

UNIVERSITE JEAN MOULIN - LYON III  
FACULTE DE DROIT

*Marie-Anne Cohendet-Chaslot*

# **L'EPREUVE DE LA COHABITATION**

**(MARS 1986 - MAI 1988)**

## **THESE**

En vue de l'obtention du doctorat en Droit  
mention Droit Public et analyse politique  
(nouveau régime)

### **Jury :**

**Directeur de recherches .** *Monsieur le Doyen PIERRE VIALLE, Professeur, Président de l'Université Jean Moulin*

### **Suffragants :**

*Monsieur OLIVIER DUHAMEL, Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne*  
*Monsieur le Doyen LOUIS FAVOREU, Professeur, Président honoraire de l'Université Aix-Marseille, directeur du CERJC*

*Monsieur le Recteur JEAN GARAGNON, Professeur à l'Université Jean Moulin*  
*Monsieur JEAN GICQUEL, Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne*  
*Monsieur ANTOINE JEAMMAUD, Professeur à l'université de Saint-Etienne, directeur du CERCRID*

*Lyon, 7 février 1991*



*à ma mère,*

*à François,*

*à Guillaume, Ivan et Lara.*



Que tous ceux qui, par leur soutien moral, intellectuel ou matériel, ont collaboré à l'élaboration de cette thèse, veuillent bien trouver ici un témoignage de ma profonde gratitude, et en particulier,

Mon père, ma soeur et mes frères, pour tant de patience,

Toute ma famille et mes amis,

Les professeurs qui ont bien voulu me faire l'honneur de lire et de juger ce travail, dont l'exemple, les travaux et les conseils ont été extrêmement précieux,

Les maîtres et les témoins qui, par leur enseignement, leurs idées, leurs critiques, leurs encouragements, m'ont aidée à progresser, et tout spécialement Mesdames et Messieurs Christiane Alibert, Christian Autexier, Pierre Avril, Michel Bazex, Christian Bigault, Pierre Bon, Christian Buniet, Jean-Pierre Cot, Thierry Debard, Roland Debbasch, François Delpérée, Michel Dobry, Jean-Claude Escarras, Bastien François, Bruno Genevois, Michel Gentot, François Goguel, Laurent Habib, Madeleine Hael, Léo Hamon, Daniel Imbert, Raymond Janot, Benoît Jeanneau, M. Jeanneney, Alexandre-Charles Kiss, François Luchaire, Didier Maus, Serge Meschériakoff, Eric Millard, George Miranda, Gabriel Montagnier, Henri Oberdorff, Jean-Luc Parodi, Alessandro Pizzorusso, Michel Prieur, Jacques Robert, Dominique Rousseau, Evelyne Serverin, Michel Troper, Georges Vedel et Lothar Zechlin.

Mes confrères stéphanois, lyonnais et aixois, pour leur collaboration et leur amitié

Les étudiants qui ont su m'éclairer par leurs questions.

Ainsi que Christiane Viillard, pour son aide si précieuse à la maison, Marc Patouillard, du Laboratoire d'informatique à l'Université de Saint-Etienne, et les responsables du service de reprographie de l'université de Saint-Etienne.

Plan général de l'ouvrage (la table des matières est située à la fin du texte)

*LIVRE I LA COHABITATION, REVELATEUR DE LA Vème  
REPUBLIQUE.*

**TITRE I LA VE REPUBLIQUE MENACEE ?**

**CHAPITRE I L'EBRANLEMENT**

**SECTION I UNE REMISE EN CAUSE DE LA SUPREMATIE PRESIDENTIELLE**

**I LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE PERD SON ASSISE MAJORITAIRE**

**II LES BASES DE LA PRESIDENTIALISATION DU SYSTEME S'EFFRITENT**

**SECTION II UNE NOUVELLE LECTURE DES TABLES DE LA LOI**

**I DU TEXTE A L'ESPRIT DE LA CONSTITUTION**

**II DE L'ESPRIT AU TEXTE DE LA CONSTITUTION**

**CHAPITRE II LA RECOMPOSITION**

**SECTION I UNE SEPARATION INEDITE DES " POUVOIRS "**

**I UNE NOUVELLE REPARTITION DES POUVOIRS ENTRE LES FORCES POLITIQUES**

**II UNE NOUVELLE SEPARATION ORGANIQUE ET FONCTIONNELLE DES POUVOIRS**

**SECTION II LA DECOUVERTE DU REGIME PARLEMENTAIRE**

**I L'ILLUSION D'UN RETOUR A LA IVème REPUBLIQUE**

**II L'INSTAURATION D'UN SYSTEME GOUVERNEMENTAL**

## **TITRE II LA VEME REPUBLIQUE REVELEE**

### **CHAPITRE I LA SAUVEGARDE DE LA CLEF DE VOUTE**

#### **SECTION I LE TRONE N'EST PAS UN FAUTEUIL VIDE**

- I LES POUVOIRS PROPRES DU PRESIDENT, DES ARMES DISSUASIVES QUI CHANGENT D'OBJECTIF**
- II LA PRATIQUE DES POUVOIRS SOUMIS A CONTRESEING, DU POUVOIR DE DIRECTION AU POUVOIR DE TUTELLE**
- III LA POLITIQUE ETRANGERE ET LA DEFENSE, UN DOMAINE PRESERVE**

#### **SECTION II L'ARBITRE NE PEUT MAL FAIRE**

- I LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE, JUGE ET ARBITRE**
- II RESPONSABILITE ET LEGITIMITE PRESIDENTIELLE, LE POINT CRUCIAL**

### **CHAPITRE II LE CADRE CHANGE, LA CONSTITUTION DEMEURE**

#### **SECTION I FLEXIBLE CONSTITUTION ?**

- I DES VICES ET VERTUS DE LA SOUPLESSE**
- II ELASTICITE DES INSTITUTIONS, OU DES CONCEPTS ?**

#### **SECTION II FLEXIBLES SYSTEMES**

- I LA COHABITATION, CHANGEMENT DE SYSTEME ET NON DE REGIME**
- II DE LA VALEUR RELATIVE D'UNE EXPERIENCE**

LIVRE II *LA COHABITATION, CATALYSEUR DU DROIT*

*CONSTITUTIONNEL*

TITRE I UN TEST DE L'EFFICACITE ET DE  
L'EFFECTIVITE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

CHAPITRE I EFFICACITE DES METHODES ET EFFECTIVITE  
DE LA CONSTITUTION

SECTION I EVALUER L'ADAPTATION DES METHODES A LA QUESTION DE L'EFFECTIVITE

- I LES CONCEPTIONS NORMATTIVISTES
- II LES ANALYSES REALISTE ET STRATEGIQUE

SECTION II REDEFINIR LA SCIENCE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

- I SURMONTER LES OBSTACLES EPISTEMOLOGIQUES
- II CONCEVOIR LE DROIT CONSTITUTIONNEL COMME L'ETUDE DU  
CONTENU ET DU FONCTIONNEMENT DES CONSTITUTIONS

CHAPITRE II ANALYSER LA RELATIVITE DE L'EFFECTIVITE  
DES CONSTITUTIONS

SECTION I ETUDIER LES RAPPORTS ENTRE NORME ET PRATIQUE

- I LA COHABITATION A SOULIGNE L'ECART ENTRE REGLE ET PRATIQUE
- II ANALYSER LES RAPPORTS ENTRE NORME ET PRATIQUE

SECTION II MODELISER L'ANALYSE DE L'EFFECTIVITE DES CONSTITUTIONS

- I RECENSEMENT DES FACTEURS DETERMINANTS
- II ETUDE DE LA COMBINAISON DE CES FACTEURS



**TITRE II A L'ISSUE DE L'EPREUVE : RENFORCER  
L'EFFECTIVITE DE LA CONSTITUTION**

**CHAPITRE I VERS UNE REVISION GENERALE DE LA  
CONSTITUTION ?**

**S I L'OPTION DU CHANGEMENT DE REGIME.**

- I L'HYPOTHESE DU REGIME PRESIDENTIEL**
- II L'ADOPTION D'UNE AUTRE FORME DE REGIME PARLEMENTAIRE**

**S II L'OPTION DE L'AMENAGEMENT DE LA VE REPUBLIQUE**

- I LA REDUCTION DU MANDAT PRESIDENTIEL**
- II VERS UNE REDEFINITION DES RAPPORTS AU SEIN DE L'EXECUTIF ?**

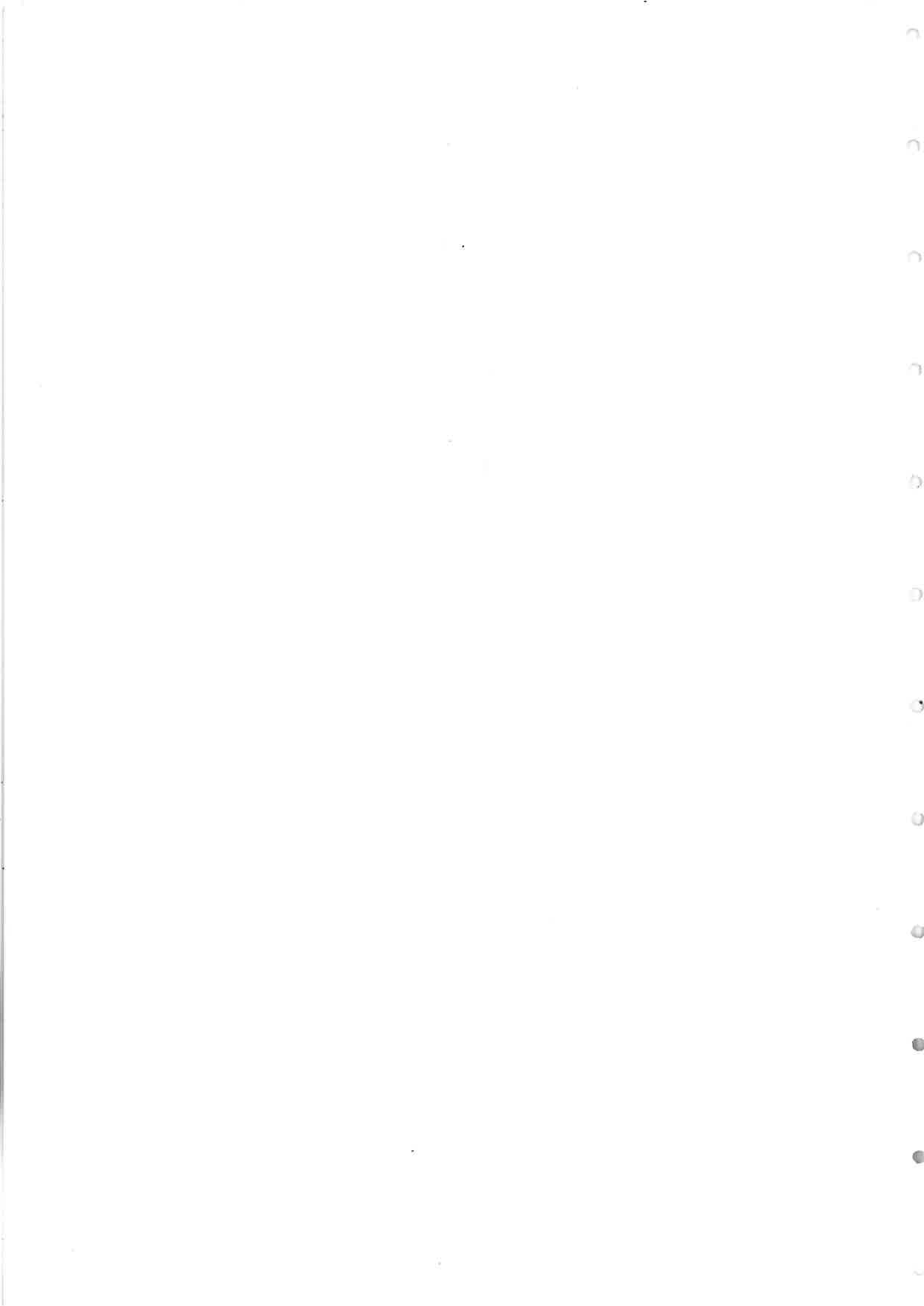
**CHAPITRE II VERS UNE EXTENSION DES COMPETENCES DU  
CONSEIL CONSTITUTIONNEL ?**

**S II POURQUOI ETENDRE LES COMPETENCES DU CONSEIL  
CONSTITUTIONNEL ?**

- I UNE REFORME INCONCEVABLE ?**
- II UNE EXTENSION NECESSAIRE**

**S II COMMENT ETENDRE LES COMPETENCES DU CONSEIL  
CONSTITUTIONNEL ?**

- I LES MODALITES CONCEVABLES DE LA REFORME**
- II UNE REFORME IMPLIQUANT CERTAINS AMENAGEMENTS DU CONSEIL  
CONSTITUTIONNEL ?**



## INTRODUCTION

" Nos institutions sont à l'épreuve des faits. Depuis 1958 et jusqu'à ce jour, le Président de la République a pu remplir sa mission en s'appuyant sur une majorité et un Gouvernement qui se réclamaient des mêmes options que lui. Tout autre, nul ne l'ignore, est la situation issue des dernières élections législatives. Pour la première fois la majorité parlementaire relève de tendances politiques différentes de celles qui s'étaient rassemblées lors de l'élection présidentielle, ce que la composition du gouvernement exprime comme il se doit. Devant un tel état de choses, qu'ils ont pourtant voulu, beaucoup de nos concitoyens se posent la question de savoir comment fonctionneront les pouvoirs publics. A cette question je ne connais qu'une seule réponse, la seule possible, la seule raisonnable, la seule conforme aux intérêts de la nation : la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution".

