

Le principe de la division des pouvoirs, la Révolution d'émancipation latino-américaine et le droit constitutionnel de l'Uruguay¹

L'influence de la pensée politique et juridique de Montesquieu sur l'organisation constitutionnelle de l'Amérique latine durant la Révolution émancipatrice, c'est-à-dire à partir de 1810, comme dans les années qui suivirent, est un point indiscutable, unanimement accepté.

Il convient pourtant d'observer que dans le processus révolutionnaire ainsi que dans ses prodromes immédiats, Rousseau fut la référence obligée, majoritaire, écrasante, devant un Montesquieu plus rarement cité. Il n'empêche que l'influence de ce dernier – ajoutée, sans les contredire, à celles qui provenaient de la doctrine anglaise et des textes constitutionnels des États-Unis d'Amérique –, fut décisive et déterminante dans la mise en place des structures constitutionnelles contemporaines de la Révolution d'Indépendance, et postérieures.

Il se peut que cette réticence à citer Montesquieu et la tendance inverse à l'égard de Rousseau aient été la conséquence du caractère modéré du premier, partisan de l'évolution et non pas de la révolution. Comme il était en outre monarchiste, il a dû se produire une certaine résistance pour ne pas dire une inhibition, d'une certaine manière logique, à le citer dans un processus républicain et révolutionnaire.

Mais cette réticence, redisons-le, ne pouvait et n'a pu empêcher que l'essence de sa pensée ne fût mobilisée, particulièrement dans son accent sur la séparation et la division des pouvoirs du gouvernement, étant bien compris que ce principe d'organisation politique et constitutionnel s'avérait indispensable pour garantir la liberté et la modération du gouverne-

1. Traduit de l'espagnol (Uruguay) et revu par Guillaume Barrera. Les notes complémentaires et les précisions du traducteur sont signalées entre crochets. Les titres originaux des ouvrages cités sont donnés en note.

ment dans les Etats d'Amérique latine qui naissent à l'indépendance à la suite de la Révolution émancipatrice.

C'est cette réflexion, et celles qu'ont suscitées en moi la conférence de Catherine Larrère, de Bordeaux, et plus généralement le colloque organisé en octobre 1999 au Centre latino-américain d'économie humaine de Montevideo qui m'ont porté à préciser quelques idées sur le rôle de Montesquieu dans le droit constitutionnel de l'Uruguay.

Montesquieu et *L'Esprit des lois*

Dans le droit constitutionnel latino-américain, l'influence de Montesquieu provient de *L'Esprit des lois*, en particulier, quoique non exclusivement, du fameux chapitre 6 («De la constitution d'Angleterre») du livre XI («Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution»).

Toutefois, les références à Montesquieu que l'on trouve dans l'histoire du droit constitutionnel latino-américain ne s'en tiennent pas seulement au principe de la division des pouvoirs et à la nécessité de garantir la liberté par un système dans lequel «le pouvoir arrête le pouvoir». Elles concernent aussi ses affirmations sur la relation entre la géographie, le climat, et les différents régimes politiques, et les conditions qu'ils présupposent.

On ne peut oublier de signaler que l'incidence déterminante du modèle constitutionnel anglais – thème si discuté dans l'exégèse de Montesquieu – peut avoir été la conséquence d'une situation que le penseur a tenue pour réelle, concrète et certaine, ou tout au contraire, d'une vision imaginaire, déformée, et inauthentique.

Quoi qu'il en soit, ces recherches constitutionnelles comparatives, résultat de l'histoire, des réalités naturelles politiques, sociales et culturelles et de l'analyse conduite par un juriste, firent de Montesquieu un maître qui devait être nécessairement présent dans l'entreprise constituante qui caractérisa la fin du XVIII^e siècle et les débuts du XIX^e aux États-Unis, dans maints pays d'Europe, en France, en Espagne, et dans toute l'Amérique latine.

Quelle que fût leur importance, les autres œuvres, antérieures ou postérieures à 1748, date de la première édition de *L'Esprit des lois*, n'eurent pas d'incidence déterminante sur la formation et l'évolution du droit constitutionnel latino-américain.

Montesquieu et la liberté

Le chapitre 6 du livre XI de *L'Esprit des lois* provoqué et continue de provoquer des interprétations multiples, riches de points de vue politiques et doctrinaires différents et variant au gré des changements idéologiques et des générations². Au-delà de ces changements, ce chapitre a été et demeure une bible et une référence nécessaire pour ce qui concerne la liberté politique, le gouvernement modéré, le relativisme démocratique, et le «principe», – conséquence nécessaire de ce qui précède dans la mesure où il permet d'assurer ces objectifs – de la «division des pouvoirs», qu'il convient de nommer ainsi, pour y comprendre les notions de relations et d'équilibre, plutôt que par le tour «séparation des pouvoirs» parfois utilisé³.

Georges Vedel, après avoir opposé, sur des plans humain et doctrinal, Rousseau et Marx à Montesquieu, Locke et Tocqueville, achève son excellente préface aux *Œuvres complètes* de Montesquieu sur des mots que je désire reproduire ici parce qu'ils décrivent de manière insurpassable la racine philosophique et politique de la pensée libérale de Charles de Secondat :

Au total, il s'agit bien de ralentir, de contenir, d'apaiser ce monstre irremplaçable, le pouvoir, et de faire vivre en société, selon des procédures inspirées d'un pessimisme sans désespoir, cet «être intelligent» qui comme tel «viole sans cesse les lois que Dieu a établies et change celles qu'il établit lui-même». L'entreprise pour Montesquieu ne débouche point sur un paradis terrestre retrouvé, mais la planète des hommes peut être raisonnablement habitable⁴.

Montesquieu et le droit constitutionnel français

Outre l'incidence idéologique qu'elle connut – jusqu'à Kant lui-même, pour ce qui touche le pouvoir et sa limitation⁵ – sur la politique de la Révolution française – influence non exclusive et qu'elle partage avec des

2. Roberto Blanco Valdes, *El valor de la Constitución, separación de poderes, supremacía de la ley y control constitucional en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, 1994; Atilio Renzi Segura, «Montesquieu: el profeta de la Libertad», *Revista de Derecho, jurisprudencia y administración*, t. 58, p. 29-33, Montevideo, 1962; José A. Cagnoni, «Sentido y valor actual de la division de poderes», *Revista del Centro Latinoamericano de Economía humana*, n° 15, Montevideo, julio-setiembre 1980 [pour s'en tenir aux publications récentes en langue espagnole].

3. [Par «relativisme», qu'il emploie sans doute comme antonyme du terme «absolutisme», l'auteur entend marquer le caractère «relatif», c'est-à-dire partagé et balancé, du pouvoir dans un État démocratique].

4. Georges Vedel, *Montesquieu et L'Esprit des lois*, préface aux *Œuvres complètes*, Éditions du Seuil, Paris, 1964, p. 10.

5. Alfred Verdross, *La Filosofía del Derecho del Mundo occidental*, México, Unam, 1983, p. 234 et 238.

penseurs d'une idéologie très distincte, comme par exemple avec Rousseau –, la pensée de Montesquieu eut un effet déterminant sur le droit constitutionnel français. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la constitution de 1791 attestent sa marque, claire et décisive. Cette influence résulte particulièrement de la théorie ou doctrine de la nécessaire division des pouvoirs comme exigence indispensable pour l'existence de formes politiques modérées, dans lesquelles le pouvoir arrête le pouvoir, où règne par suite une liberté effective. C'est bien là, comme l'a dit justement Gaetano Mosca, la partie «la plus durable et la plus importante de l'œuvre de Montesquieu»⁶.

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen affirme: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution». Cet article, fruit de débats intéressants à l'Assemblée, au cours desquels la séparation des pouvoirs se voit qualifiée de «principe»⁷, est la meilleure preuve de la diffusion de la théorie de la division des pouvoirs du gouvernement en France, dans les années qui précèdent 1789. Il montre combien l'influence idéologique de Montesquieu se fit sentir sur l'Assemblée, particulièrement sur la question de l'organisation constitutionnelle des pouvoirs, de leur durée, de leur équilibre et de la protection des droits de l'homme, laquelle paraissait impossible sans une constitution qui, à son tour, ne pouvait être telle si la «séparation des pouvoirs» n'était pas assurée⁸.

Le principe reçu par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen devait être recueilli par la constitution de 1791. En effet la *Déclaration* constitua le Préambule de la constitution. La séparation des pouvoirs était, par obligation de la Déclaration et par suite dans la constitution elle-même, la «pierre angulaire» de la constitution de 1791⁹. La constitution, au titre III («Des pouvoirs publics»), se réfère expressément

6. Gaetano Mosca, *Histoire des idées politiques* Paris, Payot, 1965.

7. On trouvera le texte de la discussion, tenue à l'Assemblée le 26 août, du projet de ce qui devait devenir ensuite l'article 16 de la Déclaration, dans *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, présentée par Stéphane Rials, Paris, Hachette, «Pluriel», 1998, p. 252-253.

8. G. Jellinek, «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen», *Revue de droit public et de la science politique*, Paris, 1902; Émile Boutmy, «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek», *Annales des sciences politiques* Paris, 1902, repris dans *Études politiques*, Paris, Armand Colin, 1907; Stéphane Rials, *ouvr. cité*, p. 355-364; Léon Duguit, *La Séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, Paris, Larose, 1893.

9. Maurice Deslandres, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, t.I, Paris, Armand Colin, Recueil Sirey, 1932, p. 76. Léon Duguit, «La séparation des pouvoirs dans la constitution de 1791», *Manuel de droit constitutionnel*, 3^e édition, Paris, De Boccard, 1918.

au «pouvoir législatif» (art. 3), au «pouvoir exécutif» (art. 4), et au «pouvoir judiciaire» (art. 5)¹⁰.

L'influence de Montesquieu ne s'est pas limitée au droit constitutionnel français. Il connut une large diffusion et aussi, ce qui compte pour étudier sa présence en Amérique espagnole et en Espagne, dans le droit constitutionnel des États-Unis d'Amérique¹¹. Cette question est essentielle puisque, sans même préjuger de son importance déterminante pour le droit constitutionnel des États-Unis, la réception normative du principe de la division des pouvoirs telle qu'elle s'est produite en Amérique latine, s'est réalisée en grande partie à travers le modèle des premières constitutions américaines et de la constitution fédérale de 1787.

Montesquieu et la constitution de Cadix¹²

La pensée de Montesquieu sur le gouvernement modéré, la limitation du pouvoir de l'État, la division et l'équilibre des pouvoirs du gouvernement pénétra en Espagne à la fin du XVIII^e siècle et au début du XIX^e. Elle y influença de manière décisive et déterminante le processus constitutionnel qui culmina dans la constitution de Cadix, en 1812¹³.

L'une des sources de la constitution de 1812 fut la constitution française de 1791. Rédigé par Argueyès, le Discours préliminaire, qui contient le

10. François Furet et Ran Halévi, *La Monarchie républicaine*, «La constitution de 1791», Paris, Fayard, 1996, p. 189, 232, 236.

11. P.M. Spurlin, *Montesquieu in America (1760-1801)*, Louisiana State University, 1940; du même auteur, «L'influence de Montesquieu sur la constitution américaine», *Actes du Congrès Montesquieu (1955)*, Bordeaux, Delmas, 1956.

