

LA SEPARATION DES POUVOIRS COMME DROIT FONDAMENTAL

DANS LE CONSTITUTIONNALISME CONTEMPORAIN

Abdoulaye SOMA, *Agrégé des Facultés de droit, Université Ouaga II*

INTRODUCTION

« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »¹. Cette disposition axiomatique du siècle des lumières cristallise une mutation révolutionnaire du droit constitutionnel moderne². Elle sacralise la garantie des droits fondamentaux et la séparation des pouvoirs comme deux paradigmes indispensables à la Constitution d'une société moderne³. Ce postulat est entériné par l'évolution subséquente du droit constitutionnel. La garantie des droits et libertés de l'individu s'affirme comme un élément essentiel du standard et du standing⁴ des constitutions actuelles⁵. La séparation des pouvoirs s'est imposée comme un dogme politique et un principe général du constitutionnalisme contemporain⁶. Au-delà de leur rapport individuel prophétisé avec la Constitution, des rapports mutuels alors insoupçonnés se sont développés entre la garantie des droits et la séparation des pouvoirs dans l'ordre constitutionnel de l'Etat. Ces deux règles ont évolué jusqu'à s'imbriquer dans un mouvement dialectique d'absorption réciproque. La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux tient certainement beaucoup de la séparation des pouvoirs⁷. Parallèlement, la séparation des pouvoirs semble être devenue un droit fondamental, comme nous tenterons de le montrer, dans le constitutionnalisme contemporain.

Le constitutionnalisme moderne est apparu en occident au XVIII^e siècle⁸. Il exprime philosophiquement à la fois l'acceptation politique et la garantie juridique de la limitation du pouvoir d'Etat⁹. Il s'est largement traduit dans les sociétés politiques modernes par l'adoption de la Constitution, en tant qu'ensemble de normes fondamentales ayant une valeur suprême

¹ Article 16 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

² Georg Jellinek, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°1, 1995, pp. 99-140 ; Jean-Jacques Chevallier et Gérard Conac, *Histoire des institutions et des régimes politiques de France de 1789 à nos jours*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 22 et s. ; Jérôme Francis Wandjik, « La Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et l'Etat en Afrique », *RFDC*, n° 99, 2014/3, pp. 1-28.

³ Armand Depper, *Commentaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de 1793*, Paris, Geldage, 1902, pp. 20 et s. ; Marcel Gauchet, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », *Revue Commentaire*, n°43, 1988/3, pp. 783-790.

⁴ Anne-Marie Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, 2016, p. 138.

⁵ Louis Favoreu et autres, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2016, p. 120 ; Jacques-Yvan Morin, *Libertés et droits fondamentaux dans les Constitutions des Etats ayant le français en Partage*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 11 et s.

⁶ Philippe Ardant et Bertrand Mathieu, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 53 ; Djedjro Meledge, *Droit constitutionnel*, Abidjan, éd. ABC, 2013, pp. 100 et s. ; Augustin Loada et Luc M. Ibriga, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ouagadougou, PADEG, 2007, pp.110 et s.

⁷ Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2016, p. 102 ; Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 156.

⁸ Christophe De Aranjo, « Sur le constitutionnalisme européen », *RDP*, n°6, 2006, pp. 1544-1568.

⁹ Olivier Duhamel et Yves Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, pp. 212-213.

dans l'ordonnement juridique de l'Etat, au sens de Kelsen¹⁰, de Marshall¹¹ ou de Glèlè¹². Le constitutionnalisme reflète de ce fait l'idée nécessaire de l'encadrement juridique du pouvoir politique, comme l'exprime Favoreu¹³. Dès lors, l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics sont soumis à des règles établies par le corps social, comme l'entend Rousseau¹⁴. Ces règles s'imposent aux organes de l'Etat, aussi bien dans leurs relations horizontales réciproques¹⁵, que dans les relations verticales avec les citoyens¹⁶. Cette idée est fondamentale dans le constitutionnalisme contemporain, entendu comme le constitutionnalisme d'aujourd'hui, selon Seurin et autres¹⁷, en l'occurrence tel qu'il se manifeste depuis la moitié du XX^e siècle. Cet esprit constitutionnaliste s'approfondit par l'émergence de juridictions constitutionnelles, comme l'atteste Holo¹⁸. Celles-ci peuvent être saisies par les particuliers pour obtenir le respect de la Constitution, comme l'indique Fromont¹⁹, notamment en tant qu'instrument garantissant les droits fondamentaux²⁰.

La notion de droits fondamentaux est amplement consacrée en droit constitutionnel, dans les normes²¹, la jurisprudence²² et la doctrine²³. Suivant cette dernière, nous entendons succinctement les droits fondamentaux comme les droits de l'individu garantis par la Constitution ou un engagement international²⁴. La double source formelle, constitutionnelle ou conventionnelle, des droits fondamentaux dans cette conception liminaire a parfois entraîné leur fusion doctrinale avec les droits de l'homme²⁵. Sans nous y opposer, nous nous

¹⁰ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2^e éd. de la « Reine Rechtslehre » par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1977, pp. 299 et s.

¹¹ Cour Suprême des Etats-Unis, *Marbury vs Madison*, 24 février 1803.

¹² Maurice Ahanhanzo Glélé, « La Constitution ou Loi fondamentale », in sous dir. Pierre-François Gonidec, *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, T.1, *L'Etat et le droit*, Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles éd. Africaines, 1982, pp. 21-52.

¹³ Louis Favoreu et autres, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2017, p. 59.

¹⁴ Jean-Jacques Rousseau, *Contrat social, ou principes du droit politique*, Genève, Marc-Michel Bousquet, 1762, pp. 10 et s.

¹⁵ Francis Delpéré, « Ce que je crois ou le constitutionnalisme », in *Présence du droit et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 211-221.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Jean Louis Seurin et autres, *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, pp. 35 et s. ; Jean du Bois de Gaudusson, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 609-627.

¹⁸ Théodore Holo, « Emergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n°129, 2009, pp. 101-114

¹⁹ Michel Fromont, « La justice constitutionnelle en Europe », in *Présence du droit et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu, op.cit.*, pp. 297-306.

²⁰ Jean-Jacques Israël, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 254 et s.

²¹ Youssef Nada, *La transition démocratique et la garantie des droits fondamentaux*, Paris, éditions Publibook, 2011, pp. 506 et s. ; Aline Schmidt Noël, *La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Thèse, Université de Neuchâtel, 2011, pp. 26 et s. ; Adama Cherif, *L'effectivité des droits fondamentaux dans l'ordre juridique ivoirien. Etude à la lumière du droit international et comparé*, Thèse, Université de Genève, 2014, pp. 37 et s.

²² Louis Favoreu (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1982, pp. 25 et s. ; Luc Sindjoun, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 369 et s.

²³ Etienne Grisel, *Droit fondamentaux*, Berne, Stämpfli, 2008, pp. 18 et s.

²⁴ Pierre Avril et Jean Gicquel, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2014, p. 46.

²⁵ Michel de Villiers et Armel Le Divellec, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2013, pp. 139 et s.

intéressons exclusivement à la dimension constitutionnelle des droits fondamentaux²⁶, parce la séparation des pouvoirs, en jeu dans la présente réflexion, a une plus grande vigueur scientifique en droit constitutionnel qu'en droit international. Par ailleurs, même si on distingue parfois les droits des libertés²⁷, les secondes conçues comme protégeant un comportement humain²⁸, les premiers conçus comme déterminant un comportement de l'Etat²⁹, nous englobons conceptuellement les deux dans le vocable de droits fondamentaux. Le plus important ici est moins l'orientation des prérogatives, que leur régime juridique déterminé par leur valeur constitutionnelle. C'est la même considération de pertinence qui amène à ne pas disserter sur la distinction entre les droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire d'un Etat³⁰, et les droits des citoyens réservés aux nationaux de cet Etat³¹. L'objet est moins la titularité différenciée des droits fondamentaux que leur juridicité constitutionnelle, leur subjectivité matérielle et leur invocabilité juridictionnelle pour leurs bénéficiaires. Au final et par-delà toutes les variations terminologiques qui marquent la matière, nous concevons décisivement les droits fondamentaux comme l'ensemble des prérogatives, droits, libertés et principes³², consacrés par la Constitution et invocables par l'individu à titre subjectif devant le juge constitutionnel. Ce sont des droits publics individuels de nature constitutionnelle, au sens de Duez³³. Leur fondamentalité juridique dérive donc de leur constitutionnalité doublée de leur subjectivité et de leur justiciabilité. Sous ces trois critères, conditions et réserves, ces prérogatives constitutionnelles pourront être appelées indifféremment droits de l'homme au sens de Robert³⁴, libertés fondamentales au sens de Favoreu³⁵, droits fondamentaux au sens de Auer³⁶ et Terré³⁷, ou tout simplement droits constitutionnels au sens de Gervier³⁸. C'est cette catégorie juridique qui tend à absorber désormais la séparation des pouvoirs, ou, si l'on préfère autrement et d'après certaines données du constitutionnalisme contemporain, que tend à intégrer le principe de la séparation des pouvoirs.

²⁶ Jean-Eric Gicquel, « La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux », in Remy Cabrillac, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 99-128.

²⁷ Michel Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 38.

²⁸ Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *les droits fondamentaux*, 3^e éd, Berne, Staempfli, 2013, pp. 10 et s.

²⁹ Xavier Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 105 et s.

³⁰ Conseil constitutionnel français, décision du 22 janvier 1990.

³¹ Pierre Avril et Jean Gicquel, *Lexique de droit constitutionnel*, *op.cit.*, pp. 337 et s.

³² Michel de Villiers et Arnel Le Divellec, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 140.

³³ Paul Duez, « Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 111-133.

³⁴ Jacques Robert et Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 2009, pp. 95 et s.

³⁵ Louis Favoreu et autres, *Droit des libertés fondamentales*, *op.cit.*, pp. 1 et s.

³⁶ Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *les droits fondamentaux*, *op.cit.*

³⁷ François Terré, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in Remy Cabrillac, *Libertés et droits fondamentaux*, *op.cit.*, pp. 3-6.

³⁸ Pauline Gervier, *La limitation des droits constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 24 et s. V° aussi Charles-Albert Morand, « Le noyau intangible des droits constitutionnels », in Patrice Meyer-Bisch (ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Fribourg, éd. Universitaire de Fribourg, 1991, pp. 53-61 ; André Grisel, « Les droits constitutionnels non écrits », in Walter Haller et autres, *Festschrift für Ulrich Häfelin*, Zurich, Schulthess, 1989, pp. 53-77.