Message adressé par François Mitterrand au nouveau Parlement le 8 avril 1986.

L'épée de Damoclès vient de s'abattre sur la Vème République. Le chef de l'Etat doit s'armer du bouclier de la Constitution pour rassurer le peuple et ses représentants, car la cohabitation est l'épreuve la plus redoutable qu'aient jamais affrontée nos institutions. Les choses paraissent très simples : il suffira d'appliquer la Constitution pour résoudre tous les différents susceptibles de s'élever entre le Président de la République et la nouvelle majorité parlementaire qui lui est opposée. Mais qu'est-ce au juste, que " la Constitution ? ". Certains affirment avec le Général de Gaulle, qu'une constitution c'est " un esprit, des institutions, et une pratique ".

Mais alors, la cohabitation est opposée à la Constitution, car elle implique un esprit et des pratiques totalement différents de ceux qui se sont développés jusqu'en 1986! Pour d'autres, au contraire, la Constitution est le texte adopté par le peuple en 1958 et révisé depuis. Dans cette approche formaliste, la coexistence n'est pas incompatible avec la Constitution de la Ve République. Jusqu'en 1986, la réponse à cette interrogation aussi élémentaire que fondamentale n'avait pas une importance pratique majeure, dans la mesure où le Président de la République pouvait largement imposer son interprétation de la Constitution car la majorité parlementaire lui était soumise <sup>(1)</sup>. Entre 1986 et 1988, ce problème devient crucial. Pour la première fois sous la Ve République, l'interprétation des règles constitutionnelles relatives aux rapports entre les pouvoirs constitutionnels ne dépendra plus du bon vouloir d'un Président de la République incontesté, mais résultera d'un accord entre un Chef de l'Etat et une majorité parlementaire totalement opposés. M. Chirac rappelant que " les règles de notre Constitution doivent être respectées " <sup>(2)</sup>, et M. Mitterrand précisant que cette situation politique inédite requiert une pratique nouvelle des institutions, loin des " usages qui, au-delà des textes, ont accru le rôle " du Chef de l'Etat dans les affaires publiques <sup>(3)</sup>; il semble qu'il adoptent une conception formaliste de la Constitution. Et pourtant, même en cette situation extrême dans laquelle le texte constitutionnel devrait retrouver toute sa force, le poids des usages antérieurs sera encore très lourd. Même dans un contexte aussi conflictuel, le Président de la République parviendra, sur des points importants, à imposer son interprétation de la Constitution. En effet, le Conseil constitutionnel n'ayant pas une compétence générale d'interprétation de la Constitution, il ne pourra pas préciser quelle doit être la répartition des compétences entre le Président de la République et le Premier ministre. Même si les principaux protagonistes admettent ensemble que la " règle du jeu " est définie par le texte de la Constitution, le problème est de préciser le sens de cette règle. L'heure des juristes a sonné. Appelés à sortir de leurs tours d'ivoire pour conseiller les gouvernants, prévoir leurs décisions, critiquer ou approuver leurs pratiques, ils devront expliquer cette évolution dans la grande presse, à la radio ou à la télévision. Ils se font augures, prédisant l'interprétation de la Constitution qui sera adoptée par les gouvernants et imaginant le cours de la cohabitation. Ils se font stratèges, imaginant les " coups " possibles et probables. Ils se font archéologues, redécouvrant sous des monceaux de pratiques anticonstitutionnelles le sens des règles écrites qui ont été approuvées par le peuple en 1958. Les voilà confrontés aux problèmes les plus complexes et les plus passionnants du droit constitutionnel. On a pu prétendre que la cohabitation n'était pas un problème juridique, sous prétexte qu'elle trouverait son origine dans un phénomène politique. Quelle erreur ! C'est au contraire l'un des plus beaux sujets juridiques qui aient été donnés aux constitutionnalistes depuis des années.

---

<sup>1</sup> Elle ne s'est rebellée au point de renverser le Gouvernement qu'en 1962, mais De Gaulle l'a dissoute et le peuple lui a renvoyé une majorité plus soumise (cf. infra).

<sup>2</sup> Déclaration de M. Jacques Chirac, Premier ministre, le 20 mars 1986.

<sup>3</sup> Message du Président de la République au Parlement, le 8 avril 1986.

Sans doute, l'origine de ce problème se trouve-t-elle dans l'évolution de la situation politique, à savoir l'avènement d'une majorité parlementaire hostile au Président de la République. Sans doute la cohabitation pose-t-elle des problèmes politiques. Mais elle ne se limite pas, pour autant, à ces aspects politiques. Est-ce parce qu'une crise de foie trouve son origine dans la consommation de chocolat qu'elle n'est pas un problème médical mais un problème de chocolat ? Ecartons ce raisonnement absurde et relevons qu'au contraire, si la cohabitation est un sujet passionnant sur le plan juridique, c'est justement parce qu'elle nous oblige à nous interroger sur les relations entre le droit et la politique, et sur les rapports entre les règles écrites et les règles appliquées, en nous montrant que la pratique de la Constitution peut évoluer considérablement selon le contexte politique. Or les questions de savoir quel est le contenu des règles constitutionnelles, par qui et comment elles peuvent être interprétées, quels sont les facteurs qui vont déterminer leur effectivité, pourquoi elles donnent lieu à telle ou telle pratique etc...sont des questions on ne peut plus juridiques. Si la science politique a pour objet l'étude des phénomènes de pouvoir, nous verrons que l'on peut définir la science du droit constitutionnel comme l'étude du contenu et du fonctionnement des règles constitutionnelles (4). Or c'est justement parce qu'elle pose ces problèmes juridiques essentiels, parce qu'elle se présente comme une remise en cause fondamentale non seulement des institutions de la Ve République, mais également du droit constitutionnel tout entier, que la cohabitation est un champ de recherche juridique d'une richesse tout à fait exceptionnelle. Sujet passionnant sur le plan théorique, il l'est également sur le plan pratique, à l'heure où l'hypothèse d'une nouvelle coexistence se fait chaque jour plus probable et où certains pays de l'Est instaurent des régimes politiques ressemblant à celui de la Ve République.

" Cohabitation ", tel est le mot qui a été introduit dans le vocabulaire politique pour désigner ce phénomène, si mal défini, et qui semble inédit ( 1 ). Inédit ? pas tout-à-fait, car aussi bien l'histoire constitutionnelle française ( 2 ) que certains exemples étrangers ( 3 ) nous permettent de tirer les leçons d'autres expériences de cohabitation et de relativiser l'originalité de ce problème, dans le temps et dans l'espace. La coexistence institutionnelle n'est donc une situation tout à fait nouvelle que dans le cadre des institutions de la Ve République ( 4 ). Véritable épreuve du feu, elle est un extraordinaire " laboratoire d'expériences constitutionnelles ". En effet, elle induit un bouleversement de la pratique institutionnelle tellement important, qu'elle contraint le chercheur non seulement à analyser ce phénomène " en profondeur ", mais aussi, au-delà, elle l'oblige à remettre en cause les méthodes et les fondements même de ses investigations ( 5 ).

---

4 Sur la définition du droit constitutionnel, cf. infra, n° 175 et s., et sur les rapports entre droit et science politique, cf. infra, n° 189-190.

## 1) Un mot nouveau pour un problème original ?

Cohabitation, coexistence ? Querelles de mots, querelles idéologiques. Le choix du premier de ces termes relève-t-il d'une option politique ? Non, il est justifié par l'observation du fait que c'est ce mot qui s'est imposé pour désigner l'opposition entre M. Mitterrand, Président de la République, et la majorité parlementaire de droite entre 1986 et 1988 (5). Or le fait, justement, que ce terme ait été imposé par les médias et les citoyens aux hommes politiques qui préféreraient celui de "coexistence", est, en lui-même, assez révélateur de l'ambiguïté de ce phénomène. Le Président de la République, comme l'ensemble de la gauche française, mais aussi le Premier ministre, répugnent à employer le terme de "cohabitation" pour sa trivialité et parce qu'il sous-entend des compromis. On comprendra mieux leurs réticences en sachant que jusqu'en 1986 le droit ne connaissait de "cohabitation" qu'au sens du droit civil : "Etat de deux ou plusieurs personnes habitant ensemble. Devoir des époux d'avoir des relations intimes" (6). Le choix de ce terme paraissait donc tout à fait inadapté pour désigner ce qui, dans nos institutions, est plutôt un "mariage forcé" (7) qu'un désir de vie commune (8). Cette appréciation doit être nuancée car ce concept a une connotation négative. Ceci est vrai lorsque l'on évoque la vie intime à cause du caractère tabou qui a longtemps marqué les relations sexuelles (quand on parle de cohabitation juvénile ou extraconjugale, ce n'est pas pour s'attendrir sur un nid d'amoureux mais pour jeter l'opprobre sur des coupables). Ceci est également vrai lorsque l'usage de ce mot se généralise, car il est le plus souvent employé pour décrire des cas dans lesquels la vie commune n'est acceptée qu'avec réticence, et parce que des contraintes extérieures l'imposent (cohabitation raciale, cohabitation rendue nécessaire par la crise du logement.). Pourtant, à côté de cet aspect négatif, le mot "cohabitation" a une signification rassurante, protectrice, puisqu'il signifie habiter ensemble sous le même toit, se trouver côte à côte sous le même abri, ce qui expliquerait que les français aient adopté ce terme (9). Au contraire, le Chef de l'Etat préfère parler de "coexistence", qui signifie seulement "existence simultanée", excluant par là toute idée de

5 Cf. J. GICQUEL, *De la cohabitation*, Pouvoirs n° 49, 1989, La Ve République, 30 ans, p. 69-90.

6 Lexique des termes juridiques Dalloz. Dans l'édition de 1985, seule figure cette définition du droit civil, et dans l'édition de 1990 apparaît le sens de ce mot en droit constitutionnel. (S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER). Dans une acception plus générale, La cohabitation, mot dérivé du latin *cohabitation* et apparu au XIIIème siècle, est "la situation de personnes qui vivent, qui habitent ensemble" (*Petit Robert*). A la fin du siècle dernier, il est surtout usité par les juristes pour évoquer la vie commune des époux, et les relations intimes d'un couple, légal ou adultérin.

7 cf. M. DUVERGER : "La cohabitation des français" P.U.F. 1987, p.71

8 P. AVRIL : "Fin de la Constitution gaulliste ?" revue "L'Esprit" n°136-137 p.39.

9 Cf. A. FANTAPIE, *Le Français, miroir des français*, Entretien à l'Express, 28 mars - 3 avril 1986, p. 86.

promiscuité, de désir de vie commune. Pour Jean Gicquel, la coexistence n'est pas une forme de concubinage, mais plutôt de séparation de corps, puisqu'il ne doit pas y avoir de cogestion, c'est pourquoi il est préférable de parler de coexistence, car ce mot évoque l'indifférence (10) Sans doute peut-on rechercher dans ce terme une référence discrète à la " coexistence pacifique ", ce principe de tolérance de l'existence du groupe adverse qui a caractérisé les relations entre pays socialistes et capitalistes, et qui s'oppose à la guerre froide. En déclarant qu'il n'a jamais parlé de " cohabitation " (11), le Président de la République entend bien marquer ses distances par rapport à la nouvelle majorité, et que l'on ne confonde pas cohabitation avec centrisme, consensus, cogestion ou coresponsabilité (12): " Si cohabiter veut dire vivre dans la même République, alors je dis oui; si c'est la confusion politique, alors je dis non ", précise-t-il pendant la campagne électorale. (13) Depuis quand le mot cohabitation est-il utilisé pour désigner " l'état d'un président et d'une majorité parlementaire d'orientation différente qui vivent ensemble " (14) ? Il est difficile de le préciser avec certitude. On a pu croire que ce terme a été employé d'abord par M.Giscard d'Estaing en janvier 1983, puis repris en septembre par M.Balladur qui l'accrédita définitivement (15). En réalité, on le retrouve sous la plume de certains éminents représentant de la doctrine dès 1976 (16), et M.Mitterrand l'utilisait déjà en mars 1978 alors qu'il envisageait d'occuper la fonction de Premier ministre face à M.Giscard d'Estaing à la présidence de la République : " Nous cohabiterons dans le même pays, désireux de préserver le tissu national qui nous est commun, mais il y aura deux politiques pour la France : la sienne et la nôtre, et elles ne pourront être confondues. " (17). Il fallait bien trouver un mot original pour un phénomène inédit. L'un des intérêts majeurs de la

10 Communication à la conférence-séminaire sur *Les leçons de la cohabitation*, Fondation pour la démocratie à Paris le 6 novembre 1988.

