

Montesquieu en l'an III

L'opinion la plus répandue sur la constitution de l'an III est qu'elle offre l'exemple le plus accompli d'une séparation rigide des pouvoirs. Comme l'invention du principe de séparation des pouvoirs est généralement attribuée à Montesquieu, cette opinion se présente sous deux variantes : on a appliqué à la lettre les idées de Montesquieu et l'échec de la constitution démontre l'erreur du baron de La Brède ; Montesquieu avait une conception plus souple de la séparation des pouvoirs, mais les constituants s'en sont écartés et ont donné du principe une interprétation stricte¹. Mais que Montesquieu soit entièrement ou seulement partiellement responsable, une chose est claire pour tous les commentateurs : alors que la constitution de 1793 était inspirée par Rousseau, celle de l'an III découle d'une lecture plus ou moins correcte de *L'Esprit des lois*². Les conventionnels auraient appliqué le principe de la séparation des pouvoirs de la manière la plus rigide et poussé la logique jusqu'à l'absurde³. Le résultat ne se serait pas fait

1. «Puisque la règle de séparation des pouvoirs est une bonne règle, on ne saurait, a-t-on pensé, l'appliquer avec trop de rigueur. Plus les pouvoirs seront séparés, meilleures seront les constitutions. On est arrivé ainsi à établir au lieu de pouvoirs séparés, collaborant à l'œuvre commune du bien de l'État, des pouvoirs isolés, fonctionnant sans harmonie entre eux et dont l'action engendre nécessairement l'anarchie. Ce fut l'erreur fondamentale des constitutions de 1791 et de l'an III» (J. Barthélemy & P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2^e édit., 1933, p.142). Les auteurs insistent : « Cette tendance à l'isolement des pouvoirs se manifeste au maximum dans la constitution directoriale du 5 Fructidor An III» (*ibid.*, p.146).

2. Abrégé ci-après en *EL*.

3. «Les constituants continuent à présenter l'unité comme une nécessité politique qui doit justifier tout l'édifice. Mais dans la réalité, les notions d'indépendance et de sépara-

attendre: faute de mécanismes de collaboration organisée, l'opposition entre les pouvoirs se traduit nécessairement par une succession de coups de force, qui aboutira au 18 brumaire⁴. Bref, si 93, c'était la faute à Rousseau, l'an III, c'est la faute à Montesquieu.

Cette thèse, présentée ici de manière à peine caricaturale, semble trouver un certain nombre de justifications.

La première est le texte de la *Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen*, qui proclame

La garantie sociale ne peut exister si la division des pouvoirs n'est pas établie, si leurs limites ne sont pas fixées, et si la responsabilité des fonctionnaires publics n'est pas assurée⁵.

Les autres justifications tiennent à l'organisation des pouvoirs. La constitution de l'an III institue un corps législatif (formé de deux Conseils) et confie le pouvoir exécutif à un Directoire de cinq membres, qui nomme et révoque les ministres. Ces autorités sont spécialisées, puisque le corps législatif ne peut se mêler d'exécution et que le Directoire ne dispose pas d'un droit de veto, ni même du droit de préparer des projets de lois. Elles

tion des pouvoirs, chères à Montesquieu, ont bel et bien remplacé l'inspiration rousseauiste de la précédente constitution [...] Mais ils sont sans doute allés trop loin et trop vite dans la voie de la division des pouvoirs.» Roland Debbasch, *Le Principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Paris, Economica, 1988, p. 327. Cf. aussi Maryvonne Bonnard, «Les pratiques parlementaires sous le Directoire», dans *Revue française de droit constitutionnel*, 1990 (n° 2), p. 213 sv.

Cette thèse classique semble d'ailleurs pouvoir s'autoriser d'une tradition ancienne, puisque M^{me} de Staël, dans un livre publié pour la première fois en 1906, c'est-à-dire précisément au moment où se répandait l'idée d'une séparation excessive des pouvoirs, reprochait à la constitution de l'an III d'avoir «confondu la séparation nécessaire des fonctions avec une division des pouvoirs qui les rend forcément ennemis les uns des autres» (Germaine de Staël, *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France*, 1ère publication en 1906, Droz, 1979). Les commentateurs ne se contentent pas de ce parrainage et estiment que M^{me} de Staël reprend ici les idées de son père (H. Grange, «Necker, M^{me} de Staël et la constitution de l'an III» dans *Approches des Lumières, Mélanges offerts à Jean Fabre*, Paris, 1975).

4. A. Meynier, *Les Coups d'État du Directoire*, Paris, 1927-1928. Cette idée est reprise par de très nombreux auteurs, juristes ou historiens. Ainsi, parmi les travaux récents, Jean Tulard, *Les Révolutions. De 1789 à 1851*, Paris, Fayard, 1985 (p. 129); Donald M. G. Sutherland, *Révolution et contre-révolution en France (1789-1815)*, trad. fr., Paris, Seuil, 1991 (p. 305 sv.). Certains admettent cependant que l'essentiel est ailleurs. Ainsi Bronislaw Baczko: «[La constitution] pense l'espace politique tout au plus en termes d'harmonie des pouvoirs et d'exercice de la souveraineté; elle n'arrive ni à le penser ni à l'imaginer comme nécessairement divisé en tendances politiques opposées, donc nécessairement conflictuel et contradictoire. En ce sens, la constitution de l'an III restait prisonnière de la mythologie révolutionnaire de la nation une et de la vie politique comme expression de cette unité.» (art. «Thermidoriens», dans François Furet et Mona Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988).

