



## C. LES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE LA DÉMOCRATIE<sup>1</sup>

### 11. Séparation des pouvoirs

#### a. Première étape : textes de référence

Projet Mayor	<p>Article 8</p> <p>La démocratie politique requiert la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Le rôle du pouvoir législatif représentant les citoyens consiste à élaborer et à voter les lois, à voter les impôts et à contrôler le pouvoir exécutif. Le pouvoir exécutif doit veiller en particulier au respect scrupuleux de la loi par les institutions de sécurité chargées de la faire respecter.</p> <p>Article 9</p> <p>Le pouvoir judiciaire doit être exercé par des juges indépendants qui doivent être impartiaux et dont les décisions ne doivent pas être influencées par des intérêts de l'exécutif, du législatif et de toute autre autorité publique, ainsi que de tout groupe privé.</p>
ONG	<p>B. Conditions d'ordre politique pour la réalisation d'une démocratie véritable</p> <p>[...]</p> <p>III. Exercice des pouvoirs dans un Etat de droit</p> <p>1. Séparation des pouvoirs</p> <p>a. La démocratie requiert la séparation et l'indépendance des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.</p> <p>b. Le rôle du pouvoir législatif, représentant les citoyens, est d'élaborer et de voter la loi, de voter l'impôt et de contrôler l'exécutif. Le pouvoir législatif doit être doté de pouvoirs indépendants d'investigation et d'enquête, et ses représentants doivent jouir d'une immunité dans</p>

<sup>1</sup> La contribution de chaque équipe reproduit la pensée de l'auteur et engage uniquement la responsabilité de celui -ci.

	<p>l'exercice de leur mandat pour être à l'abri des pressions ou de la coercition.</p> <p>c. Dans la mise en œuvre et l'application de la loi, le pouvoir exécutif doit répondre de ses actes devant le peuple et ses représentants. Il doit en particulier veiller au strict respect de la loi par les forces de l'ordre chargées de la faire respecter.</p> <p>d. Le pouvoir judiciaire est exercé en toute indépendance par les juridictions et leurs décisions sont exécutées par les autorités publiques compétentes de chaque Etat.</p> <p>e. L'indépendance des juges doit être garantie. Ils doivent être impartiaux et statuer dans un délai raisonnable. Les décisions des juges ne doivent pas être influencées par les intérêts de l'exécutif, du législatif, de toute autre autorité publique ou de tout groupe privé.</p> <p>f. L'indépendance des avocats est reconnue et protégée, notamment quant aux conditions de leur admission à la profession et aux conditions d'exercice de leur activité.</p>
Charte africaine	<p>Article 3</p> <p>Les Etats parties s'engagent à mettre en oeuvre la présente Charte conformément aux principes énoncés ci-après :</p> <p>[...]</p> <p>5. La séparation des pouvoirs.</p>

b. *Fiche de synthèse* (LETIZIA SEMINARA)

La séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire a été traditionnellement identifiée comme un élément essentiel de la démocratie. La recherche du Réseau méditerranéen ne s'est pas écartée de cette approche typique.

Tous les documents évoquent le principe de la séparation des pouvoirs. La formulation du Projet Mayor et la déclaration des ONG est presque identique. La démocratie « requiert » (ce mot est utilisé par les deux documents) la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire (article 8 et article B.III.1.a respectivement). Une seule différence dissocie ces documents : la déclaration des ONG ajoute à la séparation des pouvoirs, l'exigence de l'indépendance des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire (article B.III.1.a). De sa part, la Charte africaine inclut la séparation des pouvoirs entre les principes conformément auxquels les Etats s'engagent à mettre en œuvre la Charte (article 3.5). Elle ne la désigne pas de manière explicite comme une condition de la démocratie, mais plutôt comme une obligation des Etats.

Seulement deux des trois documents énoncent les fonctions et les caractéristiques de ces pouvoirs. Le Projet Mayor et la déclaration des ONG décrivent d'une manière complète le rôle des trois pouvoirs. La Charte africaine est moins achevée à cet égard et, à la différence des autres documents, elle n'expose ni les fonctions ni les caractéristiques des différents pouvoirs.