11 Déclaration télévisée du 4 mars 1986. Il en est de même pour l'ensemble des responsables socialistes : cf J.Y. LHOMEAU, *Le Monde* 17 avril 1986. F.Mitterrand

12 Voir notamment *Le Monde* du 3 décembre 1985. Voir également l'intervention de J.J.QUEYRANNE aux IVèmes entretiens juridiques de la Faculté de Droit de Lyon, 16-17 oct 1986, p.173

13 Conversation avec la presse le 10 juillet 1985, "La Croix" 12 juillet 1985, cite par J.Robert, *De la cohabitation*, D.1986.III.Chronique p.179.

14 M.DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, P.U.F, mars 1986.

15 M. GUENAIRE note que ce terme a été " employé par M. V. Giscard d'Estaing dans une interview au journal *l'express*, des 14-20 janvier 1983 et depuis divulgué à satiété ". (dans *Le défi référendaire d'un président minoritaire*, RDP 1986, p. 1068, note 8.

16 Cf. P. AVRIL, *Alternances et troisième tour, les intermittences de la Constitution*, RDP 1976, p. 1032; et cf. J.C. COLLIARD, *Un régime hésitant et déséquilibré. Colloque Vingt ans de Ve République, les interprétations du régime*, Revue Pouvoirs n° 4 1978, rééd. 1982, p.122 ; Cf. aussi C. DEBBASCH, *Président de la République et Premier ministre dans le système politique de la Ve République : Duel ou Duo ?*, RDP 1982, p. 1176.

17 *Le Monde* 4 mars 1978. M.Mitterrand : si la gauche l'emporte, M.Giscard d'Estaing restera Président de la République. Le 22 mars, M. GISCARD d'ESTAING emploie ce mot à son tour : " Ce qui est regrettable, c'est l'état des rapports entre la majorité et l'opposition...il est temps d'en venir à ce que j'appellerai une cohabitation raisonnable " (allocution télévisée suivant les élections législatives). Sur l'avènement de la notion de cohabitation, cf. aussi O. DUHAMEL, *De l'alternance à la cohabitation, ou l'énigme résolue de la Constitution*, dans O. DUHAMEL et J.L. PARODI, *La Constitution de la Ve République*, presses de la FNSP, rééd. 1988.

cohabitation semble justement résider dans le caractère nouveau de ce problème. Et pourtant, notre histoire est riche d'expériences de cohabitation, dont les souvenirs marquent encore les mémoires en 1986. Or, pour pouvoir déterminer précisément les périodes de notre histoire constitutionnelle durant lesquelles il y a eu cohabitation, ainsi que pour comparer cette situation à celles qui peuvent exister à l'étranger, il est nécessaire de préciser ce qu'il faut entendre, exactement, par "cohabitation".

La solution la plus simple pour *définir la cohabitation* serait d'en adopter une conception extrêmement restrictive, comme le font les auteurs du lexique des termes juridiques (18). Pour eux, la cohabitation, en droit constitutionnel, est l' "expression utilisée pour caractériser le fonctionnement de la Ve République avec une majorité présidentielle et une majorité parlementaire opposées". Daniel Amson, qui analyse la cohabitation à travers l'histoire constitutionnelle française, étend au contraire son étude aux "périodes pendant lesquelles le pouvoir exécutif était partagé entre deux hommes qui n'avaient pas les mêmes convictions (1)". Quant à Maurice Duverger, il définit la cohabitation comme l' "état d'un Président de la République et d'une majorité parlementaire d'orientation différente qui vivent ensemble" (19). Olivier Duhamel en a une conception différente encore, puisqu'il entend par "cohabitation" "la coexistence institutionnelle d'organes politiques issus de majorités politiques antagonistes" (20). On ne saurait prétendre que l'une ou l'autre de ces conceptions est exacte ou fautive. Chacune correspond à une façon différente de voir les choses, et peut donc être admise. Néanmoins, dans le cadre de cette étude, il est indispensable de savoir ce que l'on entendra précisément par "cohabitation". Si l'objet de cette thèse se limite à l'analyse des problèmes juridiques posés par la situation institutionnelle de la France entre mars 1986 et mai 1988, nous ne pensons pas, qu'il faille pour autant, définir le concept de "cohabitation" de manière aussi restrictive. En effet, ce qui nous paraît essentiel, dans le phénomène de la cohabitation, n'est pas le fait qu'il se soit déroulé durant ces deux années, ni même sous la Ve République, ni non plus entre les deux têtes de l'exécutif. Le problème fondamental de cette situation est le fait qu'un chef d'Etat et une majorité parlementaire issus de majorités politiques antagonistes soient contraints de vivre ensemble dans le cadre des institutions. Nous proposerons donc une nouvelle définition de la cohabitation, après avoir souligné les aspects majeurs des oppositions entre les différentes conceptions que nous avons évoquées.

Nous écarterons la définition proposée dans le lexique des termes juridiques parce qu'elle nous paraît trop étroite pour pouvoir rendre compte de ce qui est

18 S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER (dir.), *Lexique des termes juridiques* Dalloz, Paris, 1990.

19 M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, PUF, mars 1986.

20 O. DUHAMEL, dans E. DUPOIRIER et G. GRUNBERG, 1986, *la drôle de défaite de la gauche*, Seuil, 1986, p. 241.



essentiel dans la cohabitation : l'opposition entre le chef de l'Etat et la majorité parlementaire, quelles que soient les institutions dans lesquelles se déroule ce conflit. Dans le temps, et dans l'espace, nous n'enfermerons donc pas la cohabitation à la situation qui s'est produite et peut se reproduire sous la Ve République - même si notre étude se limite à cette expérience -, et nous estimons que l'on peut parler de cohabitation à propos de situations comparables qui peuvent se dérouler à l'étranger..On peut donc considérer qu'il y a " cohabitation " dans un régime dit de séparation rigide des pouvoirs, aussi bien que dans un régime dit de collaboration des pouvoirs. Précisons qui sont les parties au conflit, avant d'examiner leurs relations. Nous sommes ainsi amenés à rejeter la définition de Daniel Amson, qui vise seulement les deux têtes de l'exécutif, limitant par là-même le problème de la cohabitation aux régimes parlementaires (puisqu'il n'y a pas de bicéphalisme de l'exécutif dans le régime présidentiel en particulier). Nous pensons au contraire qu'il n'est pas souhaitable de limiter la définition de la cohabitation à la dyarchie de l'exécutif. En réalité, l'opposition entre le Président de la République et le Premier ministre n'est que l'un des aspects de la cohabitation, et un aspect secondaire, en ce qu'il n'est en principe que la conséquence de l'antagonisme entre majorité parlementaire et chef de l'Etat en régime parlementaire. Ce qui nous semble le plus important dans la cohabitation est justement le fait de l'opposition entre ces organes : un chef de l'Etat et une majorité parlementaire. Nous écarterons également la définition de Maurice Duverger car cet auteur, en évoquant le " Président de la République", exclut toutes les hypothèses de coexistence institutionnelle qui peuvent ou ont pu se dérouler en présence d'un monarque ou d'un empereur par exemple. Or le problème ne se pose pas forcément de manière totalement différente dans ces cas là, c'est pourquoi nous parlerons de la situation d'un " *chef de l'Etat* ", quel qu'il soit, face à une majorité parlementaire. Les difficultés juridiques de la cohabitation peuvent être très comparables dans un empire, une monarchie ou une république, le problème fondamental de la cohabitation étant en réalité le conflit politique entre les représentants du peuple ou de la nation, conflit qui oppose le chef de l'Etat, quel qu'il soit, et la majorité de la chambre du Parlement qui a le dernier mot en matière législative. En cas de monocamérisme, la *notion de majorité parlementaire* ne pose guère de problèmes. Par contre, lorsqu'il y a bicamérisme, on ne saurait parler de cohabitation dès que l'une des chambres est opposée au chef de l'Etat. Il faut alors distinguer entre deux hypothèses. Dans un régime de bicamérisme égalitaire, il suffira que l'une des deux chambres soit hostile au chef de l'Etat pour qu'il y ait cohabitation. Au contraire, lorsque l'une des deux chambres peut avoir le dernier mot en matière législative, comme l'Assemblée nationale en France sous la Ve République, on ne se trouvera dans une situation de coexistence que quand cette chambre (au moins) sera opposée au Chef de l'Etat. Il n'y a pas de cohabitation quand le Sénat est, seul majoritairement hostile au Président, mais il y a coexistence dès que la majorité de l'Assemblée nationale lui est opposée, quelle que soit la position du Sénat. Enfin, quels doivent être les caractères de cette majorité ? Doit-elle être absolue ou relative, doit-elle être très homogène, ou peut-il

s'agir d'une majorité de coalition.? Doit-elle être stable, ou peut-elle n'être que la majorité d'un jour recueillie sur un seul vote ? Observons tout d'abord que cette majorité peut être composée d'un seul parti, ou d'une coalition de partis (comme ce fut le cas en France entre 1986 et 1988). Ainsi, dès lors que le parti ou la coalition de partis qui a le plus grand nombre de sièges à l'Assemblée (telle que nous venons de la définir), est opposé au Chef de l'Etat, nous considérons que nous pouvons être en présence d'un cas de cohabitation. Ce parti ou cette coalition peuvent-ils être totalement hétérogènes et éphémères, ne se regroupant par exemple que sur le vote d'un texte ? Si l'on admet que oui, on sera tenté de considérer que, depuis 1988, la France connaît une nouvelle forme de cohabitation, puisque le nombre de députés hostiles au Président (toutes tendances confondues) est supérieur au nombre de députés qui lui sont favorables, nous sommes dans une situation de cohabitation Or cette qualification du fonctionnement actuel de nos institutions est inacceptable, puisque le Président de la République est actuellement soutenu par le parti qui a le plus grand nombre de sièges à l'Assemblée nationale, même s'il ne dispose que d'une majorité relative. Inversement, l'instabilité des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques nous montre qu'il n'est pas nécessaire que la majorité opposée au Président de la République soit absolue pour qu'elle puisse lui imposer sa politique. On serait tentés encore de considérer qu'en régime parlementaire, il est nécessaire que la majorité puisse renverser le gouvernement pour que l'on soit en présence d'un cas de cohabitation. En fait, quelles que soient les règles prévues par la Constitution pour organiser la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement, un Gouvernement ne peut se maintenir durablement au pouvoir dans ce type de régime que s'il peut obtenir le vote des lois nécessaires à l'exécution de sa politique. Ainsi, l'observation des cas de conflit entre le Chef de l'Etat et la majorité parlementaire à travers l'histoire constitutionnelle française comme à l'étranger révèle que pour définir précisément la cohabitation, nous sommes contraints de nous demander quel est le problème essentiel de cette situation, quel que soit le type de régime politique dans lequel on se trouve. Or, le seul critère précis et valable dans toutes les situations, est celui du vote de la loi. Quelle que soit la nature du régime pris en compte, le problème de base de la cohabitation est que le Parlement puisse, ou non, adopter des lois auxquelles le chef de l'Etat serait hostile. Nous proposons donc de considérer qu'il ne peut y avoir cohabitation qu'à partir du moment où la majorité parlementaire est en mesure d'adopter et adopte des lois auxquelles le Chef de l'Etat est opposé. On peut donc concevoir une cohabitation éphémère, exprimée par une majorité relative et hétérogène Mais les conditions relatives aux parties, que nous avons définies, sont nécessaires mais non pas suffisantes pour que l'on soit en présence d'une situation de cohabitation. Encore faut-il préciser quelles sont *leurs relations*.

En effet, tous les conflits entre Chef d'Etat et parlement ne seront pas qualifiés de cohabitation. Pour qu'il y ait véritablement cohabitation, il faut - selon le critère retenu par Olivier Duhamel -, que ces organes soient " issus de majorités politiques antagonistes ". La définition qu'il donne de la cohabitation est donc sur ce

point plus étroite que celle de Maurice Duverger, qui évoque seulement une " orientation différente ", et plus précise aussi que celle de Daniel Amson, qui parle de " convictions différentes ". Si M. Mitterrand n'est pas d'accord avec telle loi votée par le parti socialiste majoritaire, on ne saurait, pour autant, parler de cohabitation. Il faut, pour cela, qu'il y ait un véritable antagonisme politique entre le Chef de l'Etat et la majorité parlementaire. Nous ne reprendrons pas pourtant textuellement la formule utilisée ici par Olivier Duhamel car elle implique en principe que chacun des organes ait été élu (puisqu'ils sont " issus de majorités "). Or, il y a de véritables situations de coexistence qui peuvent exister en présence d'un monarque héréditaire, ou d'un empereur qui peut ou non avoir été élu.