12. [Rappelons qu'après l'invasion de l'Espagne par les troupes napoléoniennes, en 1808, et la fuite des Bourbons, Charles VI et son fils Ferdinand VII, l'Assemblée suprême s'était repliée sur Séville, avant de se réfugier, devant l'avancée française du printemps 1810, à Cadix. Là fut institué un Conseil de régence, sous l'influence des libéraux espagnols. L'Assemblée convoqua des représentants de tout l'Empire en vue de participer à l'œuvre constituante. Ces bouleversements, amplifiés par la rupture des liens entre la métropole et les Indes qui suivit la destruction de la flotte espagnole par la marine anglaise lors des conflits de 1804-1805, provoqua une crise profonde en Amérique, où les élites politiques hésitaient sur le parti à suivre: envoyer des délégués à Cadix, ou confirmer leur allégeance à Ferdinand VII pour régner en son nom, en formant une «Junta» (Assemblée)? La «Révolution émancipatrice» commençait. En 1812, en même temps que la monarchie des Bourbons était restaurée, l'Assemblée de Cadix proclamait la Constitution, la première en Espagne. Cette Constitution comportait, du point de vue américain surtout, des traits contrastés: d'un côté, la monarchie se voyait limitée, le roi rendu responsable devant les «Cortes» (le Parlement), les droits individuels garantis, le droit de vote et la liberté de la presse institués; de l'autre, le gouvernement de Cadix se montrait intraitable devant les revendications américaines, refusant notamment la création d'une communauté de royaumes constitutionnels autonomes sous un seul monarque. Il ne pouvait être question d'abandonner le contrôle politique, et partant économique, dont la métropole tirait tant de profit].

13. M. Fernandez Almagro, *Orígenes del régimen constitucional en España*, Barcelona, Labor, 1928, p. 29, 89-90, 97-99.

rapport de la Commission qui rédigea la constitution, mentionne particulièrement et de manière répétée, en date du 24 décembre 1811, la division et l'équilibre des pouvoirs, sans citer Montesquieu, mais en usant d'une phrase qui est une paraphrase textuelle de *L'Esprit des lois*¹⁴.

Le principe de la division des pouvoirs dans la Révolution d'émancipation latino-américaine

Dans la pensée politique de la Révolution ibéro-américaine, Montesquieu est toujours présent, en même temps que tous les Encyclopédistes. Ses idées de liberté politique, de gouvernement modéré, de division et d'équilibre des pouvoirs, en vue d'empêcher le despotisme et l'arbitraire, se trouvent au fondement des intentions, des initiatives et des projets constitutionnels de l'époque. Pour cette raison, que ce soit par une incidence directe ou bien, principalement, par celle qui résultait de l'influence exemplaire des modèles constitutionnels des États et de la Fédération nord-américains, et d'auteurs comme Paine, et indirectement de Locke, Montesquieu est une référence incontournable et déterminante dans le processus de formation constitutionnelle des États nouveaux issus de l'Indépendance ibéro-américaine¹⁵.

Il n'est pas possible, dans ce bref article, d'étudier la question du droit constitutionnel hispano-américain dans son ensemble après 1810. On ne peut toutefois omettre de signaler que Bolívar évoqua Montesquieu dans la *Lettre de Jamaïque*¹⁶, ni le fait que le principe de la division des pouvoirs est présent dans tout le constitutionnalisme latino-américain postérieur à

14. M. Fernandez Almagro, ouvr. cité, p. 99; Discours préliminaire, lu aux «Cortes» le 24 décembre 1811, au moment de présenter le projet de Constitution de la Commission nommée à cet effet, dans *Colección de Leyes fundamentales* Madrid, Acribia, 1957, p. 35-37. On n'oublie pas non plus la référence à la division des pouvoirs chez Jovellanos (Tulio Halperín, *Tradición política española e ideología revolucionaria de Mayá* Buenos Aires, Edeba, 1961, p. 67).

15. Ariosto Gonzalez, *Las Primeras Fórmulas constitucionales en los países del Plata (1810-1814)*, 2^e éd., Montevideo, Barreiro y Ramos, 1962.

16. Lettre de Jamaïque, Kingston, en date du 6 septembre 1815 (Simón Bolívar, *Carta de Jamaica*, Caracas, Ediciones de la Presidencia de la República, 1972, p. 167). Il est intéressant de signaler que Montesquieu fut aussi connu en Nouvelle-Grenade. Nariño l'évoque à multiples reprises, beaucoup moins souvent qu'il ne cite Rousseau, toutefois (Nicolas García Samudio, *La Independencia de Hispanoamérica*, México, Fondo de cultura económica, «Tierra Firme», n° 13, 1945, p. 61; Mariano Picón Salas, *De la Conquista a la Independencia*, México, Fondo de cultura económica, «Tierra Firme», n° 4, 1944, p. 175 et 189). [Antonio Nariño, dissident libéral sous les Bourbons, participa au soulèvement de la «Nouvelle-Grenade». Lorsque l'Assemblée de Bogota, capitale de l'ancien vice-royaume, rejeta la Constitution fédérale de ce qui était devenu en 1811 «les Provinces-Unies de la Nouvelle-Grenade», Nariño devint le chef de l'éphémère «État indépendant de Cundinamarca». Cet État fut intégré quelques années plus tard à la «Grande Colombie» fondée par Bolívar en 1822].

1810, en dépit des doutes et des réticences que le même Bolívar exprima, à cet égard, en des occasions répétées¹⁷.

Cité ou non, Montesquieu est le grand protagoniste de l'organisation des pouvoirs du gouvernement dans les constitutions de la Révolution et de l'Indépendance de l'Amérique latine. Du Río Grande au Río de la Plata, de Mexico jusqu'au Chili et aux Provinces-Unies du Sud, l'organisation constitutionnelle de l'Amérique ibérique, diverse et multiple, presque toujours républicaine, malgré quelques exceptions, se fit en appliquant le principe de la division des pouvoirs du gouvernement, principe symbolisé, bien qu'il n'en fût pas l'unique défenseur, par Montesquieu¹⁸.

Dans l'impossibilité d'analyser ce fait dans toutes ses manifestations, nous nous en tiendrons seulement, de manière synthétique, au droit du Río de la Plata, prologue nécessaire à l'étude du droit de toute la Bande orientale, pour nous pencher ensuite sur cet aspect de l'évolution constitutionnelle de la Révolution orientale et du droit uruguayen¹⁹.

Bien qu'il n'eût aucune incidence sur la pensée pré-constitutionnelle et pré-révolutionnaire du Río de la Plata, il ne fait pas de doute que Montesquieu y fut connu²⁰.

Il n'est pas cité, et il est possible qu'il n'ait pas même été lu par Mariano Moreno²¹. En revanche, Bernardo Monteagudo, qui n'est pas subjugué

17. Manuel Fraga Iribarne, «La evolución de las ideas de Bolívar sobre los poderes del Estado y sus relaciones», dans *El pensamiento constitucional de Latinoamérica, 1810-1830*, Caracas, Academia nacional de la Historia, MCMLXII, t.IV, p. 65 et suiv. [Après avoir mené une campagne contre les royalistes du Venezuela, en exploitant le refus des libéraux de Cadix d'accorder l'autonomie aux Indes espagnoles, et après sa défaite à La Puerta en 1814, Simón Bolívar, membre d'une très puissante famille de l'oligarchie vénézuélienne formée par les planteurs de cacao, devenu commandant en chef après la capitulation de Miranda (août 1812), se réfugie en Jamaïque, terre anglaise, pour fuir les renforts espagnols envoyés par Ferdinand VII. Tirant les leçons de l'anarchie politique qui régnait en Nouvelle-Grenade (qui comprenait les États actuels de Colombie et d'Équateur), il en vint à penser que la république ne pouvait suivre en Amérique espagnole le modèle nord-américain, et moins encore français. Il écrit ainsi d'elle, dans sa *Lettre de Jamaïque*, qu'elle «ne peut adopter le meilleur gouvernement, mais celui qui vraisemblablement lui réussirait le mieux» (*Escritos del Libertador*, Caracas, 1964, t. 8, p. 241). Il plaidera désormais pour une imitation de la monarchie anglaise].

18. [Le vice-royaume du Río de la Plata, fraîchement fondé (1776), et couvrant, en Provinces et en Intendances, le territoire de l'Argentine, de l'Uruguay, du Paraguay, de la Bolivie, et du Haut-Pérou actuels prit, en 1816, le nom (sous la direction d'une Assemblée (*Junta*) située à Buenos Aires), de «Provinces-Unies du Río de la Plata.»].

19. [La «Bande orientale» est le nom que reçut l'ancienne «Province de Montevideo», ancêtre de l'actuel Uruguay, au temps des Provinces-Unies du Río de la Plata, de 1813 à 1828].

20. Ricardo R. Caillet Bois, «Las corrientes ideológicas europeas del siglo XVIII y el Virreinato del Río de la Plata», dans *Historia de la Nación argentina*, 2^e éd., vol. V, Buenos Aires, El Ateneo, 1941, primera sección, p. 23 et 29; du même auteur, *Ensayo sobre el Río de la Plata y la Revolución francesa*, Inventario de la Biblioteca perteneciente a don Francisco Ortega, Buenos Aires, Publicaciones del Instituto de Investigaciones históricas, Facultad de Filosofía y Letras, 1929.

21. Rodolfo Puigros, *La Época de Mariano Moreno*, Buenos Aires, 1949, p. 11-13, avec des références à

par l'obsession rousseauiste, le connaissait. Dans l'un de ses travaux, il évoque «l'auteur de *L'Esprit des lois*»²². On ne saurait douter que son influence s'avérât déterminante lorsqu'il s'agit de conférer des structures constitutionnelles aux nouveaux États indépendants, avec les conséquences qui s'ensuivirent, en ce qui concerne la limitation du pouvoir, l'organisation des gouvernements modérés, fondés sur la liberté politique et la régulation, la séparation et l'équilibre des pouvoirs du gouvernement.

Examinons quelques exemples. Le 22 octobre 1811, la Junte conservatrice dicta son célèbre Règlement dans lequel, pour la première fois autour du Río de la Plata, on sanctionna de manière législative le principe de la division des pouvoirs, en établissant les facultés attachées à chacun d'eux²³. La Junte, tout en reconnaissant ne détenir qu'une «représentation imparfaite de la souveraineté», se réservait le pouvoir législatif, en déclarant indépendants les pouvoirs exécutif (2^e section, art. 1), et judiciaire (3^e section, art. 1). Le Statut provisoire du 22 novembre 1811, dicté par le Triumvirat, conserve la séparation du pouvoir exécutif et de l'Assemblée générale qu'il institue, mais celui-ci concentre toutefois, de fait, dans ses propres mains, toutes les facultés gouvernementales, affirmant, à l'article 6, qu'«au gouvernement, il incombe de veiller à l'accomplissement des lois et d'adopter toutes les mesures qu'il jugera nécessaires pour la défense et le salut de la patrie, selon que l'exigent l'empire de la nécessité et les circonstances du moment». À l'article 5, le Statut provisoire établit que les questions de justice sont de la compétence exclusive des magistrats²⁴.

C'est aussi le lieu de rappeler les références répétées à Montesquieu qui se firent au cours de la discussion constituante de la Charte argentine de

Groussac, Levene, et à d'autres auteurs argentins sur cette question; Ricardo Levene, *Historia de las ideas sociales argentinas* Buenos Aires, Austral, 1947, p. 41-65. [Journaliste libéral, traducteur du *Contrat social* de Rousseau, Mariano Moreno fut, avec Manuel Belgrano, l'un des précurseurs et des acteurs les plus énergiques de l'indépendance de l'ancien vice-royaume du Río de la Plata. Admirateur des révolutions américaine et française, imbu de l'esprit des Lumières, il fit partie de l'Assemblée qui prit le pouvoir à Buenos Aires, le 25 mai 1810. En plaidant pour la sécession d'avec l'Espagne, il influença la «Junta» vers un certain jacobinisme].

22. Bernardo Monteagudo, «Memoria sobre los principios políticos que seguí en la administración del Perú y Acontecimientos posteriores a mi separación», dans *Escritos políticos* Buenos Aires, La Cultura argentina, 1916, p. 326.

23. [L'épithète «conservatrice» convient pour qualifier la Junte établie à Buenos Aires, dans les années 1811-1812. Après avoir réprimé les réactions oligarchiques dans la Province de Cordoba (à l'ouest de l'actuelle Argentine), la Junte «porteña» libérale et radicale dut admettre en son sein des délégués de l'intérieur du pays qui l'inclinèrent vers plus de conservatisme. À partir de 1815, Belgrano lui-même se montra favorable à l'instauration d'un monarque en Argentine, laquelle devenait indépendante en 1816].

