

DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS AUX CONTRE-POUVOIRS: «L'ESPRIT» DE LA THÉORIE DE MONTESQUIEU

Fabrice HOURQUEBIE

«Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir» écrivait Montesquieu dans le chapitre IV du livre XI de *L'esprit des lois*. Cette interrogation du XVIII^{ème} siècle est en réalité d'une redoutable actualité aujourd'hui. Car la démocratie pluraliste post-moderne a revigoré la théorie de Montesquieu et a replacé la garantie des libertés par le gouvernement modéré au centre des aspirations du constitutionnalisme contemporain. À la seule différence que les «puissances» de Montesquieu sont remplacées par les contre-pouvoirs.

Contre-pouvoir: une notion doctrinale qui au pire effraie, au mieux est ignorée. Malgré tout, la sémantique du contre-pouvoir est une référence fréquente et montante dans l'analyse politique et constitutionnelle.

Elle est comme un réflexe culturel, donc banal. La difficulté de cette sémantique inflationniste est dans la perte de sens qu'elle entraîne. Il y a, en tout cas, quelque chose de dérangeant dans le constat de l'usage systématique de la sémantique des contre-pouvoirs, et la relative imprécision, voire ambiguïté du concept qu'elle entraîne.

Pourtant, la signification du contre-pouvoir n'est pas nouvelle; elle doit même être recherchée dans «l'Esprit des Lois».

D'emblée, trois mots clefs apparaissent dans le vocabulaire conceptuel de Montesquieu: séparation, équilibre, modération. Bien sûr, dans sa théorie, le mot de contre-pouvoir n'est pas prononcé mais l'idée y figure bel et bien! Car la notion de contre-pouvoir ne traduit pas autre chose que les interactions réciproques à l'intérieur d'un système concurrentiel.

L'esprit des contre-pouvoirs repose avant tout sur le pluralisme politique et donc renvoie aux mots-clefs de Montesquieu. Rappelons que pour le châtelain de la Brède, seule une concurrence équilibrée entre les pouvoirs, capables de mobiliser une «faculté de statuer ou d'empêcher» permet la garantie structurelle du «gouvernement modéré».

Or, à quoi sert le contre-pouvoir si ce n'est, dans un système de concurrence des pouvoirs, à confronter chacun des pouvoirs entre eux en vue de les modérer et de les freiner?

La problématique des contre-pouvoirs est donc la transposition moderne, dans un sens plus complexe, de la séparation des pouvoirs de Montesquieu¹. Cette définition, on le voit, est bien déjà présente chez Montesquieu, et ne demande qu'à être reformulée avec les outils actuels de la démocratie constitutionnelle.

La redécouverte de «l'Esprit des lois» passe donc par la découverte des pluralismes et des contre-pouvoirs, dont l'existence (I) révélera la diversité de la consistance (II).

I. L'existence des contre-pouvoirs

Des contre-pouvoirs induits par la Séparation des pouvoirs

Dans la démocratie constitutionnelle et continue, tout pouvoir appelle un contre-pouvoir chargé de le contrôler en vue de le modérer.

¹ P. AVRIL, «Les contre-pouvoirs institutionnels», *Projet*, n° 150, 1980, p. 1190.

Cette analyse dynamique des contre-pouvoirs montre, d'une part, que le contre-pouvoir s'identifie avant tout par la fonction de modération qu'il remplit dans le système (A).

Et, d'autre part, que pouvoir et contre-pouvoirs ont des identités pour partie interchangeables (B).

A. Une fonction de modération

Si le contre-pouvoir se définit plus par sa fonction que son statut, il convient de s'interroger sur son rôle dans la démocratie pluraliste, considérée comme un système global de contre-pouvoirs.

L'essentiel, alors, pour le contre-pouvoir est la fonction qu'il remplit dans ce schéma concurrentiel (1) et la manière dont il la met en œuvre (2).

1. Cette fonction est la fonction oppositionnelle par excellence; celle incarnée par le législatif face au monarque pour Montesquieu. Ainsi, l'idée motrice du contre-pouvoir est celle du «containement». Et la problématique de la fonction du contre-pouvoir devient, avant tout, celle de l'endiguement des pouvoirs rivaux dans leurs limites légales et légitimes. Contrebalancer le pouvoir concurrent doit passer par une action compensatrice, en vue de le neutraliser.