Nous proposons donc de définir la cohabitation comme " la coexistence d'un chef d'Etat et d'une majorité parlementaire représentant des tendances politiques antagonistes ".

Tout comme on doit distinguer entre dyarchie et dyarchie de l'exécutif, il convient de ne pas confondre cohabitation et cohabitation au sein de l'exécutif (21). C'est seulement dans les régimes parlementaires que cette cohabitation induira une coexistence entre Président de la République et Premier Ministre, du fait de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement qui caractérise ces régimes, à condition que cette majorité ait les moyens de s'opposer à la formation d'un gouvernement auquel elle serait hostile (22). Mais, même en régime parlementaire, on peut concevoir des cas dans lesquels le Gouvernement soit proche du Chef de l'Etat, et la majorité hostile à l'un comme à l'autre. Il pourrait par exemple en être ainsi en France sous la Ve République si la majorité hostile au Président était seulement relative, et ne pouvait donc pas renverser le Gouvernement, ou s'opposer au vote des lois, du fait de la rationalisation du parlementarisme (situation que les règles de l'article 49 de la Constitution de la Ve République ne rendent pas impossible). Si l'on applique les critères que nous avons proposé de retenir, alors on ne pourra pas toujours, dans ce cas, parler véritablement de cohabitation. Sous

---

21 Il existe à peu près autant de définitions de la dyarchie que de définitions de la cohabitation. On notera que dans l'un et l'autre cas, on peut distinguer entre le partage du pouvoir entre un homme et une assemblée, voire entre deux assemblées, et entre deux hommes. Alors que la dyarchie est définie comme le gouvernement simultané de deux rois dans le *Petit Robert*, le *Grand Robert* 1985, *L'encyclopédie universelle du XIXe siècle*, le *Grand Larousse de la langue française* 1972, le *Litté* 1956 et le *lexique des termes juridiques* Dalloz 1990; certains dictionnaires en donnent à la fois cette définition étroite et une définition plus large, ainsi le *Quillet* 1969, pour lequel on entend aussi par dyarchie un " pays où deux pouvoirs exercent simultanément leur influence, par exemple l'Eglise et l'Etat à certaines époques ", et la *Grande Encyclopédie Larousse* de 1963 qui définit la dyarchie comme le " régime politique dans lequel le pouvoir politique est exercé conjointement par deux personnes ou deux groupes, qui se réclament chacune de la souveraineté nationale; terme employé par Mommsen pour définir le gouvernement d'Auguste, établissant une collaboration du prince et du Sénat Romain. "

22 Sur la notion de régime parlementaires, cf; infra, n° 30 et s.

la III<sup>e</sup> et la IV<sup>e</sup> République, ou dans certains pays étrangers, il peut y avoir cohabitation avec une majorité relative seulement. Mais sous la Ve République, on ne peut véritablement parler de cohabitation que si la majorité d'opposition au Président est absolue. En effet, s'il semble à priori qu'une majorité relative suffise, puisque le vote de la loi ordinaire se fait simplement à la majorité simple (c'est-à-dire la majorité des votants), il résulte de la rationalisation du parlementarisme opérée en 1958, et en particulier des règles relatives à l'inscription des lois à l'ordre du jour du Parlement, et des dispositions de l'article 49 de la Constitution, que l'Assemblée nationale ne peut imposer ses lois au Chef de l'Etat qui y serait hostile que si le Premier ministre accepte de les inscrire à l'ordre du jour. Or, la majorité doit être absolue pour renverser le Gouvernement. Il convient donc de distinguer entre deux hypothèses. Si le Premier ministre partage les vues de la majorité opposée au Président, alors il peut y avoir cohabitation même avec une majorité relative. On peut concevoir cette hypothèse dans des cas assez exceptionnels. On pourrait être dans une telle situation si le Premier ministre refusait de démissionner à l'occasion d'une élection présidentielle (23); ou si le Chef de l'Etat acceptait de nommer un Premier ministre qui représente la majorité parlementaire alors même qu'elle n'est que relative (24). Dans tous les autres cas, il faudra que la majorité soit absolue pour que l'on soit véritablement dans une situation de cohabitation, c'est-à-dire pour que la majorité hostile au Président puisse adopter des lois pour l'exécution de sa politique.

Notons ensuite que la cohabitation ne correspond pas nécessairement à une opposition entre législatif et exécutif. Cela peut être le cas dans les régimes de type présidentiel, mais pas dans les régimes parlementaires, puisque la fonction exécutive y est partagée - de manière plus ou moins inégalitaire - entre le Chef de l'Etat et le Chef du Gouvernement. Enfin, la cohabitation se caractérisant par l'antagonisme entre deux représentants du peuple ou de la nation, elle peut donc exister dans tous les régimes où il y a une séparation des pouvoirs, c'est-à-dire les régimes dans lesquels les principales fonctions que le législatif et l'exécutif sont remis à des organes distincts qui sont en mesure de se freiner mutuellement (25). Puisqu'elle est marquée par un antagonisme politique entre ces différents représentants, elle est impossible dans les régimes totalitaires, quels qu'ils soient, puisqu'ils excluent, par définition, le pluralisme politique. Nous ne les envisagerons donc pas dans notre analyse comparatiste, et nous exclurons de notre étude historique toutes les périodes durant lesquelles tous les pouvoirs ont été, en fait ou en droit, réunis dans les mains d'un homme, d'un groupe d'hommes ou d'une assemblée ( convention, directoire, consulat, les deux empires, sauf la fin du

23 Cette hypothèse, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, reste très discutable et improbable.

24 Ce cas est aussi très improbable, car, face à une majorité seulement relative, le Président tentera d'éviter d'appeler au Gouvernement le leader de cette majorité, préférant probablement un gouvernement de coalition.

25 Sur la notion de " séparation des pouvoirs ", cf. infra, n° 33'.

second, et le régime de Vichy). En dehors de ces périodes, l'histoire constitutionnelle française est riche d'expériences de cohabitation, qu'il est important d'évoquer non seulement pour en tirer les enseignements, mais aussi parce qu'elles ont marqué les mémoires, et y sont encore très présentes en 1986.

## 2 ) Les stigmates de notre histoire constitutionnelle

Les conflits entre chef de l'Etat et majorité parlementaire sont la trame sur laquelle est tissée notre histoire constitutionnelle. Conscients ou inconscients, les souvenirs de ces épisodes souvent dramatiques influenceront sur l'avènement de la cohabitation en 1986, lorsque résonnent les menaces de " grève des premiers ministres ", lorsque l'on rappelle qu'il faudra " se soumettre ou se démettre ", ou lorsque l'on craint ou désire que M. Mitterrand ne soit " renécotysé ". Il faut reconnaître avec le Doyen Vedel que " dans nos permanentes controverses institutionnelles, l'histoire nationale a un autre poids que la géographie mondiale : le dix-huit brumaire, le deux décembre, le seize mai, le 13 mai, nos douze, quinze ou vingt expériences constitutionnelles (selon la manière de compter) fournissent l'essentiel des références, de manière souvent très contestable, mais finalement écrasante " (26) Rappelons quel était le cadre des exemples de cohabitation les plus importants pour pouvoir les comparer plus étroitement avec celui que nous avons connu sous la Ve République. La situation s'est présentée de manière totalement différente selon que l'on se trouvait dans le cadre d'un régime dit de séparation ou de collaboration des pouvoirs.

Dans les régimes de séparation stricte des pouvoirs, le " divorce " n'étant pas possible puisque législatif et exécutif n'ont aucun moyen de mettre fin à l'existence de l'autre - ces régimes se caractérisant par l'absence de responsabilité du Gouvernement devant le Parlement et par l'absence de droit de dissolution -, la cohabitation oblige soit à des compromis de chaque jour, soit à un " divorce à l'italienne ", c'est-à-dire l'élimination de l'un des protagonistes par des voies extra-juridiques. L'aptitude au compromis n'étant pas la caractéristique première des français, les cas de cohabitation dans ce type de régime se sont terminés assez violemment, soit par l'élimination du Chef de l'Etat, soit par celle du Premier ministre. Dès sa naissance, notre histoire constitutionnelle a été marquée par les difficultés de la coexistence. : celle qui opposa *Louis XVI* à l'Assemblée Législative, qui donna lieu à la première crise ministérielle. Les élus soumettant à la

<sup>26</sup> G. VEDEL, *Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français (1945-1965)*, reproduit dans Pages de doctrine, LGDJ, 1980, p. 458.

signature du Roi des décrets qu'il jugeait inacceptables, il leur opposa son droit de veto. L'Assemblée, furieuse contre ce roi désormais appelé " Monsieur veto ", mais ne pouvant s'en prendre à lui puisqu'il était irresponsable, mit en accusation un ministre royaliste. Par solidarité, tous les autres ministres démissionnèrent aussitôt, et c'est ainsi que la responsabilité pénale des ministres, seule prévue par la Constitution de 1791, se mua en responsabilité politique. Ne disposant pas du droit de dissolution, le Roi fut contraint de se soumettre, et nomma des ministres Girondins. Mais la crise allait croissant, " La Législative " voulant supprimer le droit de veto du Roi. Alors, faute de pouvoir écarter ce droit de veto, c'est le Roi lui-même qu'elle suspendit, en violant la Constitution. C'est ainsi que notre première constitution s'est effondrée dans les problèmes de la cohabitation entre le Roi et l'Assemblée, parce que ce régime établissait une séparation trop rigide des pouvoirs.(27). Tandis que cette première cohabitation dans ce type de régime s'est terminée par le départ du Chef de l'Etat, dans le second, c'est le Premier ministre qui fut éliminé. La Constitution de 1848 apportait quelques correctifs à la séparation rigide des pouvoirs consacrée par l'absence de droit de dissolution et de mécanisme organisant la responsabilité politique des ministres devant l'Assemblée Législative.(28) Le titre de Président de la République (qui apparut alors pour la première fois de notre histoire constitutionnelle, et fut repris par tous les régimes républicains ultérieurs) fut attribué à *Louis Napoléon Bonaparte*, que Thiers prenait pour " un crétin que l'on mènera " (29). Où voulait-on le mener ? Au régime parlementaire. Conciliant dans un premier temps, le Président de la République n'appela Odilon Barrot à la tête du Gouvernement que pour satisfaire la chambre et le peuple. Mais celui qui, de conflit en conflit, obtint la plénitude des fonctions de président du Conseil (30), abusa de la patience de l'élu du peuple, en voulant tenir des réunions hors la présence du Président. Qu'à cela ne tienne, le Chef de l'Etat se débarrassa de l'homme en supprimant la fonction de président du Conseil, la cohabitation ayant duré un peu plus de dix mois. Soutenu par le peuple peu enclin à défendre une assemblée conservatrice, le Prince-Président se fit bientôt empereur, interdisant pour longtemps le recours à l'élection au suffrage universel direct pour désigner le chef de l'Etat (31). Dans ces régimes d'isolement des pouvoirs, le droit n'offrant pas de solution à un conflit, si les partenaires ne s'avèrent pas assez souples, c'est le peuple qui tranche, tantôt une tête, tantôt l'autre.

---

27 Cf M.R.SIMONNET, *Cours de droit constitutionnel* D.E.A. de droit public, Lyon, 1986.

28 La responsabilité des ministres était affirmée, mais il s'agissait d'une responsabilité pénale. Les correctifs à l'isolement des pouvoirs consistaient en la reconnaissance de l'initiative législative au profit du Président de la République, le fait qu'il pouvait choisir les ministres dans l'assemblée ou ils avaient le droit d'entrée et de parole, et l'exigence du contreseing ministériel pour tous les actes du chef de l'Etat, à l'exception du pouvoir de nomination et de révocation prévue à l'article 64. cf.P.VIALLE, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Thémis, 1984,p.487.