24. Ariosto Gonzalez, ouvr. cité note 15, p. 278-322.

1819²⁵. Et l'on ne peut manquer de signaler l'importance de la pensée de Montesquieu dans la formation constitutionnelle du Brésil²⁶.

La division des pouvoirs dans la période artiguiste²⁷

Il convient à présent de commencer notre analyse de la question pour la Province orientale durant la période artiguiste.

Montesquieu fut connu dans le Montevideo colonial, et ses œuvres figurèrent dans certaines bibliothèques. Le cas de la bibliothèque de Francisco Ortega est particulièrement significatif, étant donné que ce dernier était le père d'Artigas (Martín Josef Artigas), dépositaire du fonds bibliographique²⁸.

Les Instructions du 13 avril 1813 aux députés de la Bande orientale adhèrent de façon claire à la nécessité d'une organisation constitutionnelle fondée sur le principe de la division des pouvoirs. En effet, les articles 5 et 6 des Instructions affirment radicalement le principe de la division, de la séparation et de l'indépendance des pouvoirs²⁹. Ils disent ainsi :

«Donc, celui-ci comme celui-là [les gouvernements provincial et fédéral] se diviseront en pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire» (art.5).

«Ces trois ressorts ne pourront jamais être unis entre eux et seront indépendants dans leurs facultés» (art. 6).

25. Emilio Ravignani, *Asambleas constituyentes argentinas*, t. I, 1813-1833, Buenos Aires, Penser, 1937, p. 240 et 244.

26. Pedro Calmón, «El principio de la división de poderes», Originalidade da Constitucao brasileira de 1824, dans *El Pensamiento constitucional de Latinoamérica 1810-1830*, ouvr. cité note 17.

27. [D'après le nom de José G. Artigas. Grand éleveur, Artigas anima la révolte contre les royalistes de Montevideo, à la suite de l'instauration d'une *Junta* à Buenos Aires (1810), premier pas vers la sécession. Il fit appel à Buenos Aires pour reprendre la capitale de sa province, mais ses relations avec les Porteños vacillèrent tout au long de la lutte. À la chute de Montevideo, en 1814, il prit le contrôle de la province et mena une politique agraire radicale, divisant les larges «haciendas», et distribuant des terres aux Indiens et aux petits fermiers. Une armée d'invasion brésilienne le renversa en 1816. Voir sur ce sujet Edwin Williamson, *The Penguin History of Latin America*, Allen Lane, The Penguin Press, 1992, p. 219].

28. Archives Artigas, *Comisión Nacional Archivo Artigas*, Montevideo, MCML, «Expediente formado con motivo del embargo de los libros pertenecientes a don Francisco Ortega, 5 de octubre de 1790», p. 370 et 379. On trouve dans cet inventaire «Quatre volumes in-8° en français, *Œuvres de Monsieur de Montesquieu*», et «un volume in-8° des *Lettres persanes* en français». Sur la connaissance de Montesquieu dans la Bande orientale à la fin du XVIII^e siècle, voir aussi «Dos noticias sobre el Estado de los Campos de la Banda Oriental al Finalizar el siglo XVIII», *Revista Histórica*, t. XVIII, n° 52-54, Montevideo, 1953, p. 386.

29. [Sur ces questions très controversées de «séparation» et d'«indépendance», on relira avec profit l'article de Michel Troper «Montesquieu en l'an III», publié dans la *Revue Montesquieu* (n° 2, 1998, p. 89-105). L'auteur du présent article revient assez précisément sur ces termes pour les nuancer fortement ci-dessous p. 000 et 000 «La constitution de 1830» et «Le principe de la division des pouvoirs de l'État dans la doctrine du droit constitutionnel uruguayen»].

Les sources de ces deux articles sont les chartes constitutionnelles nord-américaines, régissant le pouvoir fédéral et celui des États, et le droit constitutionnel du Río de la Plata, en particulier les règlements de 1810 et de 1811. Ces deux derniers textes correspondent en outre au projet de la Société patriotique de 1813³⁰.

Voici le jugement d'Héctor Miranda sur ces deux articles des Instructions :

La coïncidence des Instructions avec certaines tentatives institutionnelles d'Argentine, pour ce qui concerne la division des pouvoirs, n'indique en aucune manière un lien de causalité entre elles, sur ce chapitre; c'est, en revanche, la conséquence logique de la prédominance d'une doctrine qui, ayant acquis le rang d'axiome politique, devait être adoptée par tous ceux qui chercheraient dans les principes universellement reçus par la science, les bases d'un système constitutionnel convenable³¹.

Alberto Demichelli ajoute:

Artigas est le premier, près du Río de la Plata, à poser la formule tripartite de la division des pouvoirs – législatif, exécutif et judiciaire –, à la manière classique de Montesquieu, sans doute, mais conçu par lui dans la complexe dualité qu'il acquerrait dans l'avenir, autrement dit, comme devant valoir pour le régime suprême de la Nation, et pour le gouvernement intérieur des Provinces. Celui-ci comme celui-là [pose-t-il comme précepte] se diviseront en pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Ces trois ressorts ne pourront jamais être unis entre eux et seront indépendants dans leurs facultés³².

Ces textes des Instructions se développent, comme l'a démontré Demichelli, dans les deux projets de constitution artiguistes. Eugenio Petit Muñoz a dit savamment à cet égard :

Le projet de constitution fédérale pour les Provinces-Unies établit la division des pouvoirs en termes absolus, dans son article 63, et l'origine élective des juges dans l'article 42; dans une note finale, il prévoit que «outre cette constitution générale, chaque Province, de son côté, doit en former une», et dans l'article premier de ce qu'il nomme des «Points principaux de la constitution provinciale», il consacre l'origine populaire des trois pouvoirs. [...] Le projet de constitution provinciale institue de même la division des pouvoirs à l'article 21 de son chapitre I; à l'article premier du chapitre V, intitulé «Sur le pouvoir judiciaire», il dit: «cet office sera assumé par les «Cabildos» respectifs des villes et des bourgs qui en appelleront au Sénat dans les cas douteux, lorsqu'ils ne peuvent se prononcer sur la vie d'un citoyen»³³, et l'article 4

30. Ariosto Gonzalez, ouvr. cité, p. 290-291. [Une telle «Société patriotique» avait déjà réuni à Caracas, en 1810, des hommes tels que F. de Miranda et S. Bolívar, désireux de presser la déclaration d'une république indépendante au Venezuela].

31. Héctor Miranda, *Las Instrucciones del Año XIII*, 2^e éd., Montevideo, Barreiro y Ramos, 1935, p. 230.

32. Alberto Demichelli, *Formación Constitucional Rioplatense, Artigas y su Obra jurídico política*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1955, p. 29.

33. [Le «Cabildo» est une sorte de «conseil municipal», tenu dans les villes de chaque «Corregimiento», division administrative et politique de l'Amérique espagnole. Les membres du «Cabildo» étaient pris sur place, élus certes, mais aussi nommés par le «Corregidor», ce qui favorisait une certaine oligarchie plutôt qu'une démocratie digne de ce nom. Le gouvernement local des secteurs indiens était aussi composé de «Cabildos». Voir sur ce sujet Edwin Williamson, ouvr. cité à la note 27, p. 91 et suiv.].

du même chapitre dit que les «Cabildos» sont les «véritables représentants des Peuples», ce qui suppose leur origine populaire³⁴.

Moi-même, en commentant la pensée constitutionnelle d'Artigas, j'ai écrit sur ce point:

La pensée artiguiste marquait un constant souci d'organiser un gouvernement provincial qui fût le reflet fidèle de la souveraineté du peuple, moyennant une organisation constitutionnelle équilibrée et mesurée, qui empêchât l'exercice abusif du pouvoir par quelque organe de l'État que ce fût, et qui permit de protéger largement les droits de tous. Et ce système n'était pas postulé pour la seule Province orientale. Au contraire, en accord avec les Instructions et avec le projet de constitution fédérale, c'est chaque province qui devait organiser son gouvernement sur ces bases³⁵.

La période 1825-1830³⁶

Dans son organisation constitutionnelle encore embryonnaire, la période qui s'étend de 1825 à 1830 manifeste l'acceptation du principe de la division et de l'équilibre des pouvoirs. Ce fut dans ces années qu'exista dans la Province orientale une constitution flexible qui fut nommée «la première constitution de notre État»³⁷, prologue à l'organisation constitutionnelle de 1830.

Aníbal Luis Barbagelata, dans son travail intitulé *1825, le Peuple oriental et les principes institutionnels: une coïncidence rationnelle*, caractérisa le système constitutionnel de cette période en le ramenant à huit principes: 1) le consentement libre comme source de l'autorité, 2) le caractère juridique, le respect de la constitution et la soumission au droit, 3) l'autodétermination des peuples, 4) leur souveraineté, 5) la représentation par élections, 6) la liberté, 7) l'égalité, 8) la séparation des pouvoirs.

En se référant à ce dernier, il affirme :

Si, comme on l'a souligné, le constitutionnalisme du formidable mouvement de 1825 poursuivait l'affirmation de la liberté, on ne saurait être surpris que depuis le début, il ait essayé de

34. Eugenio Petit Muñoz, *Mensaje de la Suprema Corte de Justicia con Motivo del bicentenario del nacimiento de Artigas*, Montevideo, p. 7. Dans le même sens, voir A. Demichelli, ouvr. cité, p. 32-35; A. Gonzalez, ouvr. cité, p. 347 et suiv., p. 177 et suiv.

35. Héctor Gros Espiell, «La formación del Ideario Artiguista», dans *Artigas*, Montevideo, El País, p. 191-201.

36. [L'auteur a de bonnes raisons pour placer ce point avant de mentionner proprement l'Uruguay, p. 105 (Précisions préliminaires). La Bande orientale, en effet, située sur la rive gauche du Río de la Plata – autrefois, déjà, pomme de discorde entre l'Espagne et le Portugal – fut occupée par le Brésil de 1821 à 1828. En 1825, le Brésil menait encore une guerre contre les province argentines. L'État d'Uruguay fut fondé en 1828].

37. Eduardo Jiménez de Arechaga, *La Primera Constitución de nuestro Estado*, Revista de Estudios jurídicos y sociales, n° 67, Montevideo; Héctor Gros Espiell, *Esquema de la evolución constitucional del Uruguay*, 2^e éd., Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1991, p. 31-33.

consacrer ce grand principe d'organisation tutélaire. [...] La mise en ordre normative provisoire, qui fut dictée dans la Province et par lequel, sous l'impulsion du chef des trente et une provinces orientales lui-même, on met un terme à la concentration des facultés dont il était investi, cette mise en ordre s'accomplit, et de manière très efficace. [...] Les pouvoirs exécutifs, législatifs et juridictionnels sont confiés par préférence à des organes différents, tous dotés d'une indépendance suffisante. [...] Ainsi cette jalouse préoccupation pour la liberté, qui venait d'Artigas, se voyait comblée³⁸.

L'élaboration de la constitution de 1830

Dans le processus d'élaboration de la constitution de 1830, Montesquieu fut toujours implicitement présent. Toutefois, cette présence ne résulte pas d'une invocation expresse ou d'une citation nominale, mais de l'acceptation tacite de ce qu'exposa et soutint Charles de Secondat. Montesquieu fut ainsi le grand absent, au moment même où il était en fait toujours présent.

Bien que les idées sur la division et l'indépendance des pouvoirs y soient exposées et acceptées dans leur nécessaire projection institutionnelles, on ne trouve de références explicites à Montesquieu ni dans le discours d'Ellauri³⁹, membre rapporteur, ni dans le Manifeste aux Peuples rédigé par Jaime Zudáñez⁴⁰. On ne rencontre pas non plus de souvenir exprès du nom de Montesquieu dans la discussion de la Commission de constitution ni dans les Actes de l'Assemblée plénière⁴¹.

Il est connu pourtant que *L'Esprit des lois* était, avec les écrits de Benjamin Constant, l'œuvre de pensée politique la plus consultée de l'époque. Dans les mêmes années, le texte était diffusé dans la Province orientale en même temps que le *Commentaire sur L'Esprit des lois de Montesquieu*, de Destutt de Tracy, traduit par Ramón Salas, avec des observations de Condorcet⁴².

