Les juristes, gardien de l'hypocrisie collective », in *Normes juridiques et régulation sociale*, F. Chazel et J. Commaille (dir.), LGDJ, Paris, 1991, pp. 95-99
- BOURDON J., « Un Parlement renforcé », *R.P.P.*, 2007, n°1045, pp. 42-48
- BOUVIER V., « La notion de juridiction constitutionnelle », *Droits*, 1989, n°9, pp. 119-129
- BRAIBANT G., « Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés. Mélanges offerts à Robert-Edouard Charlier*, Emile-Paul (Ed.), Paris, 1981, pp. 703-709
- BRAUD C., « L'évaluation des lois et des politiques publiques », *P.A.*, 1996, n°95, pp. 7- 12
- BRETHER DE LA GRESSAYE J., « Montesquieu, fondateur du droit public moderne », in *Mélanges en l'honneur du professeur Stassinopoulos*, LGDJ, Paris, 1974, pp. 347-362
- BRETON J.-M., « L'obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution des lois. A propos de quelques décisions récentes du juge administratif », *R.D.P.*, 1993, n°6, pp. 1749-1773

- BRIGANT J.-M., « Les atteintes à la probité revues et corrigées », *J.C.P.A.*, 2014, n°23, pp. 24-29
- BRUGUIERE J.-M., « Loi "sur la protection de la création sur internet" : mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ? », *D.*, 2009, n°26, pp. 1770-1771
- BRUTI LIBERATI E., « L'indépendance des juges à l'épreuve de leur responsabilité », *Gazette du Palais*, 2006, n°253, pp. 25-27
- BUI-XUAN O., « La moralisation de la vie publique », *D.A.*, 2014, n°1, pp. 10-16
- BURDEAU G., « Une survivance : la notion de Constitution », in *L'évolution du droit public - Etudes offertes à Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956, pp.53- 62
- BURDEAU G., « Les crises du principe de dualité de juridiction », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 724-733
- BURDEAU G., « Le régime des pouvoirs publics dans la Constitution du 27 octobre 1946 », in *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, LGDJ, Paris, 2011, pp. 131-153

- C -

- CAILLOSSE J., « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société*, 1994, n°26, pp. 127-155
- CALMETTE J.-F., « L'évaluation des politiques publiques : un moyen de contrôle de l'action du gouvernement ? », in *Un Parlement renforcé ? Bilan et perspectives de la réforme de 2008*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 113-132
- CAMBY J.-P., « Le Conseil constitutionnel et la régulation des pouvoirs publics », *Administration*, 1997, n°177, pp. 28-33
- CAMBY J.-P., « A propos des "conventions" de la Constitution », *R.D.P.*, 1998, n°1, pp. 5-9
- CAMBY J.-P., « Validations législatives : des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *R.D.P.*, 2000, n°3, pp. 611-616
- CAMBY J.-P., « Les finances publiques et la démocratie : quel apport du Conseil constitutionnel ? », in *Réforme des finances publiques, démocratie et bonne gouvernance : Actes de la 1^{ère} université de printemps de finances publiques du Groupement européen de recherches en finances publiques les 27, 28 et 29 avril 2004 à Paris*, M. Bouvier (dir.), LGDJ, Paris, 2004, pp. 108-114

- CAMBY J.-P., « Les finances publiques et la démocratie : quel apport du Conseil constitutionnel », in *Réforme des finances publiques, démocratie et bonne gouvernance : Actes de la 1^{ère} université de printemps de finances publiques du Groupement européen de recherches en finances publiques les 27, 28 et 29 avril 2004 à Paris*, M. Bouvier (dir.), LGDJ, Paris, 2004, pp. 108-114
- CAMBY J.-P., « La loi et la norme. A propos de la décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005 », *R.D.P.*, 2005, n°4, pp. 849-867
- CAMBY J.-P., « L'autonomie fonctionnelle des pouvoirs publics », in *La séparation des pouvoirs, Théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2007, pp. 85-96
- CAMBY J.-P., « La LOLF et les rapports entre les institutions », *R.F.F.P.*, 2007, n°97, pp. 17-26
- CAMBY J.-P., « L'autonomie fonctionnelle des pouvoirs publics », in *La séparation des pouvoirs, Théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2007, pp. 85-96
- CAMBY J.-P., « La constitutionnalisation des commissions d'enquête parlementaire : une reconnaissance plus qu'une nouveauté », *L.P.A.*, 2008, n°254, pp. 95-100
- CAMBY J.-P., « La Constitution de 1958, ou les limites inhérentes à l'action des pouvoirs publics », in *Constitutions et pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, Paris, 2008, pp. 61-71
- CAMBY J.-P., « L'article 51-2 de la Constitution », in *La Constitution de la République française : analyses et commentaires*, F. Luchaire, G. Conac et X. Prétot (dir.), Economica, Paris, 2008, 3^e édition, pp. 1286-1295
- CAMBY J.P., « Séparation des pouvoirs et limitation du droit au recours contre les actes parlementaires : *bis in idem* », *P.A.*, 2011, n°138, pp. 12-20
- CAMBY J.-P., « L'intérêt du parlementaire à agir devant le juge administratif », *R.D.P.*, 2013, n°1, pp. 97-106
- CAMBY J.-P., « Séparation des pouvoirs, typologie des régimes. Actualité des "régimes parlementaires contemporains" », in *L'Etat, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, Paris, 2014, pp. 111-122
- CAMBY J.-P., « La diversification des normes institutionnelles », *R.F.D.C.*, 2015, n°102, pp. 307-320

- CAMERLENGO Q., « Entre le droit et la politique : l'actualité des conventions constitutionnelles », *R.F.D.C.*, 2015, n°1, pp. 3-25
- CAMY O., « La classification des régimes politiques et la nature du droit », *R.A.*, 1993, n°271, pp. 24-35
- CAPELLO A., « Retour sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux sanctions administratives », *R.S.C.*, 2010, n°2, pp. 415- 422
- CAPORAL S., « Les origines américaines de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 523-541
- CARCASSONNE G., « Repenser la loi », *Pouvoirs*, 2005, n°114, pp. 39-52
- CARDOSO DA COSTA J. M., « Protection des droits fondamentaux et garantie de la séparation des pouvoirs dans la juridiction constitutionnelle portugaise », in *Mélanges Patrice Gélard : Droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2000, pp. 265-271
- CARIUS M., « La responsabilité de l'Etat du fait d'un rapport d'enquête parlementaire. A propos d'un rapport "anti-sectes" (C.A.A. Nantes, plén., 30 juillet 2003, Association l'Arbre au milieu », *R.F.D.A.*, 2005, n°3, pp. 577-585
- CASORLA F., « La justice séparée », *P.A.*, 2007, n°139, pp. 4-11
- CASSIN R., « De l'unité de la justice dans un pays à dualité de juridictions », in *La justice*, P.U.F., Paris, 1961, p. 261-284
- CAYLA O., « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1998, pp.106-141
- CAYLA O., « Les deux figures du juge », *Le Débat*, 2005, n°73, pp. 164-173
- CAYLA O., « L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 249-265
- CHAGNOLLAUD D., « De Gaulle, l'Etat, la Constitution et le droit », in *De Gaulle et son siècle*, t. II, Documentation française, Paris, 1992, pp. 167-171
- CHALTIEL F., « La séparation horizontale des pouvoirs », *R.A.E.*, 2002, n°6, pp. 710-720
- CHALTIEL F., « Le secret défense devant le juge constitutionnel », *P.A.*, 2012, n°4, pp. 3-10

- CHAMPEIL-DESPLATS V., « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, source de principes implicites : "la révolution permanente" », in *Les principes en droit*, S. Caudal (dir.), Economica, Paris, 2008, pp. 161-174
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés », *C.R.D.F.*, 2011, n°9, pp. 11-22
- CHAPUS R., « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.*, 1960, pp. 119-126
- CHAPUS R., « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Ed. Cujas, Paris, 1977, pp. 265-297
- CHAPUS R., « Les fondements de l'organisation de l'Etat définis par la déclaration de 1789 et leurs prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence : colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, PUF, Paris, 1989, pp. 181- 220
- CHARITE M., « Les commentaires autorisés des décisions du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 2015, n°2, pp. 451-464
- CHARLIER R.-E., « Evolution et situation présente de la notion de "droit constitutionnel" », in *Histoire des idées et idées sur l'histoire, Etudes offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Dalloz, Paris, 1977, pp. 31-41
- CHEVALLIER J., « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, Paris, 1974, pp. 275-290
- CHEVALLIER J., « L'analyse institutionnelle », in *L'institution*, PUF, Paris, 1980, pp. 3-61
- CHEVALLIER J., « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *J.C.P.G.*, I, 1986, 3254
- CHEVALLIER J., « La séparation des pouvoirs », in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, Journées d'études des 16-17 mars 1989*, Economica, Paris, 1990, pp. 113-146
- CHEVALLIER J., « Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité », in *Droit et politique*, J. Chevallier (dir.), PUF, Paris, 1993, pp. 251-261

- CHEVALLIER J., « Présentation », in *Droit et politique*, J. Chevallier (dir.), PUF, Paris, 1993, pp. 5-10
- CEVALLIER J., « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices, Revue générale du Droit processuel*, 1995, n°1, pp. 81-90
- CHEVALLIER J., « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril : la République*, Montchrestien, Paris, 2001, pp. 183-199
- CHEVALLIER J., « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *R.F.D.A.*, 2010, n°5, pp. 896-900
- CHEVALLIER J.-J., « De la distinction établie par Montesquieu entre la faculté de statuer et la faculté d'empêcher », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, Paris, 1922, pp. 137-158
- CHEVALLIER J.-J., « Réflexions sur le pouvoir. En lisant B. de Jouvenel », *R.F.S.P.*, 1951, pp. 188-198
- CHEYRON A. (du), « Les secrets de la défense nationale », in *L'information en droit privé – Travaux de conférence d'agrégation*, Y. Loussouarn et P. Lagarde (dir.), LGDJ, Paris, 1978, pp. 539-589
- CIEUTAT B., « Les évolutions récentes de la Cour des comptes », *R.F.F.P.*, 2007, n°100, pp. 229-238
- CLINCHAMPS N., « Les COM et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question », *Pouvoirs*, 2005, n°113, p.73-88
- COHEN A.G., « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution », *R.D.P.*, 1963, pp. 745-758
- COLIN P. et GUYOMAR M., « Une juridiction peut-elle régulièrement statuer sur une affaire au sujet de laquelle elle a, ès qualités, précédemment exprimé une opinion ? », *A.J.D.A.*, 2000, n° 5, pp. 404-409
- COMMAILLE J., « Le juridique dans le politique. De la relation entre "sciences" à l'évidence de l'objet », in *Droit et politique*, J. Chevallier (dir.), PUF, 1993, pp.269-281
- COMMAILLE J., « L'exercice de la fonction de justice comme enjeu de pouvoir entre Justice et Médias », *Droits et société*, n°26, 1994, pp. 11-18

- COMMAILLE J., « De la "sociologie juridique" à une sociologie politique du droit », *in La juridicisation du politique : Leçons scientifiques*, J. Commaille, L. Dumoulin et C. Robert (dir.), 2000, Paris, L.G.D.J., pp. 29-46
- COMMAILLE J., « L'ordre juridique comme désordre politique », *Pouvoirs*, 2000, n°94, pp.75-86
- COMMANDUCCI P., « Ordre ou norme ? Quelques idées de constitution au XVIII^e siècle », *in 1789 ou l'invention de la Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp. 23-43
- CONNIL D., « A propos de l'article 23 de la Constitution, fonctions et dysfonctions d'une disposition constitutionnelle », *R.F.D.C.*, 2012, n°92, pp. 733-756
- COUDERC M., « L'autonomie financière et administrative des assemblées parlementaires », *Rapport définitif adopté lors de la session de Moscou de l'Inter-Parliamentary Union*, 1998, accessible à l'adresse suivante : <http://www.ipu.org/ASGP-f/Couderc.pdf>
- COSTA J.-P., « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », *A.J.D.A.*, 1987, pp. 341-344
- COSTA J.-P., « Le principe vu par la Cour européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, 2001, n°6, pp. 514-518
- COSTA D., « L'autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », *R.F.D.A.*, 2005, n°6, pp. 1174-1182
- CRENIER A., « Le Conseil constitutionnel est moribond, place à la cour constitutionnelle », *in Justice pour tous*, J.-P. Mignard et A. Vogelweith (dir.), La Découverte, Paris, 2001, pp. 169-179
- CRISAFULLI V., « Le système de contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *R.D.P.*, 1968, pp. 83-132
- CROUZATIER J.-M., « Le rôle des commissions d'enquête au Congrès des Etats-Unis », *R.D.P.*, 1975, pp. 997-1053

- D -

- DE MONTALIVET P., « Droit constitutionnel de la communication », *Jurisclasseur Adm.*, fasc. 1465
- DAUTRY P., « Un nouvel organe de l'Assemblée nationale consacré à l'évaluation : le Comité permanent d'évaluation et de contrôle des politiques publiques », *in Les*

nouvelles frontières de l'évaluation. 1989-2009 : Vingt ans d'évaluation des politiques publiques en France, et demain ?, L'Harmattan, Paris, 2010, pp. 43-49

- DEBAETS E., « Les autorités administratives indépendantes et le principe démocratique : recherches sur le concept d'"indépendance" », contribution au VIII^e Congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel, Mexico, 6-10 décembre 2010, accessible à l'adresse suivante : <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/14/254.pdf>
- DECOOPMAN N., « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », in *Le droit administratif en mutation*, PUF, Paris, 1993, pp. 211-230
- DECOOPMAN N., « Peut-on clarifier le désordre ? », in *Le désordre des autorités administratives indépendantes. L'exemple du secteur économique et financier*, PUF, Paris, 2002, pp. 15-38
- DEFFIGIER C., « L'obligation pour le gouvernement de prendre les règlements d'application de la loi littoral. A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 juillet 2000, Association France Nature Environnement », *R.F.D.A.*, 2003, n°1, pp. 116-125
- DEGUERGUE M., « Relire aujourd'hui les Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et leur décadence de Montesquieu », in *Confluences : mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2007, pp. 35-48
- DELCAMP A., « Le Conseil constitutionnel et le Parlement », *R.F.D.C.*, 2004, n°57, pp. 37-83
- DELCAMP A., « Problématique du contrôle parlementaire sur l'Administration », in *Le contrôle parlementaire de l'administration*, B. Seiller (dir.), Dalloz, Paris, 2010, pp. 19-25
- DELCAMP A., « La perception du contrôle parlementaire. Comment le rendre plus attractif ? », *Pouvoirs*, 2010, n°134, pp. 109-122
- DELCAMP A., « Cours constitutionnelles et parlements ou comment se conjuguent aujourd'hui principe de souveraineté et Etat de droit », *N.C.C.C.*, 2013, n°1, pp. 183-204
- DELCAMP A., « Après le triomphe du "droit constitutionnel jurisprudentiel", peut-on encore "penser" les institutions ? », *R.F.D.C.*, 2014, n°100, pp. 865-877
- DELPEREE F., « Le Conseil constitutionnel : état des lieux », *Pouvoirs*, 2003, n°105, pp. 5-16

- DELPEREE F., « Le renouveau du droit constitutionnel », *R.F.D.C.*, 2008, n°75, pp. 227-237
- DELVAUX P., « Analyse lexicale des débats de la constituante sur la Déclaration des droits de l’homme », *Droits*, 1985, n°2, pp. 23-33
- DENQUIN J.-M., « Repenser le droit constitutionnel », *Droits*, 2000, n°32, pp. 3-6
- DENQUIN J.-M., « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, 2000, n°32, pp.33-46
- DENQUIN J.-M., « La séparation des pouvoirs », in *L’Etat au XXème siècle*, S. Goyard-Fabre (dir.), Librairie philosophique J. Vrin (Ed.), Paris, 2004, pp.141-152
- DENQUIN J.-M., « Eléments pour une théorie constitutionnelle », in *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, Presses universitaires de Strasbourg, 2006, n°8, pp. 103-142
- DENQUIN J.-M., « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l’idée de démocratie par le droit », *Jus politicum*, 2008, n°1, accessible à l’adresse suivante : <http://www.juspoliticum.com/Jean-Marie-Denquin-Situation.html>
- DENQUIN J.-M., « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus politicum*, n°7, 2012, accessible à l’adresse suivante : <http://www.juspoliticum.com/La-jurisprudence-du-conseil.html>
- DENQUIN J.-M., « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *R.D.P.*, 2014, n°6, pp. 1472-1482
- DEPUSSAY L., « Hiérarchie des normes et hiérarchie des pouvoirs », *R.D.P.*, 2007, n°2, pp. 421-443
- DEROSIER J.-D., « La dialectique centralisation / décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », contribution au VI^e Congrès de l’AFDC, Montpellier, 2005, accessible à l’adresse suivante : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes6/DEROSIER.pdf>, 20 p.
- DEROSIER J.-P., « La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *R.I.D.C.*, 2007, n°1, pp. 107-140
- DESANDRE J., « Les commissions d’enquête ou de contrôle : secret ou publicité des travaux ? », *Pouvoirs*, 1985, n°34, pp. 51-56
- DEUMIER P., « Qu’est-ce qu’une loi ? Ce n’est ni un programme politique, ni un règlement », *R.T.D.C.*, 2005, n°3, pp. 564-569

- DEYGAS S., « Le refus du concours de la force publique pour l'exécution d'une décision d'expulsion rendue par le juge judiciaire ne peut être motivé par des considérations purement humanitaires », *Procédures*, 2006, n°12, comm. 280
- DEZEUZE G., « A propos de l'exergue de l'Esprit des lois « Prolem sine matre creatam » : non-confusion, concert des pouvoirs et indépendance », *in Indépendance(s), Etudes offertes au Professeur Jean-Louis AUTIN*, Vol. 2, Presses de la Faculté de Droit et de Science politique de Montpellier, 2011, pp. 889-895
- DI DONATO F., « La puissance cachée de la robe. L'idéologie jurisconsulte moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique », *in L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, O. Cayla et M.-F. Renoux-Zagamé (dir.), LGDJ, Paris, 2001, pp. 89-116
- DI MAGGIO P. J. et POWELL W. W., « Le néo-institutionnalisme dans l'analyse des organisations », *Politix*, 1997, n°40, pp. 113-154
- DI MANNO T., « L'autonomie financière des cours constitutionnelles en Europe », *in Les budgets de la justice en Europe*, La documentation française, Paris, 2001, pp. 53-75
- DICK HOWARD A.E., « La conception mécaniste de la Constitution », *in 1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque des 2, 3 et 4 mars 1989 à Paris*, LGDJ, Paris, 1994, pp.153-204
- DISANT M., « Le Conseil constitutionnel, la TVA sur les péages autoroutiers et l'autorité de la chose jugée par le Conseil d'Etat. A propos de la décision 2005-531 DC du 29 décembre 2005 », *R.F.D.A.*, 2006, n°3, pp. 497-512
- DOMINGO L., « QPC et contentieux administratif des assemblées parlementaires », *J.C.P.A.*, 2011, n°24, pp. 18-21
- DORD O., « Vers un rééquilibrage des pouvoirs publics en faveur du Parlement », *R.F.D.C.*, 2009, n°77, pp. 99-118
- DOUCHEZ M.-H., « Carences du recours administratif dans sa fonction de garantie des droits », *in Pouvoir et liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 607-621
- DRAGO G. et FRISON-ROCHE M.-A., « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridiction et de la justice administrative », *A.P.D.*, 1997, n°41, pp. 135-148
- DRAGO G., « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », *R.D.P.*, 2006, n°1, pp. 45-64

- DRAGO G., « Le partage loi/règlement : un nouvel équilibre à construire », *L.P.A.*, 2008, n°254, pp. 65-67
- DRAGO R., « Droits fondamentaux et droit public », *A.J.D.A.*, 1998, n°7, pp. 130-135
- DRAGO R., « Note sous C.A. Paris, 1^{ère} chambre, section H, 7 mars 2000 », *JCPG*, 2000, n°42, pp. 1931-936
- DRAI R., « Droit, politique et histoire. A propos de l'arrêt Touvier », in *Droit et politique*, J. Chevallier (dir.), PUF, Paris, 1993, pp. 293-306
- DRUESNE G., « Réflexions sur la notion de pouvoirs publics en droit français », *R.D.P.*, 1976, p.1147-1215
- DUBOIS J.-P., « Une révolution territoriale silencieuse : vers une nouvelle séparation des pouvoirs », *Esprit*, 2002, n°281, pp. 122-136
- DUBOUCHET P., « Montesquieu et les pères fondateurs des États-Unis », *R.D.P.*, 1989, p. 813-852
- DUFFY-MEUNIER A., « Le Conseil constitutionnel est-il centralisateur ? Réflexion sur les rapports entre libre administration et décentralisation dans la jurisprudence constitutionnelle », in *L'Etat dans ses relations avec les collectivités territoriales, Journées d'études juridiques sur la décentralisation française*, P. Chretien, N. Ferreira et L. Janicot (dir.), Presses de l'Université de Cergy-Pontoise, 2011, pp. 149-183
- DUGUIT L., « La fonction juridictionnelle », *R.D.P.*, 1922, pp. 165-189
- DUHAMEL O., « Les logiques cachées de la Constitution de la Cinquième République », *R.F.S.P.*, 1984, n°4-5, pp. 615-627
- DUMOULIN L. et ROBERT C., « Autour des enjeux d'une ouverture des sciences du politique au droit. Quelques réflexions en guise d'introduction », in *La juridicisation du politique : Leçons scientifiques*, J. Commaille, L. Dumoulin et C. Robert (dir.), LGDJ, Paris, 2000, pp. 11-25
- DUPEYROUX O., « L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *R.D.P.*, 1983, n° 3, pp. 565-631
- DUPRAT J.-P., « Le Parlement évaluateur », *R.I.D.C.*, 1998, n°50, pp. 551-576
- DUPRAT J.-P., « Pratique et remise en cause de la séparation des pouvoirs en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis », in *La séparation des pouvoirs, Théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2007, pp. 115-138
- DUPRAT J.-P., « Le Parlement entre modernisation et attentisme. L'article 24 de la Constitution », *L.P.A.*, 2008, n°254, pp. 35-38

- DUPRAT J.-P., « Présentation générale », *in Le contrôle parlementaire de l'administration*, B. Seiller (dir.), Dalloz, Paris, 2010, pp. 29-33
- DUPUIS-TOUBOL F., « Le juge en complémentarité du régulateur », *L.P.A.*, 2003, n°17, pp. 17-23
- DURAND P., « La décadence de la loi dans la Constitution de la V^e République », *J.C.P.G.*, 1959, I, n°1470
- DUTHEIL DE LA ROCHERE J., « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs*, 2001, n°96, pp. 123-141
- DUVERGER M., « Les institutions de la V^e République », *R.F.S.P.*, 1959, pp. 101-133
- DWORKIN R., « Un pontificat laïc », *in Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, R. Badinter (dir.), Fayard, Paris, 2003, pp. 83-139

- E -

- ECKERT G., KORAR J.-P., "Introduction", *R.F.A.P.*, 2012, n°143, pp. 621-628
- ECKERT G., « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *R.F.A.P.*, 2012, n°143, pp. 629-643
- EHRLICH L., « La séparation des pouvoirs, quelques remarques sur sa théorie et sur sa pratique », *in Mélanges Paul Négulesco*, Imprimerie nationale, Bucarest, 1935, pp. 260-269
- EISENMANN C., « L'"Esprit des lois" et la séparation des pouvoirs », *in Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933, pp. 163-192
- EISENMANN C., « La justice dans l'Etat », *in La Justice*, R. Aubenas (dir.), PUF, Paris, 1961, pp. 11-56
- ENTIOPE M., « Une nouvelle étape dans le contrôle des validations législatives : la nécessité de la constitutionnalité de l'acte validé », *L.P.A.*, 1999, n°34, pp. 12-21
- EPRON Q., « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *R.F.D.A.*, 2011, n°5, pp. 1007-1018
- EPSTEIN R.A., « Why parties and powers both matter : a separationist response to Levinson and Pildes », *Harvard Law Review Forum*, 2006, vol.119, pp.211-219
- ERRERA R., « Sur l'indépendance et la responsabilité des magistrats », *in La responsabilité des magistrats, Actes du colloque organisé à Limoges le 18 novembre 2005*, S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.), PULIM (Ed.), Limoges, 2008, pp. 77-92