La séparation des pouvoirs est l'un des concepts les plus célèbres du droit constitutionnel contemporain, qui en irrigue à la fois l'historicité et l'actualité³⁹. Elle est l'une des poutres de l'organisation et du fonctionnement des sociétés politiques modernes. Pour cette étude, aucun besoin n'est de remonter à l'antiquité en occident jusqu'à Platon⁴⁰ et Aristote⁴¹, dont les réflexions ont une portée indéniable dans la dynamique de la répartition des fonctions dans une société politique⁴². On ne dissertera pas non plus sur les reliques de la division des tâches dans les sociétés politiques africaines traditionnelles depuis le moyen âge, comme au Mandé⁴³. On se limitera à rappeler que la séparation des pouvoirs a été théorisée par John Locke, dans le contexte politique anglais profondément marqué par l'absolutisme monarchique⁴⁴. Elle a été systématisée en France par Montesquieu⁴⁵, considéré comme en étant le Père pour en avoir donné la formulation décisive⁴⁶. Elle a été constitutionnalisée pour la première fois par les *Founding Fathers* dans la « *Supreme Law* » des Etats-Unis du 17 septembre 1787⁴⁷. Philosophiquement, la théorie de la séparation des pouvoirs repose sur la distinction au sein de l'Etat des trois fonctions législative, exécutive et juridictionnelle. Elle postule que l'exercice de ces trois pouvoirs soit confié à des organes différents et indépendants le plus possible les uns des autres⁴⁸. Par un jeu de collaboration indispensable et de contrôle réciproque, on aboutit à la rationalisation du pouvoir politique d'Etat⁴⁹, et à la garantie de la liberté dans l'Etat⁵⁰. Historiquement, la séparation des pouvoirs a connu une évolution prodigieuse⁵¹. A ses débuts, elle était un simple postulat dogmatique de philosophie politique, induit par la lutte contre l'absolutisme dans les sociétés politiques classiques⁵². Ensuite, par sa positivisation et sa généralisation, elle est devenue un principe d'organisation constitutionnelle de tout Etat moderne⁵³. Devenue ainsi chronologiquement un principe inconditionnel du droit constitutionnel objectif, la séparation des pouvoirs semble poursuivre cette sacrée évolution diachronique, suivant un processus d'individualisation, pour paraître

³⁹ Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2017, pp. 107 et s.

⁴⁰ Platon, *La République*, traduction inédite par Georges Leroux, Paris, Garnier Flammarion, 2004, pp. 36 et s.

⁴¹ Aristote, *Constitution d'Athènes*, traduction par B. Haussoulier, Paris, Emile Bouillon, 1891, pp. 76 et s. ; v° aussi Aristote, *La politique*, traduction Tricot, Paris, J. Vrin, 2006, pp. 145 et s.

⁴² Jean-Louis Seurin, « Les origines historiques de la séparation des pouvoirs », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 651-669.

⁴³ La société mandingue a adopté la Charte du Mandé en 1222, puis la Charte de Kouroukan Fougan en 1236, comme *actes constitutionnels* où le pouvoir politique est régulé et divisé. Cf. Abdoulaye Soma, *Les grands textes des droits de l'homme en Afrique*, Saarbrücken, Presses Académiques francophones, 2014, pp. 8 et s.

⁴⁴ John Locke, *Essai sur le gouvernement civil*, texte de 1690 traduit, présenté et annoté par Jean-Louis Fyot, Paris, PUF, 1953, pp. 54 et s.

⁴⁵ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, Paris, Garnier Flammarion, 1871, pp. 142 et s.

⁴⁶ Michel Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973, pp. 9 et s.

⁴⁷ Gerald Gunther, *Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, University Casebook Serie, 11^e éd., 1985, pp. 2 et s.; Elisabeth Zoller, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2e éd., 1999, pp. 105 et s.

⁴⁸ Pierre Pactet et Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel, op.cit.*, pp. 107 et s.

⁴⁹ Louis Favoreu et autres, *Droit constitutionnel, op.cit.* pp. 409 et s. ; Abdoulaye Soma, « Le peuple comme contre-pouvoir », *RDP*, n°3, 2014, pp. 1019-1049.

⁵⁰ Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel, op.cit.*, p. 102.

⁵¹ Maurice J.C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, Clarendon, 1967, pp.72 et s.; Jean-Philippe Feldman, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *RFDC*, n° 83, 2010, pp. 483-496.

⁵² Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *l'Etat*, Berne, Stämpfli éditions SA, 3^e éd., 2013, pp. 601 et s.

⁵³ *Ibidem*.

également comme un droit fondamental en droit constitutionnel subjectif contemporain. C'est à cet égard que François Luchaire parlait, peut-être à titre prémonitoire ou anticipé, d'un droit de l'homme à la séparation des pouvoirs⁵⁴.

Même si pour l'instant le droit constitutionnel formel ne semble pas avoir saisi cette subtile et discrète tendance juridique, peu s'en faut, la doctrine et la jurisprudence constitutionnelles paraissent en être plus averties. A propos du nouveau statut de droit fondamental de la séparation des pouvoirs, on pourrait s'en émouvoir et en exprimer consternation ou fascination ; réfutation ou approbation, méfiance ou confiance. On peut chercher à en étudier les fondements juridiques, le processus de consécration historique, la praxis casuistique, les vices et vertus théoriques, la portée pratique, etc.

Le moins que l'on puisse dire c'est qu'un tel sujet ne manque d'intérêt. Il a d'abord un intérêt de philosophie constitutionnelle, car la séparation des pouvoirs semblait n'être destinée qu'à indiquer une certaine organisation des institutions de l'Etat et régir leurs relations mutuelles. Cette logique ontologique et traditionnelle se verrait superposée à une autre nouvelle qui instruit que le fonctionnement des pouvoirs publics doit également obéir à cette règle dans leurs rapports avec les particuliers, à peine de sanction pour violation d'un droit fondamental, s'il en est. Il a ensuite un intérêt de théorie constitutionnelle. L'acquisition cumulative de plusieurs statuts juridiques par le principe de la séparation des pouvoirs dans son évolution historique montrerait une dimension importante du développement progressif du droit constitutionnel. Il a enfin un intérêt de pratique constitutionnelle. En sus d'être une règle objective de superstructure constitutionnelle applicable dans la distribution des compétences des autorités publiques, la séparation des pouvoirs devient aussi une norme subjective d'infrastructure constitutionnelle, au sens de Marx⁵⁵, invocable par les citoyens *in concreto* devant le juge constitutionnel dans les différends qui peuvent les opposer à ces autorités publiques. L'individu pourrait alors obtenir l'annulation d'un acte de violation de la séparation des pouvoirs lui faisant grief dans une situation juridique subjective, au sens de Duguit⁵⁶. C'est bien à cet effet que la séparation des pouvoirs est récemment de plus en plus sollicitée par les personnes privées devant les juridictions constitutionnelles⁵⁷. Cette question est tellement d'actualité qu'elle amène même à parler d'une rénovation de la séparation des pouvoirs en droit constitutionnel positif⁵⁸.

Cette nouvelle tendance d'un principe sans cesse renouvelé et éprouvé provoque irrésistiblement de délicates interrogations. Au regard de son évolution et de ses applications

⁵⁴ François Luchaire, « Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », in *Présence du droit et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 441-451.

⁵⁵ Karl Marx et Friedrich Engels, *Manifeste du parti communiste* (1848), Paris, éditions sociales, 1970, p. 38 ; Enrique Tierno Galvan, « La Constitution, cristallisation contradictoire d'un rapport de forces », *Pouvoirs*, n°8 1979, pp.123-130.

⁵⁶ Léon Husson, « Droits de l'homme et droits subjectifs », in Paul Amselek, Georges Burdeau, Jean Carbonnier et autres (dir.), *Archives de philosophie du droit. T. 26, L'utile et le juste*, Paris, Sirey, 1981, pp. 345-379.

⁵⁷ Chloé Mathieu, « Le principe de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *9^e congrès français de droit constitutionnel*, Lyon, AFDC, 26-28 juin 2014, pp. 1-9. http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLD/D-mathieu_T2.pdf, consulté le 12 octobre 2017.

⁵⁸ Agnès Roblot-Troizier, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, n° 43, 2012/4, pp. 89-103.

dans la praxis actuelle du droit constitutionnel, le principe de la séparation des pouvoirs n'a-t-il pas pris les allures d'un droit fondamental ? Subséquemment et plus précisément n'a-t-il pas acquis la subjectivité caractéristique d'un droit fondamental ? Plus encore, n'est-il pas justiciable devant la juridiction constitutionnelle à titre de droit fondamental ?

Notre thèse est qu'en vertu de certaines de ses invocations et applications relativement récentes, le principe de la séparation des pouvoirs paraît quelques fois comme un droit fondamental. L'objet de la présente contribution est de tenter de rendre compte de cette fine inclinaison du droit et de la pratique constitutionnels contemporains.

Au regard des trois critères définitionnels précédemment posés, l'étude de la nature de droit fondamental d'une règle passe nécessairement par l'examen de sa constitutionnalité, de sa subjectivité et de sa justiciabilité. A propos du principe de la séparation des pouvoirs, une démonstration de sa constitutionnalité nous semble superfétatoire, car sa valeur constitutionnelle est l'une des normes les mieux assises dans la phénoménologie du droit constitutionnel contemporain⁵⁹. Il reste à démontrer les deux autres critères. D'abord, la subjectivité ou individualité est indispensable à examiner. Elle est la qualité d'une règle, en l'occurrence d'une prérogative, à être invoquée par un individu pour un intérêt particulier. Les droits fondamentaux sont des droits subjectifs, c'est-à-dire des droits constitutionnels de l'individu⁶⁰. Une règle ne peut aspirer au rang de droit fondamental que si elle est susceptible de subjectivation⁶¹. Les droits fondamentaux sont des facultés juridiques individuelles, invocables comme telles par les particuliers pour la défense de leur intérêts juridiques privés⁶². Alors, dire de la séparation des pouvoirs qu'elle devient un droit fondamental, c'est dire et montrer finalement et simplement qu'elle est un instrument invocable par les sujets de droit constitutionnel pour la protection de leurs intérêts et prérogatives personnels. Ensuite, la justiciabilité est nécessaire à examiner. Elle est l'invocabilité ou la garantie juridictionnelle d'une règle⁶³. Elle est importante pour l'effectivité et l'efficacité des droits fondamentaux⁶⁴. Ne pourrait véritablement prétendre au statut de droit fondamental qu'une règle invocable et applicable en justice constitutionnelle pour garantir un intérêt personnel constitutionnel⁶⁵.

On infère immédiatement de ce qui précède que l'étude de la séparation des pouvoirs comme droit fondamental implique de passer deux épreuves complémentaires. L'une,

⁵⁹ Philippe Ardant et Bertrand Mathieu, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op.cit.*, p. 53 ; Olivier Duhamel et Guillaume Tusseau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, éd. du Seuil, 2016, p. 860. V° Conseil constitutionnel français, décisions du 23 mai 1979 et du 22 juillet 1980.

⁶⁰ Pierre Avril et Jean Gicquel, *Lexique de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 46 ; Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 12 et s.

⁶¹ Léon Husson, « Droits de l'homme et droits subjectifs », *op.cit.*

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *in RDP*, 1928, pp. 197-257 ; Marie-Joëlle Redor, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *CRDF*, n°1, 2002, pp. 91-101.

⁶⁴ José Woehrling, « Justice constitutionnelle, protection des droits et libertés et judiciarisation de la vie politique au Canada », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, *op.cit.*, pp. 1761-1774.

⁶⁵ Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op.cit.* ; Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 236 et s. ; Marie-Joëlle Redor, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *op.cit.*

préalable, consiste dans l'examen de la subjectivité de la séparation des pouvoirs (I). L'autre, indispensable aussi, réside dans l'examen de la justiciabilité de la séparation des pouvoirs (II).

I- LA SUBJECTIVITE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS

C'est en admettant la subjectivité de la séparation des pouvoirs, à savoir son invocabilité individualisée ou son applicabilité personnalisée, qu'on peut en soutenir la nature de droit fondamental. Ce statut de droit fondamental de la séparation des pouvoirs, progressivement attesté, fait l'objet d'affirmation dans la doctrine constitutionnelle (A). On montrera qu'il reçoit une certaine confirmation dans la jurisprudence constitutionnelle (B).

A- L'AFFIRMATION DANS LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE

Une partie de la doctrine, à laquelle nous restons sensible et acquis, estime que la séparation des pouvoirs, en plus d'être un principe objectif d'organisation constitutionnelle de l'Etat, n'est pas étrangère aux droits fondamentaux. Progressivement, elle est d'abord un principe consubstantiel aux droits fondamentaux (1). Elle est ensuite un principe intégrant les droits fondamentaux (2).