Il est curieux enfin et intéressant de rappeler que le fils du constituant José Ellauri, qui s'appelait aussi José, quand, bien des années après 1830, il devint président de la République, se référa, dans ses considérations sur un

38. Anibal Luis Barlagelata, «El Día», Montevideo, samedi 23 août 1972, p. 11 et 12.

39. Pour le texte, voir dans Héctor Gros Espiell, *Lecturas de derecho constitucional uruguayo*, Montevideo, Ingranusi, 1999, p. 18.

40. Héctor Gros Espiell, ouvr. cité, p. 21-22.

41. Voir les *Actas de la Asamblea general constituyente y legislativo del Estado*, 3 tomos, Montevideo, 1896; Montevideo, Edición Nava, 1870.

42. C'est Juan Pivel Devoto qui l'a établi, dans «Las ideas constitucionales del D^r José Ellauri, Las Fuentes de la Constitución uruguaya de 1830», *Revista histórica*, t.XXIII, Montevideo, 1955, p. 10, note § II.

décret du 29 mars 1873, «au principe salvateur de la division des pouvoirs, base de notre système constitutionnel»⁴³.

Précisions préliminaires à l'analyse de la régulation du principe de la division des pouvoirs du gouvernement dans les constitutions uruguayennes

Avant de nous pencher sur la forme sous laquelle les constitutions successives de l'Uruguay ont envisagé la question de la division des pouvoirs, il est nécessaire d'effectuer quelques précisions conceptuelles et terminologiques.

En tant que phénomène et institution sociale, fruit et conséquence d'un processus historique complexe, l'État est un organisme socio-politique qui suppose l'existence d'une population installée sur un territoire. Sur cette population, dans l'espace de ce territoire, l'État projette et exerce un pouvoir aux caractéristiques très particulières, spécialement parce qu'il est un pouvoir souverain, c'est-à-dire que dans les limites dans lesquelles il agit, il n'existe aucun pouvoir qui se situe au-dessus de lui, sans préjuger toutefois de sa subordination au droit et de sa limitation et de son conditionnement par le droit international.

Le pouvoir de l'État s'exerce par le moyen du gouvernement, système d'organes à travers lesquels ce pouvoir devient réalité, suivant différentes formes d'expression et, en particulier, à travers son application.

Le pouvoir de l'État traduit en décisions, en actes et en faits par l'action gouvernementale se concrétise dans l'exercice de fonctions diverses, dans l'acceptation matérielle du concept de fonction: la fonction constituante, l'électorale, la législative, la gouvernementale, l'exécutive et administrative, et la juridictionnelle. Car, comme il est évident, il existe une acception matérielle – dérivée de la nature et du contenu – et une acception organique, conséquence de l'organe ou du système d'organes à travers lequel ou lesquels s'est exercée chaque fonction de l'État. Or dans le système organique gouvernemental, on assigne à des organes différents, séparés et distincts, l'exercice prédominant des diverses fonctions qu'assume l'État. De cette manière, l'exercice prédominant, bien que non exclusif, de chacune des fonctions de l'État est attribué en principe à un organe ou à un ensemble d'organes distincts. C'est cela qui aujourd'hui constitue le

43. Juan B. Carballa, *Prólogo al código penal anotado*, Montevideo, 1955.

principe de la division, de la séparation, de la relation et de l'équilibre des pouvoirs du gouvernement. Ce principe n'a pas toujours existé dans l'histoire ni dans la réalité du droit politique, mais il est à présent incontournable et nécessaire pour donner figure à l'État de droit démocratique.

Il nous fallait procéder à cette brève et élémentaire précision pour distinguer le «pouvoir de l'État» des «pouvoirs du gouvernement», et ne pas tomber dans la confusion qui résulte de l'usage de l'expression erronée de «pouvoirs de l'État», ou «pouvoirs publics». Le principe de la division des pouvoirs se rapporte seulement aux pouvoirs du gouvernement et c'est de cette manière que l'expression doit être utilisée.

À chaque «pouvoir», organiquement considéré, on attribue en principe l'exercice prédominant de l'une des fonctions qui s'accomplissent au sein de l'État. Cette précision est aussi essentielle pour concevoir et comprendre de manière adéquate la régulation constitutionnelle du principe de la division ou séparation des pouvoirs du gouvernement.

Correctement interprété, le principe de la division des pouvoirs ne signifie pas qu'il ne puisse exister, fixé par la constitution, un système de contrôle juridique des actes d'un pouvoir à la charge d'un autre pouvoir. Il s'agira d'un contrôle de régularité juridique, jamais d'un contrôle d'opportunité ou de convenance.

En Uruguay, c'est Justino Jiménez de Aréchaga qui a compris et enseigné ces concepts avec une précision indépassable⁴⁴. Ce sont ces concepts que nous reprendrons et que nous appliquerons à l'analyse des textes constitutionnels uruguayens.

Aux références indiquées dans la note 2, il est indispensable d'ajouter celle que méritent les points de vue très pointus et les sages observations, relativement récentes, de Manuel García Pelayo⁴⁵.

La constitution de 1830

La constitution de 1830, à la section «De la forme du gouvernement et de ses différents pouvoirs», après avoir établi que «l'État oriental de

44. Justino Jiménez de Aréchaga, *Teoría del Gobierno*, Montevideo, Editorial Medina, 1945, t. II, p. 287-300; du même auteur, *Teoría del Estado*, Montevideo, Editorial Medina, 1944, p. 246-280.

45. Manuel García Pelayo, «La división de poderes y la Constitución venezolana de 1961», dans *Estudios sobre la Constitución, Libro de Homenaje a Rafael Caldera*, Caracas, 1979, vol. III, p. 1403-1420; du même auteur, «La división de poderes y su control jurisdiccional», *Revista de derecho político*, Madrid, 1983, n° 18-19, p. 7-16, et «División de poderes», dans *Diccionario del Sistema político español*, Madrid, Akal, 1984, p. 238-239.

l'Uruguay adopte pour gouvernement la forme républicaine représentative» (art. 13), affirme, par l'article 14, qu'«il délègue l'effet de l'exercice de sa souveraineté aux trois hauts pouvoirs, le législatif, l'exécutif et le judiciaire, selon les règles qui seront prescrites». La section IV traitait de ce qui concerne le pouvoir législatif, la VII de ce qui concerne le pouvoir exécutif, et la IX du pouvoir judiciaire.

Le schéma était simple, clair et précis. Il supposait l'acceptation intégrale du principe de la division tripartite des pouvoirs, en assignant à chacun d'eux l'exercice prédominant, quoique non exclusif, de chacune des fonctions de l'État. Mais c'était un régime de coopération, de relation et d'équilibre des pouvoirs du gouvernement. Le pouvoir législatif exerçait la fonction législative sans manquer de partager avec le pouvoir exécutif des compétences de co-administration et de co-gouvernement (voir par exemple les articles 17.7, 8, 11, 12), ni d'en exercer d'autres de caractère juridictionnelle (art. 25.2 et 28). Le pouvoir exécutif exerçait la fonction gouvernementale et administrative, mais par là-même, il co-légiférait aussi (art. 59, 68-70, 81), et comme la faculté de gracier les condamnés à mort lui était échue (art. 84), on lui attribuait un aspect de l'exercice de la fonction judiciaire. Le pouvoir judiciaire exerçait la fonction juridictionnelle (art. 91 et suivants), mais aussi la fonction administrative au sein du pouvoir judiciaire (art. 99).

C'était donc un régime de division des pouvoirs, mais atténué ou limité par la possibilité d'un exercice subsidiaire ou restrictif de l'une ou l'autre des fonctions par chacun des pouvoirs du gouvernement.

La fonction électorale s'exerçait par l'ensemble des citoyens (art. 9), dans les cas prévus par la constitution (art. 18 et 28), et par l'Assemblée générale (art. 16 et 18).

Quant à la fonction constituante dérivée, elle s'exerçait dans la forme prévue par les articles 152 à 159 de la constitution et sans intervention directe du corps électoral.

Commentant la Charte de 1830, Aníbal Luis Barbagelata signale que dans le cadre d'un modèle de régime présidentiel, elle avait atteint un juste équilibre entre les centres d'autorité, dont la séparation était consacrée de manière spéciale⁴⁶.

⁴⁶ Aníbal Luis Barbagelata, «Caractéristiques générales de l'organisation constitutionnelle de l'Uruguay», *Revue internationale de droit comparé*, Paris, 1954, n° 3, p. 2.

La constitution de 1918

La constitution de 1918 maintint le principe de la division des pouvoirs, dans des termes analogues. La forme du gouvernement continuait d'être représentative, quoique désormais démocratique, puisque ce qualificatif se substitue à celui de «républicain» dans l'article 14. Mais il s'agissait d'une République par mandat des articles 1, 6 et 14, ce dernier évoquant la forme représentative de la «République orientale de l'Uruguay».

L'article 15 traite, comme en 1830, de la délégation de l'exercice de la souveraineté «aux trois hauts pouvoirs: législatif, exécutif, et judiciaire».

En disposant enfin que le Président de la République et les membres du Conseil national d'administration seraient élus directement par le peuple (art. 71 et 82), il ôte cette compétence électorale au pouvoir législatif.

Les constitutions de 1934, 1942, 1952 et 1966

En 1934, sans que soit abandonné le principe de la division des pouvoirs, divers changements constitutionnels se produisent, qu'il nous faut analyser, tant ils sont liés au thème de la régulation de ce principe même par la constitution.

L'article 72 modifia l'article 14 précédent, et l'on disposa que la Nation adoptait pour gouvernement la forme démocratique républicaine. On abandonnait le qualificatif de représentatif et plusieurs institutions de gouvernement direct se voyaient établies. En outre, dans son second alinéa, en changeant de manière très importante l'article 15 antérieur, lequel avait maintenu presque sans modification l'article 14 de la Charte de 1830, l'article 72 déterminait que «la souveraineté (de la Nation)» serait «exercée directement par le corps électoral dans les cas d'élection, d'initiative et de référendums, et indirectement par les pouvoirs représentatifs qu'établit la présente constitution; en tout conforme aux règles exprimées, elle [la souveraineté] reste la même».

Si le principe de la division des pouvoirs demeure, l'on ne parle plus des «trois pouvoirs», mais des pouvoirs représentatifs que sont le législatif (section v), l'exécutif (section ix), et le judiciaire (section xv), nommés «pouvoirs» par la constitution. Mais l'élimination de la mention relative aux «trois pouvoirs» ne signifia et ne signifie pas la répudiation constitutionnelle du principe de la division des pouvoirs. Elle implique seulement l'acceptation de l'idée qu'ils puissent être plus que trois. Dans la constitu-

tion uruguayenne, il faut en conclure qu'il y a un quatrième pouvoir, quoique non «représentatif», à savoir le pouvoir électoral, exercé directement par le corps électoral dans les «cas d'élection», mais compétent en outre pour exercer la souveraineté dans les cas d'initiative et de référendums», conformément aux règles exprimées dans la constitution.

Mais il pourrait y avoir encore d'autres pouvoirs de gouvernement. La constitution, jamais la loi, peut créer et réguler le fonctionnement d'autres pouvoirs représentatifs, chose qui jusqu'à présent n'est pas arrivée. En raison de l'élimination du mot «trois» dans l'article 72 et de la création d'organes difficiles à intégrer dans la trilogie traditionnelle, on en vint à se demander s'il existe d'autres «pouvoirs représentatifs», outre le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Par exemple, le tribunal des comptes, le tribunal du contentieux administratif et la cour électorale peuvent-ils être de tels «pouvoirs»? J'ai toujours soutenu que non⁴⁷.

Ce n'est pas ici le lieu de répéter mon argumentation. Qu'il me suffise de dire que ce ne sont pas des pouvoirs du gouvernement dans l'acception qui correspond à cette expression. Ce sont des organes de l'État; ils exercent, selon des formes différentes et à des degrés divers, certaines des fonctions juridiques, mais non de manière prédominante. Ce ne sont donc pas des pouvoirs de gouvernement dans l'acception pleine et correcte de ce terme.

