

LA DOCTRINE PUBLICISTE FRANÇAISE ET LA FACULTÉ D'EMPÊCHER

La familiarité est parfois l'ennemie de la connaissance. Rendue célèbre par Montesquieu, la notion de faculté d'empêcher est devenue l'intime des constitutionnalistes de France et d'ailleurs. Il suffit pour s'en convaincre de feuilleter là les manuels de droit constitutionnel, ici les articles qui s'y rapportent, et de constater qu'en effet, elle a joui de la faveur des plus grands comme des moins grands. Pourtant, tous ne lui reconnaissent pas les mêmes traits alors que pour tous elle est la même, celle que le baron de La Brède a pétrié au milieu du XVIII^e siècle en des termes passés à la postérité : « J'appelle *faculté d'empêcher*, le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre ; ce qui était la puissance des tribuns de Rome. Et quoique celui qui a la faculté d'empêcher puisse avoir aussi le droit d'approuver, pour lors cette approbation n'est autre chose qu'une déclaration qu'il ne fait point d'usage de sa faculté d'empêcher, et dérive de cette faculté. »¹

Alors que ce monument du constitutionnalisme français aurait pu déboucher sur une descendance unie ou du moins qui aurait cherché à l'être, la doctrine publiciste française s'est livrée à une interprétation dispersée de la notion. Il est vrai que, soucieux de ne pas figer son système dans un carcan constitutionnel, Montesquieu s'est gardé d'apporter certaines précisions. Son silence a laissé un espace dans lequel la doctrine ultérieure s'est engouffrée. De nature mal déterminée, la faculté d'empêcher a ainsi été rangée tantôt parmi la classe des actes exécutifs, tantôt parmi celle des actes législatifs. D'autres ont encore considéré qu'elle n'appartenait exclusivement ni à l'une ni à l'autre. De forme non définie, la faculté d'empêcher au gré des opinions est alors devenue veto, demande de nouvelle délibération ou encore dissolution, *impeachment*,

¹ *De l'Esprit des lois*, Paris, Gallimard, coll. La Pléiade, 1951, Liv. XI, ch. 6, pp. 404-405, souligné dans le texte. Par la suite, l'ouvrage sera référencé ainsi : *EL*, XI, 6.

etc. Si, pour certains, elle se concrétise par une ou quelques formes circonscrites gravitant censément autour d'une définition structurante, pour d'autres, elle perd toute limite, et se dilue dans un foisonnement de formes imaginables. Pour ces derniers, la définition demeure positive – la faculté d'empêcher c'est quelque chose –, mais sur un mode mineur, c'est-à-dire *sui generis*.

Il est frappant de constater qu'une notion aussi usitée n'ait finalement jamais été vraiment passée au crible. Non qu'elle n'ait fait l'objet d'études approfondies, mais jamais jusqu'à aboutir à une définition en bonne et due forme. Il suffit, il est vrai, d'ouvrir *L'Esprit des lois* pour puiser dans le texte. Ce modeste effort connaît cependant des limites. Bien qu'il n'y ait pas de meilleure définition que celle énoncée par son inventeur, il s'avère utile d'y apporter un complément du moment que certains de ses éléments appellent, sous le double effet d'une irréductible évanescence du sens des mots et de l'écoulement du temps, une précision. Justement, la façon dont la doctrine se réfère à la faculté d'empêcher révèle des failles dans l'énoncé de la définition tant en ce qui concerne la nature que la forme de la notion. C'est pourquoi, l'étude des controverses doctrinales – réduite ici à la doctrine publiciste française – de la faculté d'empêcher permet à la fois de mieux comprendre les raisons qui ont conduit tel auteur à donner une interprétation spécifique de la faculté d'empêcher et, par contraste, de circonscrire cette notion à partir de ce qu'elle ne peut pas être, avant d'affirmer ce qu'elle peut être. La définition suivante est ainsi proposée : la faculté d'empêcher est un pouvoir de nature et de forme juridiques variables qui confère à son titulaire la possibilité de rendre temporairement ou définitivement de nul effet une résolution adoptée par un autre organe, pourvu qu'elle lui permette d'assurer le respect du principe négatif de la séparation des pouvoirs. Non seulement cette définition ne forme qu'un complément à celle ô combien plus littéraire de Montesquieu, mais encore elle a d'autant moins la prétention de clore le débat, qu'elle emprunte sans doute trop à un formalisme juridique largement étranger à Montesquieu. Elle doit être accueillie comme une contribution temporaire ; elle n'est qu'un écho condamné à s'étioler au fil des ans à une querelle doctrinale portant à la fois sur la nature (I) et la forme (II) de la faculté d'empêcher.

I. Le débat sur la nature juridique de la faculté d'empêcher

Le débat sur la nature juridique de la faculté d'empêcher est ancien. Il revient à Carré de Malberg de l'avoir engagé mais non sans *a priori* doctrinal.

Au lieu de livrer une analyse à partir du seul texte de *L'Esprit des lois*, il s'est servi de celui-ci pour asseoir un aspect de sa théorie de l'État. Cette instrumentalisation malbergienne de la notion de faculté d'empêcher (A) a suscité une vive réaction de Charles Eisenmann dont l'avis en soi jamais remis en cause n'en est pas pour autant exempt de critiques (B). Le débat ne se résume cependant pas à une confrontation entre Carré de Malberg et Eisenmann. Plus discret du fait de l'absence de portée polémique de son propos, Maurice Hauriou n'en a pas moins jeté un éclairage de première importance sur la notion en montrant que, bien loin d'être figée, la nature de la faculté d'empêcher est variable (C).

A. *L'instrumentalisation malbergienne*

Avec Raymond Carré de Malberg, un courant doctrinal s'est servi de la notion de faculté d'empêcher afin de justifier une théorie. Bien loin de partir de la notion pour en tirer des enseignements, il l'a remodelée pour conforter des idées préconçues. Pour s'en convaincre, il faut au préalable poser les termes du débat en commençant par exposer la doctrine malbergienne².

C'est à l'occasion de la question relative à la distinction de la sanction et du veto que le maître de Strasbourg aborde la définition de la faculté d'empêcher. Selon lui, la sanction et le veto ne seraient pas des actes contraires. Ils plongeraient leurs racines dans deux sources différentes qui, du coup, ne permettraient pas d'établir la moindre équivalence de nature : la sanction dans la faculté de statuer, le veto dans la faculté d'empêcher. Pour justifier son propos, Carré de Malberg donne une définition de l'une et l'autre de ces notions. La faculté de statuer, écrit-il, « associe intimement le chef de l'État à la législation, en faisant de lui une partie intégrante de l'organe législatif », alors que la faculté d'empêcher « n'est qu'un pouvoir de résistance et qui, par conséquent, loin de faire participer son titulaire à la puissance législative, implique au contraire qu'il y est en principe étranger »³.

Le propos a de quoi surprendre car rien chez Montesquieu ne permet d'opérer de telles déductions. Certes, Carré de Malberg tente bien de tirer son interprétation d'une exégèse, mais il le fait au prix d'une lecture tendancieuse et partielle. Tendancieuse, car par la force des choses il est bien obligé de reconnaître que Montesquieu « parle cependant d'une certaine part que prend

² Se rattachent à cette conception, notamment J.-J. Chevallier, « De la distinction établie par Montesquieu entre la faculté de statuer et la faculté d'empêcher », *Mélanges Hauriou*, Sirey, 1929, pp. 137 et ss. ; et É. Zoller, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2^e éd., 1999, pp. 292-294.