1- UN PRINCIPE CONSUBSTANTIEL AUX DROITS FONDAMENTAUX

Le principe de la séparation des pouvoirs est inséparable de la protection des droits et libertés. L'idée que la séparation des pouvoirs est consubstantiellement un instrument des libertés et droits fondamentaux est amplement posée, aussi bien dans la philosophie politique, que dans la doctrine constitutionnelle.

Pour les précurseurs de la pensée sur la séparation des pouvoirs dans la philosophie politique, ce principe a été conçu comme un mécanisme de garantie de la liberté et des droits fondamentaux dans toute société humaine⁶⁶. C'est dans la quête des conditions de la liberté pour le citoyen dans le corps politique que la séparation des pouvoirs a finalement été conceptualisée comme réponse aux problèmes d'absolutisme et d'arbitraire dans la culture et la vie sociétales⁶⁷. Elle est ainsi formalisée comme modalité de disposition des organes du corps social et comme mode de répartition des fonctions politiques pour la préservation de la vie et de la liberté du citoyen⁶⁸. La distribution organique du pouvoir entre plusieurs institutions et le contrôle que celles-ci s'exercent mutuellement a pour finalité de sauvegarder l'individu des atteintes à ses droits et libertés naturels et imprescriptibles⁶⁹. On retrouve à la

⁶⁶ Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, Bruxelles, Société Belge de Librairie, 1837, p. 5 ; Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. Lilyane Deroche et Olivier Beaud, Paris, PUF, 1993, pp. 264 et s.

⁶⁷ Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op.cit., p.156.

⁶⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, op.cit., pp. 142 et s.

⁶⁹ *Ibidem*.

fois par exemple chez Aristote⁷⁰, Nedham⁷¹, Locke⁷², Rousseau⁷³, Kant⁷⁴, Madison⁷⁵, l'idée commune exprimée par Montesquieu que « lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutive il n'y a point de liberté... Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice »⁷⁶. Si ces puissances étaient jointes et confondues, le pouvoir sur la vie et la liberté du citoyen serait arbitraire et tout serait perdu à cet égard⁷⁷. La séparation des pouvoirs a donc pour finalité naturelle et institutionnelle la garantie de la vie et de la liberté, qui sont, au sens large et contemporain, l'essence même des droits fondamentaux en même temps qu'elle en sont elle-mêmes⁷⁸. Suivant cette philosophie des choses, la séparation des pouvoirs est liberté. Séparer, c'est libérer.

De même, pour les continuateurs de la pensée sur la séparation des pouvoirs dans la doctrine constitutionnaliste contemporaine, ce principe a pu et su assumer sa fonctionnalité ontologique pour la garantie des droits et libertés fondamentaux dans l'Etat moderne⁷⁹. Malgré les critiques à son égard⁸⁰, le principe n'est pas demeuré seulement une maxime d'art politique célébrée en théorie. Il est aussi en pratique un procédé d'ingénierie constitutionnelle de formation et de conservation sociales de la liberté. C'est ainsi que Burdeau et ses successeurs, Troper et Hamon, en préconisent l'application comme « un principe de technique constitutionnelle destiné à éviter le despotisme et à garantir la liberté »⁸¹. Le noble objectif des concepteurs et des penseurs de la séparation des pouvoirs reste plus que d'actualité dans le constitutionnalisme contemporain, à savoir, faire en sorte que de la séparation des pouvoirs jaillisse la garantie de la liberté et des droits fondamentaux⁸². C'est cette logique qui a amené au fond Faguet à professer que « la garantie des droits de l'homme se trouve dans la séparation des pouvoirs »⁸³. On peut alors soutenir que la séparation des pouvoirs est le socle institutionnel de la protection des droits fondamentaux. Le principe ne peut que s'approfondir et s'affermir dans l'Etat. Il en va ainsi parce que l'idée que le but de toute association

⁷⁰ Aristote, *Constitution d'Athènes*, *op.cit.*, pp. 76 et s. ; v° aussi Aristote, *La politique*, *op.cit.*, pp. 145 et s.

⁷¹ Merchamont Nedham, *The Excellency of a free State*, London, Cadel Thomas, 1656, pp. 63 et s.

⁷² John Locke, *Traité du Gouvernement civil*, 1690, trad. David Mazel, Paris, Desveux et Royez, 1795, pp. 85 et s.

⁷³ Jean-Jacques Rousseau, *Contrat social, ou principes du droit politique*, *op.cit.*

⁷⁴ Emmanuel Kant, *Vers la paix perpétuelle. Esquisse philosophique*, trad. Jean-François Poirier et Françoise Proust, Paris, Garnier Flammarion, 1991, pp. 86 et s.

⁷⁵ Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, *Le Fédéraliste*, trad. Gaston Gèze, Paris, Economica, 1988, pp. 398 et s.

⁷⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, *op.cit.*, p. 143.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Philippe Ardant et Bertrand Mathieu, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op.cit.*, pp. 54 et s.

⁷⁹ Louis Favoreu et autres, *Droit constitutionnel*, *op.cit.* pp. 412 et s.

⁸⁰ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 47 et s. ; Stephan Pinon, « Boris Mirkin-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel » *Droit*, n°46, 2007, pp. 2016 et s. ; René Capitant, *Ecritures d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2004, pp. 327 et s. ; Hans Kelsen, *La démocratie, Sa nature. Sa valeur*, trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 2002, pp. 92 et s. ; Carlos-Miguel Pimentel, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstitution juridique ? », *Pouvoirs*, n°102, 2002, pp. 119 et s. ; Friedrich A Hayek, *Droit, législation et liberté*. Vol.1, trad. Raoul Audouin, Paris, PUF, 1985, pp. 1 et s.

⁸¹ Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 102.

⁸² Jean-Philippe Feldman, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *op.cit.*

⁸³ Emile Faguet, *Le Libéralisme*, Paris, Coda, 2004, pp. 116 et s.

politique est la préservation des droits fondamentaux de l'homme est bien établie dans la philosophie normative⁸⁴, et dans la pensée politique⁸⁵. L'Etat moderne est aujourd'hui l'association politique par excellence. Il ne peut alors qu'ennoblir au maximum la séparation des pouvoirs au titre de la garantie des droits et libertés dans son ordre constitutionnel⁸⁶. Ce mouvement s'approfondit et aboutit à l'idée que la séparation des pouvoirs n'est plus seulement instrument fondamental de liberté, elle serait elle-même liberté fondamentale.

En réalité, la consubstantialité et la connexité entre la séparation des pouvoirs et les droits fondamentaux ne sont pas discutées dans la doctrine constitutionnelle. Dans le constitutionnalisme contemporain, il est un fonds commun de la doctrine de soutenir la corrélation nécessaire entre la garantie des droits fondamentaux et la séparation des pouvoirs⁸⁷. Même les auteurs qui contestent la pertinence ou l'existence de la séparation des pouvoirs ne critiquent que ses limites institutionnelles et non pas ses vertus fonctionnelles en matière de liberté⁸⁸. Ces réflexions rendent bien compte d'une dynamique diachronique et synchronique de la séparation des pouvoirs qui présage, prépare et démarre son évolution pour acquérir pleinement le statut d'un principe intégrant le champ des droits fondamentaux.

2- UN PRINCIPE INTEGRANT LES DROITS FONDAMENTAUX

Concomitamment à son statut de principe constitutionnel d'organisation institutionnelle de l'Etat moderne, la séparation des pouvoirs paraît relever du champ des droits fondamentaux. La nature de droit fondamental de la séparation des pouvoirs peut résulter d'une certaine interprétation des dispositions normatives s'y référant, et d'une certaine analyse de son évolution normative.

Du point de vue de l'interprétation, elle peut s'engager sur la signification exégétique de l'article 16 précité de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, qui est l'une des premières et plus célèbres dispositions normatives consacrant la séparation des pouvoirs dans le champ du droit constitutionnel moderne⁸⁹. A tout bien comprendre cette disposition, on peut soutenir, avec beaucoup de ses interprètes dans la doctrine, à l'instar de Troper, qu'elle comporte l'idée que « l'un des droits de l'homme est de vivre dans une société dans laquelle la séparation des pouvoirs est déterminée »⁹⁰. Dans la

⁸⁴ Article 2 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen, suivant lequel « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

⁸⁵ John Locke, *Essai sur le gouvernement civil*, *op.cit.*, pp. 75 et s.

⁸⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, pp. 702 et s. ; Patrice Rolland, « La garantie des droits fondamentaux », *Droits fondamentaux*, n°3, 2003, pp. 179-218.

⁸⁷ Michel Troper, « Séparation des pouvoirs », in Stéphane Rials, Frédéric Sudre et autres, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, pp. 712 et s.

⁸⁸ Georges Vedel, « La Constitution de 1958 », in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol.5, Paris, La Documentation française, 2001, pp. 345 et s. ; Dominique Chagnollaude, *Droit constitutionnel contemporain*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 125 et s.

⁸⁹ Georg Jellinek, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne », *op.cit.*

⁹⁰ Michel Troper, « Séparation des pouvoirs », *op.cit.*, pp. 712.

même perspective, s'interrogeant sur le point de savoir si le fait que la séparation des pouvoirs apparaît ainsi dans cette Déclaration comme objet essentiel de toute Constitution a pour conséquence d'en faire un droit de l'homme et du citoyen, Luchaire croit pouvoir dégager du droit constitutionnel une « réponse affirmative »⁹¹. On conclura avec lui que « la séparation des pouvoirs est donc bien un droit de l'homme »⁹². Justement, suivant la logique de cette disposition, la séparation des pouvoirs est un critère caractéristique d'une Constitution digne de ce nom pour un Etat moderne⁹³. On constate que la plupart des Etats aujourd'hui mettent en oeuvre la règle de la séparation des pouvoirs. Certains s'organisent matériellement conformément à la séparation des pouvoirs, sans s'y référer formellement dans leur norme fondamentale⁹⁴, comme pour suivre une coutume constitutionnelle⁹⁵. D'autres, marquent leur attachement à la séparation des pouvoirs dans le préambule fixant l'esprit même de la Constitution⁹⁶. D'autres encore sacralisent la séparation des pouvoirs dans le corps du texte constitutionnel au titre des principes fondamentaux régissant l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels⁹⁷, voire au titre des clauses d'éternité intangibles à toute révision constitutionnelle⁹⁸. Le principe jouit d'un large et solide ancrage juridique qui semble ne pas se suffire d'un cantonnement de son effet seulement à la simple mécanique des organes politiques. A la lumière des réflexions qui précèdent, il ne serait pas techniquement excessif de considérer toutes ces références normatives comme emportant un droit fondamental de l'individu au respect de la séparation des pouvoirs dans l'action des autorités publiques dans ses rapports avec lui, le particulier.

Du point de vue de l'évolution, la séparation des pouvoirs semble avoir eu une trajectoire historico-juridique d'affermissement progressif qui le ferait apparaître dans la théorie constitutionnelle d'aujourd'hui comme un droit fondamental. En tout état de cause, dans beaucoup de systèmes constitutionnels et dans l'esprit de beaucoup d'éminents constitutionnalistes de notre temps, le principe de la séparation des pouvoirs a suivi une évolution qui « le conduit enfin à s'infiltrer au plus profond de l'ordre juridique pour revêtir la forme d'un droit subjectif, constitutionnel par nature, justiciable des tribunaux »⁹⁹. On peut donc renchérir avec Hottelier que le principe de la séparation des pouvoirs n'a pas que la valeur d'un principe organique de nature objective. Il conserve cette valeur, mais en a plus. Il

⁹¹ François Luchaire, « Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *op.cit.*

⁹² *Ibidem.*

⁹³ Michel Troper, « Séparation des pouvoirs », *op.cit.* ; François Luchaire, « Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *op.cit.*

⁹⁴ C'est le cas de la Constitution du Burkina Faso du 2 juin 1991. Cf. Abdoulaye Soma, *La Constitution du Burkina Faso*, Ouagadougou, éd. Rônier-Tikanson, 3^e éd., 2016, pp. 77 et s.