- ESPLUGAS P., « Georges Vedel et la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 : Conseil de la Concurrence. A propos de la réserve constitutionnelle de compétence du juge administratif », *R.A.*, 2002, n°326, pp. 216-218
- ESPLUGAS P., « Constitution et contentieux constitutionnel », in *La Constitution aujourd'hui*, A.I.D.C., 2006, Vol. XV, pp. 137-153
- EUZET C., « Pouvoir présidentiel et contrepouvoirs institutionnels », in *Les élections présidentielles et législatives de 2007*, H. Roussillon (dir.), Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2007, pp.337-350

- F -

- FATIN-ROUGE STEFANINI M., « Variabilité et contingence des exigences de qualité. Quelques considérations sur la notion de qualité des normes en droit constitutionnel », in *Autour de la qualité de la loi, Actes du colloque d'Aix-en-Provence des 24 et 25 octobre 2008*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 27-56
- FATIN-ROUGE STEFANINI M., GAY L., PINI J., « Préface », in *Autour de la qualité de la loi, Actes du colloque d'Aix-en-Provence des 24 et 25 octobre 2008*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 13-15
- FAVOREU L., « Le Conseil constitutionnel, organe régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *R.D.P.*, 1967, pp. 4-72
- FAVOREU L., « Les règlements autonomes existent-ils ? », in *Le pouvoir, mélanges offerts à Georges Burdeau*, LGDJ, Paris, 1977, pp. 405-420
- FAVOREU L., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle française. La jurisprudence relative au domaine de la loi et du règlement. Le contrôle des lois organiques et des règlements d'assemblée. Les saisines parlementaires de l'année 1978-1979 », *R.D.P.*, 1979, pp. 1659-1713
- FAVOREU L., « Rapport introductif », in *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, L. Favoreu (dir.), Economica, Paris, 1981, pp. 25-37
- FAVOREU L., « Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982 », *R.D.P.*, 1983, pp. 333-400
- FAVOREU L., « Propos d'un néo-constitutionnaliste », in *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, J.-L. Seurin (dir.), Economica, Paris, 1984, pp. 23-27

- FAVOREU L., « La protection des droits et libertés fondamentaux », *A.I.J.C.*, 1985, p.183-220
- FAVOREU L., « Les règlements autonomes n'existent pas », *R.F.D.A.*, 1987, pp. 871-884
- FAVOREU L., « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *R.F.D.C.*, 1990, n°1, pp. 71-87
- FAVOREU L., « De la démocratie à l'Etat de droit », *Le Débat*, 1991, n°64, pp. 158-162
- FAVOREU L., « De Gaulle et le Conseil constitutionnel », in *De Gaulle et son siècle*, t. I, La documentation française, Paris, 1992, pp. 499-512
- FAVOREU L., « La légitimité du juge constitutionnel », *R.I.D.C.*, 1994, n°2, pp.557-581
- FAVOREU L., « Le pouvoir normatif primaire du Gouvernement en droit français », *R.F.D.C.*, 1997, n°32, pp. 713-726
- FAVOREU L., « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », *Gouverner, administrer, juger : liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 513-521
- FAVOREU L., « Le juge administratif et le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 297-313
- FAVRE P., « La manifestation entre droit et politique », in *Droit et politique*, J. Chevallier (dir.), PUF, Paris, 1993, pp.282-292
- FELDMAN J.-P., « Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe et le constitutionnalisme. Un point de vue critique », Contribution au VIIème Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel à Athènes, 11-15 juin 2007, disponible à l'adresse suivante : www.droitconstitutionnel.org/athenes/feldman.pdf
- FELDMAN J.-P., « Les "autorités administratives indépendantes" sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *D.*, 2010, n°43, pp. 2852-2859
- FERRAJOLI L., « Théorie des droits fondamentaux », in *Traité international de droit constitutionnel. Suprématie de la Constitution*, t. 3, Dalloz, Paris, 2012, pp.209-232

- FINCK F., « L'évolution de l'équilibre institutionnel de l'UE sous le prisme des relations extérieures depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », *R.T.D.E.*, 2012, pp. 594-1
- FIORAVANTI M., « Sièyès et le jury constitutionnaire : perspectives historico-juridiques », in *Annales historiques de la Révolution française*, 2007, n°349, pp.87-102
- FLANTZ G.H., « La signification de la séparation des pouvoirs dans le développement du constitutionnalisme et dans les constitutions contemporaines », in *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, J.-L. Seurin (dir.), Economica, Paris, 1984, pp. 91-107
- FLUCKIGER A., « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *R.E.S.S.*, XLV-138, 2007, pp. 83-101
- FONTAINE L., « Pouvoirs exceptionnels vs garantie des droits : l'ambiguïté de la question constitutionnelle », *R.D.P.*, 2009, n°2, pp.351- 374
- FORTIER J.-C., « Indépendance administrative des Assemblées politiques », *R.A.*, 1980, pp. 33-49
- FOYER J., « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, 1981, n°16, pp.17-29
- FOYER J., « L'application des articles 34 et 37 par l'Assemblée nationale », in *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, L. Favoreu (dir.), Economica, Paris, 1981, pp. 83-122
- FRAISSE R., « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *N.C.C.C.*, 2014, n°44, pp. 9-21
- FRANCILLON J., « Téléchargement illégal. Heur et malheur de la loi Création et internet », *R.S.C.*, 2009, n°3, pp. 609-622
- FRANCOIS B., « Le juge, le droit et la politique : éléments d'une analyse politiste », *R.F.D.C.*, 1990, n°1, pp. 49-69
- FRANCOIS B., « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Vème République », *Politix*, 1990, n°10-11, pp. 92-109
- FRANCOIS B., « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique », in *La doctrine en droit*, Y. Poirmeur (dir.), PUF, Paris, 1993, pp. 210- 229

- FRANCOIS B., « Justice constitutionnelle et « démocratie constitutionnelle ». Critique du discours constitutionnaliste européen », in *Droit et politique*, J. Chevallier (dir.), PUF, Paris, 1993, pp.53-64
- FRANCOIS B., « Le Conseil constitutionnel et la V^e République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *R.F.S.P.*, 1997, n°3-4, pp. 377-404
- FRANCOIS B., « La place du Conseil constitutionnel dans le système politique de la V^e République », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, LGDJ, Paris, 1999, pp. 75-82
- FRANCOIS B., « La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion », *Pouvoirs*, 2003, n°2, pp. 133-142
- FRIBOULET A., « Article 6 CEDH et sanctions infligées par les autorités de régulation. Commentaire sous les arrêts C.E., sect., 27 octobre 2006, M. Parent, n°276069, n°277198 et n°277460 », *Revue générale du droit on line*, 2008, n°1908, accessible à l'adresse suivante : http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/01/03/article-6-cedh-et-sanctions-infligees-par-les-autorites-de-regulation/#.VS_ULfmsVBp
- FROMONT M., « Les mythes du droit public moderne français : séparation des pouvoirs et Etat de droit », in *Utopies : entre droit et politique. Etudes en hommage à Claude Courvoisier*, Université de Bourgogne (Ed.), Dijon, 2005, pp. 293-302

- G -

- GAIA P., « Le Conseil constitutionnel peut-il encore résister à l'Europe ? », *R.F.D.C.*, 2014, n°100, pp. 921-941
- GALETTI F., « Existe t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur l'incompétence négative du législateur dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 2004, n°2, pp. 387-417
- GANZIN M., « Le concept de Constitution dans la pensée jusnaturaliste (1750-1789) », in *La Constitution dans la pensée politique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, pp.167-201
- GARAPON A., « Nouveaux enjeux de la justice – L'évolution du rôle du juge », *Cahiers français*, 1991, n°251, pp. 74-82
- GARAPON A. et DE LA PRADELLE G., « Le juge : dernier recours face aux questions de société ? », *Mouvements*, 2003, n°29, pp. 66-72

- GARIAZZO O., « La LOLF et l'équilibre des pouvoirs », *R.F.F.P.*, 2006, n°94, pp. 77-94
- GARRIGUE-VIEUVILLE M., « Le rôle des Cours constitutionnelles dans la construction institutionnelle des régimes postcommunistes européens : l'exemple du chef d'Etat », VIIème Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 2008, accessible à l'adresse suivante : www.droitconstitutionnel.org/congreParis/comC6/GarrigueTXT.pdf
- GAUCHET M., « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le débat*, 2000, n°110, pp. 258-288
- GAUCHET M., « Contre-pouvoir, méta-pouvoir, anti-pouvoir », *Le Débat*, 2006, n°138, pp. 17-29
- GAUTRON J.-C., « L'ordre juridique communautaire et la Constitution française », in *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, J.-L. Seurin (dir.), Economica, Paris, 1984, pp. 162-169
- GENEVOIS B., « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel. A propos de la décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989 », *R.F.D.A.*, 1989, n°2, p. 215-228
- GENEVOIS B., « Le Conseil constitutionnel et les principes », in *Les principes en droit*, S. Caudal (dir.), Economica, Paris, 2008, pp. 351-368
- GENEVOIS B., « Propos introductifs », in *Autour de la qualité de la loi, Actes du colloque d'Aix-en-Provence des 24 et 25 octobre 2008*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 17-24
- GEORGOPOULOS T., « La doctrine de séparation des pouvoirs dans le système institutionnel de l'Union européenne », in *La séparation des pouvoirs, Théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2007, pp. 97-114
- GHENASSIA J.-P., « La police judiciaire », *R.P.D.P.*, 2005, n°4, pp. 833-840
- GHEVONTIAN M., « A la recherche de l'autonomie locale française : la libre administration des collectivités territoriales, un miroir aux alouettes ? », contribution au IX^e Congrès français de droit constitutionnel, Atelier B – Constitution, pouvoirs locaux et démocratie locale, Lyon, 26- 28 juin 2014, accessible à l'adresse suivante : http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLB/B-ghevontian_T2.pdf
- GICQUEL J., « Les institutions de la V^e République face à la justice », in *Mélanges Patrice Gélard : droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2000, pp. 235-243

- GICQUEL J., « Sur l'autonomie du droit parlementaire. Aspects récents », *in Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, La Constitution et les valeurs*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 189-201
- GICQUEL J., « LOLF et séparation des pouvoirs. Variations élémentaires sur les forces et les formes budgétaires », *R.F.F.P.*, 2007, n°97, pp. 7-15
- GICQUEL J.-E., « Ruptures et continuités de la Vème République : à propos de l'Essai sur la pratique de la Vème République de J. Gicquel » *in Mélanges Gicquel – Constitution et pouvoirs*, Montchrestien, Paris, 2008, pp. 191-202
- GICQUEL J.-E., « Les conflits constitutionnels sous la V^o République », *in Les conflits constitutionnels. Le droit à l'épreuve de l'histoire et du politique*, J. Hummel (Dir.), Presses universitaires de Rennes, 2010, pp. 147-165
- GICQUEL J.-E., « Le Conseil constitutionnel et la transparence de la vie publique », *J. C.P.G.*, 2013, n°44, pp. 2020-2022
- GICQUEL J.-E., « Le Conseil constitutionnel et le mandat parlementaire », *N.C.C.C.*, 2013, n°38, pp. 69-83
- GICQUEL J.-E., « Équilibres et déséquilibres sous la V^e République », *R.F.D.C.*, 2015, n°102, pp. 265-276
- GILBERT S., « L'article L. 13-17 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique est-il conforme à la Constitution ? », *A.J.D.A.*, 2012, n°27, pp. 1517-1520
- GILLES A., « Statut de l'opposition parlementaire et commissions d'enquête parlementaires », *Politeia*, 2011, n°19, pp. 117-132
- GIRAUD M., "La Constitution du 4 octobre 1958 et la pratique de cette Constitution", *R.D.P.*, 1961, pp. 1006-1114
- GLENARD G., « La conception matérielle de la loi. La loi ordinaire. à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programmation sur l'avenir de l'école », *R.F.D.A.*, 2005, n°5, pp. 922-928
- GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 2014, n°2, pp. 269-291
- GOGUEL F., « L'élaboration des institutions dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *R.F.S.P.*, 1959, n°1, pp. 67-85
- GOGUEL F., « Le Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1979, n°1, pp. 5-25

- GOHIN O., « L'apport de l'évolution institutionnelle de l'outre-mer non-départementalisée au droit constitutionnel depuis 1998 », *C.C.C.*, 2002, n°12, pp. 1-9
- GOHIN O., « Ordre public et liberté individuelle », *Politeia*, 2008, n°13, pp. 631-644
- GONOD P., « Les archives du Conseil constitutionnel : remarques sur la décision du 27 juin 2001 », *D.*, 2001, n°32, pp.2603-2606
- GOUTTES R. (de), « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité », *R.S.C.*, 2003, n°1, p. 63
- GOYARD C., « Esprit des institutions et équilibre des pouvoirs », in *L'Esprit des Constitutions, l'équilibre des pouvoirs : mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 1-16
- GOYARD C., « La configuration des pouvoirs : France, Italie, Union européenne », in *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras : la communicabilité entre les systèmes juridiques*, M. Baudrez et T. Di Mano (Dir.), Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 533-550
- GRANGER M.-A., « La distinction police administrative / police judiciaire au sein de la jurisprudence constitutionnelle. Éléments de contribution tirés du commentaire de la décision « LOPPSI » du Conseil constitutionnel », *R.S.C.*, 2011, n°4, pp. 789-800
- GRASSET B., « Secrets défense », *Pouvoirs*, 2001, n°97, pp. 63-66
- GRAU E.R., « L'indépendance du pouvoir et l'indépendance des pouvoirs : Montesquieu et Hegel », in *Indépendance(s), Etudes offertes au Professeur Jean-Louis AUTIN*, Vol. 2, Presses de la Faculté de Droit et de Science politique de Montpellier, 2011, pp. 911-922
- GRECH F., « Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français », *R.F.D.C.*, 2015, n°102, pp. 405-428
- GREWE C., « L'actualité du droit constitutionnel ou la résurrection d'une discipline juridique », in *Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme – Mélanges Raymond Goy*, Publications de l'université de Rouen, 1998, pp. 85-95
- GRIMM D., « Souveraineté et *checks and balances* », in *1789 et l'invention de la Constitution*, Actes du colloque des 2, 3 et 4 mars 1989 à Paris, LGDJ, Paris, 1994, pp. 226-232
- GROSEPIELL H., « Le principe de la division des pouvoirs, la révolution d'émancipation latino-américaine et le droit constitutionnel de l'Uruguay », *Revue Montesquieu* n°5, pp.93- 124

- GUARNIERI C., « La configuration institutionnelle du pouvoir judiciaire », in *Traité international de droit constitutionnel. Suprématie de la Constitution*, t. 2, Dalloz, Paris, 2012, pp. 287-320
- GUASTINI R., « Interprétation et description de normes », in *Interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 89-101
- GUEDON M.-J., « L'hétérogénéité des données organiques », in *Le désordre des autorités administratives indépendantes. L'exemple du secteur économique et financier*, PUF, Paris, 2002, pp. 57-77
- GUENAIRE M., « La Constitution ou la fin de la politique », *Le Débat*, 1991, n°64, pp. 149-157
- GUENAIRE M., « Le constitutionnalisme, expression de la politique libérale », *R.R.J.*, 1987, n°1, pp. 105-169
- GUERIN D., « L'autorité judiciaire et le nouveau paysage institutionnel français », in *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, D. D'Ambra (dir.), Dalloz, Paris, 2013, pp. 19-31
- GUERRINI M., « Les moyens périphériques aux droits et libertés que la Constitution garantit », *R.D.P.*, 2012, n°6, pp. 1639-1665
- GUILLAUME G., « Les dysfonctionnements de la V^o République : une dyarchie virtuelle au sein de l'exécutif », in *Mélanges Patrice Gélard : Droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2000, pp. 161-168
- GUILLAUME M., « L'influence des articles 34 et 37 sur le travail législatif et gouvernemental », in *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, L. Favoreu (dir.), Economica, Paris, 1981, pp. 183-194
- GUILLAUME M., « Secret de la défense national et Etat de droit », *L'Etat de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 365-388
- GUILLAUME M., « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *N.C.C.C.*, 2011, n°30, p. 49-75
- GUILLERMIN G., « Le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », *J.D.I.*, 1992, pp. 319-346
- GUINCHARD S., « Ô Kress, où est ta victoire ? Ou la difficile réception, en France, d'une (demi) leçon de démocratie procédurale », in *Libertés, justice, tolérance : mélanges en l'hommage du doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 937-958

- GOJOSSO E., « Le contrôle de constitutionnalité des lois dans la France d'Ancien Régime. Bilan historiographique », in *Rechtsgeschichtliche Vorträge - Lectures sur l'histoire juridique*, Agnes Horvath (Ed.), Budapest, 2010, pp. 3-21
- GUYOMAR M., « Le principe vu par le Conseil d'Etat », *A.J.D.A.*, 2001, n°6, pp. 518-525
- GUYOMAR M., « Un droit en équilibre », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 533-544

- H -

- HALPERIN J.-L., « Une nouvelle République des constitutionnalistes ? », *R.D.P.*, 2014, n°6, pp. 1494-1505
- HAMON L., « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », *D.*, 1960, pp. 253-260
- HAVAS N., « Une histoire courte : la responsabilité, la doctrine et la V^e République », contribution au VII^e Congrès français de droit constitutionnel, Atelier 2 – Constitution, enseignement et doctrine, Paris, 25- 27 septembre 2008, accessible à l'adresse suivante : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC2/HavasTXT.pdf>
- HECQUARD-THERON M., « De la prérogative de puissance publique à la prérogative de décision », in *Pouvoir et liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 671-686
- HENETTE-VAUCHEZ S., « Oxymore ou tautologie ? La notion de Judicial Politics expliquée par la théorie du droit américaine », *C.C.C.*, 2008, n°24, pp. 90-93
- HERIN J.-L., « L'ordre du jour réservé. Sept années de gestion sénatoriale de l'article 48-3 de la Constitution », *Pouvoirs*, 2003, n°105, pp. 159-175
- HERTZOG R., « L'ambigüe constitutionnalisation des finances locales », *A.J.D.A.*, 2003, n°11, pp. 548-558
- HERTZOG R., « L'avenir du pouvoir financier du Parlement : miroir des ombres ou garant de l'équilibre du « Gouvernement général », in *L'exercice du pouvoir financier du Parlement. Théorie, pratique et évolution*, L. Philip (dir.), Economica, Paris, 1996, pp. 121-145
- HERTZOG R., « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de signification ? », in *Mélanges Paul Amselek*, G. Cohen-Jonathan (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 445-465

- HERTZOG R., « Quelques aspects de la loi organique relative aux lois de finances dans ses rapports avec le système administratif », *A.J.D.A.*, 2006, n°10, pp. 531-538
- HERZOG-EVANS M. , « La bataille des juges et du parquet dans l'exécution des peines », in *Concurrence des contrôles et rivalité des juges*, J. Boudon (dir.), Mare et Martin (Ed.), Paris, 2012, pp. 199-224
- HISPALIS G. (*pseudonyme*), « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, 2005, n°114, pp. 101-115
- HOLEINDRE J.-V., « Les deux guerres justes. L'éthique de la guerre face aux évolutions récentes de la conflictualité internationale », *Raisons politiques*, 2012, n°45, pp. 81-101
- HOSTIOU R., « Expropriation : au sujet des conditions d'indemnisation du préjudice », *R.D.I.*, 2011, n°6, pp. 325-328
- HOURQUEBIE F., « Le pouvoir juridictionnel et la V^e République. Quelques observations sur la révision du 23 juillet 2008 », *Politeia*, 2009, n°15, pp. 455-464
- HOYAMI C., « Dix-sept ans après l'arrêt Borgers, chronique d'une jurisprudence et de ses suites procédurales », *R.T.D.H.*, 2009, n°77, p.137
- HUBAC S., PISIER E., « Les autorités face aux pouvoirs », in *Les autorités administratives indépendantes*, C.-A. Colliard et G. Timsit (dir.), PUF, Paris, 1992, pp. 117-131

- I -

- ISIDORO C., « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », in *L'Esprit des Constitutions, l'équilibre des pouvoirs : mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 237-252

- J -

- JAN P., « Le Conseil constitutionnel et la nouvelle loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances », *A.J.D.A.*, 2002, n°1, pp.59-62
- JAN P., « Menaces sur la Constitution de 1958 : La réforme plutôt que la rupture », *R.D.P.*, 2005, n°6, pp.1499-1504
- JAN P., « La constitution de 1958 à l'épreuve de ses interprètes politiques », *R.D.P.*, 2006, n°3, p. 563- 567

- JAN P., « Interprétations politiques de la Constitution - La Constitution de 1958 à l'épreuve de ses interprètes politiques », *R.D.P.*, 2006, n°3, pp.563-567
- JAN P., « Les illusions constitutionnelles : brèves réflexions sur les révisions constitutionnelles », *L.P.A.*, 2007, n°42, p. 4-10
- JAN P., « Les séparations du pouvoir », in *Mélanges Gicquel – Constitution et pouvoirs*, Montchrestien, Paris, 2008, pp. 255-264
- JAN P., « Parlement et Cour des comptes », *Pouvoirs*, 2013, n°146, pp. 107-116
- JANOT R., « L'origine des articles 34 et 37 », in *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, L. Favoreu (dir.), Economica, Paris, 1981, pp. 61-70
- JOBERT B., « Les nouveaux usages du droit dans la régulation politique », in *La juridicisation du politique : Leçons scientifiques*, J. Commaille, L. Dumoulin et C. Robert (dir.), LGDJ, Paris, 2000, pp. 125-134
- JOUANJAN O., « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, 2009, n°2, pp. 279-301
- JOUANJAN O., « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n°43, 2006, pp. 73-89
- JOUANJAN O., « Justice et espace public : convergences, tensions, contradictions ? », in *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, n°8, 2006, Presses universitaires de Strasbourg, pp.193-212
- JOUANNET E., « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la consolidation d'un tiers pouvoir international », in *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), A. Pedone (Ed.), Paris, 2010, pp. 271-302
- JOURNES C., « L'administration des assemblées parlementaires sous la cinquième République », *R.D.P.*, 1978, n°2, pp. 321-358

- K -

- KARPIK L., « L'avancée politique de la justice », *Le Débat*, 1997, n°97, pp. 90-107
- KARPIK L., « L'avancée de la justice menace-t-elle la République ? », *Le Débat*, 2000, n°110, pp. 238-257
- KARYDIS G., « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *R.T.D.E.*, 2002, n°1, pp. 1-26

- KAUFF-GAZIN F., « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation ? A propos de l'affaire C-518/07, Commission c/ Allemagne », *Europe*, 2010, n°7, pp. 12-16
- KESSLER D., « Les médias sont-ils un pouvoir ? », *Pouvoirs*, 2012, n°143, pp. 105-112
- KLEIN C., « Pourquoi écrit-on une Constitution ? », in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque des 2, 3 et 4 mars 1989 à Paris*, LGDJ, Paris, 1994, pp. 89-99
- KNAUB G., « Le Conseil constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'Etat », *R.D.P.*, 1983, pp. 1150-1168
- KOVAR J.-P., « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », *R.F.A.P.*, 2012, n°143, pp. 655-666