5. Article 22 de la Déclaration des droits.

sont aussi indépendantes car le Directoire n'est pas politiquement responsable devant les Conseils et que, réciproquement, il ne peut les dissoudre. L'isolement paraît même poussé jusqu'à la caricature, puisque le Directoire et les Conseils ne communiquent que par des messagers d'État. Dans d'autres systèmes, les conflits peuvent être soumis à l'arbitrage d'un chef d'État ou à celui du corps électoral. Ici, une telle issue est fermée et les autorités n'ont pour seul recours que la force. D'ailleurs, il suffit de considérer l'histoire du régime pour vérifier cette thèse : au cours de ses quatre années d'existence, il connaît un coup d'État par an et se termine par celui du 18 brumaire.

En réalité, cette thèse se trouve entachée de plusieurs erreurs. Tout d'abord Montesquieu n'a ni découvert, ni préconisé la séparation des pouvoirs au sens où l'entendent les juristes contemporains, mais les constituants de l'an III n'ont nullement déformé sa pensée sur ce point, car ils n'ont pas davantage réalisé cette séparation. En revanche, s'ils ont adopté la conception que l'auteur de *L'Esprit des lois* avait de la constitution, ils ne l'ont pas suivie dans l'organisation de cette constitution.

L'absence de séparation des pouvoirs au sens classique

L'absence de séparation des pouvoirs chez Montesquieu

Que Montesquieu n'ait pas préconisé la séparation des pouvoirs a été démontré avec assez de clarté par Charles Eisenmann pour qu'on se borne à résumer ses principaux arguments⁶.

Selon la théorie classique de la séparation des pouvoirs, telle qu'elle est enseignée dans les ouvrages de droit constitutionnel du XXe siècle, il importe, pour préserver la liberté, de créer des autorités a) spécialisées dans l'exercice des trois grandes fonctions de l'État, législative, exécutive, juridictionnelle, b) indépendantes, c) de telle manière qu'elles puissent se faire équilibre et se contenir mutuellement si l'une d'elles s'avisait de devenir despotique.

Il faut remarquer avant tout que, si Montesquieu avait réellement préconisé des autorités spécialisées et indépendantes et s'il avait espéré réaliser

6. Notamment dans Ch. Eisenmann, « *L'Esprit des lois* et la séparation des pouvoirs », dans *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, p. 190 sv. Voir M. Troper, « Charles Eisenmann contre le mythe de la séparation des pouvoirs », dans *Publications du Centre de théorie politique de l'Université de Reims* Bruxelles, Ousia, 1985, et « Montesquieu et le système politique d'aujourd'hui », publié dans le *Bulletin de la Société Montesquieu*, n° 2, 1990.

par ce moyen un quelconque équilibre des pouvoirs, il aurait commis une très lourde erreur. Comme l'a établi Carré de Malberg, un tel équilibre ne se concevrait que si les fonctions respectivement exercées par les trois groupes d'autorités étaient de nature à conférer à ceux qui les exercent une puissance équivalente. Or, il n'en est rien. Bien loin d'être équivalentes, les trois fonctions sont hiérarchisées. Il ne saurait évidemment exister aucune équivalence entre l'édiction de règles, en quoi consiste la fonction législative, et l'exécution ou l'application de ces règles, car la première fonction est par nature supérieure aux deux autres. Montesquieu, comme tous les auteurs du XVIII^e siècle, était parfaitement conscient de cette hiérarchie, qui n'est que l'expression de l'idéal de liberté politique, un système dans lequel chacun n'est soumis qu'aux lois et non aux hommes et le nom même de « fonction exécutive » découle bien de cette conception. Quant à la fonction juridictionnelle, elle consiste, elle aussi, à appliquer la loi à un litige. C'est la raison pour laquelle Montesquieu pouvait dire que cette fonction était « en quelque sorte nulle ». On peut bien, dans ces conditions, spécialiser les autorités et même les rendre indépendantes, elles n'en seront pas pour autant égales et capables de s'arrêter les unes les autres. Bien au contraire, la hiérarchie des organes suivra la hiérarchie des fonctions et l'autorité législative dominera les autres.

La théorie qui préconise de réaliser un équilibre entre les pouvoirs au moyen de la spécialisation des autorités est donc simplement absurde. Mais Montesquieu n'a nullement soutenu une telle théorie et il suffit d'examiner, même rapidement, la constitution d'Angleterre, telle qu'elle est décrite dans le chapitre VI du Livre XI, pour constater que les autorités n'y sont ni spécialisées ni indépendantes.

Elles ne sont pas spécialisées car le roi, qui exerce le pouvoir exécutif participe par son droit de veto à la fonction législative. D'un autre côté, la chambre des Lords n'est pas seulement un organe législatif, mais aussi une autorité judiciaire.

Elles ne sont pas indépendantes, puisque la chambre des Communes peut accuser les ministres, que le roi possède le droit de dissolution de la chambre des communes et qu'il peut nommer des pairs.

Faut-il alors penser que les constituants de l'an III ont mal compris et Montesquieu et le principe de la séparation des pouvoirs et qu'ils en ont fait une application dogmatique et rigide? Pas davantage.

L'absence de séparation des pouvoirs en l'an III

Pas plus que la constitution d'Angleterre en effet, la constitution de l'an III n'institue des autorités spécialisées et indépendantes.