⁹⁵ Comme en Angleterre. Cf. Maurice J.C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, *op.cit.*, pp. 72 et s.; Vernon Bogdanor, *The New British Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 285 et s.; Peter Leyland, *The Constitution of the United Kingdom*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 45 et s.

⁹⁶ V° par exemple : les Constitutions de l'Algérie du 6 mars 2016, de la Côte d'Ivoire du 6 novembre 2016 ; du Sénégal du 22 janvier 2001 ; du Togo du 14 octobre 1992.

⁹⁷ V° à titre illustratif : les Constitutions du Cap-Vert du 14 février 1981 (art.2), de l'Egypte du 18 janvier 2014 (art.5) ; du Portugal du 2 avril 1976 (art.2) ; de la Biélorussie du 24 novembre 1996 (art.6).

⁹⁸ V° notamment : Constitutions de l'Angola du 21 janvier 2010 (art. 236) ; de Madagascar du 11 décembre 2010 (art.163).

⁹⁹ Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *l'Etat*, *op.cit.*, pp. 601 et s.

représente également un droit constitutionnel dont peut se prévaloir tout justiciable en vue d'obtenir le respect de ses prérogatives et intérêts personnels par les autorités publiques dans la mise en œuvre des compétences établies par la Constitution¹⁰⁰. Cette nature implique que désormais le principe de « la séparation des pouvoirs est porteur d'un droit subjectif, au même titre que les autres droits de nature constitutionnelle »¹⁰¹. On peut même penser qu'une lecture purement institutionnelle du principe de la séparation des pouvoirs n'aurait pas suffi à en assurer le succès jusqu'aujourd'hui. Dans cette dimension, et dans la mesure où il est traditionnellement compris¹⁰², il a montré certaines limites à cerner la réalité des régimes et système politiques tels qu'ils fonctionnent dans les démocraties contemporaines¹⁰³. S'il continue encore à séduire au-delà des faiblesses de sa dimension institutionnelle, c'est qu'il a pu s'en développer une dimension personnelle, qui n'a au fond jamais été totalement absente de sa substance intrinsèque¹⁰⁴. Il est avant tout « un principe protecteur des citoyens »¹⁰⁵. Il a su se prêter à une rénovation et une actualisation pour faire l'objet d'une application comme un droit, dans un but de protection des individus¹⁰⁶. Il est devenu pour ainsi dire un droit fondamental constitutionnellement garanti¹⁰⁷.

Ainsi, la liberté est fille de la séparation des pouvoirs, autant que réciproquement la séparation des pouvoirs est fille de la liberté, en ce qu'elle fait partie de la famille des droits et libertés fondamentaux. Ce point de vue doctrinal bénéficie d'ailleurs d'une confirmation dans la jurisprudence constitutionnelle.

B- LA CONFIRMATION DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

En vérité, l'affirmation doctrinale du statut de droit fondamental de la règle de la séparation des pouvoirs tire profit de sa casuistique jurisprudentielle. D'une certaine praxis prétorienne de la justice constitutionnelle, on peut déduire progressivement la consécration implicite (1), puis la consécration explicite (2) de la séparation des pouvoirs comme droit fondamental.

¹⁰⁰ Michel Hottelier, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse », in *Long cours, Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 251-270.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Charles Eisenmann, « « L'esprit des lois » et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Carré de Malberg*, *op.cit.*, pp.163-192.

¹⁰³ Bruce Ackermann, « The New Separation of Powers », *Harvard Law Review*, n°3, 2000, pp. 633-729 ; Pierre Pactet et Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, pp. 110 et s ; René Capitant, « régimes parlementaires », in *Mélanges Carré de Malberg*, *op.cit.*, pp. 31-57.

¹⁰⁴ Agnès Roblot-Troizier, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op.cit.*

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Thierry Renoux et Michel de Villiers, *Code constitutionnel*, Paris, Litec, 2011, pp. 212, et s.

¹⁰⁷ Agnès Roblot-Troizier, « Quand le principe de la séparation des pouvoirs devient un droit constitutionnellement garanti », *RDF*, 2011, pp. 614 et s.

1- LA CONSECRATION IMPLICITE

La consécration implicite renvoie à l'application de la séparation des pouvoirs par le juge constitutionnel en tant que principe obligatoire dans la mise en oeuvre des droits et libertés individuels que la Constitution garantit. Cette consécration implicite, c'est-à-dire rationnellement déductible des données de la jurisprudence constitutionnelle, procède nécessairement d'une subjectivation de la règle¹⁰⁸. Cette individualisation de la séparation des pouvoirs pour la garantie des droits fondamentaux se manifeste autant dans les rapports entre pouvoirs publics, que dans les rapports entre ceux-ci et les individus.

Dans les rapports entre pouvoirs publics, le juge constitutionnel a donné à la séparation des pouvoirs une portée qui impose son respect quand les droits fondamentaux des individus sont en cause¹⁰⁹. C'est ainsi que dans les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif le juge constitutionnel français estime que le législateur peut conférer à une autorité administrative un pouvoir de sanction, à condition de l'assortir de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis, et à interdire la privation de liberté à ce titre¹¹⁰. Dans les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir juridictionnel, le juge constitutionnel estime qu' « il n'appartient pas au législateur de censurer les décisions des juridictions et d'enfreindre par là au principe de la séparation des pouvoirs » au détriment des droits fondamentaux¹¹¹. De même, une validation législative ne saurait avoir pour effet, sous peine de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, d'interdire tout contrôle juridictionnel de l'acte validé sur requête individuelle¹¹². Dans les rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir juridictionnel, sont jugés inconstitutionnelles les interférences des autorités administratives dans le fonctionnement de la justice¹¹³. Sont contraires au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs et aux droits fondamentaux les dispositions plaçant sous l'autorité exclusive du pouvoir exécutif la répression des actes de terrorisme¹¹⁴. Il en est de même de celles soumettant à l'avis favorable d'une autorité exécutive le pouvoir conféré au juge d'accorder la liberté conditionnelle à une personne¹¹⁵. L'indépendance du juge est strictement protégée sur le fondement de la séparation des pouvoirs quand sont en cause les libertés individuelles¹¹⁶.

¹⁰⁸ Jean-Louis Débré, « Justice et séparation des pouvoirs en droit constitutionnel français », Communication à Doha, 2008, p. 7. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>. Consulté 20 octobre 2017.

¹⁰⁹ Agnès Roblot-Troizier, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op.cit.*

¹¹⁰ Conseil constitutionnel français, décisions du 17 janvier 1989, *Liberté de communication* ; et du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*.

¹¹¹ Conseil constitutionnel français, décisions du 26 juin 1987, *Loi organique relative à la situation des magistrats nommés à des fonctions de premier grade* ; du 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* ; et du 29 décembre 2005, *Loi de finance rectificative pour 2005*, Rec., pp. 186 et s.

¹¹² Conseil constitutionnel français, décision du 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*.

¹¹³ Conseil constitutionnel français, décision du 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*.

¹¹⁴ Conseil constitutionnel français, 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme*.

¹¹⁵ Conseil constitutionnel français, décision du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté*.

¹¹⁶ Jean-Louis Débré, « Justice et séparation des pouvoirs en droit constitutionnel français », *op.cit.*, p. 4. V^o CEDH, arrêts du 6 mai 2003, *Kleyn*, §193 ; du 27 mai 2005, *Crizan*, §29 ; et du 19 mars 1997, *Hornsby*.

Comme on peut le voir, le principe de la séparation des pouvoirs ne s'impose pas aux puissances publiques seulement pour préserver le champ de leurs attributions constitutionnelles. Il s'impose en l'occurrence également pour assurer que dans l'exercice de leurs compétences, les différentes autorités publiques respectent la séparation des pouvoirs aux fins de protection des droits fondamentaux des personnes¹¹⁷.

De même, dans les rapports entre les pouvoirs publics et les individus, la séparation des pouvoirs s'affirme comme un principe dont le respect est obligatoire au titre des droits fondamentaux¹¹⁸. Dans cette dimension, la séparation des pouvoirs est sollicitée et appliquée par le juge constitutionnel dans la jouissance concrète des droits et libertés constitutionnellement reconnus¹¹⁹. Il en va ainsi dans les hypothèses où la séparation des pouvoirs est invoquée en conjonction avec un droit fondamental d'une personne dont la jouissance effective est affectée par sa violation¹²⁰. C'est en ce sens que des individus ont pu dénoncer l'atteinte à leur droit de propriété devant la Cour constitutionnelle du Bénin¹²¹. Cette atteinte leur faisant grief consiste précisément et concrètement en une méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs par une décision du Conseil des ministres ordonnant la suspension de l'exécution des décisions de justice en matière domaniale et foncière¹²². Le principe de la séparation des pouvoirs peut donc être invoqué en combinaison avec tout droit fondamental¹²³. Il suffit que la violation d'un droit constitutionnellement garanti résulte matériellement d'une méconnaissance de la séparation des pouvoirs. C'est alors que le principe a été invoqué diversement en couplage avec le droit à un recours juridictionnel effectif¹²⁴, le droit à l'exécution des décisions de justice¹²⁵, le droit à un procès équitable, les droits de la défense, la présomption d'innocence, la liberté d'expression¹²⁶. Ici la séparation des pouvoirs est appliquée comme un principe sous-jacent à tous les droits fondamentaux¹²⁷. Il prend alors les allures d'un principe général des droits de l'homme, une sorte de « droit-tuteur » selon le mot de Melin-Soucramanien¹²⁸, à l'instar du principe d'égalité¹²⁹ et du principe de non-discrimination¹³⁰.

¹¹⁷ Thierry Renoux et Michel de Villiers, *Code constitutionnel*, *op.cit.*, pp. 212, et s.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Pierre Bon, « Premières questions, premières précisions », *RFDA*, 2010, pp. 679 et s.

¹²⁰ Agnès Roblot-Troizier, « Quand le principe de la séparation des pouvoirs devient un droit constitutionnellement garanti », *op.cit.*

¹²¹ Luc Sindjoun, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, *op.cit.*, pp. 15 et s.

¹²² Cours constitutionnelle du Bénin, décision du 27 décembre 2007.

¹²³ Régis Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et des libertés », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 44, 2014/3, pp. 9-21.

¹²⁴ Conseil constitutionnel français, décisions du 11 juin 2010, *Mme Viviane* ; du 11 février 2011, *Alban Salim* ; du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation* ; du 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat* ; du 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina et autres*.

¹²⁵ Conseil constitutionnel français, décision du 29 juillet 1998.

¹²⁶ Régis Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et des libertés », *op.cit.*

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Ferdinand Melin-Soucramanien, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010/3, pp. 89-100.

¹²⁹ *Ibidem*. ; William Cohen, « Is equal protection as Oakland ? Equality as a surrogate for other rights », *Tulane Law Review*, vol.59, 1984, pp. 884.

¹³⁰ Conseil de l'Europe, *La non-discrimination : un droit fondamental*, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 2006, pp. 26-37.

On en déduit au moins un droit à la séparation des pouvoirs dans la mise en œuvre des droits fondamentaux. Sur ce terrain, la jurisprudence permet d'aller plus loin encore, en fondant la consécration explicite de la séparation des pouvoirs comme droit fondamental.