³ *Contribution à la théorie de l'État*, Paris, Recueil Sirey, 1920, réimp. CNRS, 1962, t. 1, p. 400, et t. 2, p. 18 note 12. Dans le même sens, v. J.-J. Chevallier, *ibid.*, pp. 141 et 144.

le monarque à la législation » par la faculté d'empêcher. Cependant, il oppose immédiatement à cette concession une objection en soutenant que la distinction entre la faculté de statuer et la faculté d'empêcher implique respectivement d'un côté, un concours à la confection de la loi, de l'autre, seulement une possibilité pour l'exécutif de « se défendre » en rendant nulles les décisions du législateur⁴. On en revient donc à des définitions préconçues pour faire dire aux mots le contraire de ce qu'ils disent. Montesquieu est pourtant parfaitement clair lorsqu'il écrit : « La puissance exécutrice [...] doit prendre part à la législation par sa faculté d'empêcher ; sans quoi elle sera bientôt dépouillée de ses prérogatives »⁵. C'est bien à une participation du monarque à la fonction législative que Montesquieu songe. La lecture de Carré de Malberg est également partielle. D'autres passages auraient dû le conduire à une analyse différente. Ainsi, le baron de La Brède entrelace explicitement l'exécutif et le législatif : « La puissance exécutrice ne faisant partie de la législative que par sa faculté d'empêcher, elle ne saurait entrer dans le débat des affaires. » Et puis, et surtout, la faculté d'empêcher n'est pas l'apanage du monarque. Elle est aussi reconnue aux deux parties du Corps législatif puisque « l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. »⁶

En réalité, c'est au prix d'une instrumentalisation des notions de faculté de statuer et d'empêcher que Carré de Malberg aboutit à des conclusions aussi éloignées de ce qu'une simple exégèse de *L'Esprit des lois* autorise à soutenir. Contrairement à ce qu'affirme la fin du titre complet de la *Contribution à la théorie générale de l'État*, c'est-à-dire *spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*⁷, son auteur n'adopte pas toujours une démarche inductive. C'est parfois davantage une théorie qui lui sert de clé de compréhension du droit positif (ou d'une doctrine comme celle de Montesquieu), que le droit positif qui fonde sa construction d'une théorie de l'État. Les raisons que Carré de Malberg donne en guise d'explication sur le sens qu'il attribue à la faculté de statuer et à la faculté d'empêcher sont particulièrement révélatrices de cette démarche. Il serait vain de chercher cette explication dans une lecture malbergienne du chapitre 6 du Livre XI, tout simplement parce que cette lecture n'existe pas. Le maître de Strasbourg n'aborde, on l'a dit, la question que lors d'un passage sur la sanction et le veto dans la Constitution de 1791. En reconnaissant au Roi un veto suspensif réitérable

⁴ R. Carré de Malberg, *ibid.*, t. II, p. 18 note 12.

⁵ *EL*, XI, 6, pp. 404-405.

⁶ *Ibid.*, p. 405.

⁷ Ainsi qu'Éric Maulin l'observe, Carré de Malberg affiche son ambition de découvrir des principes théoriques « tapis à l'ombre des dispositions constitutionnelles », *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2003, p. 26.

une fois, cette dernière autorisait une troisième législature à édicter seule une loi (la sanction royale étant alors, au prix d'une fiction, censée avoir été donnée). De cette expérience constitutionnelle, Carré de Malberg en déduit que, contrairement à la sanction supposée toujours nécessaire à la formation de la loi, le veto n'en constitue qu'une simple remise en question pour un certain temps⁸. Là encore, la clé de ses propos ne se trouve pas dans le contresens qu'il commet dans l'analyse du texte de 1791⁹, mais dans la doctrine royaliste allemande à la source de laquelle il puise son inspiration. Parce que, dans les institutions du I^{er} Empire germanique, la sanction de l'Empereur était nécessaire à l'édiction d'une loi, Jellinek comme Laband en concluaient que celui-ci seul possédait l'*imperium*. Si les chambres participaient bien à la détermination du contenu de la loi, seul le monarque imprimait au texte un commandement lui donnant force de loi¹⁰. Combinant cette doctrine à sa lecture de la Constitution de 1791, Carré de Malberg en tire l'idée que seule la sanction, en ce qu'elle est nécessaire à la formation de la loi, constitue un acte législatif. Le veto, en tant qu'il est suspensif, ne peut être regardé comme un acte contraire puisqu'il suppose l'absence de nécessité du consentement de son titulaire à l'édiction de la loi.

Cette distinction, Carré de Malberg croit la retrouver chez Montesquieu. Il interprète en effet la faculté de statuer comme une participation à la fonction législative, et la faculté d'empêcher comme un simple « pouvoir de résistance »¹¹. Dans cette mesure, il peut établir une équivalence entre ces deux notions d'une part, la sanction et le veto d'autre part. Il reste néanmoins à déterminer les raisons d'un tel alignement. Montesquieu précise lui-même que la faculté d'empêcher n'est pas, contrairement à la faculté de statuer, un droit d'ordonner par soi-même. De là, il est aisé d'en conclure que seul le détenteur du pouvoir de statuer détient une puissance de commandement puisque lui seul ordonne. Certes, Carré de Malberg n'invoque pas expressément cet argument pour justifier son propos, mais il est difficile de penser qu'il n'ait pas établi de parallèle entre les définitions contenues dans le chapitre 6 du Livre XI et les cadres doctrinaux allemands. Ainsi, Carré de Malberg part de prémisses théoriques qu'il cherche à justifier à

⁸ *Op. cit.*, t. 1, p. 400, et t. 2, p. 18 note 12.

⁹ V. notre thèse, *L'Exécutif et la Constitution de 1791*, Paris II, 1999, dactyl., pp. 186 et ss.

¹⁰ P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, Paris, Giard et Brière, 1901, t. 2, p. 264 ; et Jellinek, nous avons repris pour ce qui le concerne la synthèse que Carré de Malberg a livrée de sa pensée, *op. cit.*, t. 1, pp. 385 et s. ; v. aussi sur cette question, S. Rials, *Révolution et contre-révolution au XIX^e siècle*, Paris, D.U.C.-Albatros, 1987, pp. 114 et ss.

¹¹ *Ibid.*, t. 1, p. 400.

partir de notions – en l'occurrence la faculté d'empêcher – qu'il remodèle pour en assurer l'adéquation avec ses propres concepts.

B. La mise au point d'Eisenmann

Charles Eisenmann s'est fait, sur la question du contenu de la faculté d'empêcher, le vigoureux critique de Carré de Malberg. Selon lui, les notions de sanction et de veto ne renvoient pas à la distinction entre la faculté de statuer et la faculté d'empêcher en raison de la définition même de cette dernière. Sa réflexion est menée en deux temps : celui de l'exégèse (le texte rien que le texte) et celui de la logique (la théorie appliquée au texte).