29 Cf. D.AMSON, *La cohabitation politique en France, la règle de deux*, P.U.F. 1985, p.11.

30 Cf.J.MASSOT, *L'Arbitre et le capitaine*, Champs, Flammarion, 1987, p.29.

31 Cf J.MASSOT, *ibid*, p.30.31.

Mais le terrain de prédilection de la cohabitation est le régime parlementaire, et ce sont justement les conflits entre la majorité parlementaire - généralement par l'intermédiaire du Premier Ministre - et le Chef de l'Etat, qui vont déterminer l'évolution du régime d'abord vers le parlementarisme, puis, à l'intérieur de ce régime de séparation souple des pouvoirs, du régime parlementaire dualiste (dans lequel le chef de l'Etat dispose de pouvoirs non négligeables car le Gouvernement est responsable devant lui) au régime parlementaire moniste (dans lequel le Gouvernement n'est plus responsable que devant le seul Parlement, et qui est marqué par l'effacement du chef de l'Etat).(32)

On observe que **les cas dans lesquels le chef de l'Etat parvient à ne pas se soumettre à un Premier Ministre qui lui a été imposé sont très rares**, (hormis les hypothèses ci-dessus évoquées dans lesquelles le chef de l'Etat " sort de la légalité ") et s'expliquent essentiellement par la personnalité des chefs de l'exécutif. Daniel Amson évoque plusieurs exemples dans lesquels l'antagonisme entre le Chef de l'Etat et la majorité parlementaire n'est peut-être pas toujours suffisant au départ pour que l'on puisse véritablement parler de cohabitation. Nous évoquerons cependant certains de ces " cas-limite " car ils ont marqué l'évolution de notre histoire constitutionnelle, et la perception que l'on a des conflits entre chef de l'Etat et majorité parlementaire. Il en fut ainsi de la cohabitation marquée par l'attitude subtile de *Jules Grévy*, face à ce Gambetta dont il ne voulait pas et qu'il attendit de voir décliner dans l'opinion pour l'appeler à la présidence du Conseil. " Je ne permets à personne de diriger deux choses : la guerre et les affaires extérieures - confiait le Président à un ami - il ne faut pas que l' " on oublie que c'est moi le Gouvernement parce que je suis le pouvoir exécutif. Les ministres sont mes commis. S'ils ne marchent pas à ma fantaisie, je les change." Mais il n'eut pas besoin de s'opposer à Gambetta, car il lui suffit de l'abandonner aux foudres de l'Assemblée pour s'en débarrasser. Cependant, il avait peut-être oublié qu'en déclarant que " soumis avec sincérité à la grande loi du régime parlementaire, je n'entrerai jamais en lutte contre la volonté nationale " , il avait renoncé à son droit de dissolution et, par là, était devenu lui-même le commis de l'Assemblée. Celle-ci se chargera de le lui rappeler lorsque, à la suite du scandale des décorations, elle le contraignit à la démission (33) Les conflits entre la majorité représentant le Front populaire et un Président de la République de droite est un cas typique de cohabitation. *Albert Lebrun*, homme de la droite modérée dut faire appel à Léon Blum pour la présidence du Conseil, lorsque le front populaire obtint une large majorité aux élections législatives. " Souvenez-vous qu'il y a des choses que je ne signerai jamais " l'avait mis en garde Albert Lebrun...Sans préciser lesquelles!

32 Cf *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 1985. Sur les notions de régime parlementaire, moniste et dualiste, cf. *infra*, n° 30.

33 Cf.J.MASSOT, *opus cite*, p.40.

La description que fait Jules Moch (34) du premier Conseil des Ministres de cette cohabitation n'est pas sans rappeler celle que l'on fit du premier face-à-face glacial entre M. Mitterrand et le gouvernement de droite, et cet exemple était certainement présent à l'esprit de ceux qui y participèrent : " Assis en face de Léon Blum, Albert Lebrun regarde, morne et découragé, la pile de dossiers à évoquer. Il saisit celui du dessus : c'est le projet réduisant la semaine de travail à 40 heures, sans réduction du salaire hebdomadaire. Il énonce son intitulé d'un ton revêché. Puis, il se tourne vers son voisin de droite, vice-président du Conseil , Daladier; ensuite, il fixe successivement tous les membres du Gouvernement, jusqu'à ses voisins, les ministres d'Etat Chautemps et Maurice Viollette, et demande : " Quelqu'un d'entre vous, Messieurs, a-t-il quelque chose à dire sur ce projet ? " Le silence se prolongeant, il interroge son vis-à-vis, Léon Blum : " Et vous, Monsieur le Président du Conseil ? " Léon Blum, qui siège pour la première fois, comme beaucoup d'entre nous dans cette enceinte solennelle, lui répond tranquillement : " Mais j'ai signé ce texte, monsieur le Président de la République, car il est conforme à notre programme. " Albert Lebrun réfléchit un instant, puis saisit brusquement son porte-plume et le tient en l'air en disant : " Dans ces conditions, Messieurs, je signe; je signe la mort dans l'âme; mais je signe tout de même, car c'est mon devoir." Tous les autres textes sont semblablement approuvés, sans qu'un ministre ait dit un mot, en sorte que ce conseil, un des plus importants par ses conséquences sociales, ne dure que fort peu de temps." Mais la soumission présidentielle n'est pas totale, puisque Albert Lebrun " se fait gloire d'avoir refusé de signer certains décrets de ministres du Front populaire, en particulier les décrets de nomination ou de révocation du personnel" (35) Pierre Cot, alors ministre de l'Air, a estimé que le Président de la République " n'était pas sans utilité (..) Il écoutait les avis plus qu'il ne les sollicitait (..) Il était l'interprète des milieux conservateurs que Blum ne pouvait toucher. (..) Les décisions importantes étaient préparées en dehors du Président de la République, mais à chaque Conseil des ministres les discussions étaient très ouvertes sur les projets présentés par le président du Conseil et ses équipes (..) Les confrontations entre ministres étaient vives, profondes et ne portaient pas seulement sur des points de détail. Le Président de la République, qui signait les décrets-lois avec le Président du Conseil, était très pointilleux sur la forme juridique, sur le respect de la loi. Plusieurs fois il a évité des impairs (...) (il) permit de corriger certains textes afin de les faire passer au Sénat " (36). Le Chef de l'Etat joua également un certain rôle en matière de politique extérieure. Ecoutant les avis sur le fond, corrigeant la forme et aidant à l'adoption de textes proposés par un gouvernement qui ne partageait pas ses convictions, ce " président-potiche " de la IIIème République, de surcroît écrasé par la très forte personnalité de Léon Blum, parvint à avoir le sentiment de ne pas perdre la face, et réussit surtout à ne pas être

34 Il était alors secrétaire général du Gouvernement cf. J.Moch, *Rencontres avec Léon Blum*, Plon, 1970, p.171. Cité par D.AMSON, *ouvr. préc.*, p.165-166

35 Cité par D.AMSON, *opus préc.*, p.166

36 BAUCHARD, cité par D.AMSON, *opus préc.* p.167.



remplacé par un président dont les vues auraient nécessairement été identiques à celles de l'Assemblée, puisque le Président de la République n'était alors que l'élu du Sénat et de la Chambre des députés.

**Mais dans la plupart des cas, les Chefs d'Etat durent soit se soumettre à cohabiter avec un Président du Conseil qui leur avait été imposé par l'Assemblée ou par le peuple, et qui devait leur ravir l'essentiel du pouvoir, soit se démettre.**

Certains se sont soumis. *Louis XVIII*, après avoir dissout une chambre dont la majorité s'opposait à son Premier Ministre, choisit toujours, par la suite, le Chef de son Gouvernement au sein de la majorité de l'Assemblée, permettant ainsi l'instauration d'un régime parlementaire qui n'était pas organisé par la lettre de la Charte de 1814.(37) *Louis Philippe*, qui entendait bien diriger personnellement la politique du pays car il considérait avec Guizot que " le trône n'est pas un fauteuil vide auquel on a mis une clef pour que nul ne puisse être tenté de s'y asseoir " (38), dut également se soumettre à la tutelle permanente d'un président du Conseil qui réussit à imposer sa stabilité et sa prééminence par la menace constante de sa démission (39). Tocqueville observait alors que " c'est un axiome établi en Europe, qu'un roi constitutionnel ne peut gouverner, quand l'opinion des chambres législatives ne s'accorde pas avec la sienne " (40). *Napoléon III* lui-même finit par se résigner au régime parlementaire. Il dut accepter que les membres de sa famille soient écartés du Conseil des Ministres par Emile Ollivier. " Le Président du Conseil est tout maintenant - dira l'impératrice blessée - l'empereur ne compte pour rien. Ce n'est qu'une machine à signer " (41). Blessé aussi fut *Poincaré*, qui dut reconnaître que " La présidence de la République est un poste où il est absolument impossible d'avoir une action personnelle, on y est condamné à subir." Subir un Clémenceau que l'on déteste, qui ravit tous les pouvoirs du Président, qui va jusqu'à accréditer lui-même un ambassadeur, et qui n'hésite pas à clamer qu' "au fond, il n'y a que deux organes inutiles : la prostate et la Présidence de la République "(42). Mais avait-il le choix ? Pouvait-il tenter de résister alors qu'avant lui tous les Présidents de la République qui avaient tenté de préserver " les compétences de leur fonction " avaient été, tôt ou tard, acculés à la démission par

37 Cf. R.CHABANNE, *Les institutions de la France de la fin de l'ancien régime à l'avènement de la IIIème République*, ed l'Hermès, Lyon, 1977, p.97.

38 Cours de M.R.SIMONNET préc..

39 Il cohabita ainsi avec Casimir Perier du 13 mars 1831 au 16 mai 1832.

40 A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Ière partie, chap.VIII " De la Constitution Fédérale", P.199.

41 Cette cohabitation dura du 2 janvier au 10 août 1870, ce fut donc la guerre qui y mit fin. cf.D:AMSON, p.109 et suivantes.

42 Cf. D.AMSON, *op. préc.* p.148. Cf M.J. DOMESTICI-MET, *Le deuxième gouvernement Clémenceau, 1917-1920, Contribution à l'étude du Chef du Gouvernement en régime parlementaire*, RDP 1986, p.1097.

une majorité parlementaire mouvante, et que Deroulède qualifiait volontiers d' "Assemblée de marionnettes affolées " .

On peut estimer avec le Doyen Vedel que si, jusqu'en 1914, " la droite et la gauche furent assez cohérentes pour fournir, en forme confédérale, un " parti de l'ordre " et un " parti du mouvement " qui, tant bien que mal, se prêtèrent au jeu de la majorité et de l'opposition " (43), la IIIe République fut ensuite livrée à une sorte d'anarchie parlementaire par son système de partis, par l'absence de majorité cohérente. Il devient alors d'autant plus difficile d'identifier les cas dans lesquels nous sommes véritablement en présence d'une situation de cohabitation, tant elles sont fluctuantes et éphémères. " Au Parlement, le multipartisme contraignait à des cabinets de coalition, fondés sur une majorité parfois étroite, toujours hétérogène et mouvante, où les désaccords entre groupes étaient aussi nombreux que les sujets d'entente" (44), le Président du Conseil ne trouvant ainsi ni dans l'opinion, ni au Parlement, le soutien nécessaire à un chef de gouvernement. Avant même que les institutions de la IIIeme République fussent définitivement élaborées (45) , *Thiers*, le premier, fut confronté à une assemblée qui commença à réduire ses pouvoirs par la " Constitution de Broglie " (interdisant notamment à ce trop brillant orateur d'entrer et de s'exprimer dans l'enceinte du Parlement). Mais cela ne suffit pas à mettre fin à leurs conflits, et Thiers fut contraint à la démission le 24 mai 1873, à la suite d'interpellations adressées au cabinet ce qui " montre que la dissociation entre chef de l'Etat irresponsable et chef du gouvernement responsable n'est pas encore faite " (46). Mais son successeur, *Mac Mahon*, fut lui aussi " remercié " par l'Assemblée, alors même que cette dissociation des responsabilités semblait clairement établie. Le Huit mars 1876, ce Président de la République légitimiste dut faire front à une assemblée républicaine. Il demanda successivement à Dufaure, Jules Simon et à de Broglie de former un gouvernement, mais aucun ne parvient à concilier les inconciliables, et le Président fut obligé de dissoudre la chambre. On assista alors à la première campagne législative durant laquelle sera posé le problème de la cohabitation. La " situation est nette - déclara Gambetta - , le Maréchal est acculé à une impasse : céder ou partir . (...) Quand la France aura fait entendre sa voix souveraine, il faudra se soumettre ou se démettre " . Et la France donna une large majorité républicaine à l'Assemblée. Le Gouvernement donna sa démission, mais *Mac Mahon* ne se démit pas, aux grands regrets du Viconte de Meaux, pour qui : " c'eût été (...) la solution la plus noble et la plus politique et elle eût évité une soumission mortifiante, néanmoins suivie d'une démission." (47). Loin de se démettre, le Président alla jusqu'à constituer un gouvernement de

43 Cf. G.VEDEL, *Les apports du droit compare au droit constitutionnel français (1945-1965)*, dans *Pages de doctrine*, L.G.D.J. 1980, Tome II, P.447

44 Cf. A.MATHIOT, *Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français de 1870 a 1940"*, reproduit dans *Pages de doctrine* L.G.D.J. 1980, Tome II p.433

45 René REMOND estime en effet que la vraie naissance de la IIIeme République doit être datée de 1876, date à laquelle les lois constitutionnelles entrèrent en vigueur. Cf René REMOND, *Sur une idée fausse, la gauche écartée du pouvoir*. Mél. DUVERGER P.U.F. 1987, p.396