La dialectique de la résistance au pouvoir implique une contre-manifestation en vue de l'empêcher ou de le diminuer. Qu'on se rappelle le fameux mot de Montesquieu: «Il faut que par la puissance des choses, le pouvoir arrête le pouvoir!» Le contre-pouvoir, en réaction à l'excroissance du pouvoir opposé, remplit donc la fonction de pouvoir compensateur. L'immédiateté fonctionnelle du contre-pouvoir est alors bien de contenir, freiner, c'est-à-dire réguler les pouvoirs concurrents. Finalement n'est-ce pas aussi l'objectif de la séparation des pouvoirs à travers la garantie d'un «gouvernement modéré»?

2. Sous cet angle, la mission du contre-pouvoir est double. Le contre-pouvoir a d'abord une fonction immédiate et conjoncturelle, celle de contrôler et sanctionner les excès du «pouvoir d'en face».

Mais il a aussi une fonction plus globale et structurelle, celle de garantir un équilibre général du système par des réajustements spontanés ou provoqués entre les pouvoirs.

La première fonction du contre-pouvoir découle du fait que tout pouvoir est potentiellement dominant. Montesquieu affirmait déjà que tout homme qui a du pouvoir est tenté d'en abuser. Ainsi, la crédibilité dudit pouvoir ne réside pas tant dans la mobilisation de ses compétences, que dans sa capacité à respecter les limites de sa compétence, sous le contrôle d'un pouvoir surveillant.

Ainsi dans un duopole de pouvoirs, chacun d'eux, dans son activité, doit se confronter à un contre-pouvoir qui va le modérer et le freiner. La règle est immuable: la majorité face à l'opposition; la chambre basse face à la chambre haute; le législateur face au Conseil constitutionnel.... Selon la nature du pouvoir à modérer, l'idée du contrôle est principale et formelle (le Conseil constitutionnel); parfois elle est seconde implicite (le Sénat). Mais dans tous les cas, l'idée de régulation est induite par la notion.

Et là encore, «l'esprit» de Montesquieu n'est pas bien loin. Car cette mission régulatrice ne peut s'exercer que de deux manières.

Ou bien, le contre-pouvoir mobilise sa «*faculté d'empêcher*»²: le contrôle devient un freinage, au besoin par la sanction³.

² «J'appelle faculté de statuer, le droit d'ordonner par soi-même, ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre. J'appelle faculté d'empêcher, le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre», MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI, *De la Constitution d'Angleterre*, op. cit., p. 334.

Ou bien, le contre-pouvoir use de sa «*faculté de statuer*»: le contrôle confine alors à une faculté de proposition, de participation ou de délibération.

Par conséquent, la seconde fonction du contre-pouvoir, davantage structurelle et systémique, doit permettre l'équilibre permanent des pouvoirs dans la démocratie pluraliste.

Pour se stabiliser dans la durée le système génère ses propres adaptations et corrections au gré des rapports de force. Le contre-pouvoir remplit donc une fonction d'adaptation constante, de modération permanente par le contrôle structurel de la frontière des compétences des autres pouvoirs.

En ce sens, on peut théoriser le système libéral-démocratique comme un espace d'articulation des contre-pouvoirs, une chaîne infinie des contre-pouvoirs, dans laquelle chaque pouvoir est en même temps le contre-pouvoir de son vis-à-vis; ce qui pose la question de la réversibilité des identités du pouvoir et du contre-pouvoir.

B. Des identités réversibles

L'analyse fonctionnelle des contre-pouvoirs fait apparaître que pouvoir et contre-pouvoir sont réversibles; ils sont les deux faces d'un même «Janus constitutionnel»⁴. Ce qui se traduit tant à travers leur légitimité (1) que leur efficacité (2).

1. – En premier lieu, la légitimité du contre-pouvoir est le minimum de légitimité exigible de tout pouvoir. Dans le cadre de cette logique des légitimités comparables⁵, chaque pouvoir partage son champ avec le contre-pouvoir qui, à son tour, nécessite un endiguement par un autre contre-pouvoir etc.... L'ensemble joue au bénéfice du système de gouvernement modéré, comme l'aurait dit Montesquieu. Les contre-pouvoirs y sont donc par essence ambivalents.

Il faut alors penser que la théorie des contre-pouvoirs se confond pour partie et tout simplement avec la théorie du pouvoir démocratique pluraliste: le pouvoir d'aujourd'hui est peut-être simplement le contre-pouvoir de demain. L'équilibre global du système est donc à ce prix de flexibilité.

Ainsi, dans le sens de la modération politique des divers pouvoirs, tout pouvoir appelle un contre-pouvoir et réciproquement.