Pour ce qui concerne l'indépendance, on souligne habituellement et à juste titre l'absence de la responsabilité politique, c'est-à-dire du droit pour une assemblée de contraindre à la démission les membres du pouvoir exécutif, et l'absence au profit du pouvoir exécutif d'un droit de dissolution. Toutefois, il faut observer que le principe d'indépendance implique aussi que les membres d'une autorité ne soient pas nommés par les membres d'une autre. Or, les membres du Directoire sont nommés par les Conseils. Comme le reconnaît Deslandres, l'un des principaux spécialistes de l'histoire constitutionnelle française, « c'est une très grave atteinte à la séparation des pouvoirs [et les Conventionnels] ont méconnu l'un des axiomes de leur Déclaration »⁷.

Deuxième exception à la règle d'indépendance, la responsabilité pénale. Cette responsabilité pénale, du point de vue de la doctrine traditionnelle, n'est pas considérée comme une exception à la séparation des pouvoirs, mais au contraire comme déduite de ce principe. Les auteurs estiment en effet qu'il y aurait eu une exception si l'on avait institué une responsabilité politique, c'est-à-dire un droit de révocation des agents du pouvoir exécutif par l'autorité législative. Qu'on se soit abstenu de le faire et que l'on ait organisé une responsabilité « seulement » pénale prouverait à l'évidence qu'on a entendu appliquer le principe dans toute sa rigueur.

Cependant, la distinction entre responsabilité pénale et responsabilité politique n'est pas aussi grande qu'on le dit. Ce sont en effet les mêmes actes des membres du pouvoir exécutif qui peuvent entraîner soit la révocation, soit l'accusation. La différence porte en réalité sur la sanction et sur la procédure. Dans un cas, la sanction est la révocation, dans l'autre une peine. Dans un cas la procédure comporte un acte d'accusation, puis un jugement, dans l'autre un simple vote. Mais, si les actes dont les agents du pouvoir exécutif sont responsables, si une assemblée peut, par un simple vote, adopter un acte d'accusation et si l'accusation emporte suspension des fonctions, la responsabilité pénale ressemble fort à la responsabilité politique. C'est d'ailleurs ainsi qu'elle s'est développée en Angleterre. Or, en l'an III, le corps législatif dispose bien d'un pouvoir discrétionnaire d'accusation : les règles relatives à la responsabilité des membres du corps législa-

7. Maurice Deslandres, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Paris, 3 vol., 1933, p. 306.

tif sont applicables aux Directeurs: ils peuvent donc, conformément à l'article 113, être accusés par le Conseil des Anciens sur proposition du Conseil des Cinq-Cents, notamment pour «manœuvres pour renverser la constitution». Il n'est évidemment prévu aucun contrôle sur l'accusation et celle-ci entraîne la suspension. Les Conseils sont ainsi à même de se débarrasser des Directeurs, alors même que l'acquittement par la Haute Cour de Justice apparaîtrait inévitable. À vrai dire, on comprend couramment par «manœuvres pour renverser la constitution» toute tentative du Directoire pour sortir de la fonction exécutive strictement entendue, c'est-à-dire pour mener une politique indépendante. Il est bien connu que c'est par l'accusation ou la simple menace d'une accusation des ministres qu'est née la responsabilité politique en Grande-Bretagne, et en France même, l'Assemblée législative en 1792 avait obtenu la démission des ministres feuillants, précisément en accusant Delessart, le ministre des affaires étrangères, et en menaçant les autres. Il faut donc admettre que les Directeurs peuvent être accusés à tout moment et suspendus en cas de désaccord politique grave, ce qui est bien la définition de la responsabilité politique. C'est d'ailleurs ainsi que le système a fonctionné puisque, à plusieurs reprises, les Directeurs, menacés d'accusation, ont présenté leur démission.

Les exceptions à la spécialisation ne sont pas moins embarrassantes pour la doctrine classique. Il faut d'abord souligner que si la règle de la spécialisation signifie qu'un pouvoir exerce la fonction législative et elle seule, tandis qu'un autre exerce la fonction exécutive et elle seule, elle présuppose que chacune des activités de l'État peut être classée dans l'une ou l'autre fonction, de manière à être attribuée à l'une ou à l'autre. Autrement dit, il n'y a pas de spécialisation si une activité est exercée en commun. Or on constate que toutes les constitutions partagent les compétences dans certains domaines entre les deux pouvoirs législatif et exécutif. Il en est ainsi dans la constitution de l'an III des relations extérieures. Le droit de conclure les traités, par exemple, est partagé entre le Directoire qui les négocie et les Conseils qui les ratifient. On ne pourrait même pas prétendre, comme on le fait parfois à propos d'autres constitutions, que le corps législatif se borne à autoriser la ratification en votant une loi et reste donc dans les limites du pouvoir législatif. La constitution de l'an III parle bien en effet de ratification et non d'autorisation de ratifier.

De la même manière les deux pouvoirs interviennent dans le contentieux des élections. C'est le commissaire du Directoire exécutif qui peut demander communication du procès-verbal de chaque séance des assemblées électorales et qui dénonce au Directoire les infractions à la constitu-

tion. Puis, le corps législatif se prononce sur la validité des opérations électorales (art. 43).

Deuxième série d'exceptions à la spécialisation : le corps législatif intervient dans la fonction exécutive de plusieurs manières : c'est lui qui détermine le nombre et les attributions des ministres (art. 150) ; lui qui peut autoriser le Directoire à déléguer ses fonctions à des agents envoyés dans les colonies (art. 156) ; c'est à lui que le Directoire est tenu de donner par écrit les renseignements et les comptes qui lui sont demandés (art. 161). D'ailleurs, lorsque La Révellière-Lépeaux sera mis en accusation, précisément pour avoir omis de donner au corps législatif les renseignements demandés, il niera les faits, mais non le fondement ou la validité de l'accusation et, à aucun moment, il ne songera à invoquer le principe de séparation des pouvoirs pour soutenir qu'il était libre de ne pas communiquer ces informations.