Des fonctions communes ainsi que des spécificités peuvent être relevées entre les différents rôles attribués par chacun des documents aux différents pouvoirs. On trouve donc tant des éléments conjoints que des éléments isolés (des caractéristiques ajoutées par chaque

document), ceux derniers notamment apportées par la déclaration des ONG qui est la plus complète dans la description de ces fonctions.

En ce qui concerne le pouvoir législatif le Projet Mayor et la déclaration des ONG proposent des formules identiques pour ce qui est des fonctions basiques de ce pouvoir. Tous les deux s'accordent à caractériser ce pouvoir comme le représentant des citoyens (article 8 et article B.III.1.b respectivement) et à décrire ses fonctions comme celles d'élaborer et de voter les lois, de voter les impôts et de contrôler le pouvoir exécutif (dans des termes presque identiques : article 8 et article B.III.1.b respectivement). La déclaration des ONG ajoute à ces éléments des « pouvoirs indépendants d'investigation et d'enquête » et l'immunité dans l'exercice de leur mandat des représentants du pouvoir législatif (article B.III.1. b).

Pour ce qui est du pouvoir exécutif, soit le Projet Mayor soit la déclaration des ONG énoncent ses fonctions dans des termes semblables : veiller au respect strict de la loi par les institutions qui sont chargées de la faire respecter. Les mots utilisés sont similaires mais pas identiques. En premier lieu, tandis que le premier se réfère au « respect scrupuleux » (article 8) de la loi, la seconde parle de « strict respect » de celle-ci (B.III.1.c). Deuxièmement, le Projet Mayor invoque les « institutions de sécurité » (article 8) alors que la déclaration des ONG parle des « forces de l'ordre » (article B.III.1.c). En toute hypothèse, le sens évoqué dans les deux cas est analogue.

C'est le pouvoir judiciaire qui mérite le plus d'attention dans ces deux documents. Le Projet Mayor consacre un article spécifique à la description des caractéristiques de ce pouvoir (article 9). La Charte des ONG le fait d'autant plus et dédie deux alinéas pour tracer le portrait de ce pouvoir (article B.III.1.d et e). Les deux documents relèvent des caractéristiques communes à ce pouvoir : l'indépendance et l'impartialité des juges dont les décisions ne doivent pas être influencées par les intérêts des autres pouvoirs ou de toute autre autorité publique ou tout groupe privé. La Charte des ONG ajoute à cela l'élément de l'exécution des décisions du pouvoir judiciaire par les autorités publiques compétentes de chaque Etat et l'élément du délai raisonnable dans lequel les juges doivent statuer. La Commission de Venise décrit aussi les nominations judiciaires dans les démocraties : « Le choix du système approprié pour procéder aux nominations judiciaires constitue l'une des principales difficultés auxquelles se heurtent les nouvelles démocraties, où persistent souvent des préoccupations concernant l'indépendance et l'impartialité politique du pouvoir judiciaire. L'intervention du pouvoir politique dans la procédure de nomination compromet la neutralité de la justice dans ces Etats, tandis que dans d'autres, notamment dans ceux dont le système judiciaire a fait la preuve de son caractère démocratique, de telles méthodes de nomination sont considérées comme traditionnelles et efficaces ». La déclaration des ONG invoque également l'indépendance des avocats qui doit être reconnue et protégée « notamment quant aux conditions de leur admission à la profession et aux conditions d'exercice de leur activité » (article B.III.1. f). La Commission de Venise s'exprime enfin sur l'indépendance du ministère public, car, comme elle l'affirme, dans les Etats totalitaires ou dans les dictatures modernes, les poursuites pénales ont été et demeurent un moyen de répression et de corruption. Selon cette Commission l'« indépendance » des procureurs n'est pas de la même nature que celle des juges : « si la tendance générale est à accorder une plus grande indépendance au ministère public, aucune norme commune ne l'exige. L'indépendance ou l'autonomie ne sont pas des fins en soi et devraient être justifiées dans chaque cas par rapport aux objectifs recherchés ».