46 Cf J.MASSOT, *op préc.* p.33.

47 Cf. D.AMSON, *op préc.*, et J.MASSOT *op préc.* .p.37.

fonctionnaires qui apparaissait comme un défi à l'Assemblée. Elle le releva en renversant ce gouvernement le jour même où il se présenta à elle. L'Assemblée refusant de voter le budget, Mac Mahon dut se soumettre et, les larmes dans les yeux, il demanda à Dufaure de former un gouvernement composé de parlementaires. Alors le Maréchal signa à contrecœur de nombreux décrets, mais les signa, sous la menace de la démission du Gouvernement...Jusqu'au jour où il refusa de limoger les généraux, et démissionna (48). Le fonctionnement des institutions fut gravement compromis par ce précédent. La " Constitution Grévy " (49), désarma le chef de l'Etat en le démunissant du droit de dissolution. Dès lors, " le régime s'oriente vers la suprématie d'un Parlement, où le Sénat consolide sa position, mais où la Chambre des députés domine de plus en plus le Gouvernement, tandis que la Présidence de la République s'efface. Ce "parlementarisme absolu", suivant l'expression de Carré de Malberg, correspond à une notable instabilité ministérielle." (50). Après que Jules Grévy ait été chassé à son tour à la suite d'un scandale, Casimir Périer fut, lui aussi, acculé à la démission (51). Cet homme, qui était résolu à être le chef d'un " gouvernement qui gouverne ", fut victime de la jalousie du Président du Conseil qui parvint à l'empêcher d'exercer ses pouvoirs, notamment en interdisant aux ministres de communiquer les dossiers au chef de l'Etat. Il ne se résigna pas à l'impuissance totale à laquelle était ainsi réduit un Président de la République irresponsable et désarmé, et préféra se démettre que se soumettre (52). La fonction présidentielle allait se dégradant, notamment après que Poincaré se soit résigné à l'impuissance (53), et elle atteignit sans doute son niveau le plus bas la nuit du 23 au 24 mai 1920, lorsque le Président Deschanel tomba du train qui le conduisait à Montbrison où il devait inaugurer un monument. L'image de ce chef d'Etat perdu dans la campagne en pyjama fit la joie des chansonniers, mais n'était pas du goût du Président du Conseil, Alexandre Millerand, qui se déclara prêt à lui succéder à la tête de l'Etat : " Si la majorité des deux chambres (...) pense comme moi que le Président de la République, s'il ne doit jamais être l'homme d'un parti, peut et doit être l'homme d'une politique arrêtée et appliquée en étroite collaboration avec ses ministres, je ne me déroberai pas à l'appel de la représentation nationale " (54). Ironie de l'histoire, c'est lui qui, mieux que tout autre, sentit toute l'impuissance à laquelle pouvait être réduit un Président de la IIIème République. Millerand était favorable à l'élargissement des pouvoirs présidentiels, et le manifesta clairement, choisissant un premier ministre de faible personnalité qui était " à sa botte", entretenant des relations avec les directeurs des ministères sans passer par les

48 Le 30 janvier 1879. Cf. Guy THUILIER *Cohabitation et crise politique : les origines de la crise du 16 mai 1877.*, R.A.sept-oct 1986, n°233 p.440

49 Cf. *supra*

50 Cf A.MATHIOT, *Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français de 1870 à 1940*, reproduit dans *Pages de doctrine*, Tome II LGDJ 1980 p.423

51 Entre temps la présidence de Sadi Carnot s'était déroulée sans conflit majeur.

52 Cette cohabitation dura du 24 juin 1894 au 16 janvier 1895

53 Cf. *Supra*

54 Cité par J.MASSOT, *op. préc.*, p.41.

ministres compétents, recevant les préfets, donnant des interviews, faisant des discours dans lesquels il exprimait des idées personnelles, et n'admettant pas que le Président du Conseil fût en désaccord avec lui pour la politique étrangère. Il multiplia les tentatives d'interprétation présidentielle de la Constitution et n'hésita pas à entrer en conflit avec les présidents du Conseil qui bénéficiaient de l'appui de la Chambre, ni à soutenir le cabinet Poincaré après qu'il eût été renversé par la Chambre (55). Aux élections législatives, " pour la première fois depuis Mac-Mahon, l'hôte de l'Elysée va rompre avec la tradition d'une éloquence présidentielle anodine pour jeter tout le poids de ses fonctions dans la balance des partis " (56). Mais ce poids fut insuffisant, le quartel des gauches emportant la majorité aux élections législatives. Une campagne de presse générale réclama alors le départ du Président auquel on reprochait d'excéder ses pouvoirs. Dès sa réunion, l'Assemblée inscrit à son ordre du jour que " le maintien à l'Elysée de Monsieur Millerand blesserait la confiance républicaine ". Le Président de la République subit alors une " grève des Premiers Ministres ", aucun membre de la nouvelle majorité n'acceptant de cohabiter avec lui. Millerand fit appel à un homme appartenant à la minorité du bloc national pour former un gouvernement, et il adressa un message à l'Assemblée dans lequel il soulignait que le rôle du Président de la République étant d'assurer la stabilité des institutions, il se refusait à désertir son poste. Déclaration qui, elle aussi, ressemble étonnement, sur ce point, à celle que fera M. Mitterrand en 1986. Mais, instruit par l'histoire, ce dernier fut assez prudent pour ne pas être acculé à la démission comme le furent certains de ses prédécesseurs. Millerand fut en effet contraint de renoncer à ses fonctions, faute d'avoir accepté de renoncer aux compétences de ses fonctions. " Précédent redoutable - regrettait-t-il - qui fait de la présidence de la République l'enjeu des luttes électorales, qui introduit, par un détour, le plébiscite dans nos mœurs politiques, et qui arrache de la Constitution le seul élément de stabilité et de continuité qu'elle renferme " (57). Ainsi, " en trente trois jours, la majorité de gauche a contraint à la démission l'ancien socialiste révolutionnaire devenu chef de l'Etat et leader de la droite " (58).

Le déséquilibre des institutions qui en résulta poussa les partisans du mouvement de réforme de l'Etat à proposer, dans les années 1930, de nombreuses mesures destinées à renforcer l'exécutif, mais toujours dans le cadre du régime parlementaire. Millerand, Blum, Barthélémy, Bardoux, Tardieu, Reynaud, et Capitant estimaient que c'était surtout par la restauration du droit de dissolution, au profit du Chef de l'Etat ou du Gouvernement, que l'on renforcerait le poids de l'exécutif (59). Certains proposaient que l'on élargisse le collège électoral du Président de la République, et que l'on dispense du contreseing certaines de ses décisions afin de renforcer son autorité. Léon Blum suggérait des mesures tendant à

---

55 *Idem* p.41-42.

56 DANSETTE, cité par D.AMSON, *op.préc.*, p.79.

57 Citée par D.AMSON, *op.préc.*, p.84

58 Cf D.AMSON, *op.préc.*, p.85.

59 Cf. A.MATHIOT, *Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français de 1870 à 1940*, dans *Pages de doctrine*, L.G.D.J. 1980, Tome II p.436

l'instauration d'un véritable chef du gouvernement selon le modèle britannique (60). Mais il s'agissait également de transformer le Parlement, en limitant ses prérogatives et en réglementant la mise en jeu de la responsabilité ministérielle. Alexandre Millerand proposait également " l'introduction du référendum comme moyen de circonscrire l'influence parlementaire " (61) D'autres encore proposaient l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Mais ces réformes échouèrent, et l'on sait comment la Constitution du 27 octobre 1946 rendit au chef de l'Etat le rôle qui avait été le sien sous la IIIème République depuis Jules Grévy et mit d'accord le droit avec le fait en lui ôtant la qualité de chef de l'exécutif qui ne lui appartenait plus que formellement, tout en lui conservant une mission d'arbitrage - au sens sportif du mot - et une magistrature morale " (62). " Le souvenir des dissolutions pratiquées par Charles X et par Mac-Mahon, le préjugé de la toute-puissance du député firent inscrire dans le texte de 1946 un système condamné à l'inefficacité " (63). Enfin, selon Daniel Amson, la IVème République eut aussi son heure de cohabitation entre un *René Coty* qui ne prisait guère le programme de Bayeux, et le Général de Gaulle, qu'il fut contraint d'appeler à la tête du Gouvernement, en constatant que " quand il s'agit de former un gouvernement, en l'état présent de notre Constitution, le Président de la République propose et l'Assemblée Nationale dispose." René Coty, que de Gaulle Président du Conseil réduisit à n'être qu'un " conseiller du Gouvernement dont les avis ont été parfois écoutés" (64), lui expliqua pourtant que " le chef de la Nation doit être le chef de l'Etat ". Quelques années plus tard, en 1986, c'est encore encore au nom de l'intégrisme gaulliste que l'on s'opposera à ce que M. Mitterrand soit " renécotysé "

Ces crises, ces déchirures, ont déterminé l'évolution de nos institutions, mais elles ont aussi profondément marqué la conscience des français, et ces souvenirs hantaient les esprits à l'heure de la cohabitation de 1986. Mais, par ailleurs, quelles leçons peut-on tirer d'exemples de cohabitation qui se sont déroulés sous des régimes très divers et fort différents de celui de la Vème République ? L'histoire nous montre tout d'abord que, jusqu'à présent, un chef d'Etat quel qu'il soit, monarque tenant sa souveraineté de la main de Dieu ou de l'Assemblée, empereur issu du suffrage populaire, ou Président de la République élu par l'Assemblée, ne peut s'opposer à la volonté de la majorité parlementaire que par l'appel à l'arbitrage du peuple par l'exercice du droit de dissolution ou par le plébiscite (65); ou en sortant de la légalité. Mais depuis que *Charles X* eut l'imprudence de dissoudre successivement deux Assemblées, les constitutions

60 Cf. A.MATHIOT, op. préc., p. 436.

61 Cf. A.MATHIOT *idem*, p.437

62 Cf. G.VEDEL, *Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français (1945-1965)*, dans *Pages de doctrine*, L.G.D.J. 1980, Tome II, p.445

63 Cf. Cf. G.VEDEL, *idem*, p.450.

64 Cf. D.AMSON, *préc.*

65 Par exemple le plébiscite de Louis Napoléon Bonaparte le 8 mai 1870 en vue de la modification des institutions par le sénatus-consulte du 21 mai 1870.

françaises prévoient que " dissolution sur dissolution na vaut ". Une fois que le chef de l'Etat a usé de ce droit, si l'Assemblée lui est toujours hostile, il est contraint soit de se soumettre, en choisissant un premier ministre dans la majorité, soit de se démettre. Comme l'a montré Carré de Malberg, le dogme de " la loi, expression de la volonté générale ", qui marque le triomphe de Rousseau, " aboutit à présenter l'exécutif comme nécessairement subordonné " (66). Le chef de l'Etat est maintenu dans l'étroite dépendance du législatif, de par son mode d'élection et de par l'usage qu'en font les parlementaires, choisissant des personnalités les plus effacées, préférant un Grévy à un Gambetta, un Carno à un Jules Ferry, un Deschanel à un Clémenceau. Mais ce dernier ne disait-il pas " je vote pour le plus bête " ? Politiquement irresponsable, le chef de l'Etat est, réduit à l'impuissance. " Surtout, la défiance à l'égard de la dissolution (..) est significative : non seulement l'usage de la dissolution renforcerait l'exécutif, mais il pourrait restituer au peuple la souveraineté que le Parlement prétend exercer à sa place." (67). S'il se soumet, sa cohabitation avec un premier ministre dont, par hypothèse, il ne partage pas les vues, aboutira nécessairement à une réduction considérable des pouvoirs présidentiels. Seul le respect mutuel de ces deux hommes et leur aptitude à entretenir des relations convenables peuvent permettre au Président de sauvegarder quelques unes de ses compétences, notamment en matière de défense et de politique étrangère.

Ces exemples historiques montrent ensuite que l'évolution politique des majorités parlementaires détermine les rapports entre l'Assemblée et le Président, et par là-même, les rapports entre les deux têtes de l'exécutif mais que, parallèlement, les relations que le Président et le Premier Ministre établissent entre eux rétroagissent sur les institutions elles-mêmes. On doit observer que jusqu'en 1871, le bouleversement de ces rapports se traduisait systématiquement, à plus ou moins long terme, par un changement de Constitution. Sous la III<sup>ème</sup> République au contraire, l'évolution de ces rapports a permis le développement de trois systèmes politiques très différents, sans que la lettre de la Charte Fondamentale soit modifiée : un système présidentieliste sous Mac Mahon, un système parlementaire depuis la " Constitution Grévy ", et enfin, à partir de la démission de Millerand, un véritable système d'assemblée, puisque les députés purent impunément mettre le pouvoir exécutif à leur botte en renversant systématiquement tous les gouvernements (68). Dans le cadre des institutions de la V<sup>ème</sup> République, la cohabitation a un visage tout à fait différent. Il s'agit, certes, d'un régime parlementaire, mais c'est un régime parlementaire " bireprésentatif " dans lequel le chef de l'Etat tient de son investiture populaire et des dispositions de la Constitution une légitimité et des

66 Cf. A.MATHIOT art. préc., p.431.

67 Cf. A.MATHIOT: "Les apports du droit compare au droit constitutionnel français de 1870 à 1940", dans : " Pages de doctrine " L.G.D.J. 1980, Tome II, p.432

68 Sur les notions de régime politique et de système politique, cf. infra, n° 27.

pouvoirs importants <sup>(69)</sup>. Car c'est justement pour que le Président de la République Aujourd'hui, c'est en dehors de nos frontières que nous pouvons trouver des exemples de cohabitation relativement comparables à celui que connaîtra la France entre 1986 et 1988.