De même, en matière de finances, les commissaires de la Trésorerie nationale et les commissaires de la Comptabilité nationale sont élus par les Conseils.

Troisième série d'exceptions : en matière judiciaire. Tout d'abord, une exception remarquable et soulignée comme telle par Garrand et Daunou : le pouvoir du Directoire de décerner des mandats d'amener et d'arrêt en cas de complot contre la sûreté de l'État⁸.

En deuxième lieu, c'est le Conseil des Cinq-Cents qui rédige et publie la proclamation constituant la Haute Cour (art. 267), c'est lui qui rédige l'acte d'accusation, discrétionnaire comme on l'a vu (art. 271). Une fois de plus, Deslandres est tenu de reconnaître qu'il s'agit d'exceptions : « ce sont de graves atteintes à la séparation des pouvoirs ».

D'autre part, le système du référé législatif, institué par la constitution de 1791, est reconduit en l'an III (art. 254-264). Ce système oblige le Tribunal de cassation, en cas de nouveau pourvoi contre une décision rendue après une première cassation, à renvoyer l'affaire devant le corps législatif. On présume en effet que la loi est obscure et doit être interprétée, mais comme on admet que l'interprétation est une recreation de la loi, on ne saurait laisser ce pouvoir au tribunal de cassation et il faut le confier au législateur. Celui-ci fera alors une loi nouvelle, à laquelle le tribunal sera tenu de se conformer. Le corps législatif aura ainsi énoncé une loi à propos d'une affaire en litige.

Il y a donc de nombreuses exceptions à la spécialisation. Mais elle est malgré tout assurée pour l'essentiel : le Directoire ne participe en rien à

8. *Moniteur*, réimpr. t. 25, p. 511.

l'exercice de la fonction législative et, sauf pour la politique étrangère, son rôle consiste principalement dans l'exécution des lois adoptées par les Conseils. En revanche, il n'y a aucune indépendance du Directoire. Ses membres sont au contraire maintenus dans une étroite dépendance par la menace d'une accusation au cas où ils s'écarteraient de ce rôle et prétendraient mener une politique différente de celle du corps législatif.

Au total, les pouvoirs ne se font nullement équilibre. Au contraire, ils sont hiérarchisés. Cette hiérarchie résulte de la spécialisation des Conseils dans la fonction législative et du Directoire dans la fonction exécutive. Elle est renforcée et garantie par la responsabilité.

Une première conclusion peut alors être facilement énoncée : la doctrine classique voyait dans les constituants de l'an III les héritiers de Montesquieu. Cette thèse serait fautive si Montesquieu avait prôné la séparation des pouvoirs et si la constitution de l'an III ne l'avait pas réalisée. Elle serait également fautive si Montesquieu avait ignoré la séparation des pouvoirs et si la constitution de l'an III l'avait malgré tout réalisée. Mais nous ne sommes ni dans l'un, ni dans l'autre cas. Toutefois, elle peut être malgré tout en partie exacte, si la séparation des pouvoirs est absente de la constitution de l'an III comme de *L'Esprit des lois* et si le système de gouvernement mis en place par les conventionnels est fondé sur un ensemble de concepts et de thèses qui découlent en partie des idées de Montesquieu.

Les rapports entre les pouvoirs

Le système de l'an III découle en partie, mais en partie seulement, des idées de Montesquieu. Il en découle car, si Montesquieu n'a ni inventé, ni adopté la théorie absurde – et d'ailleurs bien plus tardive – selon laquelle les autorités doivent être spécialisées et indépendantes afin de se faire équilibre, il a bien formulé un principe, appelé au XVIII^e siècle «séparation des pouvoirs», qui est un principe seulement négatif, très différent de celui qui est aujourd'hui désigné sous ce nom. Mais il s'en écarte aussi, car Montesquieu a complété le principe négatif par un principe positif de répartition des compétences, la balance des pouvoirs, que les conventionnels ont expressément rejeté.

La leçon de Montesquieu : le principe négatif

Ce principe est simple. C'est celui qui est formulé dans l'une des formules célèbres du chapitre 6 du livre XI :

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.

Le principe est profondément différent de la séparation des pouvoirs, au sens contemporain. Montesquieu ne préconise pas ici un mode particulier de répartition des compétences. Il se borne à proscrire le cumul de tous les pouvoirs entre les mêmes mains. Il faut donc qu'ils soient répartis, mais peu importe de quelle manière. La spécialisation est l'un des modes de répartition possibles, mais ce n'est évidemment pas le seul et d'ailleurs ce n'est pas celui que Montesquieu recommandera.