Dans les débats de la Convention nationale constituante de 1934, certaines opinions, sans argumentation convaincante, et même une sentence de la Cour suprême de Justice, soutinrent que la Cour électorale était bien un pouvoir. La Cour elle-même, sans plus d'apport démonstratif susceptible de convaincre, affirma la même chose. Mais ni la hiérarchie institutionnelle de cet organe ni le fait que ses actes ne puissent faire l'objet d'un recours devant aucune autre autorité, ni ne puissent être révoqués ou annulés, ne confèrent à mon sens le caractère d'un pouvoir de gouvernement à la Cour électorale. La Cour électorale n'exerce pas la fonction électorale, qui est attribuée au corps électoral (art. 72, § 2). C'est le corps électoral qui exerce «la souveraineté» dans les cas d'élection. Il l'exerce «directement» à la différence des «pouvoirs représentatifs», qui exercent la souveraineté indirectement. Et cet exercice indirect de la souveraineté s'effectue, pour ce qui touche la fonction législative, par le «pouvoir législatif», dans le cas des fonctions gouvernementales et administratives par le «pouvoir exécutif», et dans le cas de la fonction juridictionnelle par le

47. Héctor Gros Espiell, *La Corte Electoral*, 1^{re} éd., Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1959, p. 117-140.

« pouvoir judiciaire ». Cela du reste ne remet pas en question le fait que le tribunal du contentieux administratif – prévu mais non pas créé en 1934, sans intégrer organiquement, à l'origine pas plus qu'à ce jour, le pouvoir judiciaire – et la Cour électorale exercent, dans une mesure restreinte et expresse, la fonction judiciaire.

Dans le cadre de l'exercice prédominant, mais jamais exclusif, des fonctions d'État par les trois pouvoirs représentatifs, la Cour électorale, constitutionnellement nommée à la section XVIII, intitulée « De la justice électorale », exerçait en 1934 (art. 278 D), comme elle exerce encore la fonction judiciaire, avec un caractère exclusif, pour ce qui touche à tous les actes électoraux. Mais elle exerce en outre, en rapport à la « matière » électorale, des fonctions administratives (art. 278 B), et jusqu'à des fonctions législatives au sens matériel, parce que, tout en respectant les limites de réserve de la loi formelle, elle peut et elle doit dicter les actes généraux réglementaires relatifs à la régulation de l'activité électorale (art. 278 A).

J'ai développé cette thèse dans mon livre *La Cour électorale*⁴⁸. Autrefois déjà, Justino Jiménez de Aréchaga, dans sa grande œuvre, *La Constitución nacional*, affirma également que la Cour électorale n'était pas un pouvoir de gouvernement⁴⁹, et la doctrine uruguayenne la plus importante a soutenu la même opinion⁵⁰.

Mais la modification introduite par l'article 72 ne fut pas seule à soulever la question de la division des pouvoirs dans le système constitutionnel uruguayen. Le passage à un régime, en théorie semi-parlementaire ou semi-présidentiel, et le passage d'un système représentatif à un système semi-représentatif, avec des institutions de gouvernement direct, contribuèrent aussi à poser la question de la division des pouvoirs en Uruguay.

À partir de 1834 et jusqu'à nos jours, la question n'est plus la même qu'en 1830 et en 1918. Mais le principe de la division des pouvoirs du gouvernement, comme forme d'organisation de la structure et du fonctionnement gouvernementaux, s'est maintenu indemne, bien que dans un contexte constitutionnel général distinct. Et il en fut et il en est toujours ainsi, malgré l'incidence de situations de fait qui affectèrent et continuèrent d'affecter politiquement l'application du principe, comme il en va de l'action des partis politiques⁵¹.

48. Héctor Gros Espiell, ouvr. cité, 2^e éd., San José de Costa Rica, IIDH, 1990, p. 101-117.

49. Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución nacional*, Montevideo, Editorial Medina; voir aussi l'édition du D^r Gonzalo Aguirre, Montevideo, Chambre des sénateurs, 1997, p. 70.

50. José Korseniak, *Curso de derecho constitucional*, 2^o, Montevideo, FCU, p. 179-184, 210-212.

51. Héctor Gros Espiell, « Separación de poderes y disciplina parlamentaria », dans *Periodismo y Derecha*, Montevideo, 1965, p. 121-124.

Les constitutions de 1942, 1952 et 1966 ne changèrent rien quant à la régulation du principe de division des pouvoirs dans le système constitutionnel uruguayen.

Les critiques du principe de la division des pouvoirs et leurs conséquences

La critique dirigée contre le principe de la division des pouvoirs – que quelques courants politiques et certaine doctrine en Europe et en Amérique élaborèrent et diffusèrent dans les années 20 et 30 – se fonda en définitive sur l'affirmation de la nécessaire cohérence du travail gouvernemental, propre à le rendre plus efficace, et sur l'exigence de la coordination et de la coopération entre les pouvoirs du gouvernement. Mais ce ne fut là bien souvent qu'un masque pour tenter de voiler sous une doctrine des tendances politiques autoritaires, sinon totalitaires, ennemies du principe de la division des pouvoirs pour autant qu'il était une garantie de démocratie et de liberté.

Ces critiques pouvaient contenir du vrai – la nécessité d'une coordination des pouvoirs du gouvernement, la corrélation adéquate des fonctions de l'État avec les structures organiques et la modernisation des conceptions afin d'éviter que le principe lui-même fût invoqué contre les ajustements de la structure gouvernementale aux nouvelles requêtes de la société; mais cela ne devait pas conduire à la négation ou à l'élimination du principe, mais seulement à un réajustement qui, sans en altérer l'essence, lui permît de s'adapter aux nouvelles réalités et aux nouvelles exigences.

Naturellement ce type de critiques ne prit pas fin dans les années qui suivirent les décennies où elles étaient nées et s'étaient diffusées. Elles se renforcèrent et s'approfondirent avec l'apogée et la diffusion des totalitarismes, et continuaient d'être vives après la fin de la seconde guerre mondiale, dans de nombreuses conceptions autoritaires, bien que certaines d'entre elles soient ou croient sincèrement être démocratiques.

En Uruguay, ces courants critiques produisirent leur influence dans une doctrine minoritaire et parvinrent à s'introduire dans le système normatif, avec l'Acte institutionnel n° 8, conséquence de l'existence d'un gouvernement *de facto* qui accueillit et accepta par convenance politique les idées d'un ou de quelques professeurs de droit, momentanément agrégés à l'appareil gouvernemental. C'est ce qui conduisit au ridicule, mais lamentable, Acte institutionnel n° 8.

Le gouvernement *de facto* et l'Acte institutionnel n° 8

L'interruption de la continuité constitutionnelle par le coup d'État de 1973 signifia dès le début l'altération profonde, outre la fin momentanée, de l'État de droit démocratique et, conséquemment, de l'existence d'un système de division et d'équilibre des pouvoirs de gouvernement⁵².

Qui plus est, cette réalité, appuyée sur une pseudo-doctrine dirigée contre le principe démocratique et libéral de Montesquieu, fut l'objet d'un soigneux déguisement juridique qui visait à effacer et à éliminer du droit constitutionnel uruguayen l'essentiel du principe de la division des pouvoirs.

En effet, l'Acte institutionnel n° 8, du 1^{er} juillet 1977, dicté par «le pouvoir exécutif usant des facultés qui lui confère l'institutionnalisation du processus révolutionnaire», était destiné à détruire le pouvoir judiciaire en le subordonnant au pouvoir politique du gouvernement *de facto*. Il élimina ainsi de la section XV de la constitution la désignation traditionnelle de «pouvoir judiciaire», qu'il remplaça par celle de «juridiction». Il élimina aussi le nom de «suprême cour de justice», qui datait de la constitution de 1966, pour lui substituer celui de «cour de justice».

En éliminant le pouvoir judiciaire, comme pouvoir indépendant du système constitutionnel, il achevait en outre l'élimination complète du principe, parce qu'il n'y avait plus de pouvoir législatif, mais un organe subordonné, désigné par le pouvoir exécutif, qui paraissait exercer une contrefaçon de fonction législative.

Le pouvoir législatif cessa d'exister, partiellement remplacé par le Conseil d'État, désigné par le gouvernement *de facto*, et le pouvoir judiciaire fut soumis, en fait, à la subordination des gouvernants de service.

Cet acte, partiellement annulé postérieurement par l'Acte institutionnel n° 12 du 10 novembre 1981, peut-être par l'effet d'une honte inavouable, puis tout à fait effacé du droit constitutionnel uruguayen par la restauration démocratique de 1985, contient un préliminaire très long, confus, pseudo-doctrinal et hypocrite. On prétend fonder la destruction institutionnelle et politique du pouvoir judiciaire sur une critique du principe de la division des pouvoirs, dans l'interprétation traditionnelle

52. [Le coup d'État militaire de 1973, qui installa une junte de même nature au pouvoir en Uruguay, après soixante-dix ans, il faut le rappeler, de vie électorale ininterrompue –, s'inscrit dans la tragédie générale qu'ont connue les démocraties latino-américaines. Connurent un sort comparable le Brésil, de 1964 à 1985, l'Argentine, de 1966 à 1984, à quelques mois près, le Pérou, de 1968 à 1980 et le Chili, de 1973 à 1989. Voir Edwin Williamson, ouvr. cité à la note 27, p. 350 et suiv.].

donnée par la doctrine et la pratique de l'Uruguay⁵³. Son préliminaire absurde ne peut rester dans l'oubli. Il faut le mettre en pleine lumière afin que l'on voie jusqu'où parvint, dans une période sombre de l'histoire uruguayenne, le cynisme de certains juristes compromis avec la dictature. C'est pourquoi nous avons cru indispensable de le reproduire textuellement⁵⁴.

Il n'est pas nécessaire de procéder à sa réfutation. Il suffit de le lire et de le comparer avec ce que la doctrine uruguayenne a dit sur ce chapitre, jusqu'à la veille du coup d'État de 1973. Pour le reste, on ne peut manquer de rappeler que cette doctrine nationale fut implacablement dure et critique à l'égard du dit Acte institutionnel n° 8, même sous le gouvernement *de facto*⁵⁵.

Qui a rédigé ou inspiré l'Acte institutionnel n° 8 ? Sa paternité n'a pas été reconnue ni réclamée. Mais on a toujours pensé qu'individuellement ou collectivement, les auteurs en furent le D^r Aparicio Méndez, président *de facto* de la République entre le 1^{er} septembre 1976 et le 1^{er} septembre 1981, et/ou le D^r Fernando Bayardo Bengoa, qui fut ministre de la justice du gouvernement «civique et militaire».

La fin dudit gouvernement «civique et militaire», le retour à la démocratie et l'abrogation des actes institutionnels émanés du gouvernement *de facto* signifièrent le retour en vigueur de la constitution de 1966, et par suite, le retour à l'existence et au respect du principe de la division des pouvoirs⁵⁶.

La constitution de 1996

La constitution de 1996 maintint sans changement, pour ce qui concerne notre propos, le régime constitutionnel de la Charte de 1966.

De cette manière, le rétablissement de la démocratie en 1985, le plein retour en vigueur de la constitution de 1966 et l'acceptation du principe traditionnel de la division des pouvoirs se virent ratifiés par la réforme constitutionnelle de 1996, réalisée dans un respect scrupuleux de la procédure de réforme qu'établissait celle de 1966.

53. Héctor Gros Espiell, «El Uruguay en la actual evolución constitucional democrática en Iberoamérica», dans *Estudios constitucionales* Montevideo, Ingranussi, 1999, p. 157-170.

54. Le texte des considérants de l'Acte n° 8 est reproduit en annexe à la fin de cet article.

55. Ruben Correa Freitas a dit qu'avec l'Acte institutionnel n° 8, «on abandonnait le principe classique de la séparation des pouvoirs» («Los Actos institucionales en el Uruguay: 1976-1984», p. 13), principe dont le contenu essentiel est inclus dans son livre *Introducción al Derecho constitucional*, Montevideo, Ediciones Amalio Fernandez, 1988, p. 55-57.