Reste que si tout pouvoir est nécessairement un contre-pouvoir, tout est contre-pouvoir de tout et donc de rien! «Tout gêneur n'est pas contre-pouvoir»⁶ aurait pu écrire Montesquieu! Il existe effectivement une limite à la réversibilité théorique des identités. Et cette limite tient au rôle structural du contre-pouvoir.

Certaines institutions sont ainsi davantage spécialisées et «calées» dans la fonction de contre-pouvoir. Tel est le cas du juge qui, par essence, exerce une fonction de contrôle et de sanction. C'est encore le cas de l'opposition parlementaire, qui, même si elle a vocation à devenir majorité, fonctionne avant tout sur le mode du freinage et de l'empêchement.

Donc si la théorie des contre-pouvoirs postule que tout pouvoir réel est un contre-pouvoir potentiel, la réalité montre que certains contre-pouvoirs sont, à titre exclusif, installés dans une fonction d'empêchement. Ce qui est la condition de leur efficacité.

³ Le juge constitutionnel, législateur négatif à travers ses réserves d'interprétation ou la sanction d'une inconstitutionnalité semble être un bon exemple.

⁴ A. HOLLEAUX, «Les pouvoirs multiples dans le Pouvoir», *Revue de droit prospectif*, n° 5, 1978, p. 39.

⁵ S. MILACIC, «Le contre-pouvoir, cet inconnu», *Mélanges Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2005, p. 681.

⁶ Slobodan MILACIC, «Le contre-pouvoir, cet inconnu», *art. cit.*, p. 682.

2. – En second lieu, un contre-pouvoir ne peut apparaître comme tel que s'il est doté d'une «force de frappe» adéquate; il ne peut servir de modèle oppositionnel crédible que s'il est efficace. L'efficacité est partie prenante de la définition fonctionnelle. Car rien ne sert de «contrer» si ce n'est pas pour obtenir d'effet mesurable!

La force d'empêchement ou d'action du contre-pouvoir doit donc se traduire par une conséquence juridique ou politique sur le pouvoir qui est modéré et, plus généralement, sur l'équilibre global du système de pouvoirs. Au risque d'être relégué au rang de «contre-pouvoir platonique» ou virtuel plus que réel⁷!

Ainsi, un juge constitutionnel dont les décisions ne s'imposeraient pas obligatoirement à l'égard de tous et de manière absolue n'aurait de contre-pouvoir que le nom mais pas la fonction. Son efficacité sur le terrain devient ainsi le baromètre de sa légitimité fonctionnelle, comme en général en démocratie, où l'efficacité nourrit la légitimité et inversement.

Modération, réversibilité, légitimité, efficacité... Voilà des notions déjà implicitement contenues dans la théorie de Montesquieu et potentialisées par la logique néolibérale qui permet d'identifier, avec plus de facilité, les différents contre-pouvoirs.

II. La consistance des contre-pouvoirs

Des contre-pouvoirs produits par la Séparation des pouvoirs

Les critères de définition du contre-pouvoir une fois posés, il convient d'esquisser une typologie possible qui rende compte, en amont, que le contre-pouvoir est l'expression de la différence légitime; et, en aval, qu'il incarne la fonction de limitation.

Il y a donc une complexité de la notion qui nécessite une classification adéquate et différentielle des contre-pouvoirs.

Pour ce faire, on mettra en évidence un certain nombre de traits discriminants suffisamment englobants (A) mais aussi suffisamment précis pour exclure des contre-pouvoirs le premier des pouvoirs en démocratie, le peuple souverain (B).

A. La différenciation entre les contre-pouvoirs

Le politique et le juridique sont les deux déterminants de la démocratie pluraliste et de l'État de droit. Ces deux paramètres s'articulent plus qu'ils ne s'excluent en réalité. L'idée d'une combinatoire faisant tantôt primer le politique, c'est-à-dire l'élection et le vote, ou tantôt le juridique, c'est-à-dire la norme et le juge, peut ici être reprise pour esquisser une typologie des contre-pouvoirs en démocratie.

Ainsi, pourra-t-on distinguer des contre-pouvoirs primordialement juridiques (1) et des contre-pouvoirs primordialement politiques (2). Le point commun entre les deux étant que le contre-pouvoir doit être au minimum institutionnel et au mieux institutionnalisé⁸, sans quoi il ne peut bénéficier du statut et de la légitimité d'un véritable pouvoir.

1. Concernant d'abord, les contre-pouvoirs juridico-politiques.

D'abord, leur objet est primordialement juridique. Appartiennent ainsi à cette catégorie le pouvoir juridictionnel, les chambres hautes ou le Gouvernement en régime parlementaire.