Dire que les compétences doivent être réparties entre plusieurs, c'est dire qu'il faut une constitution. Ce principe est donc en même temps la définition d'une constitution. Tel est le sens de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁹:

Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

C'est d'ailleurs ce qui explique que cette disposition ait été adoptée sans débat et qu'elle figure dans une Déclaration des droits. Si l'expression «séparation des pouvoirs» avait désigné un principe de spécialisation et d'indépendance des autorités, ce principe aurait probablement donné lieu à une controverse, car certains députés étaient en 1789 favorables à la spécialisation, tandis que d'autres, plus nombreux, y étaient profondément hostiles. Mais s'il s'agit simplement de proclamer qu'il faut une constitution ou une répartition des pouvoirs entre plusieurs autorités, de telle manière qu'un seul ne les réunisse tous entre ses mains, ce qui serait le despotisme, alors tous seront évidemment d'accord et il n'y a aucune raison de débattre. Du reste, si la formule avait véritablement désigné la spécialisation, on ne comprendrait pas pourquoi elle aurait été formulée dans une Déclaration des droits. On ne peut tout de même pas estimer qu'il existe un droit naturel de l'homme à vivre sous un gouvernement dans lequel les autorités seraient spécialisées et indépendantes et que ce droit serait bafoué dès lors que le chef du pouvoir exécutif disposerait d'un veto ou de la faculté de dissoudre la chambre. Par contre, si elle signifie qu'une même autorité ne doit pas réunir tous les pouvoirs entre ses mains, alors on peut bien considérer qu'il existe un tel droit naturel, parce que, comme l'avait dit Montesquieu, ce droit naturel n'est rien d'autre que le droit à la liberté et que celle-ci serait détruite en cas de cumul.

9. Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 263.

Le principe fait donc l'unanimité à l'Assemblée nationale de 1789. Le seul système auquel il s'oppose est en effet le despotisme. C'est pourquoi la très grande majorité des écrivains des Lumières y étaient également favorables et que l'on trouve des formules semblables chez Locke et même chez Rousseau¹⁰.

On n'est donc pas surpris de retrouver les mêmes idées en l'an III. L'article 22 de la Déclaration des droits de l'an III est analogue à l'article 16 de 1789, mais aussi à certains textes des robespierristes. C'est ainsi que Robespierre lui-même déclarait en 1792 :

Je ne vois dans cette confusion de tous les pouvoirs [au profit d'une assemblée] que le plus insupportable de tous les despotismes. Que le despotisme ait une seule tête ou qu'il en ait sept cents, c'est toujours le despotisme. Je ne connais rien d'aussi effrayant que l'idée d'un pouvoir illimité remis à une Assemblée nombreuse qui est au-dessus des lois, fût-elle une Assemblée de sages¹¹.

À la Convention de 1795, Baudouin, au nom de la commission des Onze, reprend la même définition : « une constitution n'étant que la division des pouvoirs »¹². Cette définition était en réalité un lieu commun de la pensée constitutionnelle et Sieyès, dont l'influence sur les conventionnels était grande, l'avait formulée dès 1789 : « Tel est le vrai sens du mot constitution : il est relatif à l'ensemble et à la séparation des pouvoirs publics »¹³.

Quant au principe négatif, il devait être exprimé dans le rapport de Boissy d'Anglas, comme une figure obligée :

Quelle que soit la forme du gouvernement, le soin le plus important de ceux appelés à l'organiser doit être d'empêcher les dépositaires de tous les genres d'autorités d'établir une puissance oppressive. Pour y parvenir avec certitude, il faut combiner l'organisation des pouvoirs de manière qu'ils ne soient jamais rassemblés dans les mêmes mains. Partout où ils se trouvent réunis, partout où ils sont confondus, il n'existe plus de liberté, il n'y a plus que le despotisme¹⁴.

La raison de ce consentement général à la séparation des pouvoirs doit être précisée. La séparation des pouvoirs, a-t-on dit, permet de préserver la liberté. Mais de quelle façon ?

10. Locke : « ce serait provoquer une tentation trop forte pour la fragilité humaine, sujette à l'ambition, que de confier à ceux-là mêmes qui ont déjà le pouvoir de faire les lois, celui de les faire exécuter » (*Essai sur le pouvoir civil*, chap.XIII) ; Rousseau : « il n'est pas bon que celui qui fait les lois les exécute, ni que le corps du peuple détourne son attention des vues générales pour la donner aux objets particuliers » (*Du contrat social*, l. XI, chap.IV).

11. Discours à la société des Amis de la constitution, 29 juillet 1792, *Œuvres*, t. 8, p. 411. Voir Michel Troper, *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973, p. 182 sv.

12. 1^{er} fructidor, *Moniteur*, réimpr. t. 25, p. 526.

13. *Préliminaire de la Constitution française; reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, 1789, p. 34-35.

14. *Moniteur*, réimpr. t. 25, p. 99.

Il faut remarquer avant tout que c'est seulement la liberté *politique* que la séparation des pouvoirs doit garantir. La liberté politique se distingue de la liberté civile (*EL*, XI, 1). A vrai dire, Montesquieu emploie plutôt les expressions «liberté politique dans son rapport avec la constitution» et «liberté politique dans son rapport avec le citoyen», mais *liberté politique* et *liberté civile* sont couramment utilisés comme synonymes sous la Révolution et Montesquieu lui-même souligne que la «liberté politique dans son rapport avec le citoyen» peut être favorisée par «certaines lois civiles» (*EL*, XII, 1).