Tout d'abord, au regard du texte du chapitre 6 du Livre XI de *L'Esprit des lois*, Eisenmann observe qu'il est erroné d'exclure la faculté d'empêcher, par conséquent le veto, de la sphère législative. Montesquieu concevait sans équivoque la faculté d'empêcher comme une participation à la législation. Le monarque est reconnu comme co-législateur justement grâce à la faculté d'empêcher. Le veto constitue donc bien, de l'aveu même du maître de La Brède, une modalité d'exercice de la fonction législative. C'est grâce à la faculté d'empêcher que la puissance exécutive fait « partie de la législative ». Par ailleurs, la sanction ne répond pas à la définition de la faculté de statuer. Sanctionner, autrement dit consentir à, ne consiste ni à ordonner par soi-même ni à corriger ce qui a été ordonné par un autre. Au contraire, Montesquieu comprend le « droit d'approuver » dans la faculté d'empêcher puisque « cette approbation n'est autre chose qu'une déclaration » que le détenteur de cette faculté « ne fait point d'usage de sa faculté d'empêcher, et dérive de cette faculté ». Enfin, Montesquieu parle indifféremment de la faculté de statuer ou d'empêcher comme mode de participation à l'élaboration de la loi, et établit initialement cette distinction alors qu'il traite de la fonction législative de la chambre haute. Il ne peut donc l'avoir formulée « pour justifier l'opposition entre la sanction et le veto »¹². Il en résulte que la distinction entre la faculté de statuer et la faculté d'empêcher ne reflète pas celle entre la sanction et le veto.

En pure logique, ces deux termes ne peuvent même être compris, poursuit Eisenmann, que dans la seule faculté d'empêcher. Puisque approuver signifie que l'on n'empêche pas, et inversement, empêcher signifie que l'on n'approuve pas, le droit d'approuver et le droit de ne pas approuver, c'est-à-dire le « droit d'improver » – Montesquieu aurait plutôt dit le droit de désapprou-

¹² Ch. Eisenmann, « "L'Esprit des lois" et la séparation des pouvoirs », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, E. Duchemin-Topos Verlag, 1993, p. 168 en note.

ver –, sont équivalents. « L'effet utile, la valeur du droit d'approuver se réduit bien au droit de ne pas approuver qu'il implique ». De cette identité logique entre l'approbation et la désapprobation, il faut en déduire qu'il n'existe aucune différence entre donner sa sanction et opposer son veto. La thèse de Carré de Malberg n'est défendable ni d'un point de vue positif, ni d'un point de vue théorique¹³. Pour pertinente que soit l'objection eisenmannienne, elle n'en appelle pas moins discussion.

La critique a ceci de regrettable qu'au-delà de son bien-fondé, elle prête le flanc lorsqu'elle tend trop exclusivement à prendre le contre-pied. Le démantèlement de la lecture malbergienne de Montesquieu n'échappe pas à ce travers. Elle révèle bien les limites du caractère souvent « négatif » des écrits d'Eisenmann¹⁴ qui les enchaîne à l'objet critiqué. La démonstration s'arc-boute sur le seul aspect législatif de la faculté d'empêcher et sur l'assimilation de cette dernière au veto, au détriment d'une étude moins contra-malbergienne de cette notion qui pourtant lui aurait ouvert de plus vastes horizons. Prérogative législative qui trouverait son unique concrétisation dans la sanction et le veto, la faculté d'empêcher n'entreprendrait ainsi aucun lien avec d'autres fonctions étatiques. Or, Montesquieu n'a pas confiné la faculté d'empêcher dans la sphère législative. La définition même de la notion est neutre : « droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre »¹⁵. À s'en tenir là, le propos peut tout autant valoir pour caractériser un attribut législatif qu'un attribut autre, notamment exécutif – il est question de « résolution » et non de texte ou de projet de loi –, et ce nonobstant le fait que l'énoncé intervient à l'occasion de la question du bicaméralisme. De fait, Montesquieu n'exclut rien, et envisage sans réticence théorique une faculté d'arrêter la puissance exécutrice, mais l'écarte pour des raisons tant d'utilité que d'équilibre institutionnel : « il ne faut pas, *écrit-il*, que la puissance législative ait réciproquement la faculté d'arrêter la puissance exécutrice. Car, l'exécution ayant ses limites par sa nature, il est inutile de la borner ». Et d'ajouter : « Et la puissance des tribuns de Rome était vicieuse, en ce qu'elle arrêta non seulement la législation, mais même l'exécution : ce qui causait de grands maux. »¹⁶ L'inutilité tout comme l'inopportunité d'envisager une faculté d'empêcher dans la sphère législative explique qu'Eisenmann ait conçu celle-ci dans un cadre étroitement législatif. Il demeure que la faculté d'empêcher est concevable au-delà de cette sphère.

¹³ Ch. Eisenmann, *ibid.*, p. 169 en note.

¹⁴ V. sur ce point, la préface de Ch. Leben au recueil des *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques* de Ch. Eisenmann, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002, p. 8.

¹⁵ *EL*, XI, 6, p. 401.

¹⁶ *Ibid.*, p. 403, v. aussi p. 405.

C. Hauriou et la nature variable de la notion

Maurice Hauriou et, dans son sillage, Georges Vedel se sont livrés à une interprétation prudente de Montesquieu, en choisissant d'en rester quasiment au même stade de généralité que lui. Leur apport est pourtant loin d'être négligeable. Dans un souci d'embrasser l'esprit plutôt que de se perdre dans les méandres d'une exégèse méticuleuse, Hauriou a souligné que l'agencement des organes et des fonctions que Montesquieu appelle de ses vœux, ne correspond pas à une spécialisation fonctionnelle des organes (séparation stricte), mais à une distribution des fonctions entre les organes (séparation « en un sens souple »), condition *sine qua non* pour que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir¹⁷. La faculté d'empêcher ne peut alors se comprendre que dans un tel contexte, et c'est tout naturellement qu'Hauriou en conclut qu'elle « ne peut exister pour un pouvoir public que si, *en vertu d'une disposition des choses*, il participe à l'exécution d'une même fonction avec les autres pouvoirs qu'il empêche ou arrête »¹⁸. Il en résulte que la faculté d'empêcher ne revêt pas une seule nature juridique, mais potentiellement plusieurs. Rien n'interdit de qualifier en elle un acte législatif, exécutif ou même judiciaire. L'essentiel consiste en ce que l'on se trouve dans le cadre d'une mitigation des fonctions. Le fait que Montesquieu compare la faculté d'empêcher du monarque ou des chambres au pouvoir dont disposaient les tribuns de la Rome antique, donne un crédit certain à une telle thèse. Le champ d'application du veto tribunicien était en effet immense puisqu'il portait sur tous les actes publics (ordres des consuls, délibérations du Sénat, propositions de loi, élections, votes des comices)¹⁹. Cela étant, Hauriou ne donne pas d'indication sur les fonctions auxquelles il pense précisément²⁰.

Tout en s'inscrivant dans la ligne doctrinale du doyen de la faculté de droit de Toulouse, Vedel a enrichi celle-ci de quelques précisions. Selon lui, le légis-

¹⁷ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 2^e éd., 1929, pp. 352 et ss.

¹⁸ M. Hauriou, *ibid.*, p. 354, souligné dans le texte. Dans le même sens, v. G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, réimp. Paris, Dalloz, 2002, pp. 19-20.

¹⁹ Voir J. Ellul, *Histoire des institutions, L'Antiquité*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1999, p. 283. Certes, on l'a vu, Montesquieu estime par ailleurs que la puissance des tribuns était « vicieuse, en ce qu'elle arrêtaient non seulement la législation, mais même l'exécution », *EL*, XI, 6, p. 403. Cependant, ce qu'il stigmatise ici, c'est le trop de pouvoir qui peut être donné à tel ou tel organe. En l'occurrence, l'organe législatif, déjà doté de l'exercice de la fonction législative, ne doit pas de surcroît disposer d'une faculté d'arrêter la puissance exécutrice. Cela serait forcément néfaste puisque l'exécution a « ses limites par sa nature ». Autrement dit, la liberté n'exige point ici une telle garantie. Confier une faculté d'empêcher sur les actes d'exécution à l'organe législatif ne pouvant par nature servir à garantir la séparation des pouvoirs, cela ne peut que nuire à l'ordre des choses jusqu'à paralyser l'État comme les tribuns jadis pouvaient le faire.