Ensuite, en considération cette fois de la fonction de ces contre-pouvoirs, le critère de la vocation (de la finalité) peut permettre une autre distinction. Et on touche ici aux limites de la réversibilité pouvoir / contre-pouvoir.

⁷ «Un contre-pouvoir platonique, essentiellement virtuel, ne suffit pas à légitimer le concept», in Slobodan MILACIC, «Le contre-pouvoir, cet inconnu», *art. cit.*, p. 683.

⁸ Ce qui distingue le contre-pouvoir du groupe de pression, du contrepoids et de toute cette sémantique «moins aboutie».

Ainsi certains sont des contre-pouvoirs juridiques par essence; ils sont naturellement et structurellement des contre-pouvoirs sur lesquels les autres acteurs constitutionnels s'appuient pour modérer les pouvoirs du système.

Tel est le cas du pouvoir judiciaire ou juridictionnel. Le juge, en effet, tend à s'affirmer dans les démocraties contemporaines, et plus timidement en France⁹ comme un pouvoir comparable aux deux autres, pour ensuite construire sa légitimité de contre-pouvoir. Alors que Montesquieu l'écartait de sa théorie, le considérant comme «simple bouche de la loi» et donc comme «pouvoir nul», le juge se comporte aujourd'hui, structurellement, comme un véritable contre-pouvoir: il modère, freine, empêche les pouvoirs, tout en participant, réécrivant ou modifiant le sens de la norme. C'est un juste réajustement de l'histoire: la séparation des pouvoirs est ternaire par principe et doit, à ce titre, impliquer le pouvoir juridictionnel.

D'autres, en revanche, répondent parfaitement à l'idée de dualité des identités et n'accèdent à la fonction de contre-pouvoir que par l'esprit et le jeu du système. Ils ne sont que des contre-pouvoirs occasionnels ou conjoncturels.

Tel est le cas du Sénat, en France,¹⁰ qui use de sa faculté d'empêcher, dans la procédure législative, surtout quand l'Assemblée nationale est politiquement opposée; ou, dans la procédure de révision de la constitution, au stade du vote en termes identiques du projet ou de la proposition de révision¹¹.

Tel est encore le cas du Gouvernement qui use de ses facultés d'empêcher et de statuer, surtout en période de cohabitation où il devient le véritable détenteur du pouvoir exécutif.

2. *Viennent, ensuite, les contre-pouvoirs politico-juridiques.* Ils sont eux aussi institutionnalisés mais leur objet est principalement politique. Il peut s'agir de l'opposition, au sens électoral et institutionnel du terme ou, plus largement, des partis politiques.

Le critère tiré de la vocation du contre-pouvoir, permet alors de classer l'opposition politique comme contre-pouvoir structurel alors que les partis politiques sont davantage des contre-pouvoirs conjoncturels.

En effet, l'opposition parlementaire est le contre-pouvoir archétypal, le contre-pouvoir structurel par excellence. Elle est la transposition moderne du binôme Pouvoir législatif/Monarque décrit par Montesquieu. Elle n'a d'autre objectif que de contrôler et gêner la majorité pour d'une part, empêcher un monopole du pouvoir majoritaire-gouvernemental, et, d'autre part, accéder à ce statut.

Les partis politiques, quant à eux, sont les acteurs essentiels de la démocratie représentative et incarnent à ce titre ce que l'on pourrait appeler le «pouvoir partisan». Mais victimes d'une crise de légitimité, à travers la défiance dont ils font l'objet, ils sont discrédités dans leur autorité et leur efficacité. Ils se trouvent du coup relégués à un simple rôle de contre-pouvoir occasionnel.

Cette analyse différentielle des contre-pouvoirs rend donc bien compte du mouvement de perpétuel rééquilibrage des pouvoirs dans la démocratie constitutionnelle. Mais elle ne concerne, par hypothèse, que les pouvoirs constitués.

⁹ Les excès des Parlements d'Ancien régime ont conduit à une véritable tradition de méfiance, voire de défiance, à l'encontre des juges, ce qui rend difficile, aujourd'hui, l'accès de la Justice au statut de véritable pouvoir et donc de contre-pouvoir à part entière, en dépit de l'intensité des débats doctrinaux à cet égard. Voir F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, Bruylant, 2004.

¹⁰ Le Sénat est un contre-pouvoir légitimé par le suffrage universel, et doté de pouvoirs réels, in Christian PONCELET, «La V^{ème} République aujourd'hui: un régime qui manque de contre-pouvoirs», *art. cit.*, pp. 99 et s. L'enjeu est de savoir si ce contre-pouvoir est plutôt structurel ou occasionnel.