2- LA CONSECRATION EXPLICITE

La consécration explicite renvoie ici à une cristallisation jurisprudentielle suffisamment claire d'un droit de l'homme à la séparation des pouvoirs constitutionnellement garanti¹³¹. Même s'il n'est pas formellement consacré dans le corpus normatif, « un droit constitutionnel peut se déduire d'une disposition absolument quelconque de la Constitution », suivant Eisenmann¹³². Pour lui, « Il y a droit constitutionnellement garanti lorsqu'il y a un intérêt privé suffisamment individualisé au respect d'une disposition objective de la Constitution. La protection que lui donne un article de celle-ci en fait un droit subjectif »¹³³. La pratique de la consécration jurisprudentielle de nouveaux droits fondamentaux est connue en droit constitutionnel contemporain, et a notamment donné naissance à la théorie des droits constitutionnels non-écrits¹³⁴. C'est dans ce sens qu'une consécration explicite de la séparation des pouvoirs comme droit fondamental nous semble se dégager de l'œuvre prétorienne de plusieurs juridictions constitutionnelles.

Il y a d'abord la jurisprudence des juridictions constitutionnelles directement accessibles aux particuliers dans le contentieux des droits fondamentaux. Le *loci standi* de l'individu devant elles est un instrument de développement du contentieux constitutionnel et d'approfondissement de la garantie des droits fondamentaux¹³⁵. C'est dans cette dynamique qu'une certaine interprétation et application du principe de la séparation des pouvoirs le fait paraître en majesté comme un droit fondamental. En Suisse, le tribunal fédéral considère le principe de la séparation des pouvoirs comme un droit constitutionnel¹³⁶. Il l'applique notamment pour imposer le respect de la loi dans l'activité de l'administration envers les particuliers¹³⁷, ou pour protéger l'individu contre l'arbitraire d'un organe étatique qui serait simultanément habilité à adopter et appliquer une norme¹³⁸, ou plus encore¹³⁹. Dans le système constitutionnel de ce pays, même au niveau cantonal et de jurisprudence constante¹⁴⁰,

¹³¹ François Luchaire, « Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *op.cit.*

¹³² Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *op.cit.*, p. 237.

¹³³ Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, arrêt du 18 décembre 1926, *respect de l'autorité administrative de la chose jugée*.

¹³⁴ André Grisel, « Les droits constitutionnels non écrits », *op.cit.* ; Marie-Claire Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1994, pp. 87 et s.

¹³⁵ Abdoulaye Soma, « Modélisation d'un système de justice constitutionnelle pour une meilleure protection des droits de l'homme : trans-constitutionnalisme et droit constitutionnel comparé », *RTDH*, n°78, 2009, pp. 437-466.

¹³⁶ Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *l'Etat*, *op.cit.*, p. 604.

¹³⁷ Arrêt du Tribunal Fédéral Suisse (ATF) 103 Ia 369, *Wäffler*, 25 mai 1977.

¹³⁸ ATF 125 I 173, 176, *H.*, 3 mars 1999.

¹³⁹ ATF 136 I 241, *Association Oxyromandie*, 2 juin 2010 ; 134 I 322, *Amaudruz*, 5 décembre 2008 ; 134 I 313, *X.*, 23 juillet 2008 ; 134 I 269, *Communauté genevoise d'action syndicale*, 3 octobre 2008 ; 133 I 178, *Balmer*, 23 janvier 2007 ; 130 I 1, *D.*, 13 novembre 2003.

¹⁴⁰ Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1967, pp. 592 et s.

le principe de la séparation des pouvoirs représente un droit constitutionnel subjectif dont peut se prévaloir tout justiciable pour obtenir la garantie du respect des compétences établies par la Constitution¹⁴¹. Cet ordre juridique consacre solidement la séparation des pouvoirs parmi les droits constitutionnels, ou droits fondamentaux d'après les données conceptuelles retenues dans la présente réflexion, dont la caractéristique est de protéger l'individu contre les atteintes de l'Etat et d'être justiciable¹⁴². Cette conclusion nous semble aussi valable pour le système constitutionnel béninois. Dans cet Etat, la Cour constitutionnelle a clairement donné le droit aux citoyens d'invoquer dans les causes individuelles leur droit au respect de la séparation des pouvoirs, notamment dans le fonctionnement de la justice¹⁴³. C'est en exerçant également un droit fondamental à la séparation des pouvoirs que des requérants ont entendu invoquer ce principe en vue d'obtenir l'invalidation de certaines dispositions de la loi organique sur la Haute Cour de justice dans le cadre du procès d'anciens membres du gouvernement au Burkina Faso¹⁴⁴. Dès lors qu'avec l'invocation de la séparation des pouvoirs les requérants ont un intérêt direct et personnel à ce que la solution de droit donnée dans un cas concret lui soit conforme, la protection qu'obtient cet intérêt devant le juge en vertu de ce principe constitutionnel¹⁴⁵, en fait un droit subjectif constitutionnellement garanti¹⁴⁶.

Il y a ensuite la jurisprudence des juridictions constitutionnelles qui ne sont pas directement accessibles aux particuliers dans le contentieux des droits fondamentaux. Devant celles-ci, la question préjudicielle de constitutionnalité, à finalité de protection des droits et libertés individuelles, est soumise par une autorité publique. C'est ainsi qu'en France et depuis une période relativement récente, les causes individuelles dans lesquelles les requérants excipent du respect de la séparation des pouvoirs sont abondamment portées devant le juge constitutionnel par les juridictions suprêmes¹⁴⁷, comme le Conseil d'Etat¹⁴⁸. La question de l'invocabilité de ce principe dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) s'est donc posée au Conseil constitutionnel¹⁴⁹. Celui-ci a admis explicitement cette invocabilité au détour d'une jurisprudence abondante et constante¹⁵⁰. Cette jurisprudence confirme que le principe de la séparation des pouvoirs est invocable à l'appui d'une QPC¹⁵¹. On peut en déduire avec Roblot-troizier qu'il est devenu un droit fondamental, puisqu'en France cette voie de droit n'est limitativement ouverte qu'à la méconnaissance des « droits et libertés que la Constitution garantit »¹⁵². C'est bien au regard de cette application

¹⁴¹ Michel Hottelier, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse », *op.cit.*

¹⁴² *Ibidem.*

¹⁴³ Cour constitutionnelle du Bénin, arrêts des 27 décembre 2007 ; et 26 janvier 2000.

¹⁴⁴ Conseil constitutionnel du Burkina Faso, décision du 9 juin 2017.

¹⁴⁵ Conseil constitutionnel français, décisions du 23 mai 1979 et du 22 juillet 1980.

¹⁴⁶ Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, arrêt du 18 décembre 1926, précitée.

¹⁴⁷ Régis Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et des libertés », *op.cit.*

¹⁴⁸ Conseil d'Etat français, arrêts des 14 avril 2010, *Mme Lazare* ; 9 juin 2010, *Mme Bipolo* ; 25 juin 2010, *Commune de Besançon*. Cf. Pierre de Montalivet, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit administratif », *Droit administratif*, juin 2011, pp. 15-22.

¹⁴⁹ Pierre Bon, « Premières questions, premières précisions », *op.cit.*

¹⁵⁰ Conseil constitutionnel français, décisions des 11 février 2011, *Alban Salim* ; 19 janvier 2011, *ERAL Schmittseppel* ; 26 janvier 2011, *SAS Auxal* ; 11 juin 2010, *Mme Viviane L* ; 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat* ; 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina et autres*, notamment.

¹⁵¹ Agnès Roblot-Troizier, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op.cit.*

¹⁵² *Ibidem* ; Art. 61-1 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

qu'on peut soutenir que la séparation des pouvoirs est un droit de l'homme¹⁵³, constitutionnellement garanti¹⁵⁴. C'est l'inclinaison aussi de la jurisprudence constitutionnelle d'une partie des Etats d'Europe de l'Est¹⁵⁵, comme celle de la Cour constitutionnelle de Slovénie¹⁵⁶.

De ce qui précède, on voit que le principe de la séparation des pouvoirs a été progressivement subjectivé et érigé en droit fondamental. Il est invoqué comme tel par les requérants individuels et appliqué comme tel par plusieurs juridictions constitutionnelles. On peut en déduire sa justiciabilité, qu'il convient d'examiner maintenant.

II- LA JUSTICIABILITE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS

La justiciabilité ou garantie juridictionnelle est à la fois un critère et une finalité des droits fondamentaux¹⁵⁷. La fundamentalité du droit se conjugue nécessairement avec sa justiciabilité, au double sens de la conditionnalité et de la portée. Une règle est consacrée comme droit fondamental si elle est susceptible d'être justiciable; un droit fondamental consacré est destiné à être justiciable pour l'effet utile¹⁵⁸. C'est pourquoi pour soutenir le statut et la fonctionnalité de droit fondamental du principe de la séparation des pouvoirs, il est important d'en montrer la justiciabilité. A cet effet, on verra que son respect est un moyen de recours constitutionnel (A) et sa violation, un fondement de sanction juridictionnelle (B).

A- UN MOYEN DE RECOURS CONSTITUTIONNEL

Le droit fondamental à la séparation des pouvoirs peut être diversement invoqué à l'appui d'une requête en justice constitutionnelle. Ses manifestations dans les actions individuelles au prétoire du juge constitutionnel permettent d'en soutenir aussi bien l'invocabilité directe (1), que l'invocabilité indirecte (2).

1- L'INVOCABILITE DIRECTE

L'invocabilité directe désigne la possibilité pour le principe de la séparation des pouvoirs d'être nommément utilisé par le justiciable et admis par le juge comme le moyen d'un recours juridictionnel dans le contentieux constitutionnel des droits fondamentaux. Sa

¹⁵³ François Luchaire, « Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *op.cit.*

¹⁵⁴ Agnès Roblot-Troizier, « Quand le principe de la séparation des pouvoirs devient un droit constitutionnellement garanti », *op.cit.*

¹⁵⁵ Xavier Boissy, *La séparation des pouvoirs. Œuvre jurisprudentielle. Sur la construction de l'Etat de droit postcommuniste*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 21 et s.

¹⁵⁶ Pour elle, « l'essentiel de la séparation des pouvoirs réside plus dans son rôle fondamental de défense de la dignité et de la liberté de l'individu dans ses rapports avec le gouvernement ». Cf. Cour constitutionnelle de Slovénie, décision U-I-158/94 du 9 mars 1995.

¹⁵⁷ Marie-Joëlle Redor, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *op.cit.*

¹⁵⁸ Etienne Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial, pp. 6-42.

dynamique fonctionnelle et sa praxis jurisprudentielle permettent de penser que le droit à la séparation des pouvoirs jouit d'une telle invocabilité devant le juge constitutionnel¹⁵⁹. Son invocation directe peut être autonome ou non autonome.