- L -

- LA LAURENCE J.-P. (de), « Le rôle respectif de l'Union européenne, des Etats membres et des collectivités territoriales : qui décide ? qui agit ? qui contrôle ? », *L.P.A.*, 2004, n°239, pp. 16-31
- LA MARDIERE C. (de), « La réticence du Conseil constitutionnel à sanctionner les validations législatives », *Constitutions*, 2011, n°2, pp. 247-248
- LAGHMANI S., « Constitution et démocratie », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 593-599
- LAGNEAU-DEVILLE A., « Influences du pouvoir exécutif sur les prérogatives du juge en France, sous la Vème République », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), Facultés universitaires de Saint-Louis (Ed.), Bruxelles, 1983, pp. 469-492
- LAMANDA V., « Avant-propos », *R.F.D.A.*, 2010, n°5, pp. 873-874
- LAMARQUE J., « Validation fiscale et Convention européenne des droits de l'homme : la bonne aubaine », *R.F.D.A.*, 2002, n°4, pp. 791-797
- LAMBERT A., « Renouveler notre approche des finances publiques », in *Réforme des finances publiques, démocratie et bonne gouvernance : Actes de la 1^{ère} université de printemps de finances publiques du Groupement européen de recherches en finances publiques les 27, 28 et 29 avril 2004 à Paris*, M. Bouvier (dir.), LGDJ, Paris, 2004, pp. 386-389

- LAMPUE P., « La notion d'acte juridictionnel », *R.D.P.*, 1946, pp. 5-67
- LANDAU M., « La théorie constitutionnelle et l'organisation des pouvoirs aux Etats-Unis », in *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, J.-L. Seurin (dir.), Economica, Paris, 1984, pp. 61-84
- LASCOMBE M., « La Cour des comptes, le Parlement et le droit budgétaire : le renouveau du contrôle parlementaire à l'issue de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Beltrame*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2010, pp. 273-287
- LAUVAUX P., « Le contrôle, source du régime parlementaire, priorité du régime présidentiel », *Pouvoirs*, 2010, n°134, pp. 23-36
- LAVAU G., « Le juge et le pouvoir politique », in *La justice*, PUF, Paris, 1961, pp. 59-92
- LAVROFF D.G., « Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Presses universitaires de Grenoble, 1995, pp. 347-362
- LAVROFF D.G., « L'instrumentalisation de la Constitution », in *La Constitution dans la pensée politique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, pp. 423-443
- LAVROFF D.G., « A propos de la Constitution », in *L'Esprit des Constitutions, l'équilibre des pouvoirs : mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 283-297
- LAVROFF D. G., « Conclusion », in *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2007, p. 139-153
- LAVROFF D.G., « Conclusion », in *La séparation des pouvoirs, Théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2007, pp. 139-153
- LE BOT O., « Chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 2009, n°26, pp. 587-599
- LE BOT O., « Le pouvoir de sanction des autorités administratives soumis aux principes d'indépendance et d'impartialité », *Constitutions*, 2013, n°1, pp. 95-98
- LE BOT O., « Juridictions administratives spécialisées : nouvelle censure pour méconnaissance du principe d'indépendance », *Constitutions*, 2015, n°2, pp. 259-261
- LE DIVELLEC A., « Problématique du contrôle parlementaire sur l'Administration », in *Le contrôle parlementaire de l'administration*, B. Seiller (dir.), Dalloz, Paris, 2010, pp. 5-18

- LE DIVELLEC A., « L’articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 2012, n°143, pp. 123-140
- LE GARS J., « Ordre public, dignité humaine : les nouvelles conditions de légalité d'une décision d'octroi du concours de la force publique pour l'exécution d'une décision d'expulsion », *A.J.D.A.*, 2011, n°10, pp. 568-571
- LE POURHIET A.-M., « Le juge, l'arbitre et le capitaine », *P.A.*, 2009, n°119, pp.3-7
- LE POURHIET A.-M., « Question prioritaire de constitutionnalité, démocratie et séparation des pouvoirs », *Constitution*, 2011, n°1, pp. 47-53
- LE POURHIET A.-M., « La limitation du pouvoir politique : la garantie des droits subjectifs face à la démocratie politique », *R.F.D.C.*, 2015, n°102, pp. 277-286
- LEGER J.-M., « Du bon usage de l’intérêt général financier. Brefs commentaires de la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 2013 », *R.L.D.I.*, 2013, n°91, pp. 6-7
- LEPAGE A., « Le secret de la défense nationale devant le Conseil constitutionnel : une décision mesurée », *J.C.P.G.*, 2012, n°7, pp. 309-313
- LERCHER A., « Le régime applicable au personnel des assemblées parlementaires : problèmes de compétence et de fond », *R.F.D.A.*, 1994, n°3, pp. 528-532
- LEVADE A., « La communication audiovisuelle dans la mire du Conseil constitutionnel (à propos des deux décisions du 3 mars 2009) », *D.*, 2009, n°13, pp. 884-885
- LEVADE A., « Les nouveaux équilibres de la Vème République », *R.F.D.C.*, 2010, n°82, pp. 227-256
- LEVINSON D.J. et PILDES R.H., « Separation of parties, not powers » (2006), *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, accessible à l’adresse suivante : http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/25
- LINOTTE D., « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *A.J.D.A.*, 1980, n°12, pp. 632-639
- LOCHAK D., « Secret, sécurité et liberté », in *Information et transparence administratives*, PUF, Paris, 1988, pp. 51-70
- LOMBARDI N., « Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l’administration publique », *R.F.D.A.*, 1995, n°2, pp. 383-389
- LONG M., « L’État actuel de la dualité de juridictions », *R.F.D.A.*, 1990, p.689-693
- LOSCHAK D., « Le droit, discours de pouvoir », in *Itinéraires. Etudes en l’honneur de Léo Hamon*, Economica, Paris, 1982, pp. 235-244

- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA P., « Modèles de gouvernement du pouvoir judiciaire », in *Le rôle du Conseil supérieur de la magistrature, Actes de la réunion multilatérale organisée par le Conseil de l'Europe en collaboration avec le Conseil général du pouvoir judiciaire d'Espagne à Madrid, 9-11 novembre 1993*, Ed. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995, pp. 139-158
- LUCHAIRE F., « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen », *Mélanges offerts à Marcel Waline – Le juge et le droit public*, t.II, LGDJ, Paris, 1974, pp. 563-574
- LUCHAIRE F., « Le règlement et l'acte réglementaire en droit constitutionnel français », in *Itinéraires – Études en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, Paris, 1982, pp.445-463
- LUCHAIRE F., « Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », in *Présence du Droit public et des droits de l'homme – Mélanges offerts à Jacques VELU*, t.1, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 441-451
- LUCHAIRE F., « Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », in *Présence du droit public et des droits de l'homme : Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 441-451
- LUCHAIRE F., « Constitution et contradictions », *R.B.D.C.*, 1995, n°3, pp. 263-273
- LUHMANN N., « La Constitution comme acquis "évolutionnaire" », *Droits*, 1996, n°22, pp. 104-125
- LUHMANN N., « La Constitution comme acquis "évolutionnaire" », *Droits*, 1996, n°23, pp. 145-160

- M -

- MABILEAU A., « Séparation des pouvoirs et rapports de légitimité », in *Le constitutionnalisme aujourd'hui, Acte de colloque des 7, 8 et 9 juin 1979 à Bordeaux*, J.L. Seurin (dir.), Economica, Paris, 1984, pp. 108-116
- MACHELON J.-P., « La question du pouvoir judiciaire dans les débuts de la III^e République », in *Justice et Etat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2014, pp. 369-378
- MACILHACY P., « L'abominable article 35 », *Le Monde*, 27 août 1958, p. 6

- MACKAAY E., « Le droit saisi par le jeu », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), LGDJ, Paris, pp. 81-110
- MADIOT Y., « Qualité du droit et protection des droits fondamentaux », in *Mélanges offerts à Jorge Campinos*, PUF, Paris, 1996, pp. 59-83
- MAGENDIE J.-C., « La responsabilité des magistrats : contribution à une réflexion apaisée », *D.*, 2005, n°35, pp. 2414- 2421
- MAGNON X., « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Le renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 233-254
- MAGNON X., « Une lecture du juge constitutionnel français en tant que "pouvoir juridictionnel" : la jurisprudence du Conseil constitutionnel au cours de la procédure de révision constitutionnelle de 2008 », *Politeia*, 2009, n°16, pp. 217-261
- MAGNON X., « Premier bilan après la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 », in *Un Parlement renforcé ? Bilan et perspectives de la réforme de 2008*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 99-111
- MAGNON X., « Transparence de la vie publique, respect de la vie privée et séparation des pouvoirs », Fondation Jean Jaurès, Observatoire droit, justice et institutions, 2013, pp. 5-10, accessible à l'adresse suivante : <http://www.urvoas.org/wp-content/uploads/2013/10/ici1.pdf>
- MAIRET G., « L'"esprit général" et la constitution de la *res publica* romaine », *Revue Montesquieu*, 1997, n°1, pp.97-112
- MAKOWIAK J., « L'amnistie en question », *R.D.P.*, 2008, n°2, pp. 511-538
- MALAURIE P., « La nécessité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *La légitimité de la jurisprudence constitutionnelle*, N. Molfessis (dir.), Economica, Paris, 1999, pp. 291-294
- MALAURIE P., « L'intelligibilité de la loi », *Pouvoirs*, 2005, n°114, pp. 131-137
- MAMOUDY O., « D'AC ! à M6 en passant par Danthony. 10 ans d'application de la jurisprudence AC ! – Bilans et perspectives », *A.J.D.A.*, 2014, n°9, pp. 501-508
- MARDIERE C. (de la), « Validations législatives : le Conseil constitutionnel persiste », *Constitutions*, 2012, n°2, pp. 122- 123
- MARTENS P., « Les magistratures économiques », *R.I.D.E.*, 1997, n°2, pp. 109-124

- MARTIN R., « Les cheminements des pouvoirs judiciaires depuis 1789 », *R.T.D.Civ.*, 2004, n°1, pp. 251- 346
- MATHIEU B., « Fragments d'un droit constitutionnel de l'amnistie », *P.A.*, 1990, n°36, pp. 2-9
- MATHIEU B., « Les validations législatives devant le juge constitutionnel. Bilan d'une jurisprudence récente », *R.F.D.A.*, 1995, n°4, p.780-792
- MATHIEU B., « Valeur et portée des validations législatives devant le juge constitutionnel : un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits ? A propos des décisions 97-390 DC du 19 novembre 1997 et 97-393 DC du 18 décembre 1997 », *R.F.D.A.*, 1998, n°1, pp. 148-159
- MATHIEU B., « Rétroactivité des lois fiscales et sécurité juridique : l'application concrète d'un principe implicite », *R.F.D.A.*, 1999, n°1, pp. 89-95
- MATHIEU B., « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle. A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC », *R.F.D.A.*, 2000, n°2, pp.289-304
- MATHIEU B., « La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot », *R.F.D.A.*, 2004, n° 2, pp. 224-229
- MATHIEU B., « Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l'Horloge », *D.*, 2004, n°22, pp. 1603-1604
- MATHIEU B., « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence règlementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs*, 2005, n°114, pp. 73-87
- MATHIEU B., « Les mécanismes de freins et d'équilibre des pouvoirs dans la Constitution : réflexions générales et illustrations françaises », in *La Constitution, l'Europe et le droit : mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, pp. 325-336
- MATHIEU B. et VERPEAUX M., « La garantie des droits et libertés », in *Le Conseil constitutionnel*, La documentation française, Paris, 2007, pp.91-112

- MATHIEU B., ROUSSEAU D. et VASSEUR-THEVENOT C., « Révision constitutionnelle : quel équilibre des pouvoirs ? », *Culture Droits*, 2008, n°18, pp. 14-16
- MAUS D., « La notion de Constitution sous la Vème République », in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque des 2, 3 et 4 mars 1989 à Paris*, LGDJ, Paris, 1994, pp. 235-248
- MAUS D., « Où en est le droit constitutionnel ? », in *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel et du droit français aux autres droits*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 691-741
- MAUS D., « La Vème République, hier, aujourd'hui, demain », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 821-836
- MAZEAUD P., « Propos d'ouverture », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), Dalloz, Paris, 2007, pp. 3-6
- MAZERES J.-A., « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoir et liberté – Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 339-293
- MENAR J.-C., « Réflexions sur l'"indépendance" du juge judiciaire », *R.R.J.*, 2004, n°1, pp.327-353
- MENURET J.-J., « Bientôt des autorités administratives indépendantes (AAI) territoriales », *J.C.P.G.*, 2013, n°49, pp. 2231-2238
- MERLAND G., « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), Dalloz, Paris, 2007, accessible à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/merland.pdf
- MESNARD A.-H., « Dix années de jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de répartition des compétences législatives et réglementaires », *A.J.D.A.*, 1970, pp. 259-282
- MESTRE J.-L., « Les emplois initiaux de l'expression « droit constitutionnel » », *R.F.D.C.*, 2003, n°55, pp. 451-472
- MESTRE J.-L., « A propos du fondement constitutionnel de la compétence de la juridiction administrative », *R.F.D.A.*, 2012, n°2, pp. 339-341

- MEUNIER J., « La rhétorique du gouvernement des juges et la répartition des compétences normatives dans les travaux préparatoires à la Constitution de 1958 », in *Mélanges Patrice Gélard : Droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2000, pp. 117-125
- MEUNIER J., « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, 2003, n°105, pp. 29-40
- MIATTI F., « Le juge constitutionnel, le juge administratif et l'abstention du législateur », *P.A.*, 1996, n°52, p.4-11
- MICHEL J., « Police judiciaire et police administrative: les difficultés de la mise en oeuvre du critère finaliste », *P.A.*, 2003, n°50, pp. 10-13
- MIGAUD D., « La LOLF : une clarification des objectifs de l'action publique et une nouvelle relation entre pouvoir exécutif et pouvoir législatif », in *Réforme des finances publiques, démocratie et bonne gouvernance : Actes de la 1^{ère} université de printemps de finances publiques du Groupement européen de recherches en finances publiques les 27, 28 et 29 avril 2004 à Paris*, M. Bouvier (dir.), LGDJ, Paris, 2004, pp. 375-385
- MIGAUD D., « Le contrôle parlementaire des finances publiques », *R.F.F.P.*, 2007, n°100, pp. 289-294
- MILACIC S., « De la séparation des pouvoirs à l'idée des contre pouvoirs : Montesquieu revigoré par le néolibéralisme », in *La séparation des pouvoirs, Théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2007, pp. 31-47
- MILACIC S., « Les ambiguïtés du rapport français au président de la République », *Constitutions*, 2013, n°1, pp. 7-25
- MILANO L., « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *R.F.D.A.*, 2006, n°3, pp. 447-462
- MILANO L., « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *R.F.D.A.*, 2014, n°6, pp. 1119-1130
- MILLARD E., « L'Etat de droit », in *Question de démocratie*, Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 2001, pp. 415-433
- MILLARD E., « L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant », contribution au Vie Congrès de l'A.F.D.C., 9-11 juin 2005, Montpellier, accessible à l'adresse suivante :
<http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes4/MILLARD.pdf>

- MONCONDUIT F., « Finalité du politique : société unifiée ou société différenciée », *in Itinéraires. Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, Paris, 1982, pp. 487-505
- MONIOLLE C., « Droit administratif et droit public financier », *D.A.*, 2013, n°3, pp. 26-30
- MONTALIVET P. (de), « L'intelligibilité des lois constitutionnelles », *R.F.D.C.*, 2015, n°102, pp. 321-334
- MONTALIVET P. (de), « L'extension de la séparation des pouvoirs dans les organisations publiques et privées », *R.F.D.A.*, 2015, n°4, pp. 763-772
- MOREAU L., « L'éclosion d'une déontologie parlementaire : Une garantie nouvelle de l'indépendance du pouvoir législatif », *in Indépendance(s), Etudes offertes au Professeur Jean-Louis AUTIN*, Vol. 2, Presses de la Faculté de Droit et de Science politique de Montpellier, 2011, pp. 897-910
- MORIN J.-Y., « Le pouvoir des juges et la démocratie : *Sed quis custodiet ipsos custodes ?* », *Revue juridique Thémis*, 1994, n°2 et 3, pp. 801-864
- MORTON F.L., « Point de vue d'outre-Atlantique sur le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 1988, n°46, pp. 127-145
- MOSTAFA-KAMEL T., « Recrutement et formation des juges, garanties essentielles de l'indépendance de la magistrature », *in Justice et droits de l'homme, XXVIIIe Congrès de l'Institut International de Droit d'Expression et d'Inspiration Françaises (IDEF) tenu au Palais du Luxembourg à Paris du 6 au 8 mars 2003*, E. Decaux (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2003, pp 163-172
- MOUANNES H., « Le Conseil d'Etat et la notion d'impartialité ou la variable équation », contribution au VI^e Congrès de l'A.F.D.C., Montpellier, 9-11 juin 2005, accessible à l'adresse suivante : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/MOUANNES.pdf>
- MOUANNES H., « L'impartialité juridictionnelle dans le viseur du Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2012, n°2, pp. 273- 278
- MOUCHETTE J., « L' "autonomie budgétaire" du défenseur des droits : complément ou obstacle à son indépendance ? », *R.F.D.C.*, 2014, n°3, pp. 557-580
- MOURALIS D., « Les exigences d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre », *P.A.*, 2013, n°32, pp. 18-26

- MOUTON S., « D'un dualisme à l'autre ? Les évolutions de la "conception française de la séparation des pouvoirs" dans le constitutionnalisme moderne », *Politeia*, 2010, n°18, pp. 153-179
- MOYRAND A., « Les lois du pays en Polynésie française : bilan d'un quinquennat », *R.D.P.*, 2009, n°6, pp. 1577-1597

- N -

- NADAL J.-L., « La jurisprudence de la Cour de Strasbourg : une chance pour le parquet général de la Cour de cassation », *D.*, 2005, n°12, pp.800-802
- NIHOUL P., « Les relations entre la Cour constitutionnelle belge et les autres pouvoirs. Indépendance et influence », *Constitutions*, 2012, n°4, pp. 525-542
- NIHOUL P., « Les autorités administratives indépendantes en Belgique », *R.F.D.A.*, 2013, n° 4, pp. 897- 902
- NOEL L., « Ministres et députés », *R.F.S.P.*, 1968, n°2, pp. 213-229

- O -

- OBERDORFF H., « Les incidences de l'Union européenne sur les institutions françaises », *Pouvoirs*, 1994, n°69, pp. 95-106
- OBERDORFF H., « La séparation des pouvoirs », *in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, J.-B. Auby (dir.), Dalloz, Paris, 2009, pp. 121-133
- ONFRAY A., « Le glaive et la balance : à la recherche d'un équilibre », *in La judiciarisation des conflits*, La documentation française, Paris, 2010, pp. 69-78
- ONIDA V., « Pour le dépassement définitif de la "souveraineté" de la loi », *C.C.C.*, 2009, n°25, pp. 70-75
- OURAGA O., « Constitution et autonomie du politique », *in La Constitution aujourd'hui*, *A.I.D.C.*, 2006, pp. 155-180
- OURLIAC P., « La puissance de juger : le poids de l'histoire », *Droits*, 1989, n°9, pp. 21-32

- P -

- PACTET P., « A propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel », *in Libertés, Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, Paris, 1998, pp. 279- 295

- PACTET P., « Le Conseil constitutionnel et l'œuvre constituante », in *Renouveau du droit constitutionnel , Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 1373-1386
- PACTET P., « Réflexion sur le droit constitutionnel et son enseignement », *R.D.P.*, 2010, n°1, pp. 155- 169
- PAPADOPOULOS Y., « De la séparation formelle des pouvoirs à l'enchevêtrement des influences politiques : l'imputation dans les systèmes de gouvernance en réseau – Pour une lecture réaliste de la (non-) séparation des pouvoirs », in *Les usages de la séparation des pouvoirs*, S. Baume et B. Fontana (dir.), Ed Houdiard, Paris, 2007, pp. 172-186
- PARIENTE A., « Evaluation parlementaire et responsabilité politique du gouvernement », *P.A.*, 2000, n°14, pp. 9-20
- PARIENTE A., « Introduction », in *La séparation des pouvoirs, Théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2007, pp.3-6
- PARIENTE A., « La Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs », in *La séparation des pouvoirs, Théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2007, pp. 65-76
- PARIS A., « L'objet du contrôle de constitutionnalité », *R.A.*, 2007, n°358, pp. 354-357
- PARODI J.-L., « Imprévisible ou inéluctable, l'évolution de la V^e République ? Eléments constitutifs et combinatoires institutionnelles », *R.F.S.P.*, 1984, n°4-5, pp. 628-647
- PELLISSIER G., « La responsabilité de l'Etat du fait de la décision de prêter le concours de la force publique à l'exécution d'une décision de justice », *A.J.D.A.*, 2006, n°35, pp. 1947-1952
- PELLISSIER G., « La sécurité juridique, vecteur de prise en compte de la vie économique dans l'appréciation de l'intérêt général », *R.J.E.P.*, 2010, n°674, pp. 29-32
- PEZ T., « Le contrôle parlementaire de l'administration ; les éléments du contrôle », in *Le contrôle parlementaire de l'administration*, B. Seiller (dir.), Dalloz, Paris, 2010, pp. 35-62

- PEZANT J.-L., « Contribution à l'étude du pouvoir législatif selon la Constitution de 1958 », in *Le pouvoir, mélanges offerts à Georges Burdeau*, L.G.D.J., Paris, 1977, pp. 455-491
- PEZANT J.-L., « Loi/règlement : la construction d'un nouvel équilibre », *R.F.S.P.*, 1984, n°4-5, pp. 922-954
- PFERSMANN O., « A quoi bon un « pouvoir judiciaire » ? », in *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, O. Cayla et M.-F. Renoux-Zagamé (dir.), Bruylant, LGDJ, Paris, 2001, pp. 181-193
- PFERSMANN O., « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *R.F.D.C.*, 2002, n°50, pp. 279-334
- PHILIP L., « Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel », *R.D.P.*, 1983, n°2, pp. 401-418
- PHILIP L., « La constitutionnalisation du droit budgétaire français », in *Etudes de finances publiques : mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Economica, Paris, 1984, pp.49-62
- PHILIP L., « Pour une rationalisation des pouvoirs dans le cadre des institutions de la Vème République », in *Constitution et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, pp. 419-429
- PHILIP L., « Considérations sur l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle en matière fiscale », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Beltrame*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2010, pp. 451-462
- PHILIP-GAY M., « Rapport français », in *La clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Société de législation comparée (Ed.), Paris, 2007, pp. 407-455
- PICARD E., « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue t elle un droit fondamental ? », *A.J.D.A.*, 1998, n°9, pp. 651-666
- PICARD E., « L'impuissance publique en droit », *A.J.D.A.*, 1999, n°1, pp. 11-21
- PICHERAL C., « L'indépendance et l'impartialité des juridictions spécialisées », *R.F.D.A.*, 2012, n°4, pp. 636-638
- PIERCE R., « Les relations entre l'exécutif et le législatif et la recherche du "raisonnable" », in *Le constitutionnalisme aujourd'hui, Acte de colloque des 7, 8 et 9 juin 1979 à Bordeaux*, J.-L. Seurin (dir.), Economica, Paris, 1984, pp. 117-129

- PIERRE-CAPS S., « La Constitution démotique ou les mutations de la Constitution au seuil du XXI^e siècle », in *Etat, société et pouvoir à l'aube du XXI^e siècle : Mélanges en l'honneur de François Borella*, Presses universitaires de Nancy, 1999, pp. 403-422
- PIERRE-CAPS S., « L'Esprit des Constitutions », in *L'Esprit des Constitutions, l'équilibre des pouvoirs : mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 365-390
- PIMENTEL C.-M., « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, 2002, n°102, pp 119-131
- PIMENTEL C.-M., « De l'Etat de droit à l'Etat de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in *La séparation des pouvoirs, Théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2007, pp. 9-29
- PINELLI C., « Elasticité et rationalisation dans la Constitution de 1958 », in *De Gaulle et son siècle*, t. II, La documentation française, Paris, 1992, pp. 512-521
- PINI J., « Chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel, note sous la décision n°2005-531 DC », *R.F.D.C.*, 2006, n°1, pp.367-374
- PINI J., « (Simples) Réflexions sur le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle », *C.C.C.*, 2008, n°24, pp. 81-85
- PIROU X., « L'incompatibilité entre fonction gouvernementale et mandat parlementaire : vers une séparation atténuée des pouvoirs ? », *R.D.P.*, 2009, n°3, pp. 853-875
- PIWNICA E., « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *R.F.D.A.*, 2010, n°5, pp. 915-919
- POCHARD M., « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », *A.J.D.A.*, 2001, n° spécial, pp. 106-111
- POIRMEUR Y. et ROSENBERG D., « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in *Les usages sociaux du droit*, D. Lochak (dir.), PUF, Paris, 1989, pp. 230-251
- POIRMEUR Y., « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme », in *Droit et politique*, J. Chevallier (dir.), PUF, Paris, 1993, pp.13-39
- POIRMEUR Y., « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in *La légitimité de la jurisprudence constitutionnelle*, N. Molfessis (dir.), Economica,, Paris, 1999, pp. 295-343