¹¹ Dans les autres hypothèses, même si le Sénat remplit, selon le mythe, une fonction de tempérament de la chambre basse, il a principalement la mission technique de participer à l'élaboration et à l'amélioration des textes de lois.

Le pouvoir originaire, à l'origine de tous les pouvoirs, se trouve quant à lui dans une situation inédite puisqu'il est certainement le seul pouvoir, en démocratie, sans contre-pouvoir.

B. L'exclusion du peuple des contre-pouvoirs

On touche ici une limite de l'analyse sur la réversibilité des identités. Deux raisons semblent s'opposer à l'appréhension du peuple comme un véritable contre-pouvoir. La première résulte de son caractère souverain (1). Et la seconde du caractère constitué de la démocratie représentative (2).

1. D'abord, comment imaginer que le peuple, premier des pouvoirs, puisse à la fois être le pouvoir par lequel tous les pouvoirs existent et le contre-pouvoir aux pouvoirs constitués? Car la logique formelle du droit rend difficile l'idée que le souverain soit aussi «contre-souverain».

Ainsi, le peuple souverain, en majesté, c'est-à-dire constituant originaire, est à l'origine des pouvoirs; de tous les pouvoirs¹². Pouvoir autonome, initial et inconditionné, il n'est pas un pouvoir comme les autres, car les autres n'existent que par lui et à travers l'acte constituant qu'il établit. Il est à la source des pouvoirs avec lesquels, en aucune circonstance, il ne peut être mis à égalité. Il ne peut donc être en même temps et le délégué des pouvoirs, sur la base desquels les autres pouvoirs acquièrent leur légitimité et leurs compétences; et le contre-pouvoir qui vient précisément limiter lesdites compétences.

2. – En outre, seconde raison, la notion de contre-pouvoir est une notion de démocratie constituée alors que celle de «peuple souverain» est une notion de démocratie constituante. Alors que les contre-pouvoirs sont des pouvoirs constitués, le peuple souverain est le pouvoir constituant.

Au risque d'une «schizophrénie constitutionnelle», le constituant originaire ne peut dès lors se prêter au jeu d'une fiction qui le ferait apparaître comme un contre-pouvoir suprême dans la démocratie représentative.

Le peuple se présente donc, en réalité, comme le seul pouvoir sans contre-pouvoir.

Finalement, et on espère l'avoir montré dans ces quelques lignes, de la théorie de la séparation des pouvoirs à celle des contre-pouvoirs, «l'esprit» de Montesquieu n'est jamais bien loin...

Rezumat

Analiza democrației constituționale în termeni de puteri și contra-puteri este o nouă lectură, mai contemporană, a teoriei lui Montesquieu privind separația puterilor în stat. Noțiunea de contra-putere condensează geniul lui Montesquieu: «le pouvoir arrête le pouvoir» se înțelege azi prin ideea conform căreia, în democrație, fiecare putere trebuie să întâlnească în fața ei o contra-putere suficient de legitimă și performantă pentru a o înfrâna. Astfel, motivarea de contra-putere este înainte de toate funcțională: primul său rol este de a modera puterile prin mobilizarea unei facultăți de a statua sau a unei facultăți de a împiedica. Dar contra-puterea nu poate fi credibilă pur și simplu, ci cu condiția de a fi dotată cu o eficacitate adecvată, adică

¹² À la limite, le pouvoir constituant dérivé peut s'envisager, plus conjoncturellement comme un contre-pouvoir juridique. Même si la logique des contre-pouvoirs renvoie de manière primordiale à un rapport d'horizontalité, de «vis-à-vis», le constituant dérivé, dans une relation plus verticale, peut se présenter comme le contre-pouvoir du juge constitutionnel. En effet, seul le pouvoir constituant dérivé peut réviser la constitution pour surmonter une décision du Conseil constitutionnel. À ce titre, il mobilise bien une faculté d'empêcher pour confirmer le principe qu'en démocratie, le peuple souverain dispose bien du pouvoir du dernier mot.

perceptibilă din punct de vedere al reechilibrului puterilor. Putem spune că nu orice putere poate fi contra-putere și că noțiunea rămâne delicată în ce privește determinarea consistenței sale. Astfel, o diferențiere între contra-puteri este posibilă în sensul de a deosebi contra-puterile esențialmente juridice (puterea jurisdicțională) de cele esențialmente politice (opозиția). Criterii mai precise ne permit să facem distincția între contra-puterile structurale și cele care sunt mai conjuncturale. Până la, în mod paradoxal, a exclude din tipologia contra-puterilor prima dintre puteri: poporul.