

La séparation des pouvoirs et le fédéralisme européen dans le débat constitutionnel sur  
l'avenir de l'Union

**La séparation des pouvoirs et**  
**Le fédéralisme européen**

**PROPOSITION D'ARTICLE**

**Jérôme GERMAIN**

**« wissenschaftlicher Mitarbeiter » à la faculté de droit de l'Université de BIELEFELD  
(Allemagne)**

**Ancien ATER en droit public à Toulouse I**

**Membre du Centre d'Etudes et de Recherches Constitutionnelles et Politiques de  
TOULOUSE I**

**Dirigé par le Professeur ROUSSILLON**

## La séparation des pouvoirs et le fédéralisme européen dans le débat constitutionnel sur l'avenir de l'Union

La séparation des pouvoirs, un article démodé ? Le fédéralisme, un objet indéfinissable ?

Nous montrerons qu'il n'en est rien. Et ce d'autant plus à l'heure du débat constitutionnel sur l'avenir institutionnel de l'Union européenne

La séparation des pouvoirs n'a pas perdu son actualité avec l'avènement du fait majoritaire parce qu'elle reste consubstantielle à une définition rigoureuse de la démocratie, ce que l'Europe fédérale ne saurait se refuser à être. En outre, la séparation des pouvoirs sert de matrice et de support pour penser et délimiter le fédéralisme.

Notre démarche est à la fois interprétative et prospective. Interprétative parce qu'elle se contente en un sens de faire modestement et humblement émerger les structures du débat conduit à la Convention sur l'avenir de l'Union, et ce, afin de rendre compte, à partir du contenu des discussions, des concepts et des théories engagés, le plus souvent sans le percevoir pleinement, par les conventionnels. Mais notre démarche est aussi prospective parce qu'en révélant l'arrière-fond conceptuel et théorique de ce que disent et font les conventionnels, nous dévoilons aussi ce que peuvent être les implications et donc les avantages, par rapport à la définition proposée de la démocratie, des options en discussion.

Pour ce faire, nous distinguerons deux types de séparation des pouvoirs (I), à partir desquels nous déduirons une conception inachevée de la démocratie, et surtout deux types de fédéralisme (II) entre lesquels l'Union aura à choisir.

### **D) les deux séparations des pouvoirs :**

La théorie de la séparation des pouvoirs gagne en clarté lorsque l'on distingue la conception moderne (A) et la conception classique (B).

#### **A) conception moderne de la séparation des pouvoirs**

En démocratie, il n'y a qu'un seul souverain, le peuple. Comment séparer les pouvoirs de façon démocratique si le souverain est unique ? Pour répondre à ce défi, il faut considérer que ce qui est plurielle en démocratie ce sont les formes de représentation, et non les sources de légitimité. La pluralité des formes de représentation s'explique par le souci d'éviter la captation du pouvoir du représenté (le peuple souverain) par un représentant trop unique, potentiellement hégémonique et devenant souverain à la place du souverain (la majorité ou le Parlement, par exemple). C'est pourquoi dans un régime uniciste, c'est à dire avec un seul souverain, s'il y a une seule source de souveraineté, le peuple-souverain, il peut y avoir pluralité des formes de représentation (originelle et fonctionnelle) et pluralité des formes de représentation originelle (Parlement et gouvernement). La représentation est complexifiée. Par exemple, le Conseil constitutionnel possède une légitimité fonctionnelle, tandis que l'Assemblée Nationale ou le président de la République possèdent une légitimité originelle. Le premier tire sa légitimité de son activité et de sa finalité, les seconds tirent leur légitimité de leur élection. Le Conseil constitutionnel représente le peuple souverain de façon fonctionnelle tandis que l'Assemblée Nationale et le président de la République représente le peuple de façon originelle. Le but recherché par cette séparation, non seulement des représentations, mais aussi des légitimités de ces représentations, est la discussion entre les représentants du souverain. On retrouve l'idée selon laquelle la démocratie est le gouvernement par la discussion. On fonde aussi l'idée selon laquelle le Parlement n'a pas une légitimité supérieure par rapport au gouvernement, qui est au même titre un représentant du souverain en discussion avec lui (conception délibérante du Parlement). On comprend mieux que le Parlement est subordonné au peuple. On aperçoit, un peu, la conception inachevée de la démocratie : le souverain démocratique, le peuple, est impossible à représenter de façon parfaite et définitive, d'où la nécessité d'une discussion continue qui ne sape pas ses conditions de possibilité, c'est à dire les droits fondamentaux et l'Etat de droit.