L'invocation autonome se réfère à l'utilisation par les requérants de la séparation des pouvoirs comme moyen propre, *per se*, d'une action en justice constitutionnelle. Ainsi la séparation des pouvoirs peut apparaître soit en tant qu'unique moyen¹⁶⁰, soit en tant qu'un moyen parmi plusieurs autres invoqués dans le cadre d'une procédure contentieuse de protection des droits fondamentaux en justice constitutionnelle¹⁶¹. En tout état de cause, il apparaît comme un fondement indépendant et distinct d'appréciation de la constitutionnalité d'actes juridiques à l'aune des droits constitutionnellement garantis¹⁶². Dès lors, il peut être invoqué expressément contre un acte du pouvoir législatif jugé attentatoire aux droits fondamentaux¹⁶³. Dans cette hypothèse, il peut s'agir d'un contrôle abstrait de constitutionnalité¹⁶⁴, ou du règlement d'un différend constitutionnel concret¹⁶⁵. Il peut également être invoqué contre un acte du pouvoir exécutif, notamment un acte administratif liberticide faisant grief à un particulier¹⁶⁶. On peut même soutenir son invocabilité contre un acte du pouvoir judiciaire, dans les systèmes juridiques des Etats où il existe un contrôle de constitutionnalité des décisions judiciaires¹⁶⁷. La preuve en est que plusieurs juridictions constitutionnelles ont admis l'examen des recours en matière de protection des droits fondamentaux des individus se fondant sur une violation de la séparation des pouvoirs, confirmant ainsi l'invocabilité autonome du principe¹⁶⁸. Elles confirment par la même occasion la subjectivité et la justiciabilité du principe de la séparation des pouvoirs en tant que droit de nature constitutionnelle, d'après l'approche conceptuelle adoptée dans cette contribution¹⁶⁹. Par exemple, en occident le Conseil constitutionnel français¹⁷⁰, tout comme le

¹⁵⁹ Xavier Boissy, *La séparation des pouvoirs. Œuvre jurisprudentielle. Sur la construction de l'Etat de droit postcommuniste*, *op.cit.*, pp. 21 et s. ; Chloé Mathieu, *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Université de Montpellier, 2015, pp. 230 et s.

¹⁶⁰ Michel Hottelier, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse », *op.cit.*

¹⁶¹ Conseil constitutionnel français, décisions des 11 février 2011, *Alban Salim* ; 19 janvier 2011, *ERAL Schmittseppel* ; 26 janvier 2011, *SAS Auxa*.

¹⁶² Agnès Roblot-Troizier, « Quand le principe de la séparation des pouvoirs devient un droit constitutionnellement garanti », *op.cit.*

¹⁶³ François Brenet, « Inconstitutionnalité de la loi de validation du contrat de concession du Stade de France », *Droit administratif*, avril 2011, pp. 28 et s.

¹⁶⁴ Michel Hottelier, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse », *op.cit.* ATF 134 I 322, *Amaudruz*, 5 septembre 2008 ; ATF 138 I 196, *Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève*, 3 mars 2012. Conseil constitutionnel du Burkina Faso, décision du 9 juin 2017.

¹⁶⁵ ATF 138 II 191, *Résidence Bellerive Sàrl*, 19 avril 2012 ; Cour constitutionnelle du Bénin, arrêt du 27 décembre 2007.

¹⁶⁶ Cour constitutionnelle du Bénin, arrêt du 27 décembre 2007.

¹⁶⁷ Cour constitutionnelle de Hongrie, décision du 12 novembre 2005. Cf. Pierre Bon et Didier Maus, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 35 et s. ; Joseph Djogbenou, « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : un fantasme de plus ? », *Aflicex*, 2011, pp. 1-27.

¹⁶⁸ Agnès Roblot-Troizier, « Quand le principe de la séparation des pouvoirs devient un droit constitutionnellement garanti », *op.cit.*

¹⁶⁹ Michel Hottelier, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse », *op.cit.*

¹⁷⁰ Xavier Philippe, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel octobre 2010 à mars 2011 », *RFDC*, 2011/4, pp. 781-864.

Tribunal fédéral suisse¹⁷¹, dispose dans la jurisprudence de décisions foisonnantes et concordantes sur l'invocabilité autonome de la séparation des pouvoirs dans le cadre de la QPC¹⁷². En Afrique¹⁷³, comme en Amérique¹⁷⁴, il existe les mêmes dynamiques à cet égard dans la jurisprudence de certaines juridictions constitutionnelles.

L'invocation non autonome se réfère à l'utilisation par les requérants de la séparation des pouvoirs comme moyen de recours accessoire dépendant nécessairement d'un moyen principal de recours. Il en est ainsi dans les hypothèses où la violation d'un droit fondamental emporte ou comporte simultanément violation du principe de la séparation des pouvoirs¹⁷⁵. Le recours devant la juridiction constitutionnelle sera alors certainement fondé à titre principal sur l'invocation du droit fondamental concerné. La séparation des pouvoirs apparaîtrait en pareilles circonstances comme moyen subsidiaire ou le motif matériel combiné à cette violation¹⁷⁶. Dans ce cas, le principe ne serait invocable qu'à condition que sa méconnaissance ne soit de nature à affecter la jouissance d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit¹⁷⁷, comme l'indépendance du juge¹⁷⁸, ou le droit de propriété¹⁷⁹. Même dans cette situation où il n'est pas au cœur du recours en tant que tel, le principe de la séparation des pouvoirs ne demeure pas moins invoqué à titre de droit subjectif de nature constitutionnelle¹⁸⁰. Il paraît ainsi dans la mesure où il est sollicité à l'appui d'une action juridictionnelle de défense d'intérêts particuliers devant un organe étatique dont l'attribution institutionnelle et fonctionnelle est de garder et protéger les droits et libertés constitutionnellement garantis suivant la procédure spécialement édictée à cet effet¹⁸¹. En pareilles situations, le principe de la séparation des pouvoirs figure dans le raisonnement du juge constitutionnel parmi les aspects de droits fondamentaux à respecter en matière d'adoption d'actes normatifs, voire de leur application aux justiciables¹⁸².

¹⁷¹ Michel Hottelier, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse », *op.cit.*

¹⁷² Conseil constitutionnel français, décisions des 11 février 2011, *Alban Salim* ; 19 janvier 2011, *ERAL Schmittseppel* ; 26 janvier 2011, *SAS Auxa* ; 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat* ; 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina et autres* ; 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre*, 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme* notamment.

¹⁷³ Cour constitutionnelle du Bénin, arrêts des 27 décembre 2007 ; et 26 janvier 2000 ; Conseil constitutionnel du Burkina Faso, décision du 9 juin 2017.

¹⁷⁴ Rebecca Brown, « Separation of Powers and Ordered Liberty », *Pennsylvania Law Review*, 1991, pp. 1513-1566. Cour suprême des Etats-Unis, *Buckley vs. Valeo*, 1976 ; *Morisson vs. Olson*, 1988 ; *Myers vs. United States*, 1926 ; *Bouie Vs. Columbia*, 1964 ; *Wang Yang Soung vs. McGrath*, 1950 ; *Mistretta vs. United States*, 1989 ; *Immigration and Naturalization Service vs. Chada*, 1983 ; *Valley Forge Christian College vs. Americans united for seperation of Church and State*, 1982.

¹⁷⁵ Agnès Roblot-Troizier, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op.cit.*

¹⁷⁶ Conseil constitutionnel français, décision du 21 décembre 1999.

¹⁷⁷ Conseil constitutionnel français, décisions des 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et autres* ; 12 octobre 2012, *Groupe Canal Plus et autres* ; 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale*.

¹⁷⁸ Conseil constitutionnel français, décisions des 2 juillet 2010, *consorts C.* ; 10 novembre 2011, *Jeannette R.*

¹⁷⁹ Cours constitutionnelle du Bénin, décision 27 décembre 2007.

¹⁸⁰ Agnès Roblot-Troizier, « Quand le principe de la séparation des pouvoirs devient un droit constitutionnellement garanti », *op.cit.* ; Michel Hottelier, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse », *op.cit.*

¹⁸¹ Régis Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration, chef de voûte des droits et des libertés », *op.cit.*

¹⁸² Conseil constitutionnel français, 11 juin 2010, *Mm Viviane L.* ; 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autres* ; 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autres* ; 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de Casino*.

En somme, l'invocabilité directe du principe de la séparation des pouvoirs dans le contentieux constitutionnel des droits fondamentaux semble être établie et normale. C'est en cela que le principe a un sens et une portée en tant que droit individuel protégé par la Constitution. Parfois, ses manifestations jurisprudentielles sont plus insidieuses et plus diffuses mais pas moins opératoires, consistant dans une sorte d'invocabilité indirecte.

2- L'INVOCABILITE INDIRECTE

L'invocabilité indirecte désigne l'utilisation matérielle du principe de la séparation des pouvoirs par le truchement d'une invocation formelle de ses corollaires dans le contentieux constitutionnel des droits fondamentaux. Cette dimension ne vient qu'à titre surabondant soutenir l'argumentation ci-dessus sur l'invocabilité directe de la séparation des pouvoirs comme droit fondamental. Dans l'hypothèse de l'invocabilité indirecte, le principe peut apparaître sous le prisme soit du principe de constitutionnalité, soit du principe de la légalité.

L'invocation du principe de constitutionnalité dans le contentieux des droits fondamentaux peut correspondre en réalité à une mise en œuvre du principe de la séparation des pouvoirs. « Le principe de constitutionnalité signifie que seule une loi constitutionnelle peut déroger à une loi constitutionnelle »¹⁸³. C'est autrement le principe de la conformité nécessaire de la loi à la Constitution¹⁸⁴, car « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »¹⁸⁵. Tout comme le principe de la séparation des pouvoirs, les droits fondamentaux et les principes essentiels qui contribuent à leur mise en œuvre sont de nature constitutionnelle. C'est ainsi que dans certaines situations, même si le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas formellement visé, l'invocation d'une de ces règles constitutionnelles peut tenir au fond en une application de la séparation des pouvoirs¹⁸⁶. Il peut s'agir des cas où la violation d'un droit fondamental réside dans la méconnaissance de la séparation des pouvoirs¹⁸⁷. Il peut surtout s'agir des cas où la violation d'un droit fondamental réside dans la violation d'un des corollaires de la séparation des pouvoirs, comme le principe de l'indépendance des juges¹⁸⁸. L'indépendance du juge, en l'occurrence dans son statut constitutionnel de gardien des libertés, se déduit directement, comme conséquence constitutionnelle immédiate, de la règle de la séparation des pouvoirs¹⁸⁹. Ainsi, toutes les fois que la constitutionnalité d'un acte est mise en cause en raison de sa contrariété avec le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard des autres pouvoirs en matière de protection individuelle, on peut en réalité y voir une application implicite ou indirecte de la

¹⁸³ Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *op.cit.*, pp. 21 ; Louis Favoreu, « Le principe de constitutionnalité », in *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 33 et s.

¹⁸⁴ Louis Favoreu et autres, *Droit constitutionnel*, *op.cit.* pp. 409 et s.

¹⁸⁵ Conseil constitutionnel français, décision du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*.

¹⁸⁶ Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *l'Etat*, *op.cit.*, pp. 605 et s.

¹⁸⁷ Agnès Roblot-Troizier, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op.cit.*

¹⁸⁸ Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *l'Etat*, *op.cit.*, pp. 605 et s.

¹⁸⁹ Chloé Mathieu, « Le principe de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op.cit.* ; Conseil constitutionnel français, décisions des 2 juillet 2010, *Consorts C.*; 10 novembre 2011, *Jeannette R.*

séparation des pouvoirs en tant que principe général des droits fondamentaux¹⁹⁰. Qu'il soit ou non ostensiblement visé, le principe de la séparation des pouvoirs est en pareils cas le moyen décisif du recours juridictionnel pour la protection des droits fondamentaux devant le juge constitutionnel¹⁹¹.