56. Héctor Gros Espiell, «El Uruguay en la actual evolución», art. cité à la note 53, p. 160.

Le principe de la division des pouvoirs de gouvernement est ainsi l'objet de nos jours d'une réaffirmation constitutionnelle nouvelle et répétée, après l'éclipse qu'il subit entre 1973 et 1985, éclipse qui ne servit qu'à démontrer le nœud indissoluble et profond qui unit ce principe à l'État de droit démocratique.

Le principe de la division des pouvoirs de l'État dans la doctrine du droit constitutionnel uruguayen.

Cette analyse de l'influence de Montesquieu sur le droit constitutionnel uruguayen serait incomplète si l'on ne rappelait pas ce que la doctrine nationale soutint sur ce sujet, à certains moments de son histoire.

Déjà en 1868, Carlos de Castro, qui occupait la chaire d'économie politique à l'Université de la République, déclarait dans son cours de droit constitutionnel⁵⁷ :

Le *Contrat social* de Rousseau, en vérité, a été nommé par les contemporains le vestibule du temple élevé au droit public par *L'Esprit des lois* de Montesquieu. On ne doit pourtant pas croire que l'auteur de ce dernier livre eût jamais consenti à entrer dans ce temple par ce vestibule. Nous sommes loin de méconnaître l'importance du *Contrat social*. Si on le considère sous l'angle des tendances que suivirent les Assemblées révolutionnaires en France, cet ouvrage eut un poids supérieur à celui de *L'Esprit des lois*; mais l'action du premier, dans la durée ou dans les circonstances, s'avère trop distincte de celle du second pour que l'on puisse les réunir ici dans une même hiérarchie⁵⁸.

Ensuite, dans la partie «Division des pouvoirs publics» du cours consacré à l'étude des «pouvoirs constitutionnels», il conclut :

La plus belle et la plus féconde conquête qui ait été effectuée au siècle passé dans la sphère de la spéculation politique, c'est sans doute celle du principe de la division des pouvoirs que les publicistes tiraient de la pratique représentative anglaise, et que la Constituante française de 1789 était la première à traduire le plus largement sur le continent européen, quoique non parfaitement, dans l'exécution, dans la constitution de 1791. Ce principe informe à présent le droit public de toutes les nations libres⁵⁹.

Étudiant après cela le principe de la constitution uruguayenne, avec une exceptionnelle précision juridique, il en vient à dire que

le moyen constitutionnel par lequel les différents pouvoirs se maintiennent dans leur orbite propre est plus négatif que positif, et consiste principalement dans l'incompétence juridique

57. Héctor Gros Espiell, «El curso de derecho constitucional de Carlos de Castro», *Revista Nacional*, t.XIII, Montevideo, 1969.

58. Carlos de Castro, *Curso de derecho constitucional*, Montevideo, «Primera parte, Introducción al curso de derecho constitucional», p. 105, 106 et 108; «Segunda parte, de los poderes constitucionales, división de los poderes públicos», p. 108-113.

59. Carlos de Castro, *ouvr. cité*, p. 105 et 119.

dont chacun se voit frappé dès le moment où il pénètre dans la sphère de l'autre, c'est-à-dire dès qu'il envahit les attributions qui ne lui sont pas constitutionnellement assignées⁶⁰.

Carlos María Ramírez, dans ses conférences de droit constitutionnel dictées en 1871, après son élection à cette chaire en 1870⁶¹, n'étudie pas le principe de la division des pouvoirs ni en général ni dans son rapport à la constitution uruguayenne de 1830. Qui plus est, sans doute à cause d'une proximité psychologique et affective, on trouve chez lui des références répétées et enthousiastes à Rousseau, mais une seule, retenue et limitée dans son éloge, à Montesquieu. Dans la première conférence, au chapitre VI, il dit, sur l'œuvre de ce dernier en général, que «le sévère auteur de *L'Esprit des lois* est plus exact et plus accompli que l'auteur passionné de *La Nouvelle Héloïse*». En cela il dit vrai, mais il se trompe lorsqu'il ajoute immédiatement après: «Mais il ne s'est jamais trouvé personne pour penser que Montesquieu ait eu sur le monde une action plus efficace que Jean-Jacques Rousseau, ni non plus une action plus bénéfique»⁶². Double erreur, parce qu'il méconnaît la profonde et très importante influence de Montesquieu dans le constitutionnalisme libéral du XIX^e siècle – et par suite en Uruguay – et parce qu'il oublie l'effet néfaste de Rousseau sur les autoritarismes et jusque sur les totalitarismes de gauche et de droite au XX^e siècle.

En 1887, Justino Jiménez de Aréchaga, au tome I de son œuvre *Le Pouvoir législatif*, cite et commente Montesquieu. Il le fait de manière élogieuse, en critiquant ceux qui, déjà à cette époque, s'éloignaient de sa thèse, comme Bluntschi, qu'il réfute⁶³. Mais le plus intéressant reste la précision terminologique du premier des Aréchaga. Il dit en effet: «La division des fonctions du pouvoir en départements distincts est une condition indispensable dans les gouvernements libres. Ceci est une vérité parfaitement corroborée par de très longues expériences, et qu'il n'est aucunement difficile de démontrer»⁶⁴.

Il étudie ensuite de manière étendue la question dans le cas de l'Assemblée constituante française de 1789, en citant les commentaires sagaces de Laboulaye, et dans le droit constitutionnel des États-Unis. Il

60. Carlos de Castro, ouvr. cité, p. 120.

61. Héctor Gros Espiell, «Prólogo» a *Carlos María Ramírez, Conferencias de derecho constitucional*, Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos, n° 103, Montevideo, 1966.

62. Carlos María Ramírez, *Conferencias de derecho constitucional*, Primera conferencia, capítulo VI, déjà cité à la note précédente, p. 15, Biblioteca Artigas.

63. Justino E. Jiménez de Aréchaga, *El Poder legislativo*, t. I, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1887, Primera Parte, C. 1, «El principio de la división de poderes», p. 1-13. Il est intéressant d'observer qu'Aréchaga cite l'édition française des œuvres de Montesquieu, parue à Paris en 1866.

64. Justino E. Jiménez de Aréchaga, ouvr. cité, p. 4.

achève son étude par des mots que l'on peut sans aucun doute reprendre aujourd'hui encore :

C'est une vérité théorique et un principe de droit constitutionnel positif que la division des pouvoirs n'emporte pas une séparation absolue, parce qu'il est nécessaire, pour que les départements distincts du gouvernement ne sortent pas de leur orbe constitutionnel, qu'ils soient combinés et se contrebalancent entre eux⁶⁵.

En 1913, dans son livre sur *Le Pouvoir exécutif et ses ministres*, Justino E. Jiménez de Aréchaga fit une élogieuse description du «principe de la séparation des pouvoirs», comme ciment de «toute l'organisation constitutionnelle»⁶⁶. Il s'y livra en pensant que ce principe «honoré et scientifiquement compris» était le «remède théorique contre les excès du gouvernement personnel». Ce faisant il distingua correctement les concepts de fonction de l'État et de pouvoirs du gouvernement, et lia convenablement les deux idées⁶⁷. Il analysa le thème dans le processus constituant de 1829 et dans la constitution de 1830, analyse qu'il mena en citant spécialement Montesquieu, ainsi que Locke, et en disant que le principe de séparation des pouvoirs est la «nécessaire garantie de la liberté et de l'ordre», et qu'il constitue une «formule immanente au droit public avec laquelle l'esprit de la démocratie [pénètre] les systèmes politiques»⁶⁸.

En 1936, Luis Arcos Ferrand, qui occupait alors la chaire de droit constitutionnel à la Faculté de droit, publia dans la *Revue de droit, jurisprudence et administration* une note de jurisprudence critique à l'égard d'un arrêt de la Cour suprême de Justice, intitulée «Constitutionnalité des facultés du conseil des ministres en matière de déportation de personnes indésirables»⁶⁹. L'on trouve dans ce travail une description très correcte du principe de la division des pouvoirs dans notre constitution et, implicitement, une défense confirmée de ce principe comme garantie de l'État de droit et de la liberté.

Arcos Ferrand écrit :

Notre régime constitutionnel, fondé sur la séparation des pouvoirs, adjuge à chacun d'entre eux (le législatif, l'exécutif, et le judiciaire) non pas sous une forme absolue et totale, mais bien sous une forme générale et préférentielle, chacune des trois fonctions qui forment le pouvoir de l'État. L'adoption de cette formule générale pour la distribution des compétences résulte de préceptes exprès selon lesquelles «le pouvoir législatif sera exercé par l'Assemblée générale»

65. *Ibid.*, p. 12.

66. Justino E. Jiménez de Aréchaga, *El Poder ejecutivo y sus ministros*, t. II, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1913, p. 10-25.

67. *Ibid.*, p. 11.

68. *Ibid.*, p. 16 et 17.

69. Luis Arcos Ferrand, «Constitucionalidad de las Facultades de Consejo de Ministros en Materia de Deportación de Indeseables», *Revista de Derecho, Jurisprudencia, de Administración*, t. 37, Montevideo, 1936.

(art.73), «le pouvoir exécutif par le Président de la République qui agira avec un conseil de ministres...» (art. 146), et le «pouvoir judiciaire par la Cour suprême de Justice et par les tribunaux et juges... (art. 209).

Il ne paraît pas nécessaire de s'attarder à signaler que les termes «pouvoir législatif», «pouvoir exécutif» et «pouvoir judiciaire», employés dans ces trois citations d'articles, ne le furent pas dans le sens d'organe législatif, exécutif et judiciaire, mais dans le sens de la fonction. Un organe n'est pas «exercé», on intègre un organe, on en forme partie. Mais l'on exerce une activité, un attribut, une compétence, une fonction. De là, on peut inférer que par une expresse concession du constituant, chacun des trois organes fondamentaux jouit d'une compétence générale et préférentielle à l'égard de chacune des trois fonctions⁷⁰. Accepter le contraire, c'est rompre avec une tradition plusieurs fois séculaire que nos constituants de 1829 recueillirent du passé pour la transmettre jusqu'à nos jours, comme l'une des vérités de leur bréviaire élémentaire: «vos juges, dans l'exercice de la judicature, ne dépendront pas de celui qui commande, et les sentences qu'ils rendront ne seront pas le produit de son influence»⁷¹.

Mais c'est sans doute Justino Jiménez de Aréchaga qui a produit, à partir de 1944, dans ses ouvrages *Théorie de l'État*, *Théorie du gouvernement* et *La Constitution nationale*, la meilleure étude effectuée en Uruguay sur le principe de la division des pouvoirs du gouvernement, sa relation avec le pouvoir de l'État et son lien avec l'attribution des différentes fonctions juridiques à différents organes. Il le fit en fonction de son idée, qui est la nôtre, de l'État de droit démocratique et de la nécessité de la limitation et du contrôle du pouvoir.

À une exception près, que nous citerons plus bas, tous ceux qui ont écrit sur ce sujet après lui en Uruguay ont suivi ses pas, et ses affirmations. Avec fierté, je me range au nombre de ses successeurs.

Déjà dans sa *Théorie de l'État*, version de son cours dicté en 1943, et publié en 1944, Aréchaga analyse le concept de la division des pouvoirs du gouvernement, en étudiant concrètement Montesquieu, comme une préfiguration de ce que devait être sa profonde analyse de ce thème⁷². Peu après, dans la *Théorie du gouvernement*, version du cours des années 1944-1945, publié en 1945, il élabore de manière plus achevée et approfondit la

70. [Comme l'on voit, par l'insistance de l'auteur sur une interprétation très distributive de la Constitution, la théorie uruguayenne renouerait ici avec ce que Michel Troper, dans une conférence, nommait «la véritable signification de la séparation des pouvoirs au XVIII^e siècle». M. Troper allait jusqu'à dire: «peu importe de quelle manière les pouvoirs seront répartis, pourvu qu'ils le soient», dans «La séparation des pouvoirs aujourd'hui», *Bulletin de la Société Montesquieu*, n° 2, 1990, p. 5].