²⁰ Si les développements qui suivent ces propos portent sur la fonction législative, Hauriou ne laisse cependant pas entendre qu'elle seule serait concernée.

latif, l'exécutif ainsi que le juge ont tous une faculté de statuer : en votant les lois, en administrant, en jugeant. Parallèlement, chacun de ces organes jouit d'une faculté d'empêcher. Si l'affirmation ne pose pas de difficulté théorique en ce qui concerne les organes législatif et exécutif, il n'en va pas de même pour le juge. Vedel soutient que ce dernier doit « pouvoir s'opposer aux décisions de l'exécutif qui sont contraires à la loi »²¹. À se reporter à la lettre du chapitre 6 du Livre XI de *L'Esprit des lois*, l'office du juge et la faculté d'empêcher relèvent *a priori* de deux mondes différents. Montesquieu n'évoque le pouvoir d'arrêter la puissance exécutive que comme un attribut du corps législatif. Pour des raisons d'opportunité, il conseille de rejeter l'hypothèse en s'appuyant sur le contre-exemple des tribuns romains. Cependant, un tel propos n'exclut pas d'un point de vue théorique qu'une telle faculté d'empêcher l'exécutif soit envisageable. Il n'en va pas de même en ce qui concerne le juge. La conception que Montesquieu se fait de la puissance judiciaire ne permet guère de prime abord d'imaginer qu'un juge puisse arrêter une résolution de l'exécutif. Si le juge n'est que la « bouche qui prononce les paroles de la loi »²² afin que son jugement ne soit point une opinion personnelle, mais un « texte précis de la loi »²³, si, par voie de conséquence, la puissance judiciaire est « en quelque façon nulle »²⁴, n'est-ce pas que cette dernière ne comprend pas parmi ses attributs une faculté d'empêcher ? Montesquieu ne tranche pas. Certes, il explique que la nullité de la puissance de juger dispense d'y attacher, contrairement à ce qu'il en est des puissances législative et exécutive, de « puissance réglante », c'est-à-dire notamment la faculté d'empêcher comme la suite du propos le montre²⁵. Cependant, s'il n'y a pas besoin de contre-pouvoir à l'action du juge, cela ne signifie pas que le juge ne puisse pas constituer un contre-pouvoir particulièrement vis-à-vis de l'exécutif. On objectera que « l'exécution ayant ses limites par sa nature, il est inutile de la borner »²⁶. Toutefois, ainsi que cela a été dit, c'est sur la base du contre-exemple des tribuns de Rome et non sur celui d'un principe intangible que Montesquieu opère une telle remarque. Il en résulte que, si le juge dispose du pouvoir de rendre nulle une résolution quelconque de l'exécutif, il dispose bien d'une faculté d'empêcher. Compte tenu de la plasticité de la pensée d'Hauriou, il est fort à parier que celui-ci eût souscrit à la sagacité des observations du doyen Vedel.

²¹ *Op. cit.*, p. 19.

²² *EL*, XI, 6, p. 404.

²³ *Ibid.*, p. 399.

²⁴ *Ibid.*, p. 401.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, p. 403.

II. Le débat sur la forme de la faculté d'empêcher

Préférant la plasticité fondatrice d'un système à la description pointilleuse d'institutions éphémères, Montesquieu n'a pas illustré sa définition de la faculté d'empêcher. C'était là favoriser une descendance foisonnante et, par voie de conséquence, sans garantie d'orthodoxie. De fait, la doctrine française s'est engouffrée dans la brèche sans unité, les uns assimilant restrictivement la faculté d'empêcher à un droit de veto (A), les autres considérant, de manière parfois discutable, que la faculté d'empêcher peut prendre des formes variables (B).

A. L'assimilation de la faculté d'empêcher à un droit de veto

Un ancien mais toujours vivant courant doctrinal assimile la faculté d'empêcher à un droit de veto²⁷. Bien que trouvant une unité dans cette assimilation, ce courant se scinde en deux branches dès lors que l'on aborde la question du caractère suspensif ou absolu du veto. La première, incarnée par Carré de Malberg, prétend que le veto dont il s'agit est suspensif (1). La seconde, autour d'Eisenmann, considère au contraire que seul le veto absolu concrétise la faculté d'empêcher (2)²⁸. Cette dernière a pour elle le fait que, à n'en pas douter, Montesquieu, inspiré du modèle anglais, n'a pas pu ne pas songer au veto absolu lorsqu'il évoqua la faculté d'empêcher. Faut-il prétendre alors qu'il n'ait songé qu'à lui ? Assurément pas, car le veto suspensif et ses variantes ont également leur place, et le contester révèle le recours à une analyse dogmatique étrangère à Montesquieu (3).

1 – La doctrine malbergienne relève, en ce qui concerne la faculté d'empêcher, d'un paradoxe. La sanction et son acte contraire, à savoir le « refus absolu de consentement à la loi », seraient une faculté de statuer parce qu'eux seuls offriraient à l'exécutif une participation à la puissance législative. En revanche, le veto suspensif serait une faculté d'empêcher car il ne serait qu'un « pouvoir de résistance » ne permettant pas à son titulaire un accès à la puissance législa-

²⁷ Il importe de préciser que les auteurs qui seront mentionnés n'ont pas écrit noir sur blanc que la faculté d'empêcher ne pouvait s'assimiler qu'à un droit de veto. Cependant, à notre connaissance, ils n'ont pas abordé la question de la forme de la faculté d'empêcher sous un autre angle que celui du veto. C'est donc dans cette mesure, et dans celle-là uniquement, que l'on considère qu'ils assimilent la faculté d'empêcher au veto.

²⁸ Plusieurs auteurs assimilent également le veto à la faculté d'empêcher, mais sans distinguer selon son caractère absolu ou suspensif, v. G. Bacot, « L'Esprit des lois, la séparation des pouvoirs et Charles Eisenmann », *RDP*, 1992, p. 622 ; J.-J. Chevaller, *loc. cit.*, pp. 143 et s. ; et A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 6^e éd., 1914, réimp. Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2001, pp. 475-476.

tive²⁹. Deux observations peuvent être faites. D'une part, en assimilant la faculté d'empêcher au veto, Carré de Malberg passe sous silence que ce qu'il nomme le « refus absolu de consentement » n'est autre chose qu'un veto absolu. Soutenir que ce refus se rattache à la faculté de statuer parce qu'il constitue un refus de sanction et non un veto revient à jouer sur les mots. D'autre part, par son propos, Carré de Malberg redéfinit la faculté d'empêcher pour les besoins de la cause, et en contradiction avec la doctrine de Montesquieu. Dès lors qu'empêcher consiste à rendre nulle une résolution prise par un autre, il ne fait aucun doute que le veto absolu est une faculté d'arrêter à l'instar de la sanction en tant que celle-ci est un acte d'approbation. De deux choses l'une : ou bien le veto suspensif est une faculté d'empêcher et, *a fortiori*, le veto absolu l'est également, ou bien le veto absolu n'est pas une faculté d'empêcher, et le veto suspensif *a fortiori* ne l'est pas non plus. Ce décalque maladroit des cadres de la théorie malbergienne sur la notion de faculté d'empêcher explique que le maître de Strasbourg ait fait peu d'émules à cet égard.