### 3) Les leçons des expériences étrangères.

La cohabitation française est-elle très originale par rapport à celles que l'on rencontre dans d'autres pays ? D'une manière générale, il convient d'observer qu' " aucun régime n'échappe à ces oppositions de majorités politiques " (70), à l'exception, comme nous l'avons vu, des régimes de confusion des fonctions et des régimes non pluralistes. Cependant, dans les démocraties pluralistes, le fonctionnement de la cohabitation sera très différent selon que l'on se trouve dans un régime présidentiel ou dans un régime parlementaire.

Aux Etats-Unis, archétype du régime présidentiel, la cohabitation entre le Président et une majorité hostile au Congrès est fréquente, et est vécue de manière beaucoup moins dramatique qu'en France. Les pouvoirs législatif et exécutif n'ayant aucun moyen de mettre fin à l'existence de l'autre puisqu'il n'existe ni gouvernement responsable devant l'Assemblée, ni droit de dissolution, ils sont contraints de vivre ensemble. La cohabitation oblige Président et Congrès à des compromis de chaque jour, qui sont rendus possibles d'une part du fait de la conception de la démocratie aux Etats-Unis - dans ce pays, un compromis n'a pas la connotation négative qu'il a chez nous, il est au contraire l'expression même de la démocratie - et d'autre part du fait de l'indiscipline de vote au sein des partis (71) Chacun sait que le modèle des régimes de séparation stricte des pouvoirs organise en pratique une collaboration constante de ceux-ci, en particulier grâce à ce " parlementarisme de couloir " qui est indispensable en toute époque - même quand la majorité est du même bord politique que le Président - puisque le chef de l'exécutif est paralysé si le Congrès refuse de voter les textes nécessaires à la mise en oeuvre

---

<sup>69</sup> Sur la qualification du régime de la Ve République et sur la notion de régime bireprésentatif moniste, cf. infra, n° 26 à 31

<sup>70</sup> F.de BAECQUE : "Qui gouverne la France ?" P.U.F.p.170

<sup>71</sup> Cf. G.VEDEL : " Le pari de la succession", la Nef 1958, p.145, Pages de doctrine LGDJ 1980, p.543 : " Le Président des Etats-unis ne vit que de majorités de rechange(..) le compromis et souvent le marchandage entre la Maison-Blanche et le Capitole est incessant."

de sa politique. Tocqueville expliquait déjà, en 1835, " pourquoi le Président des Etats-Unis n'a pas besoin, pour diriger les affaires, d'avoir la majorité dans les chambres (...) On a vu plusieurs présidents des Etats-Unis perdre l'appui de la majorité dans le corps législatif, sans être obligés d'abandonner le pouvoir, ni sans qu'il en résultât pour la société un grand mal." (72). L'admirateur de " la démocratie en Amérique observe que les pouvoirs les plus importants appartiennent au Congrès, alors que le Président " ne peut empêcher la formation des lois ", et " ne saurait se soustraire à l'obligation de les exécuter ". " C'est donc sa faiblesse, et non sa force, qui lui permet de vivre en opposition avec le pouvoir législatif." (73). Un siècle et demi après ces constatations, on peut estimer avec Stéphane Rials que la pratique des institutions américaines varie en réalité selon la position du Président par rapport à la majorité du Congrès, et suit un mouvement de balancier. Le système américain est donc parfois congressionnel, et parfois présidentiel, selon les rapports de force qui s'établissent entre eux (74). Alors que le Président dispose en fait de pouvoirs considérables lorsque la majorité du Congrès partage ses vues, en période de cohabitation, ses possibilités de diriger la politique nationale sont considérablement réduites puisqu'il ne peut " forcer la main " du Congrès (ne disposant pas d'un équivalent de l'article 49 de la Constitution française). Sans doute peut-il opposer son veto aux lois souhaitées par le Congrès, et il en use abondamment en cas de coexistence, mais ce veto peut être surmonté à la majorité des deux tiers par le Congrès. On ne doit pas oublier que Nixon, Républicain, se trouvait face à un Congrès de majorité démocrate lorsqu'éclata l'affaire du Watergate, dans laquelle fut mise en oeuvre pour la première fois la procédure d'empeachment. Bien qu'elle n'ait pu arriver à son terme (75), il s'en suivit une sérieuse réduction de la théorie du " privilège de l'exécutif ". Stéphane Rials montre que, " dès la fin de l'ère nixonienne, le Congrès réagit à la surpuissance présidentielle par une série de textes plus ou moins limitatifs " (76). De même " M. Carter ne put affirmer son leadership ni dans le domaine intérieur, ni en matière de relations extérieures " (en particulier pour les accords Salt II), bien qu'il finit le plus souvent par aboutir, son succès législatif étant de l'ordre de 75% . Cet auteur souligne la réduction du mouvement de balancier qui a été décrit, du fait que la popularité du Chef de l'Etat, permet de plus en plus souvent au Président d'imposer sa volonté au Congrès, même s'il lui est hostile, alors que, comme le relevait Tocqueville, c'est en droit le Congrès qui est le plus puissant. Or le droit pourrait retrouver toute sa force dans un contexte politique caractérisé par l'affaiblissement de la popularité du Président et l'hostilité des chambres (77). Bien que ces

72 " De la démocratie en Amérique" Iere partie Chap.VIII : " de la Constitution Fédérale", p.199.

73 Idem.

74 Cf.S. RIALS, " Régime congressionnel " ou " régime présidentiel " ? , *les leçons de l'histoire américaine*; Pouvoirs n° 29, Les Etats-Unis, p. 35-48, 1984, et infra, n° 230 et s.

75 Puisque le Président démissionna avant.

76 Notamment par l'adoption du célèbre " war powers Resolution Act en 1973 : S. RIALS, *Régime " congressionnel " ou régime " présidentiel " ? Les leçons de l'histoire américaine*" Dans Pouvoirs, n° 29, 1984, p.42-43

77 S.RIALS, *art préc.*, Pouvoirs n° 29, p.47.



expériences se déroulent dans le cadre d'institutions très différentes de celles de la France, elles sont particulièrement enrichissantes en ce qu'elles montrent les variations de l'effectivité de la Constitution en fonction de la situation du Président par rapport à la majorité du Congrès (78).

En régime parlementaire, le déroulement de la cohabitation varie aussi considérablement selon le type de régime parlementaire dans lequel on se trouve. On peut distinguer entre les régimes parlementaires que nous qualifierons de " bireprésentatifs ", qui sont caractérisés par le fait que le chef de l'Etat est, tout comme les parlementaires, élu au suffrage universel direct, et les régimes " monoreprésentatifs " dans lesquels les parlementaires sont seuls issus directement du suffrage universel (79).

Les régimes " monoreprésentatifs " actuels sont soit des monarchies parlementaires, soit des régimes dans lesquels le Président de la République est élu par le Parlement. Il s'agit généralement de régimes parlementaires monistes, c'est-à-dire dans lesquels le Gouvernement n'est responsable que devant le Parlement, et non devant le Chef de l'Etat. Dans ces régimes de type britannique, la cohabitation ne pose, par hypothèse, pas de problème majeur, puisque le Premier Ministre est nécessairement l'émanation de la majorité parlementaire, et que le Chef de l'Etat ne dispose que de compétences formelles. Le " démission-éclair " du Roi des Belges hostile à la loi sur l'interruption de grossesse a montré qu'un monarque devait aujourd'hui quitter ses fonctions s'il souhaitait s'opposer à une loi votée par la majorité parlementaire (80). Les Rois n'étant, par définition, pas élus, il est rare que l'on puisse considérer qu'ils représentent une tendance politique antagoniste de celle de la majorité, et, sauf cas exceptionnel, on ne peut donc guère parler de cohabitation. Il peut en aller différemment lorsque le Chef de l'Etat est désigné - exclusivement ou non - par les représentants du corps législatif. Il se trouve, par rapport à la majorité parlementaire, dans une situation de dépendance qui l'oblige à se soumettre ou se démettre lorsque le Premier Ministre est résolu à réduire ses pouvoirs. L'évolution des institutions grecques est à cet égard particulièrement révélatrice. La Constitution de 1975 organisait un exécutif dualiste avec un Président de la République élu par le Parlement et disposant de prérogatives importantes dont l'exercice était dispensé du contreseing ministériel - pouvoirs très comparables à ceux du Chef de l'Etat français - (81). Ces pouvoirs n'ont jamais été

78 Sur la notion d'effectivité de la Constitution, cf. *infra*, L II.

79 Sur la qualification de la Ve République et les notions de régime monoreprésentatif et bireprésentatif, cf. *infra*, n° 26 à 31.

80 Cf. F. DELPEREE et B. DUPRET, *Le Roi des Belges*, Pouvoirs n° 54, la Belgique, 1990, p. 15 à 24.

81: Nomination du Premier Ministre, révocation du Gouvernement, dissolution du Parlement, renvoi des projets de loi en seconde lecture, recours au référendum, adresse de messages : Cf. A. MANESSIS *Le renforcement de l'exécutif dans les systèmes constitutionnels contemporains*, communication au II<sup>e</sup> congrès mondial de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel, Paris-Aix-en-Provence, 31 août septembre 1987, p.10.

exercés jusqu'à la révision constitutionnelle de 1986. Et pourtant cette révision n'a été entreprise, à cause et dans le cadre d'une cohabitation, que pour transférer ces pouvoirs au Parlement et surtout au chef du Gouvernement. L'instigateur et le principal bénéficiaire de cette révision constitutionnelle est en effet monsieur Papandréou, Premier Ministre dès lors tout puissant puisqu'il joue un rôle dominant aussi bien au sein du Gouvernement, que du groupe parlementaire de la majorité, et au sein de son propre parti.(82) Cet exemple extrême ainsi que les expériences de la IIIe et de la IVe République semblent montrer que seul le sacre du suffrage universel peut préserver les fonctions présidentielles des empiétements du Parlement et du Premier Ministre en cas de cohabitation. Néanmoins, qu'il soit un monarque héréditaire ou un président désigné par le Parlement, le chef de l'Etat de ces régimes monoreprésentatifs monistes il peut exercer un pouvoir non négligeable lorsqu'il n'existe pas de majorité claire à l'Assemblée, car il peut alors devoir procéder à un arbitrage entre les partis pour la formation du gouvernement. Ce genre de situation peut être observée par exemple durant certaines périodes en Italie.

Dans les régimes " bireprésentatifs ", le Président de la République est à priori dans une situation beaucoup moins inconfortable en période de cohabitation. Au sein de ces régimes parlementaires dans lesquels le chef de l'Etat est élu au suffrage universel, le Président peut en outre être doté ou non de pouvoirs propres importants. Les régimes de ce type dans lesquels le Président dispose de pouvoirs importants qui sont dispensés de contreseing ministériel sont qualifiés par Maurice Duverger de régimes semi-présidentiels (83). Il qualifie ainsi " les institutions d'une démocratie d'Occident qui réunissent les deux éléments suivants : 1° un Président de la République élu au suffrage universel et doté de notables pouvoirs propres; 2° un Premier ministre et un gouvernement responsables devant les députés" (84) ? Certains sont des régimes monistes (si l'on entend par là que le Gouvernement n'est responsable que devant l'Assemblée, et non devant le Président), ainsi la Finlande, l'Islande, la France et l'Irlande; et d'autres sont des régimes dualiste, puisque le Gouvernement est responsable non seulement devant le Parlement, mais aussi devant le Chef de l'Etat, ainsi en Allemagne de Weimar, au Portugal et en Autriche (85). Dans ces pays, on peut observer des pratiques institutionnelles extrêmement variables, qui sont déterminées par de multiples facteurs (historiques, liés à la personnalité des acteurs.etc....(86)), mais qui sont conditionnées surtout par

82 Cf. communication préc. de M.MANESSIS, p.16 et 17.

83 Sur cette qualification, sur celle que nous proposons, et sur la qualification de la Ve République, cf. *infra*, n° 26 à 31.

84 Cf. o. DUHAMEL *Le concept de régime semi-présidentiel*, dans *Les régimes semi-présidentiels*, sous la direction de M.DUVERGER, P.U.F.1986, p.7.