71. Luis Arcos Ferrand, ouvr. cité.

72. Justino Jiménez de Aréchaga, *Teoría del Estado*, Montevideo, Editorial Medina, 1944, p. 277-286.

formulation de sa pensée. Avec raison, il situe l'existence de pouvoirs séparés et indépendants comme l'un des éléments nécessaires à l'État de droit, par opposition à ce qu'il appelait les «gouvernements d'oppression». Il caractérise correctement le concept de pouvoirs de l'État, et le distingue des pouvoirs de gouvernement, en définissant avec justesse et précision ce qu'est un pouvoir gouvernemental⁷³. Enfin, dans son chef-d'œuvre *La Constitution nationale*, il soutient, en faisant une référence spéciale au droit constitutionnel uruguayen :

La séparation des pouvoirs est consacrée dans la mesure où coexistent différents centres d'autorité qui reçoivent leur compétence de la constitution, laquelle trace pour eux une sphère de responsabilité qui leur est propre et qui suppose l'exercice prédominant de chacune des fonctions juridiques de l'État par chacun de ces centres. Au sein de chacun, en tant que tous se conforment aux normes d'un degré supérieur (celles que leur fixent leurs compétences, leur mode d'action et les fins qu'ils poursuivent), les décisions ne peuvent être soumises à un contrôle d'opportunité ou de convenance de la part d'organes relevant d'autres centres d'autorité.

Je ne crois pas que l'on enfreigne le principe de la séparation des pouvoirs, comme le soutenaient quelques auteurs français au début du siècle, du fait que des autorités étrangères à un pouvoir seront constitutionnellement habilitées à invalider les décisions de celui-ci, dans la mesure où elles ne se conforment pas aux principes de la constitution.

Ainsi, je crois que le contrôle de la constitutionnalité des lois ne blesse pas le régime de la séparation des pouvoirs. Cette institution put ne pas être admise en France sous l'empire de la constitution de 1875, non qu'un tel régime établit le principe de la séparation des pouvoirs, mais parce que, par l'œuvre de ses interprètes, on en était arrivé à soutenir que les lois de 1875 instituaient un régime de souveraineté parlementaire⁷⁴. Si le Parlement était souverain, on ne pouvait raisonnablement concevoir que des organes d'un autre pouvoir pussent nier la validité de ses décisions. Ce n'est pas le principe de la séparation des pouvoirs mais l'affirmation de la suprématie du Parlement sur les autres organes qui s'oppose aux contrôles de régularité juridique exercés par des organes d'un autre pouvoir⁷⁵.

Dans son travail intéressant et rarement mentionné, *L'Organisation constitutionnelle de l'Uruguay à venir*, Aníbal Luis Barbagelata écrit quant à lui :

En ce qui concerne l'organisation, le principe de la séparation des pouvoirs, abstraction faite de l'adéquation incontournable à la forme de gouvernement que l'on adopte, devra continuer d'être reçu avec la souplesse qui le caractérise dans ses variantes les plus modernes. [...] Mais la compréhension correcte du concept même de «pouvoir» révélant la condition d'organes de ce que le constituant national avait refusé ou n'avait pas osé baptiser ainsi, dans les circonstances où il les avait nommés, le nombre de ceux qui, dans l'avenir, et dans les institutions conséquentes, devront recevoir, formellement, une telle désignation se multipliera forcément. [...]

73. Justino Jiménez de Aréchaga, *Teoría del Gobierno*, Versión taquigráfica de Carlos Augusto Estable, Montevideo, Editorial Medina, 1945, p. 21-27, 36, 136-138, 203 ; *Derecho Constitucional, Primer curso, Teoría del Gobierno*, Versión taquigráfica, de Carlos Augusto Estable, Montevideo, Editorial Medina, p. 442-451.

74. [Il s'agit bien sûr des lois constitutionnelles de la III^e république].

75. Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, t. X, Montevideo, Editorial Medina, 1949, p. 135-136 ; du même auteur, voir *En defensa de la justicia electoral*, Montevideo, 1955.

Ce n'est donc pas sans raison que la réalité juridique, dans sa complexité croissante, a fait éclater depuis longtemps le triptyque classique de Montesquieu⁷⁶.

Ruben Correa Freitas, partant de l'idée que le principe de la division des pouvoirs «a foncièrement pour finalité de base d'assurer la liberté politique, en évitant la concentration du pouvoir»⁷⁷, s'est exprimé ainsi sur ce sujet :

Les constitutions uruguayennes, de 1830 à nos jours, ont recueilli le principe classique de la séparation des pouvoirs, avec la portée indiquée par la doctrine, c'est-à-dire que chacun des pouvoirs de gouvernement exerce sous une forme «prédominante» ou «en principe» l'une des fonctions juridiques de l'État.

Voyons cela: le pouvoir législatif exerce en principe la fonction législative, mais au niveau départemental ou municipal, c'est chacune des dix-neuf Assemblées («Juntas») départementales de tout le pays qui exerce le dit pouvoir. À son tour, le pouvoir législatif exerce la fonction administrative, par exemple lorsque chaque Chambre nomme ses secrétaires et le personnel qui en dépend (art. 107 de la constitution), ou quand le Sénat donne son aval pour nommer les membres des Directoires des Entités autonomes et des services décentralisés (art. 187 de la constitution), ou lorsque l'Assemblée générale désigne les membres de la Cour suprême de justice, du Tribunal du contentieux administratif, du Tribunal des comptes, et de la Cour électorale (art. 208, 236, 308 et 324 de la constitution). Et le pouvoir législatif exerce la fonction judiciaire dans l'institution du «jugement politique», au cours duquel la Chambre des représentants accuse et la Chambre des sénateurs ouvre le jugement public et prononce la sentence par les deux tiers de votes du total de ses composants (art. 93, 102 et 103 de la constitution).

Le pouvoir exécutif a la charge d'exercer la fonction administrative sous une forme prédominante, mais la fonction administrative ne réside pas exclusivement dans ce pouvoir. Tous les pouvoirs de gouvernement, les organes de création constitutionnelle comme le Tribunal du contentieux administratif, la Cour électorale et le Tribunal des comptes, les Entités autonomes et les Services décentralisés et les gouvernements départementaux l'exercent aussi. À son tour, le pouvoir exécutif exerce la fonction législative étant donné qu'il possède l'initiative en matière législative (art. 133 de la constitution). Il lui est possible de faire des objections et des observations communément appelées «veto» (art. 137 et 168, § 6). Enfin il promulgue et publie les lois (art. 146 et 168, §.4). En troisième lieu, le pouvoir exécutif exerce la fonction judiciaire par l'intermédiaire de la Justice militaire (art. 253 de la constitution).

Pour finir, le pouvoir judiciaire a la charge de l'exercice de la fonction judiciaire, sous une forme prédominante, mais non exclusive. [...] Cette fonction, nous la rencontrons aussi exercée par le pouvoir législatif, dans le «jugement politique», par le pouvoir exécutif, dans la juridiction militaire, par le Tribunal du contentieux administratif, dans la justice administrative (art. 309 de la constitution), par la Cour électorale en matière de justice électorale⁷⁸.

Horacio Cassinelli Muñoz affirme dans son livre *Le Droit public*: «À chacun des pouvoirs de gouvernement correspond «en principe», une des fonctions de l'État», éclaircissant ainsi le fait qu'il n'y a pas de correspon-

76. Aníbal Luis Barbagelata, *La Organización constitucional del próximo Uruguay*, initialement publié chez Marcha, Montevideo, 1964, reproduit dans Héctor Gross Espiell, *Lecturas de derecho constitucional uruguayo*, Montevideo, Ingranussi, 1999, p. 86.

77. Ruben Correa Freitas, *Derecho constitucional contemporánea*, t.II, Montevideo, 1993, p. 21.

78. Ruben Correa Freitas, *ouvr. cité*, p. 24-25.

dance simple entre les pouvoirs du gouvernement et les fonctions de l'État. Il s'exprime correctement en ajoutant :

Quand on dit «en principe», on veut dire que dans tous les cas où l'on n'a pas prévu qui doit exercer la fonction dont il s'agit, on doit comprendre que cela incombe au pouvoir correspondant. Par exemple, si la constitution ne dit pas à quel organe il incombe de dicter les lois dans une matière déterminée, cela revient au pouvoir législatif⁷⁹.

Eduardo Esteva, au tome III de ses *Leçons de droit constitutionnel (I)*, publié en 1997, a étudié avec soin et précision le «principe de la séparation des pouvoirs», ainsi que d'«autres principes d'organisation»⁸⁰. Son analyse s'avère utile au plus haut point pour évaluer les critiques et les observations dont le principe a fait l'objet dans la doctrine juridique⁸¹, ainsi que pour comprendre les questions terminologiques qu'il soulève. Il est en outre précieux pour rappeler la distinction entre une conception souple et une conception rigide de la séparation des pouvoirs, liées, l'une au régime parlementaire, l'autre au régime présidentiel, question sans doute intéressante, mais beaucoup moins capitale qu'on pourrait le croire dans la réalité politique.

Martín Risso Ferrand a fait lui aussi une référence correcte au principe⁸². José Cagnoni de la même manière a consacré des pages très lucides et actuelles à ce sujet⁸³. On peut en dire autant de Gonzalo Aguirre Ramírez⁸⁴. Et ce ne sont pas là les seules expressions doctrinales dignes d'intérêt que l'on puisse rappeler, quant au caractère positif du principe de séparation et de division des pouvoirs. Il serait injuste d'oublier Enrique Sayagués Lasso et Alberto Ramón Real. Le premier, d'un point de vue strictement administratif et sans affirmations politiques poursuit la bonne doctrine⁸⁵, et le second offrit un excellent travail qui prolonge la ligne d'Arcos Ferrand⁸⁶. Moi-même, en 1962, j'ai écrit sur ce point :

79. Horacio Casinelli Muñoz, *Derecho público*, t.I, Montevideo, FCU, 1991, p. 152.

80. Eduardo Esteva, *Lecciones de derecho constitucional (I)*, t. III, «Teoría del Gobierno», Montevideo, Ingranussi, 1997, p. 100 et suiv.

81. Chez Esmein, Duguit, Carré de Malberg, Hauriou, Barthélémy, Duez, Dabin, Einsenmann, Capitant, Carl Schmitt, Lowerteim, etc.

82. Martín Risso Ferrand, «Informe sobre el Proyecto de la Ley suspendiendo el Régimen Vigente de Contralor de las Operaciones de Comercio exterior» (sur le principe de séparation des pouvoirs, le principe de hiérarchie des sources de production juridique et sur les principes constitutionnels en matière de distribution de compétence entre les organes publics), *Revista de derecho público*, n° 3 y 4, Montevideo, 1993.

83. José A. Cagnoni, «Sentido y Valor actual de al División de poderes», ouvr. cité.

84. Gonzalo Aguirre Ramírez, *Derecho legislativo*, t. I, «Teoría general de la Ley», Montevideo, FCU, 1997, p. 20-26.

85. Enrique Sayagués Lasso, *Tratado de derecho administrativo*, 4^e éd., Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1987, t.I, p. 34-48, t.II, p. 130.

86. Alberto Ramón Real, «La función jurisdiccional es privativa del poder juricial salvo excepción constitucional expresa», LJU, t. XVII, 1948, sec. 2, p. 47-55, inclus dans *Estudios sobre derecho administrativo*, t.II, Montevideo, p. 267-295.

La séparation des pouvoirs, c'est-à-dire, l'attribution sous une forme préférentielle des fonctions de l'État à des organes distincts et indépendants, reste un principe valable aujourd'hui. Non seulement le respect qu'on lui doit nécessairement dérive de l'acceptation constitutionnelle du principe (article 82), mais, politiquement, il est tout aussi certain aujourd'hui qu'hier que l'union des pouvoirs législatif et exécutif en une même personne ou dans un même organe signifie la fin de la liberté, et la base du despotisme. Il est donc nécessaire de coordonner la discipline des partis dans les grandes questions avec l'indépendance d'actions sur les autres matières, indépendance qu'il doit s'agir de maintenir, en particulier, en ce qui se rapporte aux compétences de contrôle du Parlement⁸⁷.