Outre l'inadéquation de la conception de la faculté d'empêcher avec le texte fondateur de cette notion, la doctrine malbergienne manque de cohérence. Ce manque se manifeste lorsque est abordée la question de la demande d'une nouvelle délibération de la loi. Pour Carré de Malberg, un tel pouvoir n'est pas une véritable faculté d'empêcher, mais une « faculté de provoquer un examen complémentaire de la loi ». Le critère permettant de distinguer le veto suspensif de la demande de nouvelle délibération résulte du pouvoir de renvoyer ou pas le texte de loi à une législature ultérieure. Lorsque le Président de la République sous l'empire de la Constitution de 1875 exige une nouvelle délibération, il renvoie le texte devant la même législature qui procédera à un nouveau vote dans les mêmes conditions. Ce n'est donc pas, contrairement au Roi dans la Constitution de 1791 ou au Président des États-Unis, un veto qu'il oppose, mais seulement une demande de réexamen de la loi³⁰. À dire vrai, le critère mis en avant par Carré de Malberg laisse sceptique au regard de la définition qu'il donne de la faculté d'empêcher. Demander une nouvelle délibération d'une loi, n'est-ce pas opposer une résistance à sa formation, sinon à sa mise en vigueur ? Et opposer un veto suspensif ou, pour reprendre l'expression d'Hamilton, un « veto conditionnel »³¹, n'est-ce pas pour l'exécu-

²⁹ R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. 1, p. 400. C'est le même raisonnement qui justifie la distinction entre le veto populaire qui n'est qu'une faculté d'empêcher, et le référendum qui constitue une faculté de statuer, *id.*, note 15, pp. 402-404.

³⁰ R. Carré de Malberg, *ibid.*, t. 1, p. 401. Dans le même sens, C. Bidegaray et C. Émeri, « Du pouvoir d'empêcher : veto ou contre-pouvoir », *RDP*, 1994, pp. 336-337.

³¹ A. Hamilton, J. Jay et J. Madison, *Le Fédéraliste*, LGDJ, 1957, trad. G. Jèze, réimpr. Paris, Economica, 1987, n° LXXIII, p. 611.

tif demander un réexamen de la loi ? Bien sûr, selon les cas, l'intensité de cette faculté ne sera pas la même. Or, justement, il n'existe pas entre ces actes une différence de nature mais seulement de degré. D'ailleurs, Carré de Malberg le reconnaît lui-même lorsqu'il souligne que le pouvoir du Président des États-Unis « possède le droit de renvoyer aux Chambres le bill qui vient d'être adopté par elles », mais sans en faire pour autant un co-législateur puisque le dernier mot revient au Congrès. Ainsi, « la demande présidentielle de nouvelle délibération prend le caractère d'une opposition effective à la volonté premièrement exprimée par les assemblées », par conséquent celui d'un veto suspensif³². Si ce qui différencie la simple demande de nouvelle délibération du veto c'est l'effectivité de l'opposition, cela signifie que cette différence n'est pas établie quant à la nature de ces actes, mais quant à leur effet : l'opposition est ou n'est pas effective. Cette alternative est elle-même insatisfaisante – mais elle est commode à Carré de Malberg pour donner un semblant de cohérence à sa démonstration –, car en réalité toute demande de nouvelle délibération constitue une opposition³³. Ensuite, en fonction des conditions dans lesquelles cette opposition pourra être levée, elle prendra un caractère plus ou moins effectif.

2 – Charles Eisenmann, bien que contempteur du maître de Strasbourg, s'inscrit dans la lignée de ce dernier en ce qu'il assimile également la faculté d'empêcher à un droit de veto. La comparaison s'arrête cependant là, pour deux raisons. *Primo*, c'est en se fondant sur le seul texte du chapitre 6 du Livre XI qu'Eisenmann opère l'assimilation. « Ce n'est pas [...], écrit-il, à propos du veto royal que Montesquieu a formulé la distinction des deux facultés, mais à propos des pouvoirs législatifs de la Chambre haute, du “ corps des nobles ”, auquel il voulait reconnaître en certaines matières qu'un simple pouvoir de veto contre les résolutions législatives de la Chambre populaire. » La faculté d'empêcher n'est donc autre chose qu'un « droit de veto purement et simplement » ainsi que son acte contraire, la sanction³⁴. *Secundo*, Eisenmann ne pense ce droit de veto que comme « absolu », seule manière pour son titulaire de s'opposer véritablement à la naissance de la loi. La faculté d'empêcher n'est en effet pas conçue, remarque-t-il, comme un pouvoir « d'empêcher

³² *Op. cit.*, t. 1, pp. 401-402.

³³ Qu'est-ce d'autre en effet que s'opposer à la loi votée que de demander au corps législatif de délibérer à nouveau ? Assurément rien de bien différent, mais avec une force moindre, que de brandir un veto. Et encore ! Supposons l'hypothèse où un exécutif détienne un veto suspensif non réitérable, c'est-à-dire un veto qu'il ne pourrait maintenir si une législature subséquente votait le texte en cause dans les mêmes termes. Cette opposition ne se différencierait en rien de celle où l'exécutif userait de son droit de demander une nouvelle délibération sur le texte adopté en fin de législature, et qui donc ne pourrait être revoté que par la législature subséquente.

³⁴ Ch. Eisenmann, *loc. cit.* p. 168 en note.

l'exécution » d'une résolution, mais comme celui de rendre nulle une telle résolution³⁵. Elle porte par voie de conséquence sur la formation de la loi et non sur son exécution. C'est donc pour des raisons différentes de celles évoquées par Carré de Malberg qu'Eisenmann identifie le veto absolu à la faculté d'empêcher, et qu'il retranche implicitement le veto suspensif du champ de cette dernière. Ainsi réduite, la faculté d'empêcher ne saurait comprendre ni le droit de proposer la loi ni le droit d'amender, car cela reviendrait à confier à son titulaire un droit de participer à l'établissement de son texte, ce que le veto exclut³⁶.

3 – À l'instar d'Eisenmann, Michel Troper conçoit la faculté d'empêcher comme une modalité de participation à la fonction législative³⁷, laquelle se distingue de la faculté de statuer qui désigne le pouvoir législatif en son entier. Cependant, contrairement à Eisenmann, M. Troper n'assimile pas la faculté d'empêcher au veto³⁸. Il considère de plus que celle-ci d'une part, ne s'oppose pas à la reconnaissance au profit de son titulaire d'un droit d'initiative, donc d'un droit de détermination du contenu de la loi, d'autre part, peut revêtir une forme non figée de consentement : veto absolu ou veto suspensif. Pour arriver à une telle conclusion, Michel Troper part d'un présupposé. Jugeant vaine toute prétention à pénétrer la pensée d'un auteur ou les intentions du législateur, il propose, pour mettre fin aux querelles résultant des interprétations possibles, de recourir à la théorie de l'auteur de l'acte qu'Eisenmann a tirée de la théorie pure du droit de Kelsen. Aux termes de cette théorie, est auteur d'un acte celui qui prend une part décisionnelle à la confection de celui-ci. Par conséquent, dès lors que le veto suspensif permet ne serait-ce que retarder l'entrée en vigueur de l'acte législatif, cela suffit à ériger son titulaire en co-législateur³⁹.