## c. Deuxième étape : textes de référence additionnels

Déclaration de l'Union interparl.	<p>9. La démocratie repose sur l'existence d'institutions judicieusement structurées et qui fonctionnent ainsi que d'un corps de normes et de règles, et sur la volonté de la société tout entière, pleinement consciente de ses droits et responsabilités.</p> <p>11. [...] la démocratie implique l'existence d'institutions représentatives à tous les niveaux et notamment d'un Parlement, représentatif de toutes les composantes de la société et doté des pouvoirs ainsi que des moyens requis pour exprimer la volonté du peuple en légiférant et en contrôlant l'action du gouvernement.</p> <p>17. Des institutions judiciaires et des mécanismes de contrôle indépendants, impartiaux et efficaces sont les garants de l'état de droit, fondement de la démocratie. Pour que ces institutions et mécanismes puissent pleinement veiller au respect des règles, améliorer la régularité des procédures et réparer les injustices, il faut que soient assurés l'accès de tous, sur une base de stricte égalité, aux recours administratifs et judiciaires ainsi que le respect des décisions administratives et judiciaires, tant par les organes de l'Etat et les représentants de la puissance publique que par chacun des membres de la société.</p>
Warsaw Declaration	<p>Hereby agree to respect and uphold [...]</p> <p>That the aforementioned rights, which are essential to full and effective participation in a democratic society, be enforced by a competent, independent and impartial judiciary open to the public, established and protected by law.</p> <p>[...]</p> <p>The right of those duly elected to form a government, assume office and fulfill the term of office as legally established.</p> <p>[...]</p> <p>That the legislature be duly elected and transparent and accountable to the people.</p>
Déclaration de Bamako	<p>2-2. L'État de droit qui implique la soumission de l'ensemble des institutions à la loi, la séparation des pouvoirs, le libre exercice des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que l'égalité devant la loi des citoyens, femmes et hommes, représentent autant d'éléments constitutifs du régime démocratique.</p>

## d. Commentaires et observations des équipes nationales

**Algerie** (par AHMED MAHIOU)

Dans le domaine de la séparation des pouvoirs, l'Algérie a opéré un changement radical en 1989, en mettant fin au parti unique instauré en 1962. Désormais le Front de libération nationale qui a régné dans un système de concentration et de confusion des pouvoirs est un

parti comme les autres avec lequel il doit être en compétition pour la conquête et l'exercice du pouvoir. Alors que le pouvoir présidentiel était absolu dans le système ancien qui en faisait une sorte de dictateur constitutionnel, il y a désormais la recherche d'un certain équilibre.

Normalement, la simple référence à la démocratie, présente dans plusieurs dispositions de la constitution pourrait suffire à déduire que la séparation des pouvoirs est acquise. Mais, compte tenu de l'expérience passée, la constitution de 1989 (reprise en cela par celle de 2016) reprend et explicite cette option dès son préambule, en insistant sur le souci d'assurer la séparation des pouvoirs (al. 13). Dans le dispositif on retrouve évidemment ce souci dans les articles organisant les rapports entre les organes de l'Etat, avec la distinction entre le pouvoir constituant qui appartient au peuple, le pouvoir exécutif (avec ses deux têtes, le chef de l'Etat et le premier ministre), le pouvoir législatif avec ses deux chambres (l'assemblée populaire nationale et le conseil de la nation), le pouvoir judiciaire avec la distinction entre la justice de droit commun, la justice administrative et la justice constitutionnelle.