Mais l'exégèse du principe de la division des pouvoirs dans la doctrine de l'Uruguay n'a pas donné lieu qu'à des éloges. Peut-être influencé par certaines pensées politiques et par quelque doctrine européenne nostalgique de l'autoritarisme, l'ancien professeur de droit administratif de notre Faculté, le D^r Aparicio Méndez qui, par la suite sous le gouvernement *de facto* prétendit supprimer la séparation et la division des pouvoirs de l'organisation constitutionnelle, fit une critique étendue de Montesquieu et de sa théorie⁸⁸.

La division des pouvoirs du gouvernement comme principe politique

La division des pouvoirs est un principe politique, un critère exigible nécessairement pour que le gouvernement s'organise de façon telle que soit impossible l'arbitraire qui résulte toujours de la concentration du pouvoir et de l'inexistence d'un système de freins et de contrepoids. La division des pouvoirs n'est pas un axiome juridique, nécessairement imposé par l'organisation de tout système gouvernemental. C'est un critère, parmi d'autres critères possibles, pour structurer des systèmes gouvernementaux. Mais un tel critère se transforme en un principe incontournable s'il s'agit d'organiser le gouvernement d'un État de droit dans lequel soit garantie, comme conséquence de la séparation et de l'indépendance des pouvoirs, la coexistence libre et pacifique des personnes.

Pour cette raison, les critiques philosophiques, juridiques et terminologiques qui se sont succédé à ce sujet, pour intéressantes et savantes qu'elles puissent être, restent politiquement non pertinentes et n'affectent pas la vérité historique, pragmatique et réelle de ce principe politique, si l'on

87. Héctor Gros Espiell, «Separación de poderes y realidad política», dans *Periodismo y Derecho*, Montevideo, 1965, p. 242.

88. Dans le *Cours de droit administratif (I)*, dicté en 1950 à la Faculté de droit, cours auquel j'assistai comme étudiant, cette critique fut largement développée et défendue par le professeur D^r Aparicio Méndez. Là-dessus, voir Aparicio Méndez, *Apuntes de derecho administrativo*, versión taquigráfica de Armando Cuervo, Oficina de Apuntes del centro de Estudiantes de derecho, Montevideo, p. 15-39.

tient compte de ce que doivent être l'État de droit, la démocratie, et la défense de la liberté. Le principe de la division des pouvoirs du gouvernement est toujours valide dans l'État de droit, tant dans la monarchie constitutionnelle moderne que dans une République démocratique, dans les régimes parlementaires comme dans les régimes présidentiels. Quelles que soient ses diverses formes, rigides ou souples, ce qui est véritablement important, c'est de comprendre que la division des pouvoirs suppose seulement l'attribution préférentielle, et jamais exclusive, d'une des fonctions juridiques de l'État à chacun d'entre eux, et que toujours, quelle que soit la forme du gouvernement, il existe une coordination et un contrôle réciproque des pouvoirs.

Pour le reste, la possible existence, affirmée par la doctrine, de plus de trois fonctions juridiques de l'État n'affecte pas la nécessité d'attribuer par préférence chacune d'entre elles à un pouvoir du gouvernement, sans préjuger de l'assignation subsidiaire d'autres fonctions éventuelles à ces pouvoirs. La validité politique et institutionnelle – en fonction de l'objectif de limitation du pouvoir et de garantie de la liberté – du principe de la durée des pouvoirs du gouvernement n'est ni altérée ni démentie par l'existence éventuelle de plus de trois fonctions juridiques de l'État, ni par la possible mise en place de plus de trois pouvoirs de gouvernement.

Accepté, vénéré, appliqué comme un dogme politique et institutionnel, le principe de division des pouvoirs a régné sur toute la pensée constitutionnelle du XIX^e siècle, en Europe libérale, aux États-Unis et en Amérique latine.

Le XX^e siècle assista, en matière de constitution et de doctrine démocratique, à une discussion théorique et à une révision critique du principe, à une accentuation des éléments de coopération et d'équilibre des pouvoirs de gouvernement et à une distinction technique des concepts de séparation, de division, de coordination et de contenu juridique. Mais le principe – comme garantie suprême de la liberté – continua d'être accepté dans la pratique constitutionnelle démocratique européenne, nord-américaine et latino-américaine, caractérisant, dans ce dernier cas, les périodes constitutionnelles en les distinguant des chutes dans la concentration et l'unification du Pouvoir et des pouvoirs momentanément existants sous les gouvernements *de facto*, les dictatures et les tyrannies.

Il semble indubitable que l'expansion universelle du concept d'État de droit démocratique porte avec soi l'acceptation du principe de la division des pouvoirs, réélaboré et pensé en fonction des nouvelles réalités politiques, de leurs exigences et des traditions propres à chaque cas. Tout permet de penser qu'il doit continuer d'en être ainsi, et que le progrès de la

Démocratie et de la Liberté dans le monde doit rester uni à ce principe, que Montesquieu exposa et favorisa au milieu du XVIII^e siècle⁸⁹.

Montesquieu et la démocratie uruguayenne

De ce bref rappel sur la signification générale de Montesquieu, en particulier pour le droit constitutionnel uruguayen, il convient de tirer une conclusion. Nous voudrions achever là-dessus notre travail.

Au-delà des différences que l'on rencontre dans l'interprétation de Montesquieu, il est évident qu'en Uruguay, depuis la Révolution émancipatrice, toutes les fois que l'on prétendit et que l'on voulut faire de la Liberté le principe fondamental du régime politique, on utilisa et l'on appliqua le principe de la division des pouvoirs du gouvernement exposé par Montesquieu. En revanche, la critique négative de ce principe fut menée par des théoriciens des gouvernements *de facto* qui assujettirent le système constitutionnel et la volonté populaire. Ils n'eurent jamais de succès durable.

Ainsi, chez nous, l'État de droit, républicain et démocratique a été, est et restera inséparable, dans la théorie et dans l'histoire politique, de la pensée de Montesquieu.

ANNEXE

Considéranrs de l'Acte institutionnel n° 8

«Attendu: I) que l'on estime à ce niveau comme mesure de toute urgence celle qui est la matière de cette révision, franchissant un pas vers la révision des formules institutionnelles dont l'application, indépendamment de l'échec des hommes, a démontré l'insuffisance et l'inefficacité face à la réalité contemporaine.

89. Héctor Fix Zamudio, «Valor actual del Principio de la División de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917», *Boletín del Instituto de derecho comparado de México*, Año XX, n° 58-59, México, 1967; Luis Sanchez Agesta, «Poder ejecutivo y división de poderes», *Revista española de derecho constitucional*, n° 3, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1981, et «División de poderes y poder de autoridad del derecho», *Revista española de derecho constitucional*, n° 25, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1989; Carlos Ruiz del Castillo, *La Doctrina de Montesquieu, Valor actual*, Madrid, Academia de ciencias morales et politicas, 1948; José Cagnoni, «Sentido y valor actual de la división de poderes», *Revista del Centro latinoamericano de Economía humana*, n° 15, Montevideo, 1980; Temistocles Cavalcanti, «O Principio de separação de poderes e sus modernas applicacoes», dans *Cinco Estudos*, Rio de Janeiro, Fundacao Getulio Vargas, 1955. J'aimerais remercier le Professeur Edmundo M.Narancio, le Professeur D' Eduardo Esteva, le Professeur Susana Rodriguez Varesse et le D' Mariana Blengio Valdéz, pour l'aide qu'ils m'ont prêtée pour obtenir certains éléments bibliographiques nécessaires à l'élaboration de ce travail.

II) Que sur ce présupposé, il est impérieux de parvenir à la détermination de la place de ce qui est traditionnellement nommé «pouvoir judiciaire», au sein des systèmes de commandement organique, surtout si l'on tient compte du fait que, tant au point de vue structurel qu'à celui des relations techniques qu'entretiennent ses organes – hors de la stricte procédure –, la question, au niveau scientifique, a été laissée en blanc. La fonction judiciaire, en effet, est une expression parfaitement séparable dans le complexe des activités qu'assume l'État, et, par sa nature, elle est si délicate et sensible qu'elle impose un exercice pratiqué dans les conditions d'équilibre social ou d'absence de contamination sociologique les plus exigeantes. Ceci suppose, particulièrement dans des périodes de crises idéologiques et morales comme nous en vivons, une formulation normative [...], qui la protège des déviations naturelles, et la libère de l'impulsion irrésistible que suppose sa consécration comme pouvoir de l'État. Le vocable «pouvoir» dans la conception dominante du droit public, représente essentiellement une expression de compétence, d'aptitude à prononcer un jugement impératif qui, comme tel, doit être appliqué. Mais dans la théorie et dans la pratique, cette compétence centrale et spécifique n'est pas accompagnée de la puissance d'imposer par soi-même sa propre décision. Entre la volonté réputée souveraine et l'exécution impérative de l'acte par elle proclamé s'interpose l'authentique pouvoir public dont est investi le pouvoir exécutif, et qui lui permet de faire appliquer co-activement les volontés de l'État. Il y a donc eu surestimation du concept de pouvoir rapporté à la justice, et une sous-estimation du même rapporté au pouvoir exécutif. Cela explique où se trouve, si l'on veut, la racine des mésententes permanentes, qui frisent l'anormalité, entre la volonté judiciaire et la volonté exécutive. Le concept de pouvoir, techniquement considéré, se trouve exprimé de la manière la plus achevée dans la notion germanique de «Gewalt», dans laquelle se trouvent comprises la volonté de décision souveraine et l'obéissance, l'observance et, comme corollaire, la puissance d'imposer co-activement son application.

III) Que par le présent Acte institutionnel, on a essayé de résoudre, en premier lieu, ce problème scientifique, en prenant la position que la doctrine moderne de droit public tend à adopter, dans le sens de l'abandon de la thèse, attribuée de manière trompeuse à Montesquieu, sur l'existence de la triple séparation des pouvoirs projetée sous une forme organique. Le droit constitutionnel que nous abandonnons a payé le tribut de cette erreur, en confondant le principe de séparation organique avec le principe de la séparation fonctionnelle. La Justice, dans la conception de cet illustre publiciste, peut être admise comme «pouvoir séparé» dans le sens que l'activité judiciaire sera exercée par des autorités spéciales et, faut-il ajouter, spécialisées, en marge du complexe fonctionnel de l'organisation. Pour cette raison, face à l'antécédent qui a prétendu présenter le pouvoir judiciaire comme fondé sur le principe de séparation à un niveau organique, on peut seulement admettre comme exacte le niveau de séparation fonctionnelle qui, par cet Acte, se voit restauré et institutionnalisé.

[...]

VII) Que les démocraties occidentales consacrent la primauté du pouvoir exécutif et méconnaissent ce dogme de la séparation organique absolue qui trace une ligne propre autour de l'action judiciaire, en substituant la dissonance au concert dans cette fonction d'État.

X) Que dans la solution à présent consacrée, on essaye de reconnaître et de proclamer l'unité de la souveraineté comme expression indivisible de la volonté de l'État maintenue par la primauté du pouvoir exécutif, en qualité d'organe authentique doté de cet attribut dans son expression technique achevée, tout en maintenant immuable dans sa spécialité l'origine également souveraine de la fonction judiciaire.

XI) Que si l'organe judiciaire le plus haut, qui aujourd'hui cesse d'être la Cour suprême, cette dénomination ne correspondant plus à l'ordre institutionnel, n'est plus proprement au rang élevé d'un pouvoir de l'État, il apparaît ostensiblement comme l'organe doté d'une primauté juridique et institutionnelle totale dans le domaine judiciaire».

Héctor GROS ESPIELL
 Université de la République
 Montevideo (Uruguay)