La théorie rejoint ici le texte de l'*Esprit des lois*. Rien, en effet, ne permet de soutenir que Montesquieu ait entendu exclusivement par faculté d'empêcher, un veto absolu. Bien sûr, le veto absolu constitue un pouvoir d'arrêter ; il en

³⁵ Eisenmann écrit au sujet du monarque – mais cela vaut aussi pour le corps des nobles : « Qu'il ait la sanction ou le veto, sa situation est la même : il ne concourt pas à l'établissement du texte de la loi, il ne peut ni la proposer ni l'amender ; mais aucune règle législative ne peut – si du moins le veto est, comme l'envisageait Montesquieu, absolu, ou le droit de refuser sa sanction illimitée — prendre naissance, c'est-à-dire aucune loi ne peut entrer en vigueur sans son consentement, donc contre sa volonté », *ibid.*, p. 169 en note.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ La distinction entre la faculté de statuer et la faculté d'empêcher, soutient M. Troper, « est uniquement destinée à caractériser deux modes de participation à la fonction législative », *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973, p. 27.

³⁸ Cela résulte implicitement de ses propos, voir *ibid.*, p. 27 ; et du même, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales E.S.C.*, 1992, p. 1179.

³⁹ M. Troper, « Sur l'usage [...] », *ibid.*, pp. 1179-1180.

est même l'idéal-type – le modèle anglais que le maître de La Brède a observé ne pouvait à l'évidence ne pas être présent à son esprit. Cela étant, en définissant la faculté d'empêcher comme « le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre », c'est-à-dire aussi comme un « droit d'approuver », Montesquieu ne précise pas si rendre nulle une résolution, c'est l'anéantir momentanément ou définitivement. Une telle observation pourrait étonner le juriste : ce qui est nul est par principe anéanti définitivement du fait de l'effet rétroactif qui s'attache à la nullité d'un acte⁴⁰. Cependant, la pureté juridique et toute formelle de l'objection ne répond ni à l'esprit – souple et pragmatique – ni même à la lettre du texte du chapitre 6 du Livre XI. Rendre nul ne vaut annuler, mais seulement rendre de nul effet. Un veto de l'exécutif sur une résolution des chambres ne la fait pas disparaître de l'ordre juridique, il la prive seulement de sa portée. Résolution elle est, résolution elle demeure, faute de consentement susceptible de la rendre loi. Rendre ou pas nul revient donc, comme le souligne Montesquieu, à approuver ou désapprouver⁴¹. Cette désapprobation peut donc être temporaire puisque Montesquieu ne nous dit pas qu'elle doit être définitive. Le veto suspensif trouve en conséquence sa place au sein de la faculté d'empêcher. Dans la Constitution de 1791, en refusant sa sanction, le Roi ne rend pas nul le décret du Corps législatif, il le prive seulement de ce à quoi ce dernier aspirait à ce que celui-ci devienne : une loi. La meilleure preuve de cette absence de nullité est que le veto déclenche l'application d'un régime juridique : si deux autres législatures successives votent à nouveau le même décret, le Roi est réputé avoir donné son consentement⁴². En d'autres termes, le veto n'existe qu'à l'égard de la résolution votée par les deux premières législatures. Le raisonnement est exactement le même en ce qui concerne le veto présidentiel américain dans la mesure où le *bill* non signé est renvoyé devant les chambres qui devront alors, en vertu du régime juridique applicable du fait du veto, statuer à la majorité des deux tiers.

En réalité, le critère d'identification de la faculté d'empêcher n'est pas encore suffisant. À en rester à ce stade de l'analyse, cela reviendrait à considérer, avec certains auteurs, la demande de nouvelle délibération comme un droit d'arrêter.⁴³

⁴⁰ En pure logique juridique du moins, car en droit positif, pour des raisons pratiques évidentes résultant soit de l'impossibilité de faire comme si l'acte n'avait jamais existé, soit de considérations d'opportunité, il en va autrement.

⁴¹ Tout ceci est encore confirmé par cette phrase : « La puissance exécutrice ne faisant partie de la législation que par sa faculté d'empêcher, elle ne saurait entrer dans le débat des affaires. Il n'est pas même nécessaire qu'elle propose, parce que, pouvant toujours désapprouver les résolutions, elle peut rejeter les décisions des propositions qu'elle aurait voulu qu'on n'eût pas faites », *EL*, XI, 6, p. 405.

⁴² Tit. III, ch. III, sect. III

⁴³ V. par ex. J.-J. Chevallier, *loc. cit.*, p. 149 ; P. Auvret, « La faculté d'empêcher du Président de la République », *RDP*, 1986, p. 144 ; et J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 18^e éd., 2002, pp. 273-274 et 574.

Cependant, si le droit de former une telle demande constitue un veto en ce qu'il ouvre la possibilité à son détenteur de s'opposer, cette opposition ne va pas jusqu'à empêcher. Si celui qui empêche s'oppose, celui qui s'oppose n'empêche pas forcément⁴⁴. La faculté de s'opposer et la faculté d'empêcher sont par conséquent des notions qu'il faut prendre garde de bien distinguer. En évoquant le pouvoir d'arrêter, Montesquieu pense au maintien de la liberté, lequel passe par la jalousie que tout homme met à défendre ses prérogatives. Empêcher suppose la capacité à se défendre et, partant, à défendre la liberté à travers les mécanismes du principe de la séparation des pouvoirs. Si un organe détient une faculté de s'opposer à un autre, mais que celle-ci ne lui permet pas de prévenir d'éventuels empiètements sur ses attributions, alors il en est réduit à elle. Le critère de distinction entre l'opposition et l'empêchement est donc d'ordre téléologique. Une faculté de s'opposer est une faculté d'empêcher si elle permet à son titulaire de bloquer toute volonté d'usurpation d'un autre organe. Telle est bien la situation de l'exécutif qui oppose un veto suspensif ou conditionnel : la résolution est bien nulle, car la même législature ne pourra pas lever le veto, ou si elle le peut, cela ne sera possible qu'à une majorité qualifiée différente. Certes, dans l'un et l'autre cas, l'organe auquel on oppose un veto dispose du pouvoir de passer outre. Cependant, la levée de l'opposition suppose des modalités particulières qui ne donnent aucune garantie à cet organe qu'il parviendra à ses fins. Il en va différemment lorsque le veto se réduit à une simple demande de seconde délibération, car il n'empêche pas le même organe statuant dans les mêmes conditions à réitérer son vote, à moins bien sûr que la demande intervienne en toute fin de législature. Dans ce cas, seule la législature subséquente pouvant se prononcer, il y a bien empêchement. Le veto constitue une faculté d'empêcher lorsqu'il manifeste non pas une simple opposition, mais un véritable empêchement dont la définition ne peut être que négative : il n'existe pas d'empêchement dès lors que le veto peut être levé par l'organe ayant formulé la résolution sans que ses membres aient été renouvelés ou sans qu'une majorité qualifiée suffisante soit requise (ou du moins des modalités de délibération substantiellement différentes). Il en résulte que la faculté d'empêcher ne peut pas être assimilée au veto, quoique la plupart des veto puissent être qualifiés de faculté d'empêcher. Cela étant, l'usage a tellement identifié le veto à la faculté d'empêcher, qu'on en est parfois venu à dénier à la demande de nouvel examen la qualification de veto.

Une objection se profile immédiatement : la qualification comme veto du droit de demander une nouvelle délibération n'a-t-elle pas été retenue pour les

⁴⁴ D'ailleurs, ainsi que l'indique *Le petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1992, le terme *veto* signifie en latin, je m'oppose — et non j'empêche.

besoins de la démonstration ? Il suffirait en effet, à l'instar de Carré de Malberg, de ne pas retenir une telle qualification pour conclure au bien-fondé de l'identification de la faculté d'empêcher au veto. À supposer même la critique pertinente, la faculté d'empêcher n'en serait pas davantage réductible au veto. La gamme des formes que peut revêtir la faculté d'arrêter est en effet plus étendue.