- PONCELET C., « La V^e République aujourd'hui : un régime qui manque de contre-pouvoirs », *R.D.P.*, 2002, n°1-2, pp. 99-104
- PONTTHOREAU M.-C., « La protection des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel », *Administration*, 1997, n°177, p. 34-40
- PRADEL J., « D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale », *D.*, 1995, n°23, pp. 171-174
- PRAS B., ZARLOWSKI P., « Obligation de rendre des comptes. Enjeux de légitimité et d'efficacité », *R.F.G.*, 2013, n°237, pp. 13-32
- PRETOT X., « Les validations législatives de la Constitution à la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *R.D.P.*, 1998, n°1, pp. 11-22
- PRETOT X., « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives. A constitutionnalisme, conventionnalisme et demi », in *Le nouveau constitutionnalisme : mélanges en l'honneur de G. Conac*, Economica, Paris, 2001, pp. 219-233
- PRETOT X., « Les validations législatives et le droit au procès équitable », *R.D.P.*, 2001, n°1, pp. 23-36
- PREUß U., « La garantie des droits : "les droits horizontaux" », in *Traité international de droit constitutionnel. Suprématie de la Constitution*, t. 3, Dalloz, Paris, 2012, pp.233-270
- PREUVOT P., « L'articulation des pouvoirs sous la Vème République : vers de nouveaux équilibres ? », contribution au VIIIème Congrès mondial de droit constitutionnel de Mexico des 6, 7, 8, 9 et 10 décembre 2010, accessible à l'adresse suivante : <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/fr/g14.htm>
- PREUVOT P., « L'amélioration de l'application des lois : un enjeu dans la relation Parlement-Gouvernement », *R.D.P.*, 2012, n°1, pp. 39-65
- PRIET F., « L'incompétence négative du législateur », *R.F.D.C.*, 1994, n°17, pp. 59-85
- PUIGELIER C. et TERRE F., « Autorité et pouvoir. Lectures de Montesquieu », in *L'autorité*, J. Foyer, G. Lebreton et C. Puigelier (dir.), PUF, Paris, 2008, pp. 231-255

- Q -

- QUERMONNE J.-L., « La distinction entre régime présidentiel et régime parlementaire commande-t-elle encore l'avenir de la V^e République ? », *R.D.P.*, 2005, n°6, pp. 1505-1511
- QUILICHINI P., « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur le pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *A.J.D.A.*, 2004, n°20, pp. 1060-1069

- R -

- RAMBAUD T., « L'amnistie », in *La clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Société de législation comparée (Ed.), Paris, 2007, pp. 227-241
- RANGEON F., « Politiques publiques et responsabilité des décideurs publics », in *Juger les politiques. Nouvelles réflexions sur la responsabilité des dirigeants publics*, L'Harmattan, Paris, 2001, pp. 147-175
- RAYNAUD P., « Le juge, la loi, le droit : de Platon à Aristote », in *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, O. Cayla et M.-F. Renoux-Zagamé (dir.), LGDJ, Paris, 2001, pp. 5-16
- REDOR-FICHOT M.-J., « La démocratie dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et dans ses représentations », in *La légitimité de la jurisprudence constitutionnelle*, N. Molfessis (dir.), Economica, Paris, 1999, pp. 345-361
- REDOR-FICHOT M.-J., « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *C.R.D.F.*, 2002, n°1, pp. 91-101
- REDOR-FICHOT M.-J., « Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les « droits et libertés que la Constitution garantit » », *C.R.D.F.*, 2011, n°9, pp. 41-53
- RENAUDIE O., « La genèse complexe du Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, n°139, pp. 397-408
- RENOUX T., « Les moyens d'action de l'Assemblée nationale », *Pouvoirs*, 1985, n°34, pp.67-88
- RENOUX T., « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », *D.*, 1991, chron. XXXIV

- RENOUX T., « Les garanties constitutionnelles de la répartition des compétences » in *La Cour de cassation et la Vème République – Actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, pp. 77-112
- RENOUX T., « La constitutionnalisation du droit au juge en France », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, J. Rideau (dir.), LGDJ, Paris, 1998, pp. 109-118
- RENOUX T., « Le Conseil constitutionnel peut-il être reconnu comme un tribunal des conflits », in *La légitimité de la jurisprudence constitutionnelle*, N. Molfessis (dir.), Economica, Paris, 1999, pp. 275-288
- RENOUX T., « Le pari de la justice », *Pouvoirs*, 2001, n°99, pp.87-100
- RENOUX T., « Le statut des magistrats, garant de la démocratie », *P.A.*, 2003, n°121, pp. 4-12
- RENOUX T., « Louis Favoreu et le principe de la séparation des pouvoirs », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Le renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 13-20
- RENOUX T., « La "doctrine Gicquel" : le Conseil constitutionnel, expression du pouvoir juridictionnel », in *Mélanges Gicquel - Constitution et pouvoirs*, Montchrestien, Paris, 2008, pp. 437-446
- RENUCCI J.-F., « Le procureur de la République est-il un « magistrat » au sens européen du terme ? », in *Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p.1345-1350
- RENUCCI J.-F., « Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'Homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire », *D.*, 2009, n°9, pp. 600-601
- RIALS S., « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, 1991, n°64, pp. 163-181
- RIALS S., « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V° République », *R.D.P.*, 1984, n°3, pp. 587- 606
- RIALS S., « La fonction de juger. L'office du juge », *Droits*, 1989, n°9, pp. 3-20
- RIBE A., « Le statut du ministère public : une question d'équilibre des pouvoirs ? », in *Justice et démocratie : actes du colloque de Limoges des 21-22 novembre 2002*, S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.), PULIM, Limoges, 2003, pp. 81-99
- RIBES D., « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *C.C.C.*, 2007, n°22, pp. 132-140

- RIBS J. et SCHWARTZ R., « L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes », *Gazette du Palais*, 2000, n°211, p. 3-11
- RIBS J., « L'indépendance des juges à l'épreuve de leur responsabilité. Introduction », *Gazette du Palais*, 2006, n°253, pp. 22-23
- RICHER L., « Le règlement des différends par la commission de régulation de l'énergie », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 400-406
- RIDE A., « Le statut du Ministère public : une question d'équilibre des pouvoirs ? », in *Justice et démocratie*, S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.), PULIM, Limoges, 2002, pp. 81-93
- RIVERO J., « Regard sur les institutions de la V^e République », *D.*, 1958, pp. 259-264
- RIVERO J., « Rapport de synthèse », in *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, L. Favoreu (dir.), Economica, Paris, 1981, pp. 261-273
- RIVERO J., « Dualité de juridictions et protection des libertés », *R.F.D.A.*, 1990, p.734-738
- ROBERT J., « La nation et des juges », *R.D.P.*, 2006, n°3, pp. 547-562
- ROBERT J.-H., « Juridictionnalisation administrative », *Droit pénal*, 2014, n°6, pp. 46-49
- ROBLOT-TROIZIER A., « L'indépendance des médias en question », *R.F.D.A.*, 2009, n°3, pp. 585-588
- ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, 2012, n°143, pp. 89-103
- ROBLOT-TROIZIER A., « La séparation des pouvoirs », in *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, M. Verpeaux, P. de Montalivet, A. Roblot-Troizier et A. Vidal-Naquet (dir.), PUF, Paris, 2011, pp.115-131
- ROBLOT-TROIZIER A., « L'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non-répressifs », *R.F.D.A.*, 2011, n°6, pp. 1136-1141
- ROBLOT-TROIZIER A., « L'abandon du "déclassement préventif" des dispositions législatives de nature réglementaire », *R.F.D.A.*, 2012, n°3, p. 528-546
- ROBLOT-TROIZIER A., « Une juridictionnalisation rampante mais incomplète des autorités administratives indépendantes », *R.F.D.A.*, 2013, n°1, pp. 144-148

- ROBLOT-TROIZIER, « Validation législative : le Conseil constitutionnel se soumet pour renforcer l'autorité de sa jurisprudence », *R.F.D.A.*, 2014, n° 3, pp. 589-591
- ROBLOT-TROIZIER, « Un contrôle plus rigoureux des validations législatives ? », *N.C.C.C.*, 2014, n°3, pp. 93-97
- ROLLAND P., « La garantie des droits », *Droits fondamentaux*, 2003, n°3, pp. 179-218
- ROME F., « Le Conseil constitutionnel et le secret défense : une décision mi-figue, mi raison », *D.*, 2011, n°40, p. 2721
- ROUCAUTE Y., « Contre la séparation des pouvoirs : la recherche du juste », *Crises*, 1994, n°4, pp. 7-14
- ROURE S., « L'objet du contrôle de constitutionnalité », *R.A.*, 2005, n°346, pp. 353-355
- ROUSSEAU D., « Une résurrection : la notion de Constitution », *R.D.P.*, 1990, n° 1, pp. 5-22
- ROUSSEAU D., « La Constitution ou la politique autrement », *Le Débat*, 1991, n°64, pp. 182-186
- ROUSSEAU D., « Les constitutionnalistes, les politistes et le "renouveau" de l'idée de Constitution », in *Droit et politique*, J. Chevallier (dir.), PUF, Paris, 1993, pp.40-52
- ROUSSEAU D., « La garantie de la Constitution », in *Libertés, libéraux et constitutions, Actes du colloque de la Vallée-aux-loups du 23 sept. 1994*, J.-P. Clément, L. Jaume, M. Verpeaux, et L. Favoreu (dir.), Economica, Paris, 1997, pp.97-105
- ROUSSEAU D., « Les transformations du droit constitutionnel sous la V^e République », *R.D.P.*, 1998, n°5-6, pp. 1781-1793
- ROUSSEAU D., « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », in *Cahier des écoles doctorales. Les controverses doctrinales*, Faculté de Montpellier, 2000, n°1, pp. 313-319
- ROUSSEAU D., « Question de Constitution », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de G. Conac*, Economica, Paris, 2001, pp. 3-22
- ROUSSEAU D., « La Constitution, "projet inachevé" », *A.I.J.C.*, 2006, Vol. XV, pp. 183-199
- ROUSSEAU D., « Indépendance de la Justice et justice constitutionnelle : une occasion manquée », *R.P.P.*, 2007, n°1045, pp. 78-82

- ROUSSEAU D., « Le nouvel horizon du droit constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Le renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 887-893
- ROUSSEAU D., « La V^e République : l'équilibre inachevé des pouvoirs », in *1958-2008 : cinquantième anniversaire de la Constitution française*, B. Mathieu (dir.), Dalloz, Paris, 2008, pp. 787-795
- ROUSSEAU D., « Hado-pirate la Constitution : le Conseil sanctionne ! », *R.L.D.I.*, 2009, n°51, pp. 103-105
- ROUSSEAU D., « Une V^e République toujours à la recherche de son équilibre politique », *Regards sur l'actualité : mensuel de la vie publique en France*, 2011, n°367, pp. 93-100
- ROUSSEAU D., « Libres propos dans le bureau de Dominique Breillat : le contentieux constitutionnel tue-t-il le droit constitutionnel ? », in *Les voyages du droit. Mélanges en l'honneur de Dominique Breillat*, LGDJ, Paris, 2011, pp. 527-530
- ROUSSEAU D., « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus politicum*, 2012, n°7, accessible à l'adresse suivante : http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP7_Rousseau_PDF_corr01.pdf
- ROUSSEAU D., « La juridictionnalisation continue des A.A.I. », *R.L.C.*, 2013, n°34, pp. 89-90
- ROUSSEAU D., « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie », *R.D.P.*, 2014, n°6, pp. 1517-1533
- ROUSSEL V., « La judiciarisation du politique, réalités et faux semblants », *Mouvements*, 2003, n°29, pp.13-18
- ROUX A., « La clarification des pouvoirs au sein de l'exécutif », *R.P.P.*, 2007, n°1045, pp. 20-32
- ROUX J., « Quel statut pour le droit communautaire dans l'ordre juridique national ? », in *Quelle autonomie pour les droits européens ?*, *Etudes de l'annuaire de Droit européen*, 2007, n°5, pp. 141-161
- ROUX J., « La QPC menace-t-elle l'indépendance du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation vis-à-vis du Conseil constitutionnel ? », in *Indépendance(s)*, *Etudes offertes au Professeur Jean-Louis Autin*, Vol. 2, Presses de la Faculté de Droit et de Science politique de Montpellier, 2011, pp. 1253-1291

- ROUX J., « Du "but d'intérêt général suffisant" au "motif impérieux d'intérêt général" : les mots et les choses », *A.J.D.A.*, 2014, n°21, pp. 1204-1208
- ROUYERE A., « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », *R.F.D.A.*, 2010, n°5, pp. 887-895
- ROZES S., « Un profil nouveau pour les juges », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 435-441
- RRAPI P., « "L'incompétence négative" dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *N.C.C.C.*, 2012, n°34, pp. 163-171

- S -

- SABETE W., « Déclin ou renouveau de la loi ? L'exception de la loi de programme. A propos des décisions n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 (loi d'orientation et de programme sur l'avenir de l'école) et n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005 (loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique) », *R.F.D.A.*, 2005, n°5, pp. 930-934
- SABOURIN P., « Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle », *A.J.D.A.*, 1983, n°5, pp. 275-295
- SACCONI G., « La répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire », *A.I.J.C.*, 1985, pp. 169-182
- SAINT-BONNET F., « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? », *Droits*, 2000, n°32, pp. 89-108
- SAINT-BONNET F., « Le Parlement, juge constitutionnel (XVI^e-XVIII^e siècles) », *Droits*, 2001, n°34, pp. 177-197
- SAINT-BONNET F., « Le droit contre la loi, Regards sur les mutations du droit constitutionnel au XX^e siècle », in *L'Etat au XX^e siècle*, S. Goyard-Fabre (dir.), Librairie philosophique J. Vrin (Ed.), Paris, 2004, pp. 111-140
- SAINT-BONNET F., « Le constitutionnalisme libéral français en trompe-l'œil. Actualité de l'autre Montesquieu », *Droits*, 2006, n°43, pp.15- 32
- SAINT-BONNET F., « L' "autre" séparation des pouvoirs de Montesquieu », in *La séparation des pouvoirs, Théorie contestée et pratique renouvelée*, A. Pariente (dir.), Dalloz, Paris, 2007, pp. 49-64

- SAINT-BONNET F., « La double genèse de la justice constitutionnelle en France. La justice politique au prisme des conceptions françaises », *R.D.P.*, 2007, n°3, pp.753-792
- SAINT-BONNET F., « De la longévité de la Vème République. Le nouveau droit constitutionnel et ses gardiens », *in 1958-2008. Les 50 ans de la Constitution*, Litec, Paris, 2008, pp. 135-146
- SAINT-BONNET F., « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel a priori des lois du Roi », *C.C.C.*, 2008, n°24, pp. 86-89
- SALAS D., « Le juge aujourd'hui », *Droits*, 2001, n°34, pp. 61-71
- SAUNDERS C., « La séparation des pouvoirs : Montesquieu en Australie », *in Mélanges Patrice Gélard : Droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2000, pp. 467-173
- SAUVE J.-M., « Les sanctions administratives en droit public français : état des lieux, problèmes et perspectives », *A.J.D.A.*, 2001, n°1, pp. 16- 26
- SAVONITTO F., « Un Président enfin responsable politiquement. Enfin presque... », *Constitutions*, 2014, n°4, pp. 450-459
- SCHMITTER G., "L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives", *A.I.J.C.*, 1989, Vol. V, pp. 137-173
- SCHOETTL J.-E., « Conciliation du droit de propriété et du droit au logement », *A.J.D.A.*, 1998, n°9, pp. 705-715
- SCHOETTL J.-E., « La nouvelle constitution financière de la France », *P.A.*, 2001, n°183, pp. 3-23
- SCHOETTL J.-E., « La loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école devant le Conseil constitutionnel », *P.A.*, 2005, n°100, pp. 3-13
- SCHRAM G.N., « Critique du constitutionnalisme contemporain », *in Le constitutionnalisme aujourd'hui*, J.-L. Seurin (dir.), Economica, Paris, 1984, pp. 53-59
- SCHRAMECK O., « Le secrétariat général du Conseil constitutionnel », *R.F.D.A.*, 1994, n°6, pp.1211-1213
- SEBAN A., « Le principe d'impartialité et les autorités de régulation : le cas du Conseil des marchés financiers. Conclusions sur C.E., ass., 3 décembre 1999, Didier », *R.F.D.A.*, 2000, n° 2, pp. 435-451
- SEILLER B., « L'illégalité sans l'annulation », *A.J.D.A.*, 2004, n°18, pp. 963-970

- SEILLER B., « L'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non répressifs », *R.F.D.A.*, 2011, n°6, pp. 1129-1141
 - SELCUK S., « L'impartialité du juge », *R.P.D.P.*, 2002, n°3, pp. 535-541
 - SEURIN J.-L., « Des fonctions politiques des constitutions. Pour une théorie politique des constitutions », in *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, J.-L. Seurin (dir.), Economica, Paris, 1984, pp. 35-52
 - SEURIN J.-L., « Les origines historiques de la séparation des pouvoirs », in *Études offertes à J.-M. Auby*, Dalloz, Paris, 1992, pp.651-669
 - SLOBODANSKY C., « Il ne faut pas confondre l'indépendance des juges et l'autonomie du pouvoir judiciaire. Entretien avec le Professeur B. Mathieu », *L.P.A.*, 2015, n°208, pp. 4-9
 - SOLEIL S., « Administration, justice, justice administrative avant 1789. Retour sur trente ans de recherches », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, G. Bigot et M. Bouvet (dir.), Litec, Paris, pp. 3-30
 - SOLER-COUTEAUX P., « L'arrêt *Pacaud*, contribution au déclin de l'inamovibilité des magistrats du siècle », *R.F.D.A.*, 1985, n°1, pp. 108-115
 - SPONCHIADO L., « Du droit de regard au droit de véto : le contrôle restreint opéré par les parlementaires sur les nominations présidentielles », *R.F.D.A.*, 2011, n°5, pp. 10019-1028
 - STIRN B., « Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel », *Justices*, 1996, n°3, pp. 41-51
 - STONE SWEET A., « La politique constitutionnelle », in *La légitimité de la jurisprudence constitutionnelle*, N. Molfessis (dir.), Economica, Paris, 1999, pp. 117-140
 - SUDRE F., « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », *J.C.P.G.*, 2015, n°13, pp. 605-609
 - SUTTER G., « Le Conseil constitutionnel, le Parlement et les autorités administratives indépendantes », *Constitutions*, 2011, n° 4, pp. 486- 490
- T -
- TALLINEAU L., « La loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances », *R.F.D.A.*, 2001, n°6, pp. 1205-1218

- TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, pp. 153-259
- TERNEYRE P., « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité. Contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité », *R.D.P.*, 1987, n°6, pp. 1489-1515
- TERNEYRE P., « Le droit constitutionnel au juge », *L.P.A.*, 1991, n°145, pp. 4-14
- THIERS E., « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », *Pouvoirs*, 2010, n°134, pp. 71-81
- THIERS E., « La majorité contrôlée par l'opposition : pierre philosophale de la nouvelle répartition des pouvoirs ? », *Pouvoirs*, 2012, n°143, pp. 61-72
- TIKHOMIROV Y., « Sur la théorie contemporaine du droit constitutionnel », in *L'Etat et le droit d'est en ouest, Mélanges offerts au Professeur Michel Lesage*, Société de législation comparée (Ed.), Paris, 2006, pp. 107-115
- TILLET E., « Les ambiguïtés du concept de Constitution au XVIIIème siècle : l'exemple de Montesquieu », in *Pensée politique et droit, Actes du colloque de Strasbourg (11-12 septembre 1997)*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, pp.365-399
- TIMSIT G., « M. Le Maudit – Relire Montesquieu », in *Mélanges René Chapus : Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1992, pp. 617-632
- TIMSIT G., « Contre la nouvelle vulgate », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de G. Conac*, Economica, Paris, 2001, pp. 31-48
- TOUZEAU, « Le Conseil économique, social et environnemental après la loi organique du 28 juin 2010 : une assemblée constitutionnelle mal identifiée », *R.D.P.*, 2011, n°3, pp. 637-666
- TROPER M., « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, pp. 291-315
- TROPER M., « La Constitution et ses représentations sous la V° République », *Pouvoirs*, 1978, n°4, pp. 61-72
- TROPER M., « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, 1981, n°16, pp. 5-15

- TROPER M., « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Pr. Robert-Edouard Charlier*, Emile-Paul (Ed.), Paris, 1981, pp. 309-323
 - TROPER M., « L'interprétation de la déclaration des droits, l'exemple de l'article 16 », *Droits*, 1988, n°8, pp. 111-122
 - TROPER M., « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat*, 1991, n°64, pp. 187-192
 - TROPER M., « De Gaulle et la séparation des pouvoirs », in *De Gaulle et son siècle*, La documentation française, t. II, Paris, 1992, pp. 179-187
 - TROPER M., « Le concept d'Etat de droit », *Droits*, 1992, n°15, pp. 51- 63
 - TROPER M., « Le constitutionnalisme entre droit et politique », in *Droit et politique*, J. Chevallier (dir.), PUF, Paris, 1993, pp. 82-94
 - TROPER M., « L'évolution de la notion de séparation des pouvoirs », in *L'héritage politique de la Révolution française*, F. Hamon et J. Lelièvre (dir.), Presses universitaires de Lille, 1993, pp.95-109
 - TROPER M., « Quelques remarques à propos de l'analyse de Dominique Rousseau », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel - Actes du Colloque de Rennes des 20 et 21 septembre 1996*, Economica, Paris, 1999, pp.377-382
 - TROPER M., « L'émergence du gouvernement », in *Mélanges Patrice Gélard : Droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2000, pp. 133-139
 - TROPER M., « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Paris, 2001, pp. 231-247
 - TROPER M., « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Paris, 2001, pp. 101-114
 - TROPER M., « La Vème République et la séparation des pouvoirs », *Droits*, 2006, n°43, pp. 33- 44
 - TURPIN D., « Pouvoir et autorité juridictionnelle », *R.D.P.*, 2002, n°1-2, pp. 383-392
- V -
- VALLEE L., « Le régime des pensions des anciens parlementaires échappe au contrôle de la juridiction administrative. Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 4 juillet 2003, Papon », *R.F.D.A.*, 2003, n°5, pp. 917-927