Au demeurant, à partir de cette conception de la séparation des pouvoirs et de la représentation complexe, on peut développer une typologie des démocraties selon leur mode de production de la volonté générale. La séparation des pouvoirs permet la discussion entre

La séparation des pouvoirs et le fédéralisme européen dans le débat constitutionnel sur  
l'avenir de l'Union

les représentations du souverain. Le débat entre ces représentations expriment la volonté du souverain, comprenons : la volonté générale. On peut distinguer selon que la volonté du souverain s'exprime au fil des législatures ou bien au sein de la législature. Dans le premier cas, on peut parler d'une démocratie d'alternance, dans l'autre d'une démocratie de convergence. La démocratie d'alternance est plus majoritarisée et moins proportionnalisée que la démocratie de convergence. Cependant la représentation proportionnelle réalise plus adéquatement les ambitions de la démocratie d'alternance que le scrutin majoritaire.

**B) conception classique de la séparation des pouvoirs**

La conception classique de la séparation des pouvoirs a été pensée dans le contexte du régime mixte, c'est à dire de la pluralité des souverains. Parce qu'il y a pluralité des sources de souveraineté, le régime mixte est un régime de compromis et de négociation entre les différents souverains. Il est aussi instable parce qu'un des souverains peut prendre l'ascendant sur les autres. Il est enfin non démocratique parce que par définition aucun souverain ne saurait avoir le dernier mot.

Le fédéralisme se définit comme un partage contractuel du pouvoir constitutionnel entre plusieurs co-souverains. D'ailleurs en passant au fédéralisme ces souverains ne disparaissent pas en tant qu'il peuvent faire scission à tout moment, et en même temps créent un nouveau souverain, le fédéralisme. Avec sa pluralité de source de souveraineté, le fédéralisme est un régime mixte. Il relève de la conception classique de la séparation des pouvoirs. Et s'il ne peut être une démocratie sans cesser d'être une fédération, puisqu'il n'y aurait plus pluralité de souveraineté si l'un avait le dernier mot, nous verrons qu'il peut être une pluralité de démocratie, c'est à dire une superposition et une juxtapositions de démocraties.

## **II) les deux fédéralismes**

Qui sont les parties de ce contrat constitutionnel ? Selon la réponse apportée à cette question, on distingue deux fédéralismes : la fédération (A) et l'Etat fédéral (B).

### **A) la fédération**

Dans une fédération, les parties qui partagent contractuellement le pouvoir constitutionnel sont les Etats membres, tous les Etats membres, et seulement les Etats membres, à l'exclusion donc du pouvoir fédéral et du peuple fédéral. La révision constitutionnelle s'effectue à l'unanimité. Chaque Etat membre possède un droit de veto. La différence avec une confédération tient à ce que dans une confédération toutes les décisions sont prises à l'unanimité, tandis que dans la fédération seule les décisions constitutionnelles le sont.

Le problème dans une fédération, c'est la rigidité constitutionnelle. La Constitution s'avère difficile à réviser, ce qui ouvre la voie au gouvernement des juges. Comme il est presque impossible de censurer une décision du juge constitutionnelle en la cassant par une révision constitutionnelle, il naît du côté des juges constitutionnels comme un sentiment d'impunité, fatal en ce sens qu'il peut les amener à moins s'auto-limiter et à vouloir faire le bien du peuple malgré le peuple et contre les gouvernements démocratiquement élus. La fédération ne peut pas être choisie pour l'Union européenne dans l'ignorance de ce risque.

### **B) l'Etat fédéral**

Dans un Etat fédéral, les souverains ne sont pas chaque Etat membre, mais d'un côté les Etats membres et de l'autre l'Etat fédéral. La révision constitutionnelle est telle que le droit de veto appartient non pas à chaque Etat membre, mais d'un côté aux Etats membres (qui se prononcent à la majorité, qualifiée ou non, par vote parlementaire ou référendaire) et d'un autre côté à l'Etat fédéral (c'est à dire, à la majorité qualifiée ou non, la Chambre-basse du Parlement fédéral ou bien le peuple composé qui s'exprime par referendum fédéral). Pour réviser la Constitution, il faut donc un double accord, celui des Etats membres et celui de l'Etat fédéral (et derrière eux des peuples composants et du peuple composé). L'Etat fédéral est plus souple et plus démocratique que la fédération. La souveraineté de chaque Etat membre est préservée par son droit à la scission. L'exigence d'une double majorité, simple ou qualifiée, pour réviser la Constitution, et non d'une unanimité quasi-inaccessible, conjure le gouvernement des juges.

Il est clair que par son degré supérieur d'intégration fédérale l'Etat fédéral aura les faveurs des plus européens, tandis que les plus sceptiques, à tout prendre, pourraient accepter une fédération. L'exigence de l'unanimité leur semblera plus protecteur de la souveraineté nationale, alors que c'est justement le contraire qui se passera. Les plus euro-sceptiques ont aussi intérêt, de leur propre point de vue, à pencher pour un Etat fédéral plutôt que pour une fédération. Dans une fédération, la souveraineté des Etats membres disparaîtra complètement en pratique au profit du juge constitutionnel fédéral. En revanche, dans un Etat fédéral, les Etats membres auront un poids plus effectif sur le pouvoir constituant. Ils pourront encore exercer une souveraineté qui dans le cas de la fédération appartiendrait à la Cour suprême européenne, et dans le cas du statu quo à personne.