Toutefois, dans la répartition effective du pouvoir, il y a un organe qui émerge nettement au-dessus de tous les autres, le chef de l'Etat. Il a non seulement un grand nombre d'attributions - dont certaines lui sont propres et ne peuvent être assumées par d'autres - mais il a des moyens d'action ou de pression sur chacun des autres organes de l'Etat dont le principal est le pouvoir de nomination (premier ministre et ministres, hautes responsables de l'Etat, un tiers des membres du Conseil de la Nation, etc.). On est donc en présence d'un régime présidentiel qui fait du chef de l'Etat la pierre angulaire de tout le système reléguant tous les autres pouvoirs à un rôle secondaire ou d'appoint.

#### **Espagne** (par JUAN MANUEL DE FARAMIÑAN GILBERT)

Sans aucun doute la séparation de pouvoirs est un de piliers de la Démocratie qui se remonte aux Esprit de Lois de Montesquieu (dans le chapitre 6 du livre XI) et d'ailleurs, c'est un principe d'ingénierie politique qu'il faut tenir présente pour éviter les excès du pouvoir. La grille est bien structurée, mais il faut tenir en compte que le principe de la séparation des pouvoirs qui s'attache à la répartition des compétences peut être faussée par les différents modèles de développement du pouvoir dans les modernes démocraties par l'accès au pouvoir d'une partie politique avec une majorité absolue. Et, cette concentration de pouvoir peut renverser les hiérarchies qui supposent une vraie séparation de pouvoirs.

En Espagne, dans la Constitution du 1978, c'est établi d'une manière implicite aux titres III, IV et VI, et c'est pour cela qu'il faut réfléchir sur l'idée que la séparation de pouvoirs original soit devenue une « séparation des fonctions ».

#### **Grèce** (par STELIOS PERRAKIS)

La question de la séparation des pouvoirs se rapproche de la question de l'Etat de droit et éventuellement il faudra tirer des conclusions à cet égard. De l'autre côté, cette question (fiche 11) devrait être lue avec la question de l'impartialité de droit (fiche 12), car le fonctionnement de l'appareil étatique, l'organisation des pouvoirs et leur séparation amène ou inclut l'impartialité de l'Etat d'une manière générale, et non pas seulement dans le domaine du pouvoir judiciaire.

**Italie** (par FRANCESCA PERRINI)

La séparation des pouvoirs est un élément essentiel et nécessaire de la démocratie. La description des éléments essentiels de chaque pouvoir (législatif, exécutif et judiciaire) est un élément de garantie pour l'ensemble de la société.

**Liban** (par l'équipe du Liban)

Élaborée par Locke (1632-1704) et Montesquieu (1689-1755), la théorie de la séparation des pouvoirs distingue entre les trois pouvoirs constitutifs de l'État qui sont interdépendants quant au gouvernement d'un pays, et en même temps indépendants l'un de l'autre quant à l'exercice de leurs devoirs souverains. En effet, les trois pouvoirs en question sont le législatif, l'exécutif et le judiciaire qui se complètent par la nature de leur mission mais la séparation entre eux reste nécessaire afin qu'aucun pouvoir ne puisse influencer l'autre. Ainsi, la théorie de la séparation des pouvoirs, par opposition au système monarchique où tous les pouvoirs sont détenus par une seule personne, consiste à assurer que chaque pouvoir est exercé par un organe distingué et séparé de l'autre que ce soit dans la désignation des membres du pouvoir ou dans l'exercice de sa mission.

Chacun de ces organes devient ainsi l'un des trois pouvoirs : le pouvoir législatif est exercé par des assemblées représentatives, le pouvoir exécutif est détenu par le chef de l'État et par les membres du gouvernement, le pouvoir judiciaire, enfin, revient aux cours.

En effet, et selon Montesquieu, la bonne application de cette théorie se réalise lorsqu'un pouvoir est limité par l'autre : « Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ».

La constitution d'un pays est le document qui assure et consacre le respect des droits humains, suivant l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui lie le respect des droits humains à l'application de la théorie de séparation des pouvoirs : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* »<sup>2</sup>.