- VALLET E., « Les commissions d'enquête parlementaires sous la V^e République », *R.F.D.C.*, 2003, n°54, pp. 249-278
- VAN CAMPERNOLLE J., « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 495-506
- VAN LANG A., « Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité », *A.J.D.A.*, 2005, n°33, pp. 1760-1766
- VAN TUONG N., « Les incompatibilités parlementaires », *P.A.*, 1997, n°20, pp. 24-28
- VANDENDRIESSCHE X., « Le Parlement entre déclin et modernité », *Pouvoirs*, 2001, n°99, pp. 59-70
- VANDENDRIESSCHE X., « Une revalorisation du Parlement à principes constants », *J.C.P.G.*, 2008, n°31, pp. 40-47
- VEDEL G., « Rapport général sur le problème des rapports du législatif et de l'exécutif présenté au Congrès de l'Association internationale de science politique », *R.F.S.P.*, 1958, n°4, pp. 757-781
- VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 1988, n°45, pp. 149-159
- VEDEL G., « La loi des 16-24 août 1790 : texte? Prétexte ? Contexte ? », *R.F.D.A.*, 1990, pp.699-791
- VEDEL G., « La Constitution comme garantie des droits, le droit naturel », in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque des 2, 3 et 4 mars 1989 à Paris*, LGDJ, Paris, 1994, pp. 205-215
- VEDEL G., « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif », *C.C.C.*, 1996, n°1, pp. 57-63
- VEDEL G., « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *C.C.C.*, 1997, n°2, pp. 77-91
- VELLE S., « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *R.D.P.*, 1989, pp.766-783
- VERGELY D., « L'équilibre des pouvoirs : une utopie constitutionnelle », *R.D.P.*, 2009, n°5, pp. 1451-1472

- VERPEAUX M., « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite. A propos de la décision 2005-512 DC du Conseil constitutionnel », *D.*, 2005, n°28, pp. 1886-1890
- VERPEAUX M., « Les principes en droit constitutionnel », in *Les principes en droit*, S. Caudal (dir.), Economica, Paris, 2008, pp. 149-159
- VIALA A., « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », *C.C.C.*, 1999, n°6, pp. 87-93
- VIDAL S., « L'inconventionnalité d'une loi de validation déclarée constitutionnelle. Conclusions sur C.A.A. Paris, 18 juin 2012, Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création et Ville de Paris, n°11PA00758 et n°11PA00812 », *R.F.D.A.*, 2012, n°4, pp. 650- 661
- VIDAL-NAQUET A., « Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 2006, n°3, pp. 535-570
- VIDAL-NAQUET A., « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *R.F.D.A.*, 2008, n°5, pp. 899-914
- VIDAL-NAQUET A., « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *N.C.C.C.*, 2015, n°46, pp. 5-19
- VIEL M.-T., « Errements des sanctions administratives », *A.J.D.A.*, 2007, n°19, pp. 1006-1010
- VIGNEAU D., « La guerre des "trois" aura bien lieu ! A propos de l'application dans le temps du dispositif législatif "anti-Perruche" », *D.*, 2012, n°5, pp. 323-326
- VIGUIER J., « Séparation des pouvoirs et article 88-4 », in *L'article 88-4 de la Constitution française : le rôle du Parlement dans l'élaboration de la norme européenne*, H. Roussillon (dir.), Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1995, pp. 47-71
- VILLENEUVE P., « Transparence de la vie publique et prévention des conflits d'intérêts : le discours et la méthode – A propos des projets de loi relatifs à la transparence de la vie publique du 24 avril 2013 », *J.C.P.A.*, 2013, n°23, pp. 14-20
- VILLIERS M. de, « Jurisprudence constitutionnelle – Vers la neutralisation des articles 34 et 37 ? », *R.A.*, 1983, n°213, pp. 247-250
- VILLIERS M. de, « La jurisprudence de "l'état de la législation antérieure" », *A.J.D.A.*, 1980, pp.387-397

- VIMBERT C., « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1994, n°3, pp. 693-745
- VINTZEL C., « La démocratie immédiate et la trilogie des pouvoirs », in *L'Etat, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, Paris, 2014, pp. 123-136
- VLACHOS G., « Le pouvoir judiciaire dans l'Esprit des lois », in *Mélanges en l'honneur du professeur Stassinopoulos*, LGDJ, Paris, 1974, pp. 363-376
- VRABIE G., « La trinité des pouvoirs aujourd'hui. Un point de vue. », contribution au VIIIème Congrès Mondial de l'AIDC, Mexico, 2010, Atelier 14 – Le principe révisé de la séparation des pouvoirs, accessible à l'adresse suivante : www.juridicas.unam.mx/wcc1/ponencias/14/335.pdf

- W -

- WACHSMANN P., « Note sous Conseil constitutionnel, décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication », *A.J.D.A.*, 1987, pp. 102-114
- WACHSMANN P. « Déclaration ou constitution des droits ? » in *1789 ou l'invention de la Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp. 44-54
- WACHSMANN P., « La séparation des pouvoirs contre les libertés ? », *A.J.D.A.*, 2009, n°12, pp. 617-619
- WARSMANN J.-L., « Propositions Balladur : le renforcement des pouvoirs du Parlement », *R.P.P.*, 2007, n°1045, pp. 49-54
- WAHL N., « L'évolution de la séparation des pouvoirs en France depuis 1958 », in *Le constitutionnalisme aujourd'hui, Acte de colloque des 7, 8 et 9 juin 1979 à Bordeaux*, J.L. Seurin (dir.), Paris, Economica, 1984, pp. 85-90
- WALINE M., « Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français », *R.D.P.*, 1928, pp. 441-462
- WALINE M., « Du critère des actes juridictionnels », *R.D.P.*, 1933, pp. 565-572
- WARUSFEL B., « Le secret de défense entre les exigences de l'Etat et les nécessités du droit », *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, 2001, n°199, accessible à l'adresse suivante : http://www2.droit.parisdescartes.fr/warusfel/articles/secretdef_warusfel2001.pdf

- WARUSFEL B., « Les secrets protégés par la loi, limites à la transparence », *Revue générale nucléaire*, 2003, n°1, pp. 62-66
- WIEDERKEHR G., « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 575-586
- WIEDERKEHR G., « De la légitimité de la justice », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ, Paris, 2009, pp. 485-492
- WIEDERKEHR G., « Les principaux traits du pouvoir juridictionnel en France », in *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, D. D'Ambra (dir.), Dalloz, Paris, 2013, pp. 5-14

- Z -

- ZILLER J., « Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne », *R.F.D.A.*, 2010, n°5, pp. 901-906
- ZOLLER E., « La conception française de la séparation des pouvoirs », in *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 1998, pp. 309-312

TABLE DES DECISIONS

Décisions du Conseil constitutionnel :

Décision DC :

- 1959 -

- C.C., n°59-2 DC du 24 juin 1959, Règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 3 juillet 1959, p. 6642, Rec. p. 58 (p. 109, 175, 178 et s., 189)
- C.C., n°59-3 DC du 25 juin 1959, Règlement du Sénat, J.O. du 3 juillet 1959, p. 6643, Rec. p. 61 (p. 109)

- 1960-

- C.C., n°59-5 DC du 15 janvier 1960, Résolution modifiant les articles 95 et 96 du règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 27 janvier 1960, p. 940, Rec. p. 15 (p. 68)
- C.C., n°60-8 DC du 11 août 1960, Loi de finances rectificative pour 1960, J.O. du 13 août 1960, p. 7599, Rec. p. 25 (p. 194, 203)

- 1962 -

- C.C., n°62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, J.O. du 7 novembre 1962, p. 10778, Rec. p. 27 (p. 39, 50, 75, 206)

- 1963 -

- C.C., n°63-21 DC du 12 mars 1963, Loi portant réforme de l'enregistrement, du timbre et de la fiscalité immobilière, J.O. du 16 mars 1963, p. 2568, Rec. p. 23 (p. 146)

- 1964 -

- C.C., n°64-27 DC du 18 décembre 1964, Loi de finances pour 1965, J.O. du 24 décembre 1964, p. 11593, Rec. p. 29 (p. 139, 194)

- 1966 -

- **C.C., n°66-28 DC** du 8 juillet 1966, Résolution tendant à modifier les articles 18, 42, 54 et 60 du règlement du Sénat et à compléter celui-ci par l'adjonction d'un article 21 bis, J.O. du 24 juillet 1966, p. 6376, Rec. p. 15 (**p. 352**)

- 1967 -

- **C.C., n°67-31 DC** du 26 janvier 1967, Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, J.O. du 19 février 1967, p. 1793, Rec. p. 19 (**p. 158, 250**)

- 1968 -

- **C.C., n°68-35 DC** du 30 janvier 1968, Loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux, J.O. du 1er février 1968, Rec. p. 19 (**p. 194**)

- 1969 -

- **C.C., n°69-37 DC** du 20 novembre 1969, Résolution modifiant et complétant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 30 novembre 1969, p. 11682, Rec. p. 15 (**p. 352**)

- 1970 -

- **C.C., n°70-40 DC** du 9 juillet 1970, Loi organique relative au statut des magistrats, J.O. du 17 juillet 1970, p. 6773, Rec. p. 25 (**p. 233, 249 et s.**)
- **C.C., n°70-41 DC** du 30 décembre 1970, Loi de finances rectificatives pour 1970, J.O. du 31 décembre 1970, p. 12322, Rec. p. 29 (**p. 142 et s., 149**)

- 1971 -

- **C.C., n°71-44 DC** du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, J.O. du 18 juillet 1971, p. 7114, Rec. p. 29 (**p. 206**)

- 1975 -

- **C.C., n°74-54 DC** du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, J.O. du 16 janvier 1975, p. 671, Rec. p. 19 (**p. 196**)

- 1976 -

- C.C., n°76-67 DC du 15 juillet 1976, Loi modifiant l'ordonnance n°59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires, J.O. du 20 juillet 1976, p. 4330, Rec. p. 35 (p. 364)
- C.C., n°76-70 DC du 2 décembre 1976, Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail, J.O. du 7 décembre 1976, p. 7052, Rec. p. 39 (p. 405)
- C.C., n°76-73 DC du 28 décembre 1976, Loi de finances pour 1977, J.O. du 29 décembre 1976, p. 7580, Rec. p. 41 (p. 139, 154 et s.)

- 1977 -

- C.C., n°77-86 DC du 3 novembre 1977, Résolution tendant à modifier les articles 142 et 143 du règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 6 novembre 1977, p. 5347, Rec. p. 18 (p. 41, 342 et s.)

- 1978 -

- C.C., n°78-97 DC du 27 juillet 1978, Loi portant réforme de la procédure pénale sur la procédure judiciaire et le jury d'assises, J.O. du 29 juillet 1978, p. 2949, Rec. p. 31 (p. 364)

- 1979 -

- C.C., n°79-104 DC du 23 mai 1979, Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État, J.O. du 25 mai 1979, Rec. p. 27 (p. 31, 38, 205)

- 1980 -

- C.C., n°80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs, J.O. du 24 juillet 1980, p. 1868, Rec. p. 46 (p. 36, 226, 234 et s., 240, 322, 364 et s., 374 et s.)
- C.C., n°80-123 DC du 24 octobre 1980, Loi organique relative au statut de la magistrature, J.O. du 25 octobre 1980, p. 2491, Rec. p. 24 (p. 250)

- 1981 -

- C.C., n°80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, J.O. du 22 janvier 1981, p. 308, Rec. p. 15 (p. 279, 281 et s., 293, 405)

- 1982 -

- C.C., n°82-138 DC du 25 février 1982, Loi portant statut particulier de la région de Corse, J.O. du 27 février 1982, p. 697, Rec. p. 41 (p. 325, 330)
- C.C., n°83-162 DC, du 20 juillet 1982, Loi relative à la démocratisation du secteur public, J.O. du 22 juillet 1983, p. 2267, Rec. p. 49 (p. 192)
- C.C., n°82-142 DC du 27 juillet 1982, Loi portant réforme de la planification, J.O. du 29 juillet 1982, p. 2424, Rec. p. 52 (p. 140, 145)
- C.C., n°82-143 DC du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, J.O. du 31 juillet 1982, p. 2470, Rec. p. 57 (p. 80, 192 et s., 406, 424)

- 1983 -

- C.C., n°83-164 DC du 29 décembre 1983, Loi de finances pour 1984, J.O. du 30 décembre 1983, p. 3871, Rec. p. 67 (p. 404)

- 1984 -

- C.C., n°83-167 DC du 19 janvier 1984, Loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, J.O. du 20 janvier 1984, p. 351, Rec. p. 23 (p. 192)
- C.C., n°84-173 DC du 26 juillet 1984, Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé, J.O. du 28 juillet 1984, p. 2496, Rec. p. 63 (p. 107, 161)
- C.C., n°84-181 DC du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, J.O. du 13 octobre 1984, p. 3200, Rec. p. 78 (p. 107, 403 et s., 424)
- C.C., n°84-184 DC du 29 décembre 1984, Loi de finances pour 1985, J.O. du 30 décembre 1984, p. 4167, Rec. p. 94 (p. 367)

- 1985 -

- C.C., n°85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, J.O. du 26 janvier 1985, p. 1137, Rec. p. 43 (p. 294)
- C.C., n°85-191 DC du 10 juillet 1985, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, J.O. du 12 juillet 1985, p. 7888, Rec. p. 46 (p. 163)
- C.C., n°85-198 DC du 13 décembre 1985, Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle, J.O. du 14 décembre 1985, p. 14574, Rec. p. 78 (p. 273)

- 1986 -

- C.C., n°86-209 DC du 3 juillet 1986, Loi de finances rectificative pour 1986, J.O. du 4 juillet 1986, p. 8342, Rec. p. 86 (p. 325, 331 et s.)
- C.C., n°86-211 DC du 26 août 1986, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, J.O. du 27 août 1986, p. 10438, Rec. p. 120 (p. 293)
- C.C., n°86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, J.O. du 19 septembre 1986, p. 11294, Rec. p. 141 (p. 36, 102, 107 et s.)

- 1987 -

- C.C., n°86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, J.O. du 25 janvier 1987, p. 924, Rec. p. 8 (p. 37, 226)
- C.C., n°87-228 DC du 26 juin 1987, Loi organique relative à la situation des magistrats nommés à des fonctions de premier grade, J.O. du 26 juin 1987, p. 6998, Rec. p. 38 (p. 371, 381)

- 1988 -

- C.C., n°87-232 DC du 7 janvier 1988, Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, J.O. du 10 janvier 1988, p. 482, Rec. p. 17 (p. 326)
- C.C., n°88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, J.O. du 21 juillet 1988, p. 9448, Rec. p. 119 (p. 325, 329, 331, 333 et s.)

- 1989 -

- **C.C., n°88-248 DC** du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O. du 18 janvier 1989, p. 754, Rec. p. 18 (**p. 162, 391, 395, 397, 402, 405, 407, 412**)
- **C.C., n°89-258 DC** du 8 juillet 1989, Loi portant amnistie, 11 juillet 1989, p. 8734, Rec. p. 48 (**p. 322 et s., 355 et s., 405**)
- **C.C., n°89-256 DC** du 25 juillet 1989, Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles, J.O. du 28 juillet 1989, p. 9501, Rec. p. 53 (**p. 273**)
- **C.C., n°89-260 DC** du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, J.O. du 1^{er} août 1989, p. 9676, Rec. p. 71 (**p. 104, 125, 127, 397, 403 et s., 413 et s.**)
- **C.C., n°89-261 DC** du 28 juillet 1989, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France, J.O. du 1^{er} août 1989, p. 9679, Rec. p. 81 (**p. 37**)

- 1990 -

- **C.C., n°89-265 DC** du 9 janvier 1990, Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie, J.O. du 11 janvier 1990, p. 463, Rec. p. 12 (**p. 330**)
- **C.C., n°89-271 DC** du 11 janvier 1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, J.O. du 13 janvier 1990, p. 573, Rec. p. 21 (**p. 235 et s., 240, 330, 333 et s.**)
- **C.C., n°89-269 DC** du 22 janvier 1990, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, J.O. du 24 janvier 1990, p. 972, Rec. p. 33 (**p. 41, 154**)
- **C.C., n°90-275 DC** du 6 juin 1990, Résolution modifiant l'article 145 du règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 8 juin 1990, p. 6739, Rec. p. 67 (**p. 179**)
- **C.C., n°90-277 DC** du 25 juillet 1990, Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux, J.O. du 27 juillet 1990, p. 9021, Rec. p. 70, cons. 26 (**p. 162**)

- **C.C., n°90-281 DC** du 27 décembre 1990, Loi sur la réglementation des télécommunications, J.O. du 29 décembre 1990, p. 16343, Rec. p. 91 **(p. 280)**

- 1991 -

- **C.C., n°91-290 DC** du 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, J.O. du 14 mai 1991, p. 6350, Rec. p. 50 **(p. 156 et s.)**
- **C.C., n°91-298 DC** du 24 juillet 1991, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, J.O. du 26 juillet 1991, p. 9920, Rec. p. 82 **(p. 371, 379 et s.)**

- 1992 -

- **C.C., n°91-301 DC** du 15 janvier 1992, Résolution rendant le règlement du Sénat conforme aux nouvelles dispositions de l'article 6 de l'ordonnance n°58-1100, J.O. du 18 janvier 1992, p. 884, Rec. p. 9 **(p. 342 et s.)**
- **C.C., n°92-305 DC** du 21 février 1992, Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, J.O. du 29 février 1992, p. 3122, Rec. p. 27 **(p. 251 et 255)**
- **C.C., n°92-313 DC** du 23 septembre 1992, Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne, J.O. du 25 septembre 1992, p. 13337, Rec. p. 94 **(p. p. 39, 50, 75)**

- 1993 -

- **C.C., n°92-316 DC**, du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, J.O. du 22 janvier 1993, p. 1118, Rec. p. 14 **(p. 279 et s.)**
- **C.C., n°93-324 DC** du 3 août 1993, Loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, J.O. du 5 août 1993, p. 11014, Rec. p. 208 **(p. 36, 102, 126 et s.)**
- **C.C., n°93-326 DC** du 11 août 1993, Loi modifiant la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de procédure pénale, J.O. du 15 août 1993, p. 11599, Rec. p. 217 **(p. 42, 233, 249, 260 et s.)**

- **C.C., n°93-325 DC** du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, J.O. du 18 août 1993, p. 11722, Rec. p. 224 **(p. 242)**

- 1994 -

- **C.C., n°93-332 DC** du 13 janvier 1994, Loi relative à la santé publique et à la protection sociale, J.O. du 18 janvier 1994, p. 925, Rec. p. 21 **(p. 380 et s.)**
- **C.C., n°93-335 DC** du 21 janvier 1994, Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, J.O. du 26 janvier 1994, p. 1382, Rec. p. 40 **(p. 296)**
- **C.C., n°93-336 DC** du 27 janvier 1994, Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, J.O. du 1^{er} février 1994, p. 1773, Rec. p. 47 **(p. 246 et s.)**
- **C.C., n°94-338 DC** du 10 mars 1994, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 12 mars 1994, p. 3963, Rec. p. 71 **(p. 60)**

- 1995 -

- **C.C., n°94-355 DC** du 10 janvier 1995, Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, J.O. du 14 janvier 1995, p. 727, Rec. p. 151 **(p. 250 et s.)**
- **C.C., n°94-352 DC** du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, J.O. du 21 janvier 1995, p. 1154, Rec. p. 170 **(p. 36, 102)**
- **C.C., n°94-357 DC** du 25 janvier 1995, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, J.O. du 31 janvier 1995, p. 1651, Rec. p. 179 **(p. 380 et s.)**
- **C.C., n°95-360 DC** du 2 février 1995, Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, J.O. du 7 février 1995, p. 2097, Rec. p. 195 **(p. 260 et s.)**
- **C.C., n°95-366 DC** du 8 novembre 1995, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 11 novembre 1995, p. 16658, Rec. p. 226 **(p. 242 et s.)**
- **C.C., n°95-369 DC** du 28 décembre 1995, Loi de finances pour 1996, J.O. du 31 décembre 1995, p. 19099, Rec. p. 257 **(p. 382)**

- C.C., n°95-370 DC du 30 décembre 1995, Loi autorisant le Gouvernement à réformer la protection sociale, J.O. du 31 décembre 1995, p. 19111, Rec. p. 269 (p. 63)

- 1996 -

- C.C., n°96-373 DC du 9 avril 1996, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, J.O. du 13 avril 1996, p. 5724, Rec. p. 43 (p. 296)
- C.C., n°96-375 DC du 9 avril 1996, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, J.O. du 13 avril 1996, p. 5730, Rec. p. 60 (p. 371, 374, 381 et s.)
- C.C., n°96-378 DC du 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications, J.O. du 27 juillet 1996, p. 11400, Rec. p. 99 (p. 404 et s.)
- C.C., n°96-381 DC du 14 octobre 1996, Résolution modifiant le règlement du Sénat, J.O. du 18 octobre 1996, p. 15302, Rec. p. 117 (p. 179)
- C.C., n°96-382 DC du 14 octobre 1996, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 18 octobre 1996, p. 15301, Rec. p. 120 (p. 179, 342 et s.)

- 1997 -

- C.C., n°97-389 DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, J.O. du 25 avril 1997, p. 6271, Rec. p. 45 (p. 391, 405 et s.)
- C.C., n°97-390 DC du 19 novembre 1997, Loi organique relative à la fiscalité applicable en Polynésie française, J.O. du 25 novembre 1997, p. 17020, Rec. p. 254 (p. 386)
- C.C., n°97-395 DC du 30 décembre 1997, Loi de finances pour 1998, J.O. du 31 décembre 1997, p. 19313, Rec. p. 333 (p. 405 et s.)

- 1998 -

- C.C., n°98-396 DC du 19 février 1998, Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire, J.O. du 26 février 1998, p. 2976, Rec. p. 153 (p. 247 et s.)

- C.C., n°98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, J.O. du 14 juin 1998, p. 9033, Rec. p. 258 (p. 123)
- C.C., n°98-403 DC du 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, J.O. du 31 juillet 1998, p. 11710, Rec. p. 276 (p. 287, 289 et s.)
- C.C., n°98-404 DC du 18 décembre 1998, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999, J.O. du 27 décembre 1998, p. 19663, Rec. p. 315 (p. 382)

- 1999 -

- C.C., n°99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, J.O. du 22 décembre 1999, p. 19041, Rec. p. 136 (p. 123)
- C.C., n°99-422 DC, du 21 décembre 1999, Loi de financement pour la sécurité sociale pour 2000, J.O. du 30 décembre 1999, p. 19730, Rec. p. 143 (p. 238, 367, 384 et s.)

- 2000 -

- C.C., n°99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, J.O. du 20 janvier 2000, p. 992, Rec. p. 33 (p. 155, 192)
- C.C., n°99-425 DC du 29 décembre 1999, Loi de finances rectificative pour 1999, J.O. du 31 décembre 1999, p. 20012, Rec. p. 168 (p. 238, 367, 384 et s.)
- C.C., n°2000-428 DC du 4 mai 2000, Loi organisant une consultation de la population de Mayotte, J.O. du 10 mai 2000, p. 6976, Rec. p. 70 (p. 41, 154)
- C.C., n°2000-433 DC du 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O. du 2 août 2000, p. 11922, Rec. p. 121 (p. 161, 405)
- C.C., n°2000-435 DC du 7 décembre 2000, Loi d'orientation pour l'outre-mer, J.O. du 14 décembre 2000, p. 19830, Rec. p. 164 (p. 156 et s.)