L'invocation du principe de la légalité dans le contentieux des droits fondamentaux peut également correspondre en réalité à une mise en œuvre du principe de la séparation des pouvoirs. Le principe de la légalité, qui implique que « seule une loi peut déroger à une loi »¹⁹², est une règle qui assure l'autorité hiérarchique des actes législatifs sur les actes exécutifs. Il implique aussi la distinction entre l'autorité qui adopte la norme et celle qui l'applique¹⁹³. L'exigence de légalité dans l'activité et le comportement des organes de l'Etat trouve l'une de ses justifications dans le principe de la séparation des pouvoirs, d'après le Tribunal fédéral suisse¹⁹⁴. En soumettant l'administration au principe de la légalité, on coordonne en quelque sorte les champs de compétence du législatif, de l'exécutif et du juridictionnel, conformément à la séparation des pouvoirs¹⁹⁵. Cela vaut même dans les rapports entre autorités centrales et autorités locales si une séparation verticale des pouvoirs marque la structure organisationnelle d'un Etat¹⁹⁶. Donc, si une violation des droits et libertés des personnes résulte d'une méconnaissance du principe de la légalité, le moyen qui en est tiré devant le juge des droits fondamentaux renvoie au final à l'application de la séparation des pouvoirs¹⁹⁷. Ainsi, on a pu convoquer formellement le principe de la légalité pour protéger les droits et libertés du particulier contre l'arbitraire d'une autorité assumant doublement la compétence d'adopter et d'appliquer la loi, en contradiction substantielle avec le principe de la séparation des pouvoirs¹⁹⁸. Dès lors, le principe de la séparation des pouvoirs exige le respect du principe de la légalité, ou inversement celui-ci dérive de celui-là notamment devant le juge constitutionnel des droits fondamentaux¹⁹⁹. C'est aussi en cela que l'absence de base légale d'un acte portant atteinte aux droits fondamentaux est une violation de la séparation des

¹⁹⁰ Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *l'Etat*, *op.cit.*, pp. 605 et s. ; Chloé Mathieu, *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op.cit.*, pp. 236 et s.

¹⁹¹ Conseil constitutionnel français, décisions des 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats* ; 20 avril 2012, *Mme Marie-Christine*.

¹⁹² Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *op.cit.*, p. 21 ; Louis Favoreu, « Le principe de constitutionnalité », *op.cit.*

¹⁹³ ATF 103 Ia 369, *Wäffler*, *op.cit.*

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *l'Etat*, *op.cit.*, pp. 605 et s.

¹⁹⁶ ATF 93 I 38, *Fédération des Syndicats patronaux*, 22 février 1967 ; ATF 130 I 1 D., 13 novembre 2003 ; ATF 128 I 327, *Botta*, 26 août 2002.

¹⁹⁷ ATF 125 I 173, 176, *H*, 3 mars 1999.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ ATF 130 I 174, 178, *X.*, 8 juillet 2004 ; ATF 119 Ia 28, 34, *M.*, 11 février 1993.

pouvoirs²⁰⁰. Toute violation du principe de la légalité équivaut en dernière analyse à une violation du principe de la séparation des pouvoirs²⁰¹.

Sur les ressorts de l'analyse qui vient d'être faite, on peut admettre que le principe de la séparation des pouvoirs paraît véritablement être un droit fondamental justiciable²⁰². En tant que tel, il est utilisé comme le moyen d'un recours juridictionnel dans le contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, d'une manière directe, ou indirecte, de façon explicite ou implicite, à titre autonome ou associé. Cette nature se confirme par le fait que lorsqu'il est invoqué avec succès, le principe de la séparation des pouvoirs devient pour le juge du contentieux constitutionnel des droits fondamentaux le fondement de sa sanction juridictionnelle.

B- UN FONDEMENT DE SANCTION JURIDICTIONNELLE

De façon générale, la sanction est une réaction du droit à une violation du droit. Elle est une obligation résultant de la violation d'une obligation²⁰³. Plus précisément ici, la sanction juridictionnelle est celle édictée par le juge²⁰⁴, en l'occurrence pour garantir le respect de la norme constitutionnelle²⁰⁵. La sanction est décisive pour l'effectivité et l'efficacité de la protection des droits fondamentaux. La violation de la séparation des pouvoirs, en tant que droit de nature constitutionnelle, peut entraîner une sanction constitutionnelle²⁰⁶, par le juge gardien des droits fondamentaux. En tant que tel, la séparation des pouvoirs peut clairement être un motif d'invalidation d'un acte juridique (1), et subséquemment un motif de réparation d'un dommage juridique (2).

1- UN MOTIF D'INVALIDATION D'UN ACTE JURIDIQUE

Après avoir constaté l'inconstitutionnalité d'un acte attentatoire à la protection des personnes en raison de sa contrariété avec le principe de la séparation des pouvoirs, le juge constitutionnel en prononce l'invalidité pour ce motif précis.

²⁰⁰ Michel Hottelier, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse », *op.cit.* ATF 134 I 322, *Amaudruz*, 5 septembre 2008 ; ATF 138 I 196, *Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève*, 3 mars 2012.

²⁰¹ Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *l'Etat*, *op.cit.*, pp. 625 et s. ATF 128 I 113, *Verein des Bündner Staatspersonals*, 15 mars 2002 ; ATF 128 Ia 305, 309, X. 26 septembre 1974 ; ATF 129 I 161, X., 19 mars 2003 ; ATF 130 I 360, X., 9 décembre 2004.

²⁰² Agnès Roblot-Troizier, « Quand le principe de la séparation des pouvoirs devient un droit constitutionnellement garanti », *op.cit.* ; Michel Hottelier, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse », *op.cit.*

²⁰³ Alain Laquière, « La Sanction », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2014, pp. 1381-1384.

²⁰⁴ Jean Rivero, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 457.

²⁰⁵ Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op.cit.*

²⁰⁶ Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle. Etude d'un argument doctrinal*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 31 et s.

La constatation juridictionnelle de l'inconstitutionnalité d'un acte pour violation de la séparation des pouvoirs s'ancre progressivement dans le contentieux des droits fondamentaux²⁰⁷. La protection juridictionnelle des droits fondamentaux induit un contrôle de constitutionnalité²⁰⁸, qui peut être abstrait²⁰⁹ ou concret²¹⁰, *a priori*²¹¹ ou *a posteriori*²¹², des normes infraconstitutionnelles²¹³. Le procédé d'un tel contrôle consiste à rapporter celles-ci aux normes de référence du bloc de constitutionnalité²¹⁴. Or le principe de la séparation des pouvoirs figure parmi les normes de référence²¹⁵. Plus précisément encore, il semble désormais peu discutable qu'il intègre le champ des droits fondamentaux qui sont une catégorie de ces normes de référence²¹⁶. Il est donc logique qu'un acte qui contrevient à la séparation des pouvoirs dans le contentieux constitutionnel des droits fondamentaux soit déclaré contraire à la Constitution²¹⁷. Les déclarations d'inconstitutionnalité d'actes jugés attentatoires aux droits et libertés individuelles pour motif de violation de la séparation des pouvoirs ressortent de plus en plus fréquemment dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles contemporaines²¹⁸. On peut en trouver témoignages éloquentes, pertinents et concordants dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles aux Etats-Unis²¹⁹, au Bénin²²⁰, en France²²¹, en Suisse²²², en Hongrie²²³, etc.²²⁴. Ces juridictions constitutionnelles

²⁰⁷ Xavier Boissy, *La séparation des pouvoirs. Œuvre jurisprudentielle. Sur la construction de l'Etat de droit postcommuniste*, *op.cit.*, pp. 21 et s. ; Chloé Mathieu, *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op.cit.*, pp. 230 et s.

²⁰⁸ Alexandre Viala, « Droits fondamentaux (garanties de procédures) », in Dominique Chagnollaud et Guillaume Drago, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 287-303.

²⁰⁹ ATF 138 I 196, *Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève*, 3 mars 2012.

²¹⁰ Michel Hottelier, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse », *op.cit.* ATF, 125 I 173, 176, *H.*, 3 mars 1999.

²¹¹ François Luchaire, « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux », in Louis Favoreu (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et les droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1982, pp. 55-104.

²¹² Klaus Schlaich, « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux », in *Ibidem.*, pp. 105-164.

²¹³ Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op.cit.* ; Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *op.cit.*, pp. 236 et s. ; Marie-Joëlle Redor, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *op.cit.*

²¹⁴ Francis Hamon et Céline Wiener, *Le contrôle de constitutionnalité*, Paris, La Documentation française, 1994, pp. 28 et s.

²¹⁵ Conseil constitutionnel français, décisions du 23 mai 1979 et du 22 juillet 1980 ; Thierry Renoux, « Louis Favoreu et le principe de la séparation des pouvoirs », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, *op.cit.*, pp. 13-20 ; André Grisel, « Les droits constitutionnels non écrits », *op.cit.*

²¹⁶ Agnès Roblot-Troizier, « Quand le principe de la séparation des pouvoirs devient un droit constitutionnellement garanti », *op.cit.* ; Michel Hottelier, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse », *op.cit.* ; François Luchaire, « Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *op.cit.*

²¹⁷ Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *l'Etat*, *op.cit.*, pp. 605 et s.

²¹⁸ Thierry Renoux et Michel de Villiers, *Code constitutionnel*, *op.cit.*, pp. 212, et s. ; Agnès Roblot-Troizier, « Quand le principe de la séparation des pouvoirs devient un droit constitutionnellement garanti », *op.cit.*

²¹⁹ Cour suprême des Etats-Unis, arrêts des 18 janvier 1989, *Mistretta vs. United States* ; 23 juin 1983 *Immigration and Naturalization Service vs. Chada*.

²²⁰ Cour constitutionnelle du Bénin, arrêt du 27 décembre 2007.

²²¹ Chloé Mathieu, « Le principe de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op.cit.* ; Conseil constitutionnel français, décisions des 2 juillet 2010, *Consorts C.* ; 10 novembre 2011, *Jeannette R.*

²²² Michel Hottelier, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse », *op.cit.* ATF, 125 I 173, 176, *H.*, 3 mars 1999.

²²³ Cour constitutionnelle de Hongrie, décision du 12 novembre 2005.

et leurs œuvres prétorienne participent d'un mouvement spectaculaire de modernisation, d'actualisation, de subjectivation et de consolidation progressives de la règle de la séparation des pouvoirs comme droit fondamental²²⁵.

Dès lors, l'application de l'invalidation ou de l'annulation juridictionnelle comme sanction constitutionnelle de la violation de la séparation des pouvoirs dans le contentieux des droits fondamentaux devient une conséquence logique. L'effet même du contrôle de constitutionnalité est de soumettre toutes les normes infraconstitutionnelles dans l'ordre juridique à la suprématie et à l'inviolabilité des normes de rang constitutionnel²²⁶, à peine de sanction²²⁷. Sous cet angle, la nature de droit constitutionnel de la séparation des pouvoirs prend tout son sens et toute sa valeur par l'invalidation systématique de tout acte juridique qui lui contrevient. C'est donner plein effet à la séparation des pouvoirs comme droit fondamental que de censurer des actes législatifs qui violent les droits et libertés des individus par sa méconnaissance²²⁸. C'est aussi donner pleine portée à la séparation des pouvoirs comme droit fondamental que d'invalider les actes réglementaires faisant grief aux intérêts subjectifs constitutionnellement garantis des particuliers par violation de la séparation des pouvoirs²²⁹. Il n'en va pas autrement lorsque pour le motif de la séparation des pouvoirs la juridiction constitutionnelle invalide la décision d'une juridiction ordinaire, même suprême, comme portant atteinte aux droits de l'homme que la Constitution garantit²³⁰. A cet égard, l'invalidation juridictionnelle des actes attentatoires au droit de l'homme à la séparation des pouvoirs donne une dimension nouvelle à la garantie des droits fondamentaux dans le constitutionnalisme contemporain. Elle en densifie la teneur normative et en concrétise l'usage subjectif.

Toute considération faite, il ne pouvait en être autrement du moment que le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs a revêtu l'étoffe d'un droit subjectif au prétoire du juge des droits fondamentaux. Par là même, il assume le régime juridique de cette catégorie normative²³¹, dont l'une des caractéristiques de la violation est de pouvoir être le motif de réparation du dommage juridique qui en résulte.