La séparation des pouvoirs est un principe reconnu par la Constitution libanaise. Or sur le plan pratique, ce principe demeure inefficace avec l'intervention des pouvoirs entre eux et leur interdépendance. Ainsi, on assiste toujours au Liban à l'intervention du pouvoir exécutif dans la nomination des hauts cadres de l'autorité judiciaires, état de fait réprimé par les membres de l'autorité judiciaire qui préfèrent eux-mêmes les choisir. Également, les juges – malgré leur poste prestigieux – sont considérés des fonctionnaires de l'État dépendant du ministère de la justice, qui en fin de compte n'est qu'un appareil de l'exécutif.

La formation de cabinets ministériels groupant tous les courants politiques, sous prétexte d'« entente nationale » rend le gouvernement un mini-parlement et paralyse tout le principe de la séparation des pouvoirs, du contrôle parlementaire et de la responsabilité (*accountability*).

---

<sup>2</sup> <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html#hautDePage>

**Maroc** (par MOHAMMED NACHTAOUI ET SAID ALAHYANE)

L'équipe marocaine est d'accord sur l'importance du principe de la séparation des pouvoirs pour l'établissement d'un régime démocratique. Mais on doit rappeler que la séparation des pouvoirs concerne essentiellement le pouvoir judiciaire dans ses rapports avec les deux autres pouvoirs. En fait, une séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif est toujours limitée dans les Etats démocratiques eux-mêmes; on assiste à un développement extrêmement important des fonctions législatives des gouvernements. La plupart des lois votées par les parlements ont été à l'origine des propositions gouvernementales. Il convient donc d'insister plus, dans les paragraphes conclusifs, sur l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif.

La séparation des pouvoirs est l'un des fondements de la démocratie. Il est de ce fait indispensable de lui conférer une protection constitutionnelle en l'insérant dans les textes constitutionnels. En effet, L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Dans ce sens, la constitution marocaine de 2011 prévoit, dans son premier article, que « Le Maroc est une monarchie constitutionnelle, démocratique, parlementaire et sociale. Le régime constitutionnel du Royaume est fondé sur la séparation, l'équilibre et la collaboration des pouvoirs ». L'article 107 dispose que « le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif (...) ».

Par ailleurs, le Maroc s'est engagé dans le processus de la consécration de l'indépendance du pouvoir judiciaire en plaçant, récemment, le parquet général sous l'autorité du procureur général de roi auprès de la cour de cassation. Désormais, le ministère public ne dépend plus du ministère de la justice.

En revanche, il faut noter que la séparation des pouvoirs au Maroc est toujours fragile en raison des larges prérogatives dont dispose le roi dans le système constitutionnel et politique marocain. C'est lui qui décide les orientations générales de la politique du pays, contrôle l'action du gouvernement et nomme la plupart des hauts responsables.

**Tunisie** (par HAJER GUELDICH)

La théorie de séparation des pouvoirs désigne la distinction entre les différentes fonctions de l'État, mise en œuvre afin de limiter l'arbitraire et d'empêcher les abus liés à l'exercice de la souveraineté. La théorie classique de séparation des pouvoirs se base sur la distinction entre trois fonctions fondamentales : le pouvoir législatif, pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.

On retrouve cette distinction dans les trois textes à analyser qui considèrent que la séparation des pouvoirs est une condition de la Démocratie (projet Mayor et projet des OING) ou comme une obligation que les Etats doivent respecter (article 3.5 de la Charte africaine de la Démocratie).

Si l'indépendance de la justice est un trait caractéristique de la théorie de séparation des pouvoirs (clairement énoncée par l'article 9 du projet Mayor et l'article B.III.I.e.), nous nous interrogeons sur l'intérêt d'inclure l'idée de l'indépendance des avocats (telle que énoncée par l'article B.III.I.f du Projet des OING). En effet, il est peu commun de voir l'idée de l'indépendance des avocats comme élément de définition de la séparation des pouvoirs. On

ne peut que se demander quel a été le motif de l'ajout de cette idée d'indépendance des avocats sous le titre « séparation des pouvoirs » dans le projet des OING.