La «liberté politique dans son rapport avec la constitution» ou «liberté politique» tout court est définie par Montesquieu à plusieurs reprises – mais la définition est reprise par de nombreux autres auteurs – comme la soumission exclusive aux lois (*EL*, XI, 3). La liberté de l'homme dans la nature dépend de la stabilité des lois physiques, parce que s'il connaît ces lois, il peut prévoir les conséquences de ses actions. De même, sa liberté dans la société dépend de la stabilité des lois positives. Si par conséquent, au moment d'être appliquée, la loi peut être modifiée par l'autorité d'exécution, le citoyen ne pourra jamais savoir si l'action qu'il entreprend est permise ou interdite. Comme l'écrira Beccaria, «Chaque citoyen doit pouvoir faire tout ce qui n'est pas contraire aux lois, sans redouter d'autre inconvénient que celui qui peut résulter de l'acte lui-même»¹⁵. La liberté politique, qu'on appelle aujourd'hui simplement «sécurité juridique», n'est donc préservée que s'il existe une autorité exécutive distincte de l'autorité législative, si elle ne dispose pas aussi du pouvoir législatif et si l'autorité législative ne peut prendre part à l'exécution. C'est donc la séparation des pouvoirs, qui garantit la liberté politique, car si les pouvoirs sont bien séparés, en obéissant à un commandement quelconque, on obéira toujours directement ou indirectement à la loi. Au contraire, dans un système de confusion des pouvoirs, autrement dit un système despotique ou encore dans un système sans constitution, il n'y a pas de liberté politique, parce que la loi peut être refaite à tout moment et qu'on n'est jamais soumis qu'aux caprices des gouvernants.

Quant à la «liberté politique dans son rapport avec le citoyen», elle consiste «dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté» (*EL*, XII, 2) et elle résulte des lois pénales et de la procédure pénale. C'est donc avant tout le droit de ne pas être arrêté et détenu arbitrairement.

15. C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Genève, Droz (1^{ère} édit. 1764), 1965.

On comprend bien les raisons pour lesquelles ces deux libertés sont indépendantes l'une de l'autre. La liberté politique dans son rapport avec la constitution résulte uniquement de la rectitude de l'exécution, c'est-à-dire de la stricte conformité au texte de la loi des prescriptions émanant de l'autorité exécutive ou juridictionnelle. L'homme est libre dans ce sens strict, même si la loi est cruelle ou injuste, même si, par conséquent, elle ne respecte pas la liberté dans son rapport avec le citoyen. C'est pourquoi Montesquieu souligne qu'«il pourra arriver que la constitution sera libre et que le citoyen ne le sera point». À l'inverse, il peut arriver qu'une constitution n'offre aucune garantie de rectitude, mais que les lois pénales soient néanmoins respectueuses de ce qu'on appellerait aujourd'hui la liberté individuelle¹⁶. Le gouvernement monarchique, s'il est modéré, peut correspondre à cette hypothèse.

On voit bien que la liberté politique ainsi entendue ne se confond pas avec l'idéal du libéralisme contemporain. Il ne s'agit nullement de préserver une sphère privée où puisse s'épanouir l'autonomie individuelle et la séparation des pouvoirs n'a donc pas pour objet de limiter l'action de l'État, mais seulement de garantir qu'on ne sera soumis qu'à la loi, quel que soit son contenu. On voit également que ce principe négatif de la séparation des pouvoirs ne peut pas reposer sur le présupposé que les fonctions seraient égales. Au contraire, l'idée même que l'exécution doit être strictement conforme aux lois dénote une relation hiérarchique.

Les conventionnels se fondent sur la même distinction et sur les mêmes définitions, avec un léger changement de lexique. La liberté politique dans son rapport avec la constitution est appelée *liberté politique* tout court et la «liberté politique dans son rapport avec le citoyen», *liberté civile*. Pour le reste, ils se bornent le plus souvent à paraphraser Montesquieu. Ainsi, Fréron, le 21 floréal, après avoir dénoncé la confusion des pouvoirs établie dans le gouvernement révolutionnaire, déclare :

Pourquoi en Angleterre n'existe-t-il plus de liberté publique ? C'est que le pouvoir exécutif s'est emparé du législatif. Pourquoi y existe-t-il une liberté civile ? c'est que le pouvoir judiciaire y est resté indépendant¹⁷.

Quelques mois plus tard, on trouvera les mêmes définitions dans le rapport présenté par Boissy d'Anglas au nom de la commission des Onze, qui a préparé le projet de constitution :

16. La constitution de 1958 emploie cette expression dans ce sens à l'article 72 : «L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi».

17. *Moniteur*, réimpr. t. 24, p. 435.

Si la liberté politique doit essentiellement résulter de la bonne organisation des pouvoirs dont nous venons de vous entretenir, celui sur lequel repose plus particulièrement la liberté civile est le pouvoir judiciaire¹⁸.

La constitution a donc pour objet la liberté politique. Elle doit donc à la fois garantir qu'une même autorité n'exercera pas deux fonctions et organiser la rectitude de l'exécution. Mais le problème ne se pose pas tout à fait dans les mêmes termes pour l'exécution proprement dite et pour l'exécution contentieuse ou judiciaire.

Pour ce qui concerne les relations entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif, la constitution formule d'abord une interdiction expresse :

ARTICLE 47 : [le corps législatif] ne peut exercer par lui-même, ni par des délégués, le pouvoir exécutif, ni le pouvoir judiciaire.