- 2001 -

- C.C., n°2001-445 DC du 19 juin 2001, Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, J.O. du 26 juin 2001, p. 10125, Rec. p. 63 (p. 248)

- **C.C., n°2001-448 DC** du 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances, J.O. du 2 août 2001, p. 12490, Rec. p. 99 (**p. 37, 54, 56, 60, 74 et s., 86, 139 et s., 235 et s., 256 et s.**)
- **C.C., n°2001-451 DC** du 27 novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, J.O. du 1^{er} décembre 2001, p. 1912, Rec. p. 145 (**p. 37**)
- **C.C., n°2001-456 DC** du 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, J.O. du 29 décembre 2001, p. 21159, Rec. p.180 (**p. 54, 60, 63, 65, 74, 76 et s.**)

- 2002 -

- **C.C., n°2002-461 DC** du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, J.O. du 10 septembre 2002, p. 14953, Rec. p. 204 (**p. 233, 249, 260**)

- 2003 -

- **C.C., n°2003-466 DC** du 20 février 2003, Loi organique relative aux juges de proximité, J.O. du 27 février 2003, p. 3480, Rec. p. 156 (**p. 233 et s., 255**)
- **C.C., n°2003-470 DC** du 9 avril 2003, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 15 avril 2003, p. 6692, Rec. p. 359 (**p. 342**)
- **C.C., n°2003-473 DC** du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, J.O. 3 juillet 2003, p. 11205, Rec. p. 382 (**p. 90**)
- **C.C., n°2003-485 DC** du 4 décembre 2003, Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, J.O. du 11 décembre 2003, p. 21085, Rec. p. 455 (**p. 251, 257**)
- **C.C., n°2003-489 DC** du 29 décembre 2003, Loi de finances pour 2004, J.O. 31 décembre 2003, p. 22636, Rec. p. 487 (**p. 90 et s.**)

- 2004 -

- **C.C., n°2004-493 DC** du 26 février 2004, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 29 février 2004, p. 4164, Rec. p. 64 (**p. 41, 152, 179, 342 et s.**)

- **C.C., n°2004-492 DC** du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.O. du 10 mars 2004, p. 4637, Rec. p. 66 (**p. 37, 42, 233, 249, 260**)
- **C.C., n°2004-508 DC** du 16 décembre 2004, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2005, J.O. du 21 décembre 2004, p. 21663, Rec. p. 225 (**p. 140**)

- 2005 -

- **C.C., n°2004-510 DC** du 20 janvier 2005, Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, J.O. du 27 janvier 2005, p. 1412, Rec. p. 41 (**p. 255**)
- **C.C., n°2005-512 DC** du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, J.O. du 24 avril 2005, p. 7173, Rec. p. 72 (**p. 161, 192, 194, 206 et s.**)
- **C.C., n°2005-519 DC** du 29 juillet 2005, Loi organique relative au financement de la sécurité sociale, J.O. du 3 août 2005, p. 12661, Rec. p. 129 (**p. 37, 145**)
- **C.C., n°2005-528 DC** du 15 décembre 2005, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006, J.O. du 20 décembre 2005, p. 19561, Rec. p. 157 (**p. 140**)
- **C.C., n°2005-530 DC** du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006, J.O. du 31 décembre 2005, p. 20705, Rec. p. 168 (**p. 368**)
- **C.C., n°2005-531 DC** du 29 décembre 2005, Loi de finances rectificative pour 2005, J.O. du 31 décembre 2005, p. 20730, Rec. p. 186 (**p. 38 et s., 378**)

- 2006 -

- **C.C., n°2005-532 DC** du 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, J.O. du 24 janvier 2006, p. 1138, Rec. p. 31 (**p. 278, 280, 283**)
- **C.C., n°2006-535 DC** du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, J.O. du 2 avril 2006, p. 4964, Rec. p. 50 (**p. 42, 261 et s., 402, 405, 407**)
- **C.C., n°2006-544 DC** du 14 décembre 2006, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, J.O. du 22 décembre 2006, p. 19356, Rec. p. 129 (**p. 369, 378 et s.**)
- **C.C., n°2006-545 DC** du 28 décembre 2006, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre

économique et social, J.O. 31 décembre 2006, p. 20320, Rec. p. 138 (p. 90, 377, 386)

- 2007 -

- C.C., n°2007-547 DC du 15 février 2007, Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre mer, J.O. du 22 février, 2007, p. 3252, Rec. p. 60 (p. 42, 367)
- C.C., n°2007-550 DC du 27 février 2007, Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, J.O. du 7 mars 2007, p. 4368, Rec. p. 81 (p. 368)
- C.C., n°2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, J.O. du 6 mars 2007, p. 4230, Rec. p. 86 (p. 237, 240, 252)
- C.C., n°2007-559 DC du 6 décembre 2007, Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française, J.O. du 8 décembre 2007, p. 19905, Rec. p. 439 (p. 41, 151)

- 2008 -

- C.C., n°2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, J.O. du 26 février 2008, p. 3272, Rec. p. 89 (p. 237, 240)
- C.C., n°2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, J.O. du 26 juin 2008, p. 10228, Rec. p. 313 (p. 130)
- C.C., n°2008-566 DC du 9 juillet 2008, Loi organique relative aux archives du Conseil constitutionnel, J.O. du 11 juillet 2008, p. 11328, Rec. p. 338 (p. 237, 258)
- C.C., n°2008-568 DC du 7 août 2008, Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, J.O. du 21 août 2008, p. 13079, Rec. p. 352 (p. 367)
- C.C., n°2008-571 DC du 11 décembre 2008, Loi de financement pour la sécurité sociale pour 2009, J.O. du 18 décembre 2008, p. 19327, Rec. p. 378 (p. 379)
- C.C., n°2008-574 DC du 29 décembre 2008, Loi de finances rectificatives pour 2008, J.O. du 31 décembre 2008, p. 20567, Rec. p. 386 (p. 140)

- 2009 -

- **C.C., n°2009-577 DC** du 3 mars 2009, Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, J.O. du 7 mars 2009, p. 4336, Rec. p. 64 **(p. 142 et s., 146, 149)**
- **C.C., n°2009-580 DC** du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, J.O. du 13 juin 2009, Rec. p. 107 **(p. 404 et s., 413 et s.)**
- **C.C., n°2009-581 DC** du 25 juin 2009, Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 28 juin 2009, p. 10867, Rec. p. 120 **(p. 41, 179 et s.)**
- **C.C., n°2009-582 DC** du 25 juin 2009, Résolution tendant à modifier le règlement du Sénat pour mettre en œuvre la révision constitutionnelle, J.O. du 28 juin 2009, p. 10871, Rec. p. 132 **(p. 343, 350 et s.)**
- **C.C., n°2009-587 DC** du 30 juillet 2009, Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte, J.O. du 6 août 2009, p. 13125, Rec. p. 152 **(p. 41, 150)**
- **C.C., n°2009-592 DC** du 19 novembre 2009, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, J.O. du 25 novembre 2009, p. 20223, Rec. p. 193 **(p. 163 et s., 368)**
- **C.C., n°2009-599 DC** du 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010, J.O. du 31 décembre 2009, p. 22995, Rec. p. 218 **(p. 368)**

- 2010 -

- **C.C., n°2010-611 DC** du 19 juillet 2010, Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, J.O. du 23 juillet 2010, p. 13583, Rec. p. 148 **(p. 247, 252 et s.)**
- **C.C., n°2010-617 DC** du 9 novembre 2010, Loi portant réforme des retraites, J.O. du 10 novembre 2010, p. 20056, Rec. p. 310 **(p. 194, 207, 211)**
- **C.C., n°2010-622 DC** du 28 décembre 2010, Loi de finances pour 2011, J.O. du 29 décembre 2010, p. 23190, Rec. p. 416 **(p. 140)**

- 2011 -

- **C.C., n°2011-626 DC** du 29 mars 2011, Loi organique relative au Défenseur des droits, J.O. du 30 mars 2011, p. 5507, Rec. p. 165 (**p. 36, 63, 102, 115, 128, 237, 253**)
- **C.C., n°2011-631 DC** du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, J.O. du 17 juin 2011, p. 10306, Rec. p. 252 (**p. 37**)
- **C.C., n°2011-642 DC** du 15 décembre 2011, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2012, J.O. du 22 décembre 2011, p. 21719, Rec. p. 588 (**p. 63**)

- 2012 -

- **C.C., n°2012-649 DC** du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, J.O. du 23 mars 2012, p. 5253, Rec. p. 142 (**p. 192, 195, 207, 211**)
- **C.C., n°2012-651 DC** du 22 mars 2012, Loi de programmation relative à l'exécution des peines, J.O. du 28 mars 2012, p. 5605, Rec. p. 155 (**p. 90**)
- **C.C., n°2012-654 DC** du 9 août 2012, Loi de finances rectificative pour 2012 (II), J.O. du 17 août 2012, p. 13496, Rec. p. 461 (**p. 37, 60, 65, 79 et s.**)
- **C.C., n°2012-658 DC** du 13 décembre 2012, Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques, J.O. du 18 décembre 2012, p. 19856, Rec. p. 667 (**p. 41, 100, 105, 128, 147**)
- **C.C., n°2012-659 DC** du 13 décembre 2012, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2013, J.O. du 18 décembre 2012, p. 19861, Rec. p. 680 (**p. 367**)
- **C.C., n°2012-662 DC** du 29 décembre 2012, Loi de finances pour 2013, J.O. du 30 décembre 2012, p. 20966, Rec. p. 724 (**p. 65**)

- 2013 -

- **C.C., n°2013-664 DC** du 28 février 2013, Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 2 mars 2013, p. 3896 (**p. 343**)
- **C.C., n°2013-675 DC** du 9 octobre 2013, Loi organique relative à la transparence de la vie publique, J.O. du 12 octobre 2013, p. 16838, Rec. p. 956 (**p. 118, 121 et s.**)

- **C.C., n°2013-676 DC** du 9 octobre 2013, Loi relative à la transparence de la vie publique, J.O. du 12 octobre 2013, p. 16847, Rec. p. 972 (**p. 36, 41, 102 et s., 118, 121 et s.**)
- **C.C., n°2013-678 DC** du 14 novembre 2013, Loi organique portant actualisation de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O. du 16 novembre 2013, p. 18634 (**p. 102, 404 et s.**)
- **C.C., n°2013-679 DC** du 4 décembre 2013, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, J.O. du 7 décembre 2013, p. 19958, Rec. p. 1060 (**p. 41, 181, 262**)
- **C.C., n°2013-682 DC** du 19 décembre 2013, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, J.O. du 24 décembre 2013, p. 21069, Rec. p. 1094 (**p. 140, 371, 386**)
- **C.C., n°2013-684 DC** du 29 décembre 2013, Loi de finances rectificative pour 2013, J.O. du 30 décembre 2013, p. 22232 (**p. 139**)
- **C.C., n°2013-685 DC** du 29 décembre 2013, Loi de finances pour 2014, J.O. du 30 décembre 2013, p. 22188, Rec. p. 1127 (**p. 371, 388**)

- 2014 -

- **C.C., n°2014-690 DC** du 13 mars 2014, Loi relative à la consommation, J.O. du 18 mars 2014, p. 5450 (**p. 402, 404 et s.**)
- **C.C., n°2014-691 DC** du 20 mars 2014, Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, J.O. du 26 mars 2014, p. 5925 (**p. 368**)
- **C.C., n°2014-695 DC** du 24 juillet 2014, Loi relative à la sécurisation des contrats de prêt structurés souscrits par les personnes morales de droit public, J.O. du 30 juillet 2014, p. 12514 (**p. 369, 371**)
- **C.C., n°2014-703 DC** du 19 novembre 2014, Loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution, J.O. du 25 novembre 2014, p. 19698 (**41, 71, 183 et s., 343**)
- **C.C., n°2014-704 DC** du 11 décembre 2014, Loi relative à la désignation des conseillers prud'hommes, J.O. du 19 décembre 2014, p. 21436 (**p. 231, 255**)
- **C.C., n°2014-705 DC** du 11 décembre 2014, Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale, J.O. du 13 décembre 2014, p. 20882 (**p. 343, 351 et s.**)

- 2015 -

- **C.C., n°2015-718 DC** du 13 août 2015, Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, J.O. du 18 août 2015, p. 14376 (**p. 147 et s.**)
- **C.C., n°2015-721 DC** du 12 novembre 2015, Loi organique portant diverses dispositions relatives à la collectivité de Saint-Barthélemy, J.O. du 18 novembre 2015, p. 21459 (**p. 154**)

Décisions QPC :

- 2010 -

- **C.C., n°2010-3 QPC** du 28 mai 2010, Union des familles en Europe [Associations familiales], J.O. du 29 mai 2010, p. 9730, Rec. p. 97 (**p. 326**)
- **C.C., n°2010-2 QPC** du 11 juin 2010, Mme Viviane L. [Loi dite ‘anti-perruche »], J.O. du 12 juin 2010, p. 10847, Rec. p. 105 (**p. 243, 302, 369, 387 et s.**)
- **C.C., n°2010-5 QPC** du 18 juin 2010, SNC KIMBERLY CLARK, [Incompétence négative en matière fiscale], J.O. du 19 juin 2010, p. 11149, Rec. p. 114 (**p. 158 et s.**)
- **C.C., n°2010-8 QPC** du 18 juin 2010, Epoux L. [Faute inexcusable de l’employeur], J.O. du 19 juin 2010, p. 11149, Rec. p. 117 (**p. 243**)
- **C.C., n°2010-10 QPC** du 2 juillet 2010, Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux], J.O. du 3 juillet 2010, p. 12120, Rec. p. 131 (**p. 237, 243, 255 et s.**)
- **C.C., n°2010-19/27 QPC** du 30 juillet 2010, Epoux P. et autres [Perquisitions fiscales], J.O. du 31 juillet 2010, p. 14202, Rec. p. 190 (**p. 333**)
- **C.C. n°2010-29/37 QPC** du 22 septembre 2010, Commune de Besançon et autre [Instruction CNI et passeports], J.O. du 23 septembre 2010, p. 17293, Rec. p. 248 (**p. 243, 521**)
- **C.C., n°2010-45 QPC** du 6 octobre 2010, M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet], J.O. du 7 octobre 2010, p. 18156, Rec. p. 270 (**p. 368**)
- **C.C., n°2010-71 QPC** du 26 novembre 2010, Mme Danielle S. [Hospitalisation sans consentement], J.O. du 27 novembre 2010, p. 21119, Rec. p. 343 (**p. 243**)

- **C.C., n°2010-76 QPC** du 3 décembre 2010, M. Roger L. [Tribunaux des affaires de sécurité sociale (TASS)], J.O. du 4 décembre 2010, p. 21360, Rec. p. 364 **(p. 40, 240, 255)**
- **C.C., n°2010-78 QPC** du 10 décembre 2010, Société IMNOMA [Intangibilité du bilan d'ouverture], J.O. du 11 décembre 2010, p. 21712, Rec. p. 387 **(p. 369, 371, 387)**
- **C.C., n°2010-28 QPC** du 17 décembre 2010, Association sportive Football Club de Metz [Taxe sur les salaires], J.O. du 18 septembre 2010, p. 16953, Rec. p. 233 **(p. 159)**
- **C.C., n°2010-62 QPC** du 17 décembre 2010, M. David M. [Détenion provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention], J.O. du 19 décembre 2010, p. 22372, Rec. p. 400 **(p. 243)**

- 2011 -

- **C.C., n°2010-110 QPC** du 25 mars 2011, Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale], J.O. du 26 mars 2011, p. 5406, Rec. p. 160 **(p. 237, 255 et s.)**
- **C.C., n°2011-129 QPC** du 13 mai 2011, Syndicat des fonctionnaires du Sénat [Actes internes des Assemblées parlementaires], J.O. du 14 mai 2011, p. 8401, Rec. p. 239 **(p. 294 et s., 300 et s.)**
- **C.C., n°2011-147 QPC** du 8 juillet 2011, M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants], J.O. du 9 juillet 2011, p. 11979, Rec. p. 343 **(p. 244, 255)**
- **C.C., n°2011-156 QPC** du 22 juillet 2011, M. Stéphane P. [Dépaysement de l'enquête], J.O. du 23 juillet 2011, p. 12655, Rec. p. 383 **(p. 243)**
- **C.C., n°2011-192 QPC** du 10 novembre 2011, Mme Ekaterina B., épouse D., et autres [Secret défense], J.O. du 11 novembre 2011, p. 19005, Rec. p. 528 **(p. 36 et s., 41, 102, 105, 125, 127, 265 et s., 325)**

- 2012 -

- **C.C., n°2012-236 QPC** du 20 avril 2012, Mme Marie-Christine J. [Fixation du montant de l'indemnité principale d'expropriation], J.O. du 21 avril 2012, p. 7197, Rec. p. 211 **(p. 41, 237, 240, 271)**

- **C.C., n°2012-241 QPC** du 4 mai 2012, EURL David Ramirez [Mandat et discipline des juges consulaires], J.O. du 5 mai 2012, p. 8016, Rec. p. 236 (**p. 240, 255**)
- **C.C., n°2012-250 QPC** du 8 juin 2012, M. Christian G. [Composition de la commission centrale d'aide sociale], J.O. du 9 juin 2012, p. 9794, Rec. p. 281 (**p. 237**)
- **C.C., n°2012-254 QPC** du 18 juin 2012, Fédération de l'énergie et des mines – Force ouvrière FNEM FO [Régimes spéciaux de sécurité sociale], J.O. du 19 juin 2012, p. 10179, Rec. p. 292 (**p. 158**)
- **C.C., n°2012-280 QPC** du 12 octobre 2012, Société du Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction], J.O. du 13 octobre 2012, p. 16031, Rec. p. 529 (**p. 102, 404 et s.**)
- **C.C., n°2012-286 QPC** du 7 décembre 2012, Société Pyrénées services et autres [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire], J.O. du 8 décembre 2012, p. 19279, Rec. p. 642 (**p. 244**)

- 2013 -

- **C.C., n°2012-287 QPC** du 15 janvier 2013, Société française du radiotéléphone – SFR [Validation législative et rémunération pour copie privée II], J.O. du 17 janvier 2013, p. 1109 (**p. 386**)
- **C.C., n°2012-288 QPC** du 17 janvier 2013, Consorts M. [Qualité pour agir en nullité d'un acte pour insanité d'esprit], J.O. du 18 janvier 2013, p. 1293 (**p. 372**)
- **C.C., n°2013-319 QPC** du 7 juin 2013, M. Philippe B. [Exception de vérité des faits diffamatoires constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision], J.O. du 9 juin 2013, p. 9632 (**p. 334, 338**)
- **C.C., n°2013-327 QPC** du 21 juin 2013, SA Assistance Sécurité et Gardiennage [Taxe additionnelle à la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises – Validation législative], J.O. du 23 juin 2013, p. 10457, Rec. p. 851 (**p. 371**)
- **C.C., n°2013-331 QPC** du 5 juillet 2013, Société Numéricâble SAS et autre [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes], J.O. du 7 juillet 2013, p. 11356 (**p. 102, 404 et s.**)

- **C.C., n°2013-336 QPC** du 1er août 2013, Société Natixis Asset Management [Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques], J.O. du 4 août 2013, p. 13317, Rec. p. 918 **(p. 161)**
- **C.C., n°2013-341 QPC** du 27 septembre 2013, M. Smaïn Q. et autre [Majoration de la redevance d'occupation du domaine public fluvial pour stationnement sans autorisation], J.O. du 1 octobre 2013, p. 16304 **(p. 404 et s.)**
- **C.C., n°2013-352 QPC** du 15 novembre 2013, Société Mara Télécom et autre [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire en Polynésie française], J.O. du 17 novembre 2013, p. 18694 **(p. 244)**
- **C.C., n°2013-354 QPC** du 22 novembre 2013, Mme Charly K., [Imprescriptibilité de l'action du ministère public en négation de la nationalité française], J.O. du 24 novembre 2013, p. 19107, Rec. p. 1040 **(p. 243)**
- **C.C., n°2013-359 QPC** du 13 décembre 2013, Société Sud Radio Services et autre [Mise en demeure par le Conseil supérieur de l'audiovisuel], J.O. du 15 décembre 2013, p. 20432 **(p. 102, 231, 404 et s.)**

- 2014 -

- **C.C., n°2013-372 QPC** du 7 mars 2014, M. Marc V. [Saisine d'office du tribunal pour la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire], J.O. du 9 mars 2014, p. 5036 **(p. 244)**
- **C.C. n°2014-386 QPC** du 28 mars 2014, Collectivité de Saint-Barthélemy [Dotation globale de compensation], J.O. du 30 mars 2014, p. 6203 **(p. 244)**
- **C.C., n°2014-388 QPC** du 11 avril 2014, Confédération Générale du Travail Force Ouvrière et autre [Portage salarial], J.O. du 13 avril 2014, p. 6692 **(p. 161)**
- **C.C., n°2014-392 QPC** du 25 avril 2014, Province Sud de Nouvelle-Calédonie [Loi adoptée par référendum – Droit du travail en Nouvelle-Calédonie], J.O. du 27 avril 2014, p. 7360 **(p. 39)**
- **C.C., n°2014-423 QPC** du 24 octobre 2014, M. Stéphane R. et autres [Cour de discipline budgétaire et financière], J.O. du 26 octobre 2014, p. 17776 **(p. 237, 243)**

- **C.C., n°2014-434 QPC** du 5 décembre 2014, Société de laboratoires de biologie médicale Bio Dômes Unilabs SELAS [Tarif des examens de biologie médicale], J.O. du 7 décembre 2014, p. 20465 (**p. 90**)

- 2015 -

- **C.C., n°2014-445 QPC** du 29 janvier 2015, Société Thyssenkrupp Electrical Steel Ugo SAS [Exonération de taxes intérieures de consommation pour les produits énergétiques faisant l'objet d'un double usage], J.O. du 31 janvier 2015, p. 1502 (**p. 158**)
- **C.C., n°2014-455 QPC** du 6 mars 2015, M. Jean de M. [Possibilité de verser une partie de l'astreinte prononcée par le juge administratif au budget de l'État], J.O. du 8 mars 2015 (**p. 285**)
- **C.C., n°2014-453/454 et 2014-462 QPC** du 18 mars 2015, M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié], J.O. du 20 mars 2015, p. 5183 (**p. 391, 406**)

Décisions FNR :

- **C.C., n°79-10 FNR** du 26 avril 1979, Amendement relatifs au projet de loi sur les économies d'énergie, J.O. du 27 avril 1979, Rec. p. 55 (**p. 205**)

Décisions L :

- **C.C., n°95-177 L** du 8 juin 1995, Nature juridique de dispositions prévoyant que certaines nominations doivent être effectuées par décret en conseil des ministres, J.O. du 10 juin 1995, p. 9008, Rec. p. 211 (**p. 205**)

Décisions ELEC :

- **C.C., n°2008-24 ELEC** du 29 mai 2008, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2007, J.O. du 4 juin 2008, p. 9205, Rec. p. 305 (**p. 368**)

Décisions et avis du Conseil d'Etat

Décisions

- C.E., 15 novembre 1872, Carrey de Bellemare, n°45.079 (p. 297)
- C.E., 15 novembre 1872, Lourdel de Hénaut, n°45.407 (p. 297)
- C.E., 15 novembre 1872, Fouineau, n°45.392 (p. 297)
- C.E., 15 novembre 1872, Geschwindenhama, n°45.573 (p. 297)
- C.E., 13 décembre 1889, Cadot, n°66.145 (p. 393 et s.)
- C.E., 3 février 1899, Héritiers de Joly, n°87.801 (p. 299, 349)
- C.E., 20 janvier 1921, Chambre des députés et sieur Buquet, n°57.186 et n°57.722 (p. 299)
- C.E., 30 novembre 1923, Couitéas, n°38284.48688 (p. 287, 289, 292)
- C.E., 6 juillet 1928, Dame Coursaguet, n°98.666 (p. 298)
- C.E., 26 janvier 1934, Sieur Ronsin, n°15.513 (p. 299)
- C.E., sect., 26 mai 1950, Sieur Vouters, n°2562 (p. 298 et s.)
- C.E., sect., 11 mai 1951, Consorts Baud, n°2542 (p. 277 et s.)
- C.E., sect., 18 février 1955, Buyat, n°81048 (p. 298)
- C.E., sect., 29 décembre 1955, Sabaty, n°153187 (p. 298)
- C.E., ass., 3 février 1967, Confédération générale des vignerons du Midi, n°62045 (p. 165)
- C.E., 3^e et 5^e S.S.R., 2 décembre 1983, Association scolaire P.F. Jamet, n°34046 (p. 165)
- C.E., 1^e et 4^e S.S.R., 17 février 1993, n°67890 (p. 336)
- C.E., ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence, n°136727 et n°143578 (p. 291)
- C.E., 6^e et 2^e S.S.R., 19 janvier 1996, Escriva, n°14.8631 (p. 300)
- C.E., ass., 5 décembre 1997, Mme Lambert, n°140032 (p. 383)
- C.E., ass., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale, n°163328 (p. 300, 349)
- C.E., ass., 3 décembre 1999, Didier, n° 207434 (p. 409, 411)

- C.E., 5^e et 7^e S.S.R., 29 juillet 2002, Association Radio Deux couleurs, n°221302 **(p. 411)**
- C.E., ass., 25 octobre 2002, Brouant, n°235600 **(p. 258)**
- C.E., 9^e et 10^e SSR, 28 octobre 2002, M. Laurent, n°222188 **(p. 411)**
- C.E., ass., 4 juillet 2003, Papon, n°254850 **(p. 297 et s., 307)**
- C.E., ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres, n°255886 à 255892 **(p. 366)**
- C.E., 1^e et 6^e S.S.R., 23 juin 2004, Société Laboratoire Genévrier, n°257797 **(p. 384)**
- C.E., 8^e et 3^e S.S.R., 27 février 2006, Krempff, n°257964 **(p. 386)**
- C.E., sect., 27 octobre 2006, M. Parent, n°276069, n°277198 et n°277460 **(p. 410)**
- C.E., ass., 8 février 2007, Gardedieu, n°279522 **(p. 386)**
- C.E., 1^e et 6^e S.S.R., 21 décembre 2007, Fédération de l'hospitalisation privée, n°298463 **(p. 386)**
- C.E., sect., 18 juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, n°300304 **(p. 165)**
- C.E., 1^e et 6^e S.S.R., 21 novembre 2008, Association Faste Sud Aveyron, n°293960 **(p. 165)**
- C.E., réf., 27 novembre 2008, Ministre de l'intérieur, n°322432 **(p. 290)**
- C.E., 4^e et 5^e S.S.R., 16 avril 2010, Assemblée nationale, n°32.6534 **(p. 300)**
- C.E., 1^e et 6^e S.S.R., 24 septembre 2010, Patrick Decurey, n°34.1685 **(p. 300, 307 et s.)**
- C.E., 7^e et 2^e S.S.R., 21 mars 2011, Syndicat des fonctionnaires du Sénat, n°345216 **(p. 300)**
- C.E., 4^e et 5^e S.S.R., 21 février 2014, M. Marc, n°359716 **(p. 248)**
- C.E., réf., 9 janvier 2014, Min. de l'intérieur contre Société Les productions de la plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala, n°374508 **(p. 291)**
- C.E., 6 février 2015, Commune de Cournon d'Auvergne, n°387726 **(p. 291)**

Avis

- C.E., 31 mars 1995, Ministre du Budget c./ SARL Auto-industrie Méric, n°164008 **(p. 409 et s.)**

- C.E., 5 décembre 1997, Ministre de l'Education nationale c./ OGEC de Saint-Sauveur-le-Vicomte, n°188530 (p. 383)
- C.E., 8 décembre 2000, Mongauze, n° 198372 (p. 255)
- C.E., 21 décembre 2000, n°365.546 (p. 139)
- C.E., 22 décembre 2009, n°383.316 (p. 105)

Décisions de cours administratives d'appel et tribunaux administratifs

- C.A.A. Paris, 4^e chambre, 7 novembre 2000, Bounebache, n°97PA01786 (p. 290)
- C.A.A. Nantes, plén., 30 juillet 2003, Association l'Arbre au milieu, n°00NT01259 (p. 348 et s.)
- C.A.A. Versailles, 2^e chambre, 21 septembre 2006, Consorts Prévot et autres, n°04VE00056 (p. 290)
- T.A. Toulouse, 23 octobre 2009, n°0602438 (p. 291)
- C.A.A. Paris, 3^e chambre, 10 mars 2011, Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France, n°10PA01353 (p. 358)
- C.A.A. Paris, plén., 18 juin 2012, Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création et Ville de Paris, n°11PA00758 et n°11PA00812 (p. 384 et s.)