En outre, l'indépendance de la justice par rapport au pouvoir législatif et par rapport au pouvoir exécutif est garantie par la séparation des fonctions administratives et judiciaires, ainsi que par diverses règles statutaires. Ce sont des idées qui ont été énoncées par les projets Mayor et OING mais qui ne l'ont pas été par la Charte africaine de la Démocratie, un texte qui a été très bref et très concis par rapport à une idée importante et fondamentale eu égard aux paradigmes de la Démocratie, celle de la séparation des pouvoirs. Cette abstention est peut être justifiée par le respect de l'Union africaine de la souveraineté des Etats et à son corollaire le principe de non intervention dans les affaires internes des Etats, ce qui a pour conséquence le fait que la Démocratie est souhaitée, encouragée, mais pas du tout imposée aux Etats.

#### *Observations complémentaires*

Le principe de séparation des pouvoirs est l'un des principes fondamentaux de la Démocratie libérale. Il tend à garantir les droits et libertés des citoyens à travers la répartition des diverses fonctions caractérisant la puissance étatique sur une pluralité d'organes auxquels sont reconnus, avec des moyens de neutralisation réciproque permettant de maintenir un certain équilibre entre ces puissances et les obligeant à aller de concert pour assurer la continuité du modèle libéral.

La nouvelle Constitution tunisienne de 2014 se réfère au principe de séparation des pouvoirs, en tant que fondement de la deuxième République. Le préambule de la Constitution de 2014 se réfère en effet, dans son troisième paragraphe, au « *principe de séparation des pouvoirs et d'équilibre entre les pouvoirs* » en tant que fondement de la deuxième République.

Pour leur part, les divers chapitres et articles de la nouvelle Constitution répartissent les puissances législatives, exécutives et judiciaires sur divers organes. Certes, l'Assemblée législative est monocamérale. Elle partage néanmoins la fonction législative avec un exécutif bicéphale qui dispose du droit de présenter des projets de lois (article 62).

Dans la constitution de 2014, le pouvoir législatif est en outre amené à partager son pouvoir normatif avec une autorité juridictionnelle qui, via les voies de contrôle de constitutionnalité des lois prévues par la constitution, fixe au législateur les confins de sa mission.

Pour sa part, le pouvoir exécutif étant bicéphale, la Constitution de 2014 permet de rompre avec l'image du Chef de l'Etat incarnant, en sa personne, tout le pouvoir exécutif, dans la mesure où désormais, les fonctions gouvernementales politiques et administratives sont répartis de manière inégalitaire certes, mais justifiées entre deux autorités obligées de composer sur certaines questions telles que la défense ou la politique étrangère (article 77), par exemple.

De ce fait, nous pouvons admettre l'existence de règles permettant d'instaurer un minimum d'équilibre entre les pouvoirs. Les pouvoirs et contre-pouvoirs instaurés par les constituants ne sont d'ailleurs pas négligeables et pourraient garantir un minimum d'équilibre entre les pouvoirs, nécessaire pour la viabilité de tout projet démocratique contemporain.

e. *Conclusions*

*La séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire est un élément qui est considéré historiquement comme nécessaire dans toute démocratie.*

*Ce principe pourrait être qualifié non seulement comme condition de la démocratie mais également comme une obligation des Etats qui doivent le respecter en tant qu'exigence de la démocratie.*

*Les fonctions et les caractéristiques basiques de ces pouvoirs doivent être également décrites et discernées au moins de manière succincte : on ne devrait pas se limiter à évoquer le principe, mais il serait nécessaire d'énoncer les règles régissant le fonctionnement des dits pouvoirs avec une répartition équilibrée de leurs fonctions, respectant aussi l'indépendance de chacun.*

*Le rôle du pouvoir législatif, représentant les citoyens, consiste à élaborer et à voter les lois, notamment les impôts, et à contrôler le pouvoir exécutif. Pour ce qui est du pouvoir exécutif, il doit agir en veillant au strict respect de la loi. Enfin, le pouvoir judiciaire est exercé en toute indépendance, impartialité et loin de toute forme de pression.*