B. La forme variable de la faculté d'empêcher

En dépit du prestige des tenants de l'assimilation du veto à la faculté d'empêcher, une notable partie de la doctrine publiciste française a embrassé une conception extensive de la forme que peut revêtir la faculté d'empêcher. D'un point de vue logique voire historique, c'est autour de la doctrine d'Hauriou que gravite ce courant. Pour soutenir que la faculté d'empêcher puisse s'avancer tantôt sous un masque tantôt sous un autre, il faut admettre au préalable que sa nature juridique est variable, donc que la faculté d'empêcher ne se comprend que dans un système de mitigation des fonctions entre les organes. Peu importe alors de préciser quelles formes exactes prend la faculté d'empêcher, car celles-ci sont aussi variées que les combinaisons de co-exercice d'une fonction le sont. Cependant, si pour Hauriou toutes les fonctions étatiques sont susceptibles de servir de réceptacle à une faculté d'empêcher⁴⁵, affirmer qu'une fonction est potentiellement concernée ne veut pas dire qu'elle l'est, mais seulement qu'elle peut l'être à certaines conditions, en l'occurrence que l'une au moins de ses modalités d'exercice constitue un pouvoir d'arrêter. Ainsi, avec Vedel, il y a lieu de reconnaître que le juge puisse détenir une faculté d'empêcher. Il ne faudrait cependant pas en conclure que son office s'y réduit. Le juge n'empêche qu'à la condition de pouvoir arrêter. D'un tel attribut, le juge judiciaire en est largement dépourvu. Condamner à une peine quelconque l'auteur d'une infraction ou prononcer un jugement au civil n'empêche rien⁴⁶. En revanche, la faculté d'empêcher se trouve au cœur de l'office du juge administratif. Qu'est-ce que ce dernier fait d'autre que d'arrêter les usurpations de pouvoir de l'administration lorsqu'il annule un acte administratif ? Il rend en effet définitivement nulle une résolution, et ce en vue d'assurer le respect par l'exécutif du principe de la séparation des pouvoirs en l'empêchant de s'ériger en législateur⁴⁷. Il pourrait être

⁴⁵ V. *supra*.

⁴⁶ Le juge pénal dispose tout de même d'une faculté d'empêcher par le pouvoir dont il dispose d'écarter l'application d'un règlement illégal. Quant au juge d'appel ou de cassation, il se borne à statuer par la correction qu'il apporte au jugement ou à l'arrêt.

⁴⁷ L'exécutif peut se faire législateur de deux manières : en prenant un règlement portant sur le domaine de la loi ; en prenant une décision (réglementaire ou non réglementaire) qui méconnaît la loi.

objecté que Montesquieu semble concevoir la faculté d'empêcher comme un pouvoir discrétionnaire. Il n'est pas même nécessaire que la puissance exécutive propose, écrit-il, « parce que, pouvant toujours désapprouver les résolutions, elle peut rejeter les décisions des propositions qu'elle aurait voulu qu'on n'eût pas faites »⁴⁸. L'usage du verbe *pouvoir* laisse entendre que l'exécutif se détermine en opportunité. Or, la fonction du juge ne consiste pas à vouloir ou pas que l'on ait fait telle résolution, mais seulement à dire le droit. Toutefois, il ne semble pas que Montesquieu ait souhaité insister sur cet aspect discrétionnaire de la faculté d'empêcher. L'emploi du verbe *pouvoir* tend plutôt à montrer qu'il s'agit d'un attribut reconnu en l'occurrence à l'exécutif, au sens où celui-ci jouit de la capacité d'arrêter. Ce qui vaut pour l'exécutif est donc susceptible de valoir pour le juge. L'argument en soi n'emporte cependant pas la conviction. Le critère déterminant demeure téléologique : le pouvoir d'annuler tend-t-il à assurer le respect du principe de la séparation des pouvoirs ? La réponse ne fait aucun doute. Si l'administration a fini, en ce qui concerne ses décisions administratives, par se trouver soumise au contrôle d'un juge spécialisé, c'est parce que, contrairement à ce que Montesquieu a cru, l'exécution n'est pas bornée par nature. En cela, le pouvoir d'annulation remis entre les mains du juge constitue bien une forme de faculté d'empêcher⁴⁹ 50.

L'aspect variable de la forme que peut revêtir la faculté d'empêcher est encore corroboré par les propos mêmes de Montesquieu. Certes, celui-ci ne donne guère d'indication concrète. Toutefois, à s'en tenir aux seuls éléments expressément évoqués par ses écrits, il apparaît qu'au nombre des formes possibles figure, outre le veto, le vote. Pour se convaincre de cela, il convient de distinguer deux formes de faculté d'empêcher : *la faculté d'empêcher simple* et *la faculté d'empêcher complexe*. La faculté d'empêcher simple résulte de la définition que donne Montesquieu lorsqu'il reconnaît à un organe auquel il n'est pas fait droit de statuer, le droit d'approuver ou de désapprouver. C'est le cas de l'organe exécutif afin qu'il puisse défendre ses prérogatives. C'est également le cas de la chambre héréditaire en matière fiscale. Craignant l'incapacité du corps des nobles à ne satisfaire autre chose que ses intérêts personnels

⁴⁸ *EL*, XI, 6, p. 405

⁴⁹ Ce qui vaut pour le pouvoir d'annulation du juge administratif vaut pour le pouvoir du Conseil constitutionnel de déclarer une loi non conforme à la Constitution, à ceci près qu'en plus le juge constitutionnel a pour tâche de faire respecter le principe de la séparation des pouvoirs constituant et constitués, et que c'est par ce truchement qu'il garantit le principe de la séparation des pouvoirs constitués.

⁵⁰ À supposer même que la faculté d'empêcher ne puisse se concevoir sans prise en compte par son titulaire de l'opportunité d'en faire usage, le juge n'en serait pas pour autant privé dès lors que des éléments de son contrôle laissent une large place à l'opportunité (que l'on songe à la théorie du bilan, à l'erreur manifeste d'appréciation, ou même à la qualification juridique des faits).

au détriment de ceux du peuple, l'illustre baron préfère ne leur confier qu'une faculté d'empêcher l'édiction des lois bursales⁵¹. Cette faculté d'empêcher peut être qualifiée de simple car ceux à qui elle est attribuée, n'ont d'autre pouvoir que de rendre nulle la résolution adoptée par un autre organe. La faculté d'empêcher complexe, quant à elle, découle des facultés reconnues simultanément et mutuellement aux « deux parties » du corps législatif de statuer et d'empêcher⁵². Pour celles-ci, le droit d'ordonner constitue aussi un droit d'approuver, et le droit de ne pas ordonner, un droit de désapprouver. Il pourrait être objecté que, dans le cadre de la faculté de statuer, la chambre se prononçant sur un texte déjà voté par l'assemblée ayant pris l'initiative, n'ordonne plus mais se contente d'approuver ou pas. Sauf à considérer qu'elle se trouve réduite à une faculté d'empêcher simple, et donc privée de corriger, c'est-à-dire d'amender, il faut en déduire que son approbation vaut aussi droit de statuer et qu'il existe bien une faculté d'empêcher complexe⁵³. Cette distinction entre la faculté d'empêcher simple et la faculté d'empêcher complexe emporte une conséquence sur la forme que peut revêtir la faculté d'empêcher. La sanction est bien *un* droit d'approuver, mais *le* droit d'approuver n'est pas constitué par la seule sanction. Il faut y ajouter le *vote* d'un texte. *A contrario*, le droit de désapprouver comprend le droit de veto et le droit de voter.