Décisions de la Cour de cassation

- Cass., civ., 22 février 1956, Revers c/ Varin dit Wibot, Bull., II, 137 (p. 358)
- Cass., crim., 22 décembre 1966, n°68-92618 (p. 323)
- Cass., crim., 24 mars 1987, n°84-91330 (p. 336)
- Cass., crim., 8 novembre 1995, n°95-81.306 (p. 336)
- Cass., comm., 27 janvier 1998, n°96-10735 (p. 409)
- Cass., plén., 5 février 1999, COB c./ Oury et autres, n°07-16440 (p. 409 et s.)
- Cass., 1^e civ., 5 octobre 1999, n°96-19491 et 07-15277 (p. 409)
- Cass., plén., 22 décembre 2000, n°99-11303 et 99-11615 (p. 255)
- Cass., soc., 24 avril 2001, Association Etre enfant au Chesnay, n°00-44148 (p. 384)
- Cass., plén., 24 janvier 2003, n°01-41757 et 01-40967 (p. 380)

- Cass., plén., 23 janvier 2004, n°03-13617 (p. 373)
- Cass., civ. 1ère, 23 novembre 2004, n°02-13293 (p. 358)

Décision du Tribunal des conflits

- T.C., 7 juin 1951, Dame Noualek, n°1.316 (p. 277 et s.)

Décisions et avis du Conseil supérieur de la magistrature

Décisions

- C.S.M., formation disciplinaire, 12 décembre 1991, 20 juillet 1994, 14 décembre 1994 et 6 novembre 1996 (p. 252)

Avis

- C.S.M., avis du 15 décembre 2005 (p. 346)
- C.S.M., avis du 16 février 2006 (p. 346)

Décisions de la Cour européenne des droits de l'homme

- Cour E.D.H., ch., 16 juillet 1971, Ringeisen c./ Autriche, n°2614/65 (p. 255, 409)
- Cour E.D.H., plén., 21 février 1975, Golder c/ R.U., n°4451/70 (p. 242)
- Cour E.D.H., plén., 8 juin 1976, Engel et autres c./ Pays-Bas, n°5100/71, n°5101/71, n°5102/71, n°5354/72 et n°5370/72 (p. 400, 409)
- Cour E.D.H., plén., 23 juin 1981, Le Comte, Van Leuven et de Meyere c./ Belgique, n°6878/65 et n°7238/75 (p. 254, 410)
- Cour E.D.H., plén., 21 février 1984, Oztürk c./ Allemagne, n°8544/79 (p. 400, 409)
- Cour E.D.H., plén., 22 octobre 1984, Sramek c./ Autriche, n°8790/79 (p. 254 et s., 409)
- Cour E.D.H., plén., 29 avril 1988, Belilos c./ Suisse, n°10328/83 (p. 409)
- Cour E.D.H., plén., 22 juin 1989, Langborger c./ Suède, n°11179/84 (p. 254)
- Cour E.D.H., ch., 27 août 1991, Demicoli c./ Malte, n°13057/87 (p. 409)

- Cour E.D.H., ch., 28 octobre 1993, Imbrioscia c./ Suisse, n°13972/88 (p. 410)
- Cour E.D.H., ch., 24 février 1994, Bendenoun c./ France, n°12547/86 (p. 410)
- Cour E.D.H., ch., 24 novembre 1994, Beaumartin c./ France, n°15287/89 (p. 254)
- Cour E.D.H., ch., 9 décembre 1994, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce, n°13427/87 (p. 374 et s., 380)
- Cour E.D.H., ch., 26 septembre 1995, Diennet c./ France, n°18160/91 (p. 410)
- Cour E.D.H., ch., 19 mars 1997, Hornsby c/ Grèce, n°18357/91 (p. 285)
- Cour E.D.H., ch., 23 octobre 1997, National and Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society and the Yorkshire Building Society c/ R.-U., n° 21319/93, n°21449/93 et n°21675/93 (p. 376)
- Cour E.D.H., gde ch., 28 octobre 1999, Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ Fr., n°24846/94 et n°34165/96 à n°34173/96 (p. 381 et s.)
- Cour E.D.H., 2^e section, 28 mai 2002, Stafford c/ R.U., n°46295/99 (p. 376)
- Cour E.D.H., 1^e section, 23 juillet 2002, Janosevic c./ Suède, n°34619/97 (p. 410)
- Cour E.D.H., gde ch., 17 décembre 2002, A. c/ R.U., n°35373/97 (p. 376)
- Cour E.D.H., gde ch., 6 mai 2003, Kleyn et autres c./ Pays-Bas, n°39343/98, n°39651/98, n°43147/98 et n°46664/99 (p. 254)
- Cour E.D.H., 2^e section, 14 février 2006, Lecarpentier et autre c./ Fr., n°67847/01 (p. 386)
- Cour E.D.H., gde ch., 11 avril 2006, Cabourdin c./ Fr., n°60796/00 (p. 386)
- Cour E.D.H., 3^e section, 9 novembre 2006, Sacilor Lormines c./ France, n°65411/01 (p. 254)
- Cour E.D.H., gde ch., 23 novembre 2006, Jussila c./ Finlande, n°73053/01 (p. 410)
- Cour E.D.H., 2^e section, 9 janvier 2007, Arnolin c./ Fr., n°20127/03 (p. 386)
- Cour E.D.H., 5^e section, 10 juillet 2008, Medvedyev c./ France, n°3394/03 (p. 42)
- Cour E.D.H., gde ch., 15 octobre 2009, Micallef c./ Malte, n°17056/06 (p. 254)
- Cour E.D.H., 5^e section, 11 février 2010, Sud parisienne de construction c./ Fr., n°33704/04 (p. 385)
- Cour E.D.H., 5^e section, 25 novembre 2010, Lilly France c./ Fr., n°20429/07 (p. 386)
- Cour E.D.H., 5^e section, 4 décembre 2010, Hassan et autres c./ France, n°46695/10 et n°54588/10 (p. 42)

Décision de la Cour de Justice de l'Union européenne

- C.J.U.E., 16 décembre 1976, Rewe et Comet, n°33/76 et n°45/76 (**p. 242**)
- C.J.U.E., 9 mars 1978, Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal, n°106/77 (**p. 242**)
- C.J.U.E., 6^e chambre, 17 septembre 1998, Commission c/ Royaume de Belgique, n°C-323/96 (**p. 300**)
- C.J.U.E., plén., 12 septembre 2000, Commission c./ Fr., n°C-276/97 (**p. 38 et s.**)
- C.J.U.E., gde ch., 9 mars 2010, Comm. c/ R.F.A., n°C-518/07 (**p. 124 et 130 et s.**)

INDEX ALPHABETIQUE

A

A.A.I., 7, 31, 35, 36, 47, 93, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 248, 253, 270, 395, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 405, 406, 410, 415, 417, 418, 419

acte administratif, 31, 224, 225, 235, 237, 300, 301, 325, 368, 379, 381, 391, 394

actes parlementaires, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 309, 312, 313, 314

amnistie, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 345, 348, 362, 363, 365, 379, 409, 420

arbitraire, 15, 20, 116, 159, 161, 221, 242, 323

article 20 de la Constitution, 96, 116, 138

article 34 de la Constitution, 26, 38, 45, 76, 102, 133, 143, 152, 160, 162, 190, 192, 195, 196, 197, 199, 200, 202, 203, 206, 303, 322, 323, 326, 331, 333, 335, 456, 470, 475, 478, 504

article 37 de la Constitution, 190, 193, 195, 204, 206, 209

article 38 de la Constitution, 144, 157, 191, 196

article 41 de la Constitution, 59, 133, 137, 191, 195, 196, 204, 443

article 49 de la Constitution, 96, 107, 174, 175

article 68 de la Constitution, 35, 58, 67, 182, 183, 184, 185, 186, 188, 189, 346, 522

autonomie financière, 26, 29, 36, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 122, 127, 129, 130, 213, 231, 232

autorité administrative, 31, 59, 99, 112, 115, 118, 161, 238, 241, 254, 263, 268, 269, 270, 282, 291,

293, 302, 366, 395, 401, 407, 408, 409, 411, 415, 416, 417

Autorité administrative indépendante, 102, *Voir* A.A.I.

autorité judiciaire, 36, 37, 104, 219, 220, 232, 233, 234, 235, 236, 239, 244, 248, 250, 254, 260, 261, 262, 269, 271, 273, 280, 281, 282, 293, 330, 347, 349, 359, 409

avis, 50, 95, 97, 102, 136, 137, 140, 142, 144, 150, 152, 160, 166, 176, 191, 222, 247, 248, 257, 264, 267, 268, 269, 270, 273, 306, 342, 343, 349, 359, 366, 371, 388, 389, 413, 414

B

Blocage des prix, 76, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 204, 205, 206, 207, 208, 209

bon usage des deniers publics, 83, 85, 86, 87

C

C.E.S.E., 7, 97, 98, 103, 107

C.J.U.E., 7, 33, 121, 127, 128, 243

C.S.M., 8, 247, 248, 253, 350

chef de l'Etat, 32, 53, 62, 63, 64, 68, 75, 79, 85, 95, 96, 188, 360, *Voir* Président de la République, *Voir* Président de la République

chef du Gouvernement, 68, 85, *Voir* Premier ministre

clarté de la loi, 120, 161

cloisonnement des contentieux, 204, 205, 206

collaboration des pouvoirs, 16, 38, 133, 138, 151, 152, 156, 214, 244, 264, 286, 289, 302, 354, 425, 482

collectivité locale, 154

collectivités territoriales, 7, 33, 50, 87, 116, 151, 154, 155, 262

commissaire du Gouvernement, 123, 300

commissions d'enquête, 36, 147, 150, 175, 176, 187, 322, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 365, 420

commissions permanentes, 36, 141, 142, 144, 147, 180

conception française de la séparation des pouvoirs, 32

Conseil d'Etat, 7, 8, 75, 101, 102, 103, 104, 105, 111, 137, 140, 163, 175, 209, 219, 234, 235, 236, 242, 249, 252, 254, 261, 266, 280, 288, 289, 291, 293, 294, 299, 301, 302, 306, 309, 310, 339, 342, 370, 372, 382, 390, 395, 397, 399, 405, 407, 410, 413, 414, 419

Conseil économique, social et environnemental, 7, 36, 54, 94, 97, 98, *Voir* C.E.S.E.

Conseil supérieur de la magistrature, 8, 54, 219, 232, 244, 247, 249, *Voir* C.S.M.

contre-pouvoir, 31, 33, 441, 442

convention de la Constitution, 64

Cour de cassation, 7, 9, 102, 103, 104, 105, 111, 125, 156, 326, 327, 367, 377, 384, 393, 412, 413

Cour des comptes, 59, 70, 78, 83, 84, 85, 103, 104, 105, 111, 125, 175, 257, 258

Cour européenne des droits de l'homme, 8, 24, 36, 224, 255, 256, 287, 290, 367, 369, 377, 379, 381, 384, 386, 388, 389, 390, 400, 404, 412, 413

coutume, 63, 64, 107, 254, 352

D

dogme séparatiste, 40, 47, 49, 51, 72, 74, 79, 83, 89, 91, 93, 94, 98, 99, 100, 110, 112, 113, 114, 118, 119, 123, 129, 130, 132, 133, 135, 136, 138, 139, 142, 146, 147, 149, 151, 152, 155, 156, 157, 158, 162, 165, 166, 168, 170, 177, 179, 180, 181, 182, 183, 185, 186, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 197, 199, 200, 201, 203, 206, 207, 208, 211, 212, 213, 214, 313, 314, 315, 425

domaine de la loi, 25, 38, 45, 69, 133, 157, 159, 162, 163, 164, 190, 191, 193, 195, 196, 199, 202, 203, 204, 205

droit au juge, 243, 290, 331, 469, 494

droit au recours, 244

droits des tiers, 338, 339, 340

dualisme juridictionnel, 220, 236, 237

E

équilibre des pouvoirs, 20, 34, 36, 38, 45, 46, 86, 101, 108, 109, 133, 175, 186, 188, 197, 198, 203, 204, 208, 225, 226, 251

Etat de droit, 13, 25, 31, 158, 221, 243, 245, 272, 332, 372, 373, 405, 434, 439, 454, 463, 469, 471, 475, 486, 491, 502

évaluation, 37, 38, 80, 81, 83, 84, 101, 102, 103, 123, 124, 127, 144, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 211, 231, 256, 258, 272, 274,

Voir Fonctions de contrôle et d'évaluation

Exécutif, 26, 30, 31, 32, 35, 36, 37, 45, 47, 55, 65, 77, 94, 96, 98, 99, 103, 105, 106, 108, 111, 113, 114, 116, 121, 123, 124, 125, 132, 135, 136, 137, 138, 139, 141, 142, 143, 144, 146, 147, 149, 151, 152, 154, 155, 156, 157, 163, 164, 166, 168, 170, 174, 176, 177, 179, 180, 181, 193, 196, 198, 205, 207, 211, 213, 219, 220, 235, 247, 248, 249, 251, 257, 258, 259, 266, 267

exécution forcée d'une décision de justice, 278, 286, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 296, 315, 316

F

fait majoritaire, 19, 25, 79, 107, 109, 164, 176, 197

fonction juridictionnelle, 69, 218, 224, 239, 243, 260, 271, 324, 325, 326, 327, 330, 331, 333, 337, 340, 347, 358, 368, 378, 384, 396, 398, 402, 403, 405, 415

fonction législative, 18, 156, 157, 162, 171, 173, 196, 327, 358, 404

fonctions d'évaluation et de contrôle, 174, 175, 176, 178

G

garantie des droits, 12, 14, 25, 33, 38, 39, 99, 221, 222, 226, 227, 229, 231, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 259, 260, 264, 265, 268, 271, 274, 275, 278, 279, 283, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 294, 295, 296, 297, 305, 308, 309, 311, 312, 314, 315, 316, 324, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 338, 339, 340, 341, 344, 350, 351, 352, 353, 357, 362, 363, 366, 368, 369, 374, 375, 376, 377, 380, 381, 383, 385, 389, 390, 393, 394, 395, 396, 401, 402, 406, 407, 408, 410, 412, 415, 416, 417, 419, 422

Garde des Sceaux, 37, 248, *Voir ministre de la Justice*

Gouvernement, 32, 35, 45, 53, 58, 59, 60, 66, 68, 69, 73, 74, 75, 77, 78, 81, 83, 84, 86, 95, 96, 97, 106, 107, 108, 109, 113, 114, 115, 120, 123, 125, 132, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 147, 150, 151, 153, 154, 155, 157, 160, 169, 170, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 181, 185, 188, 191, 195, 196, 197, 202, 203, 206, 211, 240, 248, 250, 254, 257, 258

H

haut-commissaire de la République, 147, 148, 149, 150

Haute Cour, 36, 53, 55, 57, 58, 60, 61, 67, 68, 69, 89, 108, 120, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 211

I

impartialité des juridictions, 99, 221, 237, 244, 245, 246, 252, 255, 351, 402, 411, 413, 414, 415

impérieux motif d'intérêt général, 387, 388, 390

incompétence négative, 156, 157, 159, 161, 162, 163, 164, 208

incompétence positive, 143, 163, 168, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 199, 201, 204, 206, 209, 214

indépendance des juridictions, 24, 35, 226, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 243, 245, 246, 247, 249, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 273, 276, 289, 316, 368, 381, 382, 383, 384, 385, 422

information, 37, 73, 74, 82, 84, 87, 118, 136, 137, 138, 139, 142, 143, 144, 148, 172, 175, 177, 178, 179, 181, 185, 187, 253, 258, 270, 271, 342, 343, 346, 349, 350, 353, 356, 357, 399, 411

initiative des lois, 132, 141, 143, 151, 153

injonction, 116, 117, 119, 128, 135, 136, 138, 141, 142, 143, 147, 150, 152, 154, 166, 191, 261

intelligibilité et accessibilité de la loi, 120, 159, 162, 207, 209, 372

intérêt général, 38, 80, 96, 115, 118, 293, 311, 329, 332, 335, 337, 370, 371, 373, 380, 381, 384, 385, 386, 388, 389, 390, 391, 392

intérêt général suffisant, 372, 390, 392

interpellation, 180

J

justice, 12, 17, 24, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 53, 55, 56, 57, 61, 69, 70, 121, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 234, 235, 236, 243, 244, 246, 247, 249, 250, 251, 253, 254, 256, 261, 265, 274, **Voir Pouvoir juridictionnel**

L

légicentrisme, 30, 220, 232

législateur, 15, 31, 32, 36, 51, 54, 55, 56, 58, 59, 61, 64, 66, 73, 74, 76, 77, 79, 80, 81, 83, 94, 98, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 110, 111, 112, 113, 115, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 126, 132, 136, 143, 147, 148, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 168, 175, 186, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 214, 222, 235, 240, 244, 245, 247, 249, 252, 254, 256, 261, 262, 268, 269, 270, 278, 283, 289, 296, 298, 303, 304, 305, 309, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 329, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 340, 341, 353, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 372, 373, 375, 376, 377, 378, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 387, 388, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 402, 404, 408, 409, 410, 418, 420, 421

loi de validation, 24, 36, 235, 366, 368, 375, 384, 388, 390, 391, 392, **Voir Validations législatives**

M

magistrats du siège, 234, 246, 247, 249, 250, 251, 253, 261, 262

maire, 262, 264, 280, 282

maniement téléologique, 40, 383

ministre de la justice, 247, 254

motion de censure, 107, 186

N

nomination, 35, 58, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 113, 124, 125, 129, 130, 247, 249, 250, 301, 370, 375

O

ordre public, 203, 273, 280, 281, 282, 283, 284, 291, 292, 293, 294, 295

P

parlementarisme rationalisé, 179

parquet, 36, 37, 117, 118, 234, 247, 248, 250, 260, 261, 262, 263

peuple, 15, 16, 54, 94, 95, 220

polices administrative et judiciaire, 262, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 294, 295, 315, 327, 402, 406

pouvoir constituant, 19, 23, 28, 38, 39, 45, 46, 47, 49, 54, 57, 61, 95, 96, 130, 132, 151, 158, 163, 168, 172, 174, 190, 192, 196, 197, 201, 202, 203, 218, 219, 238, 252, 337, 340, 341, 393, 425, 443, 459, 477, 525

pouvoir de sanction, 99, 224

pouvoir exécutif, 278, 287, 288, 290, 291, 293, 294, 297, 307, 312, 313, 315, 316, 360, 380, 397, 400, 405

pouvoir juridictionnel, 30, 31, 32, 35, 36, 39, 40, 58, 218, 219, 220, 224, 225, 226, 229, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 239, 240, 242, 243, 244, 246, 248, 263, 264, 266, 271, 272, 274, 281, 282, 287, 288, 289, 290, 291, 293, 296, 299, 303, 306, 307, 308, 312, 313, 314, 315, 319, 324, 344, 346, 348, 349, 350, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 362, 363, 366, 368, 380, 381, 382, 385, 393, 394, 395, 396, 402, 406, 417, 419, 420, 422

pouvoir réglementaire, 24, 102, 123, 140, 141, 142, 143, 154, 157, 160, 161, 162, 163, 190, 191, 193,

195, 196, 198, 199, 202, 203, 204, 207, 208, 209, 214, 252, 337

pouvoirs publics, 26, 36, 45, 46, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 89, 122, 172, 176, 205, 213, 231, 242, 273

pragmatisme, 174, 369, 371, 378, 394, 395, 396, 399, 401, 406, 413, 416, 423

Premier ministre, 35, 56, 57, 58, 60, 61, 67, 68, 75, 76, 77, 78, 84, 95, 96, 98, 101, 103, 106, 107, 108, 112, 113, 122, 125, 132, 137, 140, 151, 152, 153, 154, 155, 179, 185, 186, 187, 191, 268, 269

Président de la République, 32, 35, 39, 46, 50, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 62, 65, 67, 68, 69, 70, 75, 76, 77, 78, 79, 82, 85, 89, 95, 96, 103, 104, 106, 107, 108, 111, 169, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 205, 208, 211, 232, 233, 248, 323, 342, 349, 359, 360

présidentialisation, 25, 78, 95

présidents des assemblées, 58, 103, 108, 117, 119, 147, 148, 149, 150, 248

Q

qualité de la loi, 120, 159, 161, 194, 201, 206, 207, 208, 209, 210

R

régime parlementaire, 19, 91, 106, 107, 109, 114, 132, 169, 214

responsabilité, 36, 49, 69, 96, 123, 171, 172, 173, 174, 176, 177, 179, 180, 181, 183, 238, 252, 254, 292, 310, 348, 351, 352, 358, 411

Révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, 30, 31, 83, 93, 97, 169, 171, 218, 219, 225, 248

révocation, 91, 92, 93, 105, 106, 108, 109, 111, 112, 113, 129

S

secret défense, 268, 271

sécurité juridique, 33, 159, 207

séparation verticale, 33, 148, 155

société, 12, 31, 34, 38, 94, 140, 222, 223, 225, 243, 250, 330, 360, 365, 366, 400

souveraineté parlementaire, 30, 66, 221, 222

substitution, 150, 263, 264

T

transparence, 31, 36, 74, 82, 85, 86, 100, 101, 104, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 149, 266, 281, 401, 408

U

Union européenne, 7, 27, 33, 46, 86

V

validation législative, 367, 368, 369, 370, 373, 376, 380, 386, 388, 389, 390

validations législatives, 24, 38, 235, 239

TABLES DES MATIERES

SOMMAIRE.....	7
REMERCIEMENTS	9
PRINCIPALES ABREVIATIONS	11
INTRODUCTION	17
I. La séparation des pouvoirs : notion, concept et définition.....	20
A. Les notions de séparation des pouvoirs	20
B. Le concept de séparation des pouvoirs	24
C. Définition de la séparation des pouvoirs	26
II. Objet de l'étude	27
III. Intérêt de l'étude	28
IV. Méthode de l'étude	30
A. Choix du matériau de l'étude	30
B. Traitement du matériau	32
V. Domaine de l'étude.....	35
A. Les pouvoirs.....	35
1. Les pouvoirs inclus dans le champ d'application du principe de séparation des pouvoirs.....	35
2. Les pouvoirs exclus du champ d'application du principe de séparation des pouvoirs	38
B. Les organes.....	41
VI. Problématique et plan de l'étude	42
PARTIE 1 – LE TRAITEMENT DOGMATIQUE DE LA SEPARATION ENTRE LES POUVOIRS POLITIQUES	47
TITRE 1 - LE DOGME SEPARATISTE COMME FACTEUR DE PROTECTION DE L'INDEPENDANCE ORGANIQUE DES POUVOIRS POLITIQUES.....	53
<i>Chapitre 1 – La protection de l'autonomie financière des pouvoirs publics.....</i>	<i>54</i>
Section 1 – Le champ d'application suffisamment large du principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics.....	56
§1. Un champ d'application limité aux seuls pouvoirs publics.....	56
A. La détermination a priori problématique de la notion de pouvoirs publics	57
1. L'absence de définition doctrinale univoque	57
2. L'absence de définition institutionnelle univoque	58
B. La détermination nécessairement empirique de la notion de pouvoirs publics.....	61
1. La détermination des pouvoirs publics par le Conseil constitutionnel.....	61
2. La concordance imparfaite des notions de pouvoirs publics et de pouvoirs politiques	64
§2. Un champ d'application propre à assurer l'autonomie financière des organes politiques	66
A. La confirmation du champ d'application traditionnel	66
1. L'autonomie financière constitutionnalisée du Chef de l'Etat.....	67
2. L'autonomie financière constitutionnalisée des assemblées parlementaires	69
B. L'extension du champ d'application traditionnel	71

1. La consécration de l'autonomie financière de nouveaux organes politiques.....	71
2. La consécration de l'autonomie financière du Conseil constitutionnel et de la Cour de Justice de la République.....	72
Section 2 – La portée étendue du principe de l'autonomie financière des pouvoirs publics	76
§1. Une autonomie absolue dans la définition des crédits	77
A. La liberté totale de détermination par les pouvoirs publics de leurs propres crédits.....	77
B. Une liberté bénéfique à l'indépendance des pouvoirs publics.....	79
1. Une application prévisible	79
2. Une application critiquable ?	81
§ 2. Une autonomie faiblement limitée dans l'utilisation des crédits	83
A. La constitutionnalisation de la garantie de l'autonomie dans l'utilisation des crédits	84
1. Une garantie créée par le législateur organique	84
2. Une garantie consolidée par la jurisprudence constitutionnelle	86
B. La relativité des limites à l'autonomie constitutionnelle dans l'utilisation des crédits	87
1. Les limites actuelles.....	87
2. Une limite virtuelle.....	90
114. Conclusion de Chapitre	93
Chapitre 2 – La protection de l'indépendance structurelle des pouvoirs politiques	94
Section 1 – Une indépendance garantie par la composition des organes	95
§1. Indépendance et nomination.....	96
A. L'indépendance des pouvoirs politiques assurée par la Constitution.....	97
1. Une indépendance essentiellement assurée par des dispositions constitutionnelles spécifiques	98
2. Une indépendance virtuellement assurée par le principe de la séparation des pouvoirs.....	100
B. L'indépendance des A.A.I. assurée par le Conseil grâce à l'abandon circonstanciel du dogme séparatiste.....	102
1. Le caractère spécifique de la protection de l'indépendance des A.A.I.....	103
2. Une protection efficace de l'indépendance des A.A.I.....	105
§2. Indépendance et révocation	108
A. Une indépendance indirectement assurée pour les pouvoirs politiques.....	109
1. Le régime parlementaire comme limitation de l'indépendance organique des pouvoirs politiques au stade de la révocation	109
2. Une limitation de l'indépendance neutralisée	111
B. Une indépendance directement assurée pour les A.A.I.....	113
1. Une indépendance mise en œuvre par le législateur	113
2. Une indépendance confirmée par le Conseil constitutionnel	115
Section 2 – Une autonomie garantie dans le fonctionnement des organes	117
§1. L'autonomie dans le fonctionnement des pouvoirs politiques	117
A. Une autonomie faiblement limitée	118
B. Une autonomie relativement assurée	122
§2. L'autonomie dans le fonctionnement des A.A.I.	124
A. Une autonomie conférée par le législateur	125
1. L'autonomie du collège de l'A.A.I.	125

2. L'autonomie des membres de l'A.A.I.....	127
B. Un niveau d'autonomie consacré par le Conseil	129
177. Conclusion de Chapitre	132
180. Conclusion de Titre.	133
TITRE 2 – LE DOGME SEPARATISTE COMME FACTEUR DE PROTECTION DES FONCTIONS DES POUVOIRS POLITIQUES	135
Chapitre 1 – L'application effective du dogme séparatiste à la séparation des fonctions politiques.	137
Section 1 – L'application effective du dogme séparatiste au service de la protection des fonctions de l'Exécutif.....	137
§1. L'interdiction relative des ingérences indirectes du Parlement dans les fonctions de l'Exécutif	138
A. L'admission des injonctions visant à contraindre l'Exécutif à informer le Parlement.....	138
1. La constitutionnalité des injonctions.....	139
2. Une solution compatible avec le dogme séparatiste	140
B. Le rejet des injonctions visant à contraindre l'Exécutif à consulter le Parlement	141
1. La non-conformité au principe de séparation des pouvoirs de la faculté offerte au Parlement d'émettre un avis sur un projet d'acte réglementaire.....	142
2. La non-conformité au principe de séparation des pouvoirs de la faculté offerte au Parlement d'émettre un avis sur un projet de nomination	147
§2. L'interdiction absolue des ingérences directes du Parlement dans les fonctions de l'Exécutif	149
A. La protection de l'Exécutif contre les injonctions des instances parlementaires non-législatives... ..	149
1. L'interdiction faite aux présidents des assemblées d'adresser une injonction au haut-commissaire de la République	149
2. L'interdiction faite aux commissions d'enquête d'adresser une injonction au Gouvernement .	152
B. La protection de l'Exécutif contre les injonctions des instances législatives.....	153
1. L'interdiction des injonctions législatives visant à contraindre le Premier ministre à user de son pouvoir d'initiative des lois.....	153
2. L'interdiction des injonctions législatives visant à contraindre le Premier ministre à répondre à une collectivité locale.....	156
Section 2 – L'application effective du dogme séparatiste au service de la protection de la fonction législative	158
§1. L'application du dogme séparatiste aux incompétences négatives du législateur	159
A. Le choix d'une interprétation séparatiste de la Constitution.....	159
B. L'application jurisprudentielle de l'interprétation séparatiste.....	161
§2. Une application particulière du dogme séparatiste en raison de la spécificité des incompétences négatives du législateur	164
236. Conclusion de Chapitre	168
Chapitre 2 – L'application écartée du dogme séparatiste à la séparation des fonctions politiques... ..	169
Section 1 – L'application partiellement écartée du dogme séparatiste par la Constitution.....	169
§1. La mise à l'écart du dogme séparatiste dans la stricte mesure requise par les fonctions constitutionnelles d'évaluation et de contrôle du Parlement.....	170
A. Les fonctions parlementaires d'évaluation et de contrôle comme dérogations à la conception séparatiste.....	171

1. Une distinction malaisée entre les fonctions de contrôle et d'évaluation du Parlement.....	172
2. Des fonctions dérogatoires à la séparation des pouvoirs	175
B. Le dogme séparatiste comme limite à la mise en œuvre des fonctions parlementaires d'évaluation et de contrôle	178
1. Une mise en œuvre limitée à des missions temporaires d'information	178
2. Une mise en œuvre limitée par l'interdiction de mettre en cause l'Exécutif en dehors des procédures prévues par la Constitution	180
§2. La mise à l'écart du dogme séparatiste dans la stricte mesure requise par la fonction constitutionnelle de la Haute Cour	183
A. La fonction de la Haute Cour comme dérogation à la séparation des pouvoirs	184
B. Le dogme séparatiste comme limite à la mise en œuvre de la fonction de la Haute Cour	186
1. La limitation du champ d'application des fonctions de la Haute Cour au seul Président de la République	186
2. L'encadrement des pouvoirs et de la procédure de la Haute Cour à l'égard du Président	187
Section 2 – L'application du dogme séparatiste totalement écartée par le Conseil constitutionnel	191
§1. L'exclusion délibérée du dogme séparatiste afin de neutraliser le grief d'incompétence positive du législateur.....	193
A. Le choix du rejet du dogme séparatiste	193
1. Un choix hésitant	193
2. Un choix destiné à perdurer ?	195
B. Un choix fondé sur une interprétation douteuse de la Constitution	196
1. Une lecture systémique de la Constitution	196
2. Une motivation politique du Conseil	198
§2. L'exclusion contestable du dogme séparatiste afin de neutraliser le grief d'incompétence positive du législateur.....	202
A. La possibilité d'une autre lecture de la Constitution conforme au dogme séparatiste	202
1. La possibilité d'une interprétation stricte de la répartition des compétences opérée par la Constitution.....	202
2. Les avantages de cette interprétation	205
B. L'argument de la qualité de la loi.....	208
1. La qualité de la loi au secours de la jurisprudence Blocage des prix.....	208
2. La qualité de la loi au secours de l'application du dogme séparatiste	209
<i>Conclusion de Chapitre.....</i>	212
<i>Conclusion de Titre.....</i>	213
<i>Conclusion de Partie.....</i>	214

PARTIE 2 - LE MANIEMENT PRAGMATIQUE DE LA SEPARATION ENTRE LES POUVOIRS POLITIQUES ET JURIDICTIONNEL..... 217

TITRE 1 – LA PROMOTION D'UNE CONCEPTION VARIABLE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS AU SERVICE DE LA GARANTIE DES DROITS	229
---	-----

<i>Chapitre 1 – L’étanchéité de la séparation des pouvoirs au service de la promotion de la garantie des droits</i>	230
Section 1 – Une étanchéité quasi absolue au service de la protection de l’indépendance du juge.....	230
§1 – Vers un fondement unique du principe d’indépendance des juridictions.....	231
A. Le recours souhaitable à l’article 16 de la Déclaration de 1789 comme fondement du principe de l’indépendance en vue de la reconnaissance implicite d’un pouvoir juridictionnel	232
1. La dualité actuelle du fondement de l’indépendance et la dualité de juridiction.....	232
2. L’évolution probable vers un fondement unique et la consécration implicite d’un pouvoir juridictionnel	236
B. Le recours souhaitable à l’article 16 de la Déclaration de 1789 comme fondement du principe d’indépendance des juridictions : la fonction juridictionnelle au confluent du principe de séparation des pouvoirs et de la garantie des droits.....	238
1. La dualité intrinsèque du principe de l’indépendance des juridictions.....	239
2. Une dualité révélatrice de la spécificité de la fonction juridictionnelle	242
§2 – L’application rigoureuse du principe d’indépendance des juridictions	245
A. La protection de l’indépendance des juges	245
1. La protection de l’indépendance du juge au stade de son recrutement.....	245
2. La protection de l’indépendance du juge dans l’exercice de ses fonctions.....	249
B. La protection de l’indépendance des juridictions.....	254
1. La problématique de la composition du tribunal indépendant	254
2. L’interdiction faite aux pouvoirs politiques de porter atteinte à l’indépendance fonctionnelle des juridictions.....	256
Section 2 – Une étanchéité relative au service de la protection des fonctions du juge.....	259
§1. L’interdiction quasi-absolue de l’intervention des pouvoirs politiques dans les fonctions juridictionnelles.....	259
A. L’interdiction pour un organe non-juridictionnel de se substituer au juge.....	259
B. L’admission d’une faculté de proposition au juge.....	262
§2. L’interdiction générale d’une limitation des fonctions juridictionnelles par les pouvoirs politiques ...	264
A. L’interdiction générale de la limitation du pouvoir juridictionnel durant la phase de l’instruction. 265	
1. La constitutionnalité partielle de la limitation des pouvoirs d’instruction au nom du secret de la défense nationale	265
2. La conciliation équilibrée des impératifs constitutionnels en présence	268
B. L’interdiction générale de la limitation du pouvoir juridictionnel dans la détermination de la solution du litige	271
<i>Conclusion de Chapitre</i>	275
<i>Chapitre 2 – La perméabilité de la séparation des pouvoirs au service de la promotion de la garantie des droits</i>	276
Section 1 – La perméabilité spontanément façonnée par le Conseil constitutionnel.....	276
§1 – La garantie des droits assurée par une dérogation à la séparation étanche entre les polices administrative et judiciaire.....	277
A. Le principe : l’étanchéité de la séparation entre polices administrative et judiciaire.....	277

B. L'exception : la perméabilité de la séparation entre polices administrative et judiciaire	281
1. Une perméabilité unilatérale	281
2. Une perméabilité dérogatoire au profit de la garantie des droits	283
§2 – La garantie des droits assurée par l'obligation pour le pouvoir exécutif de prêter son concours à l'exécution forcée des décisions de justice.....	284
A. La perméabilité de la séparation des pouvoirs en vue de garantir l'exécution des décisions de justice	285
1. Le choix nécessaire entre conception perméable et conception étanche de la séparation des pouvoirs	285
2. Le choix d'une conception perméable de la séparation des pouvoirs favorable au pouvoir juridictionnel et à la garantie des droits	286
B. Un retour exceptionnel à l'étanchéité de la séparation des pouvoirs en cas de risque d'atteinte à l'ordre public	289
1. La portée restreinte de l'exception	289
2. Une exception à l'objectif de garantie des droits ?	292
Section 2 – La perméabilité induite par la conciliation entre le principe de séparation des pouvoirs et le droit au recours	294
§1. L'obligation de concilier le principe de séparation des pouvoirs avec le droit au recours	295
A. La perméabilité progressivement admise de la séparation des pouvoirs	296
1. La séparation étanche des pouvoirs à l'origine de la tradition d'immunité juridictionnelle des actes parlementaires.....	296
2. La remise en cause de l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires	299
B. Une faible perméabilité validée par le Conseil.....	302
1. Une perméabilité jugée suffisante par le Conseil constitutionnel	302
2. Une perméabilité insuffisante pour la doctrine	303
§2. La réticence du Conseil à retenir une conception perméable de la séparation des pouvoirs au service de la garantie des droits.....	306
A. Une réticence manifeste	306
1. Une réticence manifeste au vu des motifs de la décision	306
2. Une réticence manifeste au vu du brevet de constitutionnalité décerné par la décision	308
B. Une réticence explicable	309
1. Une réticence expliquée par la configuration inédite de la potentielle atteinte au principe de séparation des pouvoirs	310
2. Une réticence traduite par un retour justifié au dogme séparatiste	311
<i>Conclusion de Chapitre</i>	313
<i>Conclusion de Titre</i>	314
TITRE 2 – L'ENDIGUEMENT DES EFFETS PRODUITS PAR LA SEPARATION DES POUVOIRS AU DETRIMENT DE LA GARANTIE DES DROITS	317
<i>Chapitre 1 – L'endiguement des restrictions à la garantie des droits impliquées par la Constitution</i> 319	
Section 1 – L'encadrement de la perméabilité constitutionnelle de la séparation des pouvoirs : le cas de l'amnistie.....	319

§1. La perméabilité de la séparation des pouvoirs impliquée par la compétence législative en matière d'amnistie	321
A. L'amnistie, un mécanisme dérogatoire à la séparation des pouvoirs.....	321
1. Une dérogation reconnue comme telle par le Conseil constitutionnel.....	321
2. Une dérogation vécue comme telle par les organes juridictionnels.....	323
B. L'amnistie, un mécanisme dommageable à la garantie des droits.....	325
1. Un mécanisme contraire à certains droits et libertés constitutionnels	325
2. Un mécanisme problématique pour la garantie des droits en général.....	327
§2. La perméabilité jugulée de la séparation des pouvoirs par l'encadrement jurisprudentiel de l'amnistie	329
A. L'encadrement du dispositif de l'amnistie.....	329
1. L'encadrement du champ d'application de l'amnistie.....	330
2. L'encadrement de l'objectif poursuivi par l'amnistie	332
B. L'encadrement des effets de l'amnistie.....	335
1. L'interdiction pour l'amnistie de porter atteinte aux droits des tiers.....	335
2. La relativisation de l'interdiction d'évoquer les faits amnistiés.....	337
Section 2 - L'encadrement de la perméabilité constitutionnelle de la séparation des pouvoirs : le cas des commissions d'enquête parlementaires	339
§1. La perméabilité de la séparation des pouvoirs impliquée par l'office des commissions d'enquête parlementaires	341
A. Les commissions d'enquête, un mécanisme potentiellement attentatoire à la séparation des pouvoirs	342
1. Une dérogation minimisée par le Conseil constitutionnel	343
2. Une dérogation vécue comme telle par les juridictions.....	345
B. Les commissions d'enquête, un mécanisme potentiellement dommageable à la garantie des droits	347
1. Une potentielle atteinte directe à la garantie des droits	348
2. Une potentielle atteinte indirecte à la garantie des droits	349
§2. La perméabilité jugulée de la séparation des pouvoirs par l'encadrement jurisprudentiel des commissions d'enquête	350
A. La consécration d'une limite à la perméabilité	350
1. Une limite instaurée par l'ordonnance du 17 novembre 1958.....	351
2. Une limite destinée à atténuer la perméabilité de la séparation des pouvoirs	352
B. Une limite à l'efficacité relative	354
1. Une efficacité relative en raison du caractère théorique de la limite.....	355
2. Une efficacité relative en raison du lien intrinsèque entre les fonctions du juge et de la commission d'enquête.....	357
<i>Conclusion de Chapitre.....</i>	<i>360</i>
<i>Chapitre 2 – L'endiguement des restrictions à la garantie des droits consenties par le Conseil constitutionnel.....</i>	<i>361</i>
Section 1 – La perméabilité de la séparation des pouvoirs et les lois de validation	363

§1. L'élaboration de la perméabilité : la constitutionnalité du recours aux lois de validation	365
A. La constitutionnalité du principe des lois de validation : une solution pragmatique	365
1. Une solution motivée par des raisons d'ordre pratique	365
2. Une solution guidée par le souci de préserver la sécurité juridique	367
B. La constitutionnalité du principe des lois de validation : une solution problématique.....	370
1. Une solution problématique pour la garantie des droits	370
2. Une solution problématique pour le principe de séparation des pouvoirs.....	373
§2. L'encadrement de la perméabilité : les conditions du recours aux lois de validation	377
A. Un encadrement initial peu contraignant.....	377
1. Le respect du principe d'indépendance des juridictions.....	377
2. La poursuite d'un motif d'intérêt général.....	380
B. Un encadrement progressivement renforcé.....	383
1. La prise en compte d'un facteur externe	383
2. La prise en compte de facteurs internes.....	387
Section 2 – La perméabilité de la séparation des pouvoirs et le pouvoir de sanction dévolu aux autorités administratives	390
§1. L'élaboration de la perméabilité : la constitutionnalité de l'octroi d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives	391
A. La constitutionnalité des sanctions administratives : une solution pragmatique.....	392
1. Une solution ancienne.....	392
2. Une solution nécessaire ?.....	394
B. La constitutionnalité des sanctions administratives : une solution problématique.....	397
1. Une solution problématique pour la garantie des droits	397
2. Une solution problématique pour la séparation des pouvoirs	398
§2. L'encadrement de la perméabilité : les conditions de l'octroi d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives	402
A. L'application des principes du droit répressif	403
1. Une solution propre à assurer la garantie des droits.....	403
2. Une solution compatible avec les standards européens.....	408
B. Le maintien d'une distinction fonctionnelle	411
1. Une distinction quant à la portée du pouvoir de sanction.....	412
2. Une distinction quant à la nature et au champ d'application du pouvoir de sanction.....	413
<i>Conclusion de Chapitre</i>	416
<i>Conclusion de Titre</i>	417
<i>Conclusion de Partie</i>	418
CONCLUSION GENERALE	421
BIBLIOGRAPHIE	429
TABLE DES DECISIONS	505
INDEX ALPHABETIQUE	533
TABLES DES MATIERES	539

Notion de philosophie politique discutée voire décriée, le principe de séparation des pouvoirs n'a pas connu l'effacement irrémédiable que paraissait lui promettre l'avènement de la Constitution-garantie des droits, dû au développement de la jurisprudence constitutionnelle. En effet, la constitutionnalisation du préambule de la Constitution de 1958, qui fut à l'origine de cet avènement, a conduit simultanément à faire du principe de la séparation des pouvoirs, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789, une norme de valeur constitutionnelle dont la jurisprudence abondante du Conseil constitutionnel a défini le sens et la portée, selon deux voies nettement distinctes. Appliquée aux rapports entre les seuls pouvoirs politiques, cette jurisprudence s'ordonne autour de la défense d'un dogme séparatiste, tendant à faire prévaloir du principe de séparation une conception presque toujours étanche. Appliquée aux rapports entre d'une part les pouvoirs politiques et d'autre part, le pouvoir judiciaire, garant principal des droits et libertés, elle obéit en revanche à une démarche pragmatique consistant à faire varier l'interprétation du principe de séparation pour le mettre au service de la garantie des droits ou, à défaut, à juguler les effets parfois produits par ce principe au détriment des droits et libertés.

Separation of powers in the jurisprudence of the French Constitutional Council

The principle of separation of powers is a controversial notion of political philosophy. Despite its expected decline due to the development of the constitutional jurisprudence allowing the emergence of the Constitution-guarantee of rights, separation of powers is still a key concept. Indeed, now that the Declaration of 1789 and its article 16 have constitutional rank, the principle of separation of powers is a constitutional norm. Using it, the Constitutional Council has defined its meaning and scope following two very different ways. In the first place, between the political powers, the constitutional jurisprudence is based on the "separatist dogma", which most of the times leads to a strict separation. In the second place, between the political and the jurisdictional powers, the principle of separation of powers is applied in a very pragmatic way. It is to say that the Council chooses to apply a strict or flexible separation depending on the most favorable outcome for the guarantee of rights and its main guardian, the judge.

Discipline :

Droit constitutionnel.....

Mots-clés :

Séparation des pouvoirs – Pouvoirs politiques – Pouvoir judiciaire – Conseil constitutionnel – Garantie des droits

Intitulé et adresse de l'U.F.R. ou du Laboratoire :

Institut européen des droits de l'homme (IDEDH) – Faculté de droit

39 rue de l'Université

34 060 MONTPELLIER