Il n'existe pas d'interdiction semblable faite au Directoire d'exercer la fonction législative ou la fonction judiciaire. Mais elle découle assez clairement de la définition de la fonction exécutive et du régime de la responsabilité de ses membres en cas de «manœuvres pour renverser la constitution». C'est donc la responsabilité des membres du Directoire – et aussi celle des ministres et des administrateurs – qui garantit la rectitude dans l'exercice de la fonction exécutive. En cela, les conventionnels reprenaient pour l'essentiel les idées des constituants de 91 et de 93, des idées qui étaient celles de Montesquieu :

Mais si, dans un État libre, la puissance législative ne doit pas avoir le droit d'arrêter la puissance exécutive, elle a droit, et doit avoir la faculté d'examiner de quelle manière les lois qu'elle a faites ont été exécutées [...]. (*EL*, XI, 6)

Certes, à la différence de Montesquieu qui faisait peser la responsabilité sur les seuls ministres et qui laissait le roi irresponsable, la constitution de l'an III rend les directeurs responsables. Cependant, cette différence s'explique aisément. Si le roi est irresponsable en Angleterre et s'il est également irresponsable dans la constitution française de 1791, c'est seulement parce qu'il dispose d'un droit de veto et que la responsabilité le priverait de toute possibilité de l'exercer. Mais les constitutions de 93 et de 95 écartent le veto et peuvent donc soumettre tous les titulaires du pouvoir exécutif à la responsabilité.

Quant au pouvoir judiciaire, il doit lui aussi être exercé conformément aux lois. Pour Montesquieu, les juges ne doivent être «que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur» et les jugements «qu'un texte précis de la loi» (*EL*,

18. 5 messidor, *Moniteur*, réimpr. t. 25, p. 106.

XI, 6). Cette conception de la fonction judiciaire a été exprimée par Beccaria dans les termes les plus nets: «En présence de tout délit, le juge doit former un syllogisme parfait: la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion étant l'acquiescement ou la condamnation» (ouvr. cité, p. 12).

C'est pourquoi il faut à tout prix éviter que la loi ne puisse être refaite au moment de son exécution. Aussi la constitution de l'an III énonce-t-elle au début du titre VIII consacré au pouvoir judiciaire deux dispositions symétriques:

Article 202: Les fonctions judiciaires ne peuvent être exercées, ni par le corps législatif, ni par le pouvoir exécutif.

Article 203: Les juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ni faire aucun règlement. Ils ne peuvent arrêter ou suspendre l'exécution d'aucune loi, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

Mais pour que l'intervention des juges se limite à déduire la sentence de deux prémisses, il faut qu'ils n'aient aucune maîtrise sur elles. Pour ce qui concerne la majeure, non seulement ils ne doivent pas exercer le pouvoir législatif, mais encore ils ne doivent pas pouvoir interpréter la loi, parce que l'interpréter ce serait pouvoir la refaire. D'où l'interdiction, sous peine de forfaiture, de toute interprétation générale et abstraite. D'où aussi, pour l'interprétation *in concreto*, inévitable, l'institution, reprise de la constitution de 1791, du tribunal de cassation, qui doit contrôler la conformité à la loi et censurer la fausse interprétation ou fausse application d'une loi claire et, en cas d'obscurité de la loi, provoquer le renvoi au corps législatif¹⁹. Quant à la mineure du syllogisme, l'action ou le fait qui tombe sous le coup de la loi, il convient aussi, dans la mesure du possible, d'empêcher que le juge puisse le déterminer de façon discrétionnaire. C'est pourquoi les constitutions de l'époque révolutionnaire, y compris celle de l'an III, instituent le jury au moins en matière pénale.

On peut donc considérer que les conventionnels ont fait leur en l'an III le principe négatif de la séparation des pouvoirs formulé par Montesquieu, comme l'avaient fait tous les constituants avant eux, et qu'ils en ont donné une traduction institutionnelle conforme aux idées générales de *L'Esprit des lois*.

Cependant, Montesquieu ne s'arrête pas à ce principe négatif. Il ne suffit pas en effet de dire que les pouvoirs ne doivent pas être réunis entre les mêmes mains et qu'ils doivent être répartis entre plusieurs. Il faut aussi indiquer de quelle manière ils doivent l'être. Montesquieu préconise donc

19. Voir M. Troper, *La Séparation des pouvoirs*, ouvr. cité, p.48 sv. et 170 sv.

un principe de distribution des compétences. Sur ce point, il ne sera pas suivi.

Le rejet de Montesquieu : la balance des pouvoirs

On peut concevoir deux procédés de répartition des compétences. Le plus simple est la spécialisation. Si l'on raisonne sur les deux principales fonctions, la fonction législative et la fonction exécutive, on institue deux autorités ou deux groupes d'autorités. L'une exercera la fonction législative, l'autre la fonction exécutive, sans participation aucune de l'une à la fonction de l'autre. Il est clair alors, qu'en raison de la hiérarchie des fonctions, l'autorité législative sera suprême. Ce système convient donc à la démocratie. C'est celui qui sera préconisé par J.-J. Rousseau.

Aux yeux de ses adversaires, outre le fait qu'il permet de réaliser une forme de démocratie, il présente un inconvénient majeur : il comporte un risque de subversion de la séparation des pouvoirs. En effet, l'autorité législative peut profiter de la suprématie de la loi pour s'emparer de la fonction exécutive et réunir ainsi tous les pouvoirs. La démocratie se sera ainsi transformée en despotisme.

Montesquieu et à sa suite un grand nombre d'auteurs se tournent alors vers un autre procédé, la balance des pouvoirs. La fonction législative sera exercée conjointement – Montesquieu dit «de concert» – par plusieurs autorités mutuellement indépendantes. Aucune loi n'entrera en vigueur avant d'avoir recueilli le consentement de chacune de ces autorités. L'une d'elles sera en outre titulaire du pouvoir exécutif. Elle aura ainsi un intérêt puissant à s'opposer aux lois qui viseraient à envahir son pouvoir. Les autres autorités législatives peuvent être, de façon semblable, animées par des intérêts égoïstes. Il y a alors une forte probabilité pour qu'elles s'opposent les unes aux autres et se fassent équilibre. «Par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir» (*EL*, XI, 4). Il faut souligner toutefois que c'est seulement en raison de sa participation au pouvoir législatif, de son droit de veto, que le titulaire du pouvoir exécutif est véritablement un *pouvoir* ou une *puissance*. En tant que pouvoir exécutif, il est en effet subordonné. C'est en sa qualité d'organe législatif qu'il exerce un pouvoir égal à celui des chambres²⁰.