Il reste que toute attribution manifestant une intervention d'un organe dans une fonction autre que celle dans laquelle il est spécialisé, ne révèle pas en soi une faculté d'empêcher. Ne pas admettre un tel principe reviendrait à diluer la notion au point de lui faire perdre toute signification. En ne se penchant pas sur le sens du terme empêcher, une partie de la doctrine en est ainsi venue à englober dans la faculté d'empêcher, on l'a vu, la demande d'une seconde délibération. En revanche, le refus du Président de la République de faire droit à la demande de la majorité des membres de l'Assemblée nationale de réunir le Parlement en session extraordinaire en vertu de l'article 29 de la Constitution de 1958 constitue une faculté d'empêcher⁵⁴. Le pouvoir du chef de l'État se traduit en effet par une faculté

⁵¹ *ES*, XI, 6, p. 401.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Dans ce cas de figure, la chambre qui statue en second et qui refuse de suivre celle qui a statué en premier, n'oppose pas un veto comme elle le ferait si elle ne détenait qu'une faculté d'empêcher simple, mais un vote par lequel elle refuse d'adopter la résolution qui lui est soumise. Dans cette perspective, c'est à tort que la doctrine affirme parfois que le Sénat exerce un droit de veto en vertu de l'article 89 de la Constitution de 1958, v. par ex. C. Bidegaray et C. Émeri, *loc. cit.*, p. 347 ; et G. Carcassonne, *La Constitution*, Paris, Seuil, 5^e éd., 2002, p. 353. En réalité, en affirmant que le Sénat dispose d'un droit de veto, et non d'un droit de vote, ces auteurs cherchent à stigmatiser l'illégitimité démocratique qui, selon eux, affecte toute opposition de la chambre haute à un texte adopté par l'Assemblée nationale. En effet, le terme *veto* est en France, depuis la Révolution, revêtu d'une connotation péjorative et anti-démocratique.

d'arrêter une telle résolution s'il estime que la réunion des assemblées tend à remettre en cause l'équilibre des pouvoirs constitutionnels.

Si l'analyse ne pose pas de difficultés majeures dans ces hypothèses, il en va autrement pour d'autres types de compétence que certains auteurs, s'éloignant en cela de l'esprit d'Hauriou, rattachent volontiers à la faculté d'empêcher. Ainsi, pour certains, la dissolution des chambres par l'exécutif⁵⁴ et, inversement, l'*impeachment* de l'exécutif par les chambres⁵⁶ constituent une manifestation du pouvoir d'arrêter. D'effet paralysant, de tels actes empêchent incontestablement l'organe visé de fonctionner. Pour autant, est-ce là rendre nulle une résolution ? Assurément pas. Est-ce là, dans l'esprit de Montesquieu, une façon de garantir la séparation des pouvoirs ? Pas davantage. Le baron de La Brède conçoit l'interdépendance des organes comme liberticide. Si la puissance législative jouit de la « faculté d'examiner de quelle manière les lois qu'elle a faites ont été exécutées », en aucun cas ne doit lui être reconnu « le pouvoir de juger » l'exécutif, car « dès le moment [que celui-ci] serait accusé ou jugé, il n'y aurait plus de liberté. »⁵⁷ Quoiqu'il ne l'évoque pas, il ne fait aucun doute que Montesquieu n'aurait pas considéré la dissolution compatible avec la séparation des pouvoirs pour les mêmes sortes de raisons que celles par lesquelles il justifie l'inviolabilité de l'exécutif. De tels moyens d'action réciproque sont d'ailleurs parfaitement inconciliables avec l'idée de faculté d'empêcher. Ils en sont même la négation. Quelle serait la portée d'un veto absolu ou suspensif brandi par l'exécutif, si ce dernier pouvait être menacé de destitution par celui-là même qui est à la source de la résolution querellée ?⁵⁸ En réalité, les droits de destitution – pour des motifs politiques ou pénaux peu importe – et de dissolution relèvent non pas d'un pouvoir

⁵⁴ P. Auvret, *loc. cit.*, pp. 149-150.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 148-149.

⁵⁶ C. Bidegaray et C. Émeri, *loc. cit.*, p. 33. Ces auteurs affirment ainsi que l'*impeachment* serait au profit du Congrès une faculté d'empêcher permettant de contrebalancer celle que le Président détient grâce au veto.

⁵⁷ *EL*, XI, 6, p. 403. Le fait que les ministres soient responsables, ne change rien puisqu'ils ne sont pas l'exécutif. Il est d'ailleurs très probable que Montesquieu n'ait pas songé à un mécanisme de responsabilité politique. Dans le cas contraire, cela aurait en effet signifié un transfert de la puissance exécutive de l'exécutif royal à ses ministres, ce qui n'est en rien suggéré par le baron de La Brède. Il est d'autant plus difficile d'accréditer une telle hypothèse, que les ministres seraient devenus alors l'exécutif — du moins l'une des têtes d'un exécutif bicéphale. Or, cette qualité leur aurait assuré l'indépendance organique, ce qui chez Montesquieu assure l'inviolabilité. Ce n'est donc qu'à une responsabilité pénale que pense Montesquieu. Dans ce sens, v. Ch. Eisenmann, *loc. cit.*, pp. 185-186 en note ; et G. Bacot, *loc. cit.*, pp. 632 et s.

⁵⁸ À condition bien entendu qu'aucune majorité qualifiée différente de celle qui a permis d'adopter la résolution ne soit requise pour procéder à la mise en accusation et au jugement de l'exécutif. C'est ainsi que le constitutionnalisme américain a pu concilier veto et *impeachment*. La majorité requise au Congrès pour lever le veto et pour destituer le Président étant la même, la portée du veto n'est pas altérée par l'existence de la procédure d'*impeachment*.

d'arrêter, mais d'un pouvoir d'action réciproque. Il ne s'agit pas d'un contrôle sur les actes, mais sur les organes. Or, la faculté d'empêcher ne se comprend que dans le cadre du principe négatif de la séparation des pouvoirs : la liberté n'est garantie qu'à condition qu'aucun organe ne détienne à lui seul le monopole de plus d'une fonction étatique⁵⁹. La dissolution ou la destitution se rattachent par voie de conséquence à un système d'agencement des organes et des fonctions susceptible de se juxtaposer au principe négatif de la séparation des pouvoirs mais sans jamais s'y confondre. Le but propre de cet agencement ne tend qu'à une conciliation entre des pouvoirs historiquement rendue nécessaire dans les monarchies européennes par l'existence côte à côte de deux principes de légitimité : l'un traditionnel (monarchique), l'autre démocratique (moderne).

Hauriou avait donc raison de réserver l'usage de la notion de faculté d'empêcher à la seule sphère fonctionnelle. De même, c'est avec clairvoyance qu'il n'a pas cherché à concrétiser la parole de Montesquieu, conscient que l'exercice, à n'y prendre garde, présentait un aspect hautement réducteur. La faculté d'empêcher est beaucoup de chose mais pas n'importe quelle chose. Sa plasticité n'induit pas des contours élastiques. En n'en tenant pas suffisamment compte, la doctrine a ainsi parfois déformé la pensée de l'illustre philosophe.

Par Guillaume GLÉNARD
(Maître de conférences à l'Université de Paris II)

⁵⁹ V. F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 28^e éd., 2003, pp. 96-97.