2- UN MOTIF DE REPARATION D'UN DOMMAGE JURIDIQUE

²²⁴ Xavier Boissy, *La séparation des pouvoirs. Œuvre jurisprudentielle. Sur la construction de l'Etat de droit postcommuniste*, *op.cit.*, pp. 21 et s. ;

²²⁵ Chloé Mathieu, *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op.cit.*, pp. 230 et s. ; Agnès Roblot-Troizier, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op.cit.*

²²⁶ Théodore Holo, « Emergence de la justice constitutionnelle », *op.cit.* ; Michel Fromont, « La justice constitutionnelle en Europe », *op.cit.*

²²⁷ Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle. Etude d'un argument doctrinal*, *op.cit.*, 619 et s.

²²⁸ Conseil constitutionnel français, décision du 11 février 2011, *Alban Salim* ; du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation*. Cf. François Brenet, « Inconstitutionnalité de la loi de validation du contrat de concession du Stade de France », *op.cit.*

²²⁹ Cour constitutionnelle du Bénin, arrêt du 27 décembre 2007 ; ATF 134 I 322, *Amaudruz*, 5 septembre 2008.

²³⁰ Cour constitutionnelle de Hongrie, décision du 12 novembre 2005.

²³¹ Gregorio P-B Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 319 et s.

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »²³². Ce principe général de responsabilité juridique, peut se décliner en matière de protection constitutionnelle des droits fondamentaux²³³. Aussi, peut-on poser l'idée que tout fait quelconque de l'Etat qui viole les droits de l'homme oblige celui-ci à réparer le dommage causé²³⁴.

Il en est ainsi parce que la violation d'un droit fondamental, comme la séparation des pouvoirs, engage la responsabilité de l'Etat. « Quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation »²³⁵. Les droits fondamentaux créent donc des obligations à l'égard des corps de l'Etat. La violation de celles-ci, contre les intérêts constitutionnellement protégés des individus, est soumise à sanction constitutionnelle²³⁶, au sens de réaction du droit constitutionnel²³⁷. Si l'on soutient que la séparation des pouvoirs est devenue un droit de l'homme²³⁸, ce raisonnement sur la relation violation-sanction ou dommage-réparation est susceptible d'être appliqué à sa méconnaissance. La jurisprudence constitutionnelle semble d'ailleurs subrepticement corroborer cette logique. Par exemple, la Cour constitutionnelle du Bénin a bien établi, dans un *obiter dictum*, que si un organe public suspend, « en violation du principe de la séparation des pouvoirs », une décision de justice garantissant un droit fondamental d'un justiciable, en l'occurrence le droit de propriété, « il engage de ce fait la responsabilité de l'Etat »²³⁹. *In casu*, la responsabilité de l'Etat pour violation des droits fondamentaux dérive à la fois de la violation du droit de propriété consacré dans la Constitution et du principe de la séparation des pouvoirs, invoqués et appliqués distinctement²⁴⁰.

Il en est ainsi également parce que la violation d'un droit fondamental, comme la séparation des pouvoirs, peut causer préjudice²⁴¹. Il peut en résulter ce que la doctrine anglo-saxonne appelle *Constitutional damages*²⁴². L'office du juge des droits fondamentaux dans un Etat de droit nous semble pouvoir lui permettre de déterminer la nature et les conséquences juridiques d'un tel préjudice constitutionnel en vue d'une compensation²⁴³, ou réparation²⁴⁴.

²³² Article 1382 ancien et 1240 nouveau du Code civil français, repris dans plusieurs systèmes juridiques.

²³³ Pascale Deumier et Olivier Gout, « La Constitutionnalisation de la responsabilité civile » *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°31, 2011/2, pp. 21-33. ; Marc Frangi, *L'apport du droit constitutionnel aux droits des personnes et aux droits économiques individuels. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation du droit privé*, Thèse, Aix-en Provence, 1990, pp. 233 et s.

²³⁴ Xavier Philippe, « Les dommages-intérêts pour violation des droits de l'homme en France », in Ewa Baginska (éd.), *Damages for violations of human rights. A comparative study of domestic legal systems*, Gdansk, Springer, pp.69-100.

²³⁵ Article 35 alinéa 2 de la Constitution de la Confédération helvétique du 18 avril 1999.

²³⁶ Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle. Etude d'un argument doctrinal*, *op.cit.*, pp. 619 et s.

²³⁷ Alain Laquière, « La Sanction », *op.cit.*

²³⁸ François Luchaire, « Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *op.cit.*

²³⁹ Cour constitutionnelle du Bénin, arrêt du 27 décembre 2007.

²⁴⁰ Luc Sindjoun, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, *op.cit.*, pp. 15 et s.

²⁴¹ Andreas Von Arnould, « Damages for the infringements of human rights in Germany », in Ewa Baginska (éd.), *Damages for violations of human rights. A comparative study of domestic legal systems*, *op.cit.*, pp. 101-135.

²⁴² Sheldon Nahmod, « Constitutional damages and corrective justice : A different view », *Virginia Law Review*, n° 76, 1990, pp. 997-1022.

²⁴³ Marris Amos, « Damages for violations of human rights in the United Kingdom », in Ewa Baginska (éd.), *Damages for violations of human rights. A comparative study of domestic legal systems*, *op.cit.*, pp. 371-394.

Au regard de la particularité de la justice constitutionnelle²⁴⁵, du contentieux des droits fondamentaux²⁴⁶, et du principe de la séparation des pouvoirs²⁴⁷, une réflexion doit s'engager sur les modalités de gestion de ce préjudice constitutionnel. Il est vrai que l'annulation ou l'invalidation *in abstracto*²⁴⁸, ou *in concreto*²⁴⁹, de l'acte liberticide violant le principe de la séparation des pouvoirs peut permettre d'anticiper un préjudice potentiel²⁵⁰, ou de neutraliser l'effet d'un préjudice réel²⁵¹. Toutefois, en pareille situation, l'annulation pure et simple de l'acte attentatoire aux droits fondamentaux de l'individu peut ne pas être suffisante et satisfaisante à redresser la situation juridique de la victime²⁵². C'est pourquoi, la réparation peut aussi consister en l'indemnisation des victimes²⁵³. Cela ne semble pas inconcevable dans la théorie du droit constitutionnel contemporain, fortement marqué par la centralité individuelle dans la dynamique des normes constitutionnelles. C'est ainsi que dans la suite de l'*obiter dictum* précité, le juge constitutionnel béninois a estimé que lorsqu'en « violation du principe de la séparation des pouvoirs » un organe de l'Etat « est amené à refuser d'apporter son concours à l'exécution d'une décision de justice devenue définitive, il engage de ce fait la responsabilité de l'Etat qui est dès lors tenu d'indemniser le bénéficiaire de ladite décision »²⁵⁴. On en déduit évidemment qu'une obligation constitutionnelle de réparation d'un préjudice personnel peut résulter de la responsabilité établie de l'Etat pour violation de la séparation des pouvoirs dans le contentieux constitutionnel des droits fondamentaux²⁵⁵. C'est tout un renouveau.

En définitive, la juridicité et la constitutionnalité du principe de la séparation des pouvoirs paraissent solidement ancrées dans le droit positif contemporain. Sa subjectivité et sa justiciabilité le paraissent moins. Toutefois, à la lumière de la présente étude, on peut soutenir la subjectivité du principe de la séparation des pouvoirs, en ce qu'il assume des applications pour protéger les prérogatives individuelles et les intérêts privés des particuliers dans l'ordre juridique. On peut également en soutenir la justiciabilité, en ce qu'il a pu être invoqué par des justiciables devant le juge constitutionnel, qui, recevant les recours sur ce fondement, y repose la motivation de sa décision et de sa sanction. Dès lors, le principe de la séparation des pouvoirs transparait sous la figure renouvelée d'une règle constitutionnelle,

²⁴⁴ Youssef Nada, *La transition démocratique et la garantie des droits fondamentaux*, *op.cit.*, pp. 413 et s.

²⁴⁵ Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op.cit.* ; Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *op.cit.*, pp. 236 et s. ; Marie-Joëlle Redor, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *op.cit.*

²⁴⁶ José Woehrling, « Justice constitutionnelle, protection des droits et libertés et judiciarisation de la vie politique au Canada », *op.cit.*

²⁴⁷ Agnès Roblot-Troizier, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op.cit.*

²⁴⁸ ATF 138 I 196, *Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève*, 3 mars 2012.

²⁴⁹ Michel Hottelier, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse », *op.cit.* ATF, 125 I 173, 176, *H.*, 3 mars 1999.

²⁵⁰ Chloé Mathieu, « Le principe de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op.cit.* ; Conseil constitutionnel français, décisions des 2 juillet 2010, *Consorts C.* ; 10 novembre 2011, *Jeannette R.* ; 11 février 2011, *Alban Salim*.

²⁵¹ Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *op.cit.*, p. 241.

²⁵² Marris Amos, « Damages for violations of human rights in the United Kingdom », *op.cit.*,

²⁵³ Cour suprême des Etats-Unis, arrêt du 21 juin 1971, *Biven vs. Six Unknown Federal Narcotics Agents*.

²⁵⁴ Cour constitutionnelle du Bénin, arrêt du 27 décembre 2007.

²⁵⁵ Jacques de Lisle, « Damages Remedies for infringement of human rights under U.S. law », in Ewa Baginska (éd.), *Damages for violations of human rights. A comparative study of domestic legal systems*, *op.cit.*, pp. 395-426.

protégeant des facultés subjectives des particuliers, invocable par eux devant le juge constitutionnel dans les causes relevant du contentieux des droits fondamentaux²⁵⁶. On en infère que le principe de la séparation des pouvoirs peut être considéré, au-delà de toutes ses incarnations, comme un droit fondamental de l'homme²⁵⁷. L'affirmation doctrinale nous paraît être confirmée par une pertinente et concordante jurisprudence de certaines juridictions constitutionnelles. C'est peut-être même sous cette dimension qu'il conviendrait de développer davantage le principe dans le droit constitutionnel contemporain. En réalité, comme principe d'organisation de l'Etat, la séparation des pouvoirs semble montrer des limites dans la dynamique des démocraties modernes, désormais moins marquées par une confrontation entre l'exécutif et le législatif qu'entre majorité et opposition, sur fond d'un phénomène partisan paradigmatique et d'un contrôle citoyen énigmatique²⁵⁸. Sur la foi de cette tendance, on ne se surprendrait pas d'une « codification » constitutionnelle du droit fondamental de l'homme à la séparation des pouvoirs, souhaitable, dans les Lois Suprêmes des Etats. Il pourrait en résulter à la fois une modernisation de l'ordre démocratique, une rénovation du principe de la séparation des pouvoirs et une consolidation de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux²⁵⁹, pour le « bonheur privé » et la « félicité publique », comme buts à poursuivre dans toute société politique, suivant Aristote²⁶⁰.

²⁵⁶ Agnès Roblot-Troizier, « Quand le principe de la séparation des pouvoirs devient un droit constitutionnellement garanti », *op.cit.*

²⁵⁷ François Luchaire, « Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *op.cit.*

²⁵⁸ Michel Troper, « Les nouvelles séparations des pouvoirs », in Sandrine Baume et Biancamaria Fontana, *Les Usages de la séparation des pouvoirs*, Paris, Michel Houdiart, 2008, pp. 17-18 ; Mauro Barberis, « La séparation des pouvoirs », in Michel Troper et Dominique Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t.1, *Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 706-732.

²⁵⁹ Agnès Roblot-Troizier, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op.cit.*

²⁶⁰ Aristote, *La politique*, *op.cit.*, p. 145.