Cet équilibre entre les pouvoirs législatifs présente plusieurs avantages. Il permet de préserver les intérêts sociaux représentés par une autorité dis-

20. «Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutive [...] Ces trois puissances devraient former un repos [...]» (*L'Esprit des lois*, XI, 6).

tincte, notamment les privilèges de la noblesse. Il garantit que les lois seront nécessairement issues de compromis et qu'elles seront modérées. Sur le plan technique, il garantit de façon quasi automatique le maintien de la séparation des pouvoirs puisque, grâce au veto, le pouvoir exécutif restera bien distinct du pouvoir législatif. Alors que le système de la spécialisation tend à l'autodestruction, celui-ci tend à l'autoconservation.

Les conventionnels de l'an III ont parfaitement conscience du choix entre ces deux procédés. Sieyès l'exprime dans une formule saisissante :

Je ne connais que deux systèmes de division des pouvoirs: le système de l'équilibre et celui du concours, ou, en termes à peu près semblables, le système des contrepoids et celui de l'unité organisée²¹.

Dans le système de l'équilibre à l'anglaise, préconisé par Montesquieu, deux éléments sont caractéristiques, l'opposition entre deux chambres représentant des intérêts différents, le droit de veto. Ni l'un, ni l'autre n'étaient acceptables en 1795. Le premier parce qu'on ne pouvait admettre le principe d'une deuxième chambre nobiliaire. Le second, bien qu'il ait des partisans, parce que le droit de veto, qui avait été accordé au roi par la constitution de 1791, était considéré comme une institution monarchique.

Du reste, les conventionnels de 1795 étaient ceux-là mêmes qui avaient voté la constitution démocratique de 1793 fondée sur le principe de spécialisation. Sans doute acceptaient-ils désormais l'idée qu'il fallait prévoir quelques aménagements propres à empêcher la confusion des pouvoirs entre les mains d'une assemblée, mais ils ne pouvaient admettre ni une deuxième chambre nobiliaire, ni le veto.

Les aménagements sont donc avant tout de nature procédurale. On crée deux assemblées, mais pour éviter de les appeler des «chambres», on les nomme «Conseils» et on les considère comme deux sections du même corps législatif. Ces deux Conseils sont élus de la même manière et ont des pouvoirs identiques. Ils diffèrent par quelques détails de leur composition: l'un compte cinq cents membres, l'autre, le Conseil des Anciens, deux cent cinquante seulement; les premiers doivent avoir au moins trente ans et peuvent être célibataires, les autres doivent être mariés ou veufs et avoir au moins quarante ans. Mais la principale différence tient à leurs rôles respectifs dans la procédure législative. Le Conseil des Cinq-cents qui, en raison de la jeunesse de ses membres, représente l'imagination de la république, a seul l'initiative des lois. Le conseil des Anciens, lui, détient la sagesse. Il ne peut proposer de lois, mais seulement approuver ou rejeter celles qui ont été proposées par les Cinq-Cents. On a ainsi un substitut à la balance des

21. Séance du 2 thermidor, *Moniteur*, réimpr. t. 25, p. 292.

pouvoirs: il y aura bien un équilibre, mais seulement au sein du corps législatif. On estime que le Conseil des Cinq-Cents ne proposera que des lois dont il sait qu'elles seront acceptables par les Anciens et qu'ainsi la législation sera modérée; et l'on espère que la rivalité entre les deux Conseils les empêchera de se liguier pour empiéter sur le pouvoir exécutif.

Tous ces calculs seront déjoués. En pratique, le Directoire n'a eu de cesse, malgré sa position subordonnée, de déterminer et conduire une politique. Faute de moyens constitutionnels pour y parvenir, il lui a fallu à plusieurs reprises tenter le recours à la force. Contrairement à la légende, les fameux coups d'État n'ont pas été provoqués par l'opposition entre des pouvoirs égaux. Ils ne sont que des actes d'insubordination, analogues à un quelconque *putsch* et ne sont en rien imputables à la séparation des pouvoirs, ni à la constitution en général.

Est-il vrai que la constitution de l'an III a emprunté à Montesquieu sa conception de la séparation des pouvoirs? Oui sans doute. Mais cette proposition n'a pas du tout le sens qu'on lui donne habituellement. Montesquieu n'a pas préconisé l'organisation d'un équilibre impossible entre des autorités spécialisées et indépendantes et les conventionnels non plus. Il a seulement indiqué qu'on ne pouvait préserver la liberté politique, c'est-à-dire le règne de la loi, qu'en répartissant les pouvoirs entre plusieurs autorités et sur ce point encore les conventionnels ont, comme d'ailleurs les auteurs de n'importe quelle constitution, adopté cette idée. Pour le reste, Montesquieu préconisait une certaine distribution des pouvoirs, caractéristique d'un gouvernement mixte inacceptable par la grande majorité des membres de la Convention.

Michel TROPER
Université Paris 10 – Nanterre
Institut universitaire de France