85 Sur ces problèmes de classifications, cf. *infra*, n° 26 à 32.

86 Ainsi, H.SCHULZE estime que l'échec de la République de Weimar était du à l'incapacité des partis à gouverner, à l'absence d'identité nationale et à l'inconscience de Hindenburg, dans *La Position du Président du Reich dans la République de Weimar*, dans *Les régimes semi-présidentiels*, sous la direction de M.DUVERGER, P.U.F. 1986, p.113.

l'existence ou l'absence d'une majorité cohérente et stable à l'Assemblée, et par la position du Président de la République par rapport à cette majorité, et au sein des institutions. L'élection de l'Assemblée à la représentation proportionnelle fait que dans la plupart de ces pays il existe rarement une majorité cohérente et stable (c'est-à-dire capable de soutenir un gouvernement pendant la durée d'une législature), et que certains connaissent une forte instabilité ministérielle (87). C'est le cas en Finlande (88), en Islande, dans la défunte République de Weimar, et au Portugal (sauf entre fin 1979 et fin 1982), ainsi qu'en Autriche jusqu'en 1966 (soit dans cinq pays sur sept). Cette situation aurait très bien pu se produire en France en 1986, voire en 1988, et peut encore survenir dans le futur, c'est pourquoi il paraît intéressant d'en évoquer les principales conséquences. Puisqu'il n'y a pas de majorité, le Président de la République ne peut, par hypothèse, s'opposer à une majorité. Il jouera un rôle non négligeable car il lui appartiendra d'arbitrer des conflits entre les partis pour la formation du Gouvernement (ceci ne se vérifié pas nettement en Islande, où le Chef de l'Etat joue depuis toujours un rôle très effacé). Ce phénomène a été particulièrement net en Finlande, où le Président de la République est très puissant (89), ou au Portugal (surtout entre 1976 et 1979 (90)) dans la République de Weimar de 1919 à 1933 (91), et en Autriche en 1953 et en

---

A propos du Portugal, cf. L. SALGADO DE MATOS, *L'expérience portugaise*, dans *Les régimes semi-présidentiels*, sous la direction de M. DUVERGER, P.U.F. 1986, p.55.

87 Ceci est surtout vrai en Finlande, dans la République de Weimar, au Portugal, où la durée de vie moyenne des gouvernements est d'environ 1 an, Elle dépassé deux ans en Islande, et trois ans en Irlande. L'Autriche connaît également une certaine stabilité.

88 Ou, depuis que ce régime existe, c'est à dire depuis 1919, les partis n'ont jamais pu former de majorité disciplinée : cf. F. FRISON-ROCHE, *La présidence de la République en Finlande et la nature du régime* dans *Mél.* M. DUVERGER, P.U.F. 1987, p.113.

89 Et ceci, bien que le Président de la République ait été longtemps élu au suffrage universel indirect : cf. K. TORNUDD, *Le mécanisme de l'élection présidentielle en Finlande : évolution et signification politique* dans *Les régimes semi-présidentiels*, sous la direction de M. DUVERGER, P.U.F. 1986, p.31. Désormais, le Président de la République Finlandais est élu au suffrage universel direct si l'un des candidats obtient la majorité absolue des suffrages. Sinon, il est désigné par les grands électeurs élus à cet effet (c'est ce qui s'est produit le 15 février dernier pour la réélection de M. Koivisto : cf. *Pouvoirs* n° 46 p.147-148. Sur les pouvoirs du Chef de l'Etat et du Premier Ministre cf. P. KASTARI, *Le chef de l'Etat dans les institutions finlandaises*, R.D.P. 1967, p.861, et K. SORSA, *La situation juridique du Premier ministre de Finlande en face du Président de la République*, dans *Les régimes semi-présidentiels*, sous la direction de M. DUVERGER, P.U.F. 1986, p.21, et, dans le même ouvrage, *Le régime semi-présidentiel finlandais : dispositions légales, pratique politique*, par J.J. JANSSON, p.103. Le même auteur souligne dans un article ultérieur que le Président de la République finlandais joue un rôle important surtout au moment de la désignation du Gouvernement, et de la dissolution, *Le régime parlementaire de la Finlande*, dans *Mél.* M. DUVERGER, P.U.F. 1987, p.623.

90 En l'absence de majorité à l'Assemblée, le Président de la République dut former successivement cinq gouvernements dans cette période, deux gouvernements socialistes minoritaires, et trois gouvernements présidentiels. Cf. D. ROUSSEAU, *La primauté présidentielle dans le nouveau régime politique portugais : mythe ou réalité*, R.D.P. 1980, p.1325; et J. MIRANDA, *Le régime semi-présidentiel portugais entre 1976 et 1979*, dans *Les régimes semi-présidentiels*, M. DUVERGER (dir.), P.U.F. 1896, p.133. Par la suite, entre fin 1979 et 1983, il y eut une majorité hostile au Président de la République. Aux élections législatives du 19 juillet 1987, M. Anibal Cavaco Silva, premier ministre, remporte un grand succès, puisque son parti obtient la majorité absolue des sièges à l'Assemblée de la République. cf. *Pouvoirs* n° 44, 1988, p.158.

91 Cf. H. SCHULZE, *La position du Président du Reich dans la République de Weimar*, dans *Les régimes semi-présidentiels*, M. DUVERGER (dir.), P.U.F. 1986, p.113.

1959, lorsque le Président de la République, socialiste, s'opposa à ce qu'un gouvernement de coalition fût formé avec des libéraux (qui recrutaient parmi les néo-nazis ).

Par contre, lorsqu'il existe une majorité durable et disciplinée à l'Assemblée, elle peut soit soutenir le chef de l'Etat, soit lui être hostile. Lorsqu'elle est du même bord que le Président de la République, soit elle le reconnaît comme son chef, dans quel cas il est très puissant - bénéficiant à la fois de ses prérogatives constitutionnelles et de celles d'un chef de parti - soit il joue au sein du parti et dans les institutions un rôle assez mineur (les prérogatives essentielles étant en fait concentrées dans les mains du Premier Ministre), et son influence peut alors être très effacée (92) En toute hypothèse, les pouvoirs du Chef de l'Etat sont considérablement réduits lorsque la majorité parlementaire lui est hostile." A Vienne, quand un seul parti conservateur, organisé et discipliné dominait l'Assemblée en face d'un président socialiste, celui-ci a été paralysé pendant les quatre ans de la législature 1966-1970. Toute l'autorité s'était concentrée dans les mains du premier ministre, chef du gouvernement et leader de la majorité " (93). Ce fut également le cas au Portugal entre la fin de l'année 1979, et 1983, où une " guérilla institutionnelle " opposa le Chef de l'Etat à la majorité parlementaire et se traduisit par la diminution des fonctions présidentielles, du fait de cette opposition politique (bien que le Président de la République ne soit pas le leader d'un parti adverse) et du fait de la révision constitutionnelle que le Gouvernement imposa au chef de l'Etat en cours de cohabitation (94). Il convient de souligner que le Portugal connut encore une expérience de cohabitation, puisque M.Mario Soares, qui a été secrétaire général du Parti socialiste (réélu le 10 mai 1981) qui est président de la République depuis le 16 février 1986, a cohabité au début de son mandat avec M.Anibal Cavaco Silva (Premier Ministre depuis le 6 novembre 1985). Ce gouvernement minoritaire ayant fait l'objet d'une motion de censure, le chef de l'Etat avait procédé à une dissolution le 28 avril 1987. Mais les élections législatives du 19 juillet 1987 ont constitué un véritable triomphe pour le Premier Ministre, qui a été reconduit dans ses fonctions, puisque son parti avait obtenu la majorité absolue des sièges à l'Assemblée de la République. " Un tel phénomène ne s'était

---

92 Cf. M.DUVERGER, *Echec au Roi*, Albin Michel 1978, p.122 et suivantes.

93 M.DUVERGER, *Echec au Roi*, Albin Michel 1978, p.227.

94 Cette situation de cohabitation résultait des événements suivants : le 2 décembre 1979, l'Alliance Démocratique remporte la majorité des mandats aux élections législatives qui ont suivi la dissolution, son leader, Sa Carneiro, hostile au Chef de l'Etat, est désigné premier ministre. Le 5 octobre 1980, le succès de ce parti est renforcé à de nouvelles élections législatives. Le 7 décembre 1980, c'est à dire un mois après, le Président Eanes est réélu au premier tour avec 56,5 % des voix contre le candidat de l'A.D.(40,2 %). M.Baselmao, successeur de Sa Carneira ( décédé entre a la veille de l'élection présidentielle ) a la tête de l'Alliance Démocratique, devient chef du Gouvernement. C.f. J. CAMPINOS, *Le cas portugais de 1979 à 1983 : le Président oppose à la majorité*, dans *Les régimes semi-présidentiels*, M.DUVERGER (Dir.), P.U.F. 1986, p.216 . Voir également J.D.BAROSSO, *Les conflits entre le Président portugais et la majorité parlementaire de 1979 à 1983*, dans *Les régimes semi-présidentiels*, M.DUVERGER (dir.), P.U.F. 1986, p.237 et J.MIRANDA, *Le chef du gouvernement au Portugal*, dans *Mél.* M.DUVERGER, P.U.F. 1987, p.153.

pas encore produit depuis le retour à la démocratie du Portugal " (95). Dans ce pays aussi, on peut constater avec George Miranda que la pratique des institutions évolue considérablement selon la position du Président par rapport à la majorité, et qu'il est possible que la répétition de plusieurs cas de cohabitation se traduise par une pratique de plus en plus parlementariste des institutions, rendant le retour à la suprématie présidentielle hypothétique, et l'évolution de la pratique des institutions imprévisible (96). En effet, tandis qu'avant la première cohabitation, le Président de la République jouait surtout un rôle d'arbitre qui était important comme élément de conciliation nationale, la première cohabitation fut très conflictuelle jusqu'à la révision constitutionnelle de 1982 qui réduisit considérablement les pouvoirs présidentiels. Dans la seconde cohabitation qui est au contraire très pacifique (1986-1991), le Président Soares a su tirer les leçons de l'expérience du Président Eanes, et n'exerce qu'une simple magistrature d'influence, jouant un rôle d'arbitre très discret. Pourra-t-on, après de telles expériences, rétablir la primauté du Président sur le Premier ministre ?

La situation de ces pays, dans lesquels il y a (exceptionnellement ou régulièrement) une majorité stable et cohérente, semble être très comparable à celle de la France. Une différence majeure doit cependant être soulignée, c'est que dans aucun de ces pays le Président de la République n'a été jusqu'à présent le leader du parti ou de la coalition qui a, à un moment ou à un autre, eu la majorité des sièges à l'Assemblée Nationale, à l'exception de la situation du Portugal avec le Président Soares depuis 1986. Ainsi, en Irlande, si tous les présidents de la République ont été choisis par le Fianna Fail, ce parti ne présentait pas son leader à cette candidature, mais soit des personnalités de second rang, soit des hommes d'Etat désirant " prendre leur retraite en douceur ", puisque le Président de la République est très effacé et que le Premier Ministre joue le rôle principal au sein de l'exécutif. De même au Portugal, si le Général Eanes ne pouvait être regardé comme ayant une faible personnalité, du moins n'avait-il ni le charisme d'un Général de Gaulle, ni la qualité de leader d'un parti ou d'une coalition, et il a toujours tenu à souligner sa neutralité (97) et à se démarquer des partis, qu'il critiquait à l'envi (98). (Mais la situation a évolué depuis l'élection de M. Mario Soares à la présidence de la République le 16 février 1986, puisqu'il est avant tout le leader du PS). La situation est assez comparable en Autriche, où les partis, habitués à voter de manière rigide dès avant 1951, ont " maîtrisé l'élection présidentielle " en ne présentant que des candidats assez faibles, afin que les pouvoirs essentiels restent entre les mains du Premier Ministre (un peu comme le faisaient les parlementaires

95 Cf. Pouvoirs n° 44 1988, p.158.

96 George MIRANDA, *entretien personnel* à l'occasion du *Cours de justice constitutionnelle* d'Aix-en-Provence, juillet 1990.

97 A la différence de la France, le Président portugais n'est pas un leader de parti, ni de la majorité, ni de l'opposition souligne J.CAMPINOS, *Le cas portugais de 1979 à 1983 : le Président oppose à la majorité*, dans *Les régimes semi-présidentiels*, M.DUVERGER(Dir.), P.U.F. 1986 p.224.

98 Cf. GEORGEL (J), *La crise politique de 1978 au Portugal* R.D.P. 1979 p.425.

de la III<sup>e</sup> et de la IV<sup>e</sup> République, pour conserver leurs pouvoirs).. Ainsi, selon Jean-Claude Colliard, " La primauté du Président de la République sur le Premier ministre est (...) l'élément le plus déterminant dans le système politique de la Ve République et celui qui la différencie de tous les autres régimes. C'est le seul cas dans tous les régimes d'origine ou de pratique parlementaire où l'on trouve cette situation. C'est donc bien ce qui fonde l'originalité du système " (99).

Il ressort de cette analyse comparative que si l'élection du Chef de l'Etat au suffrage universel direct est une condition nécessaire au maintien à long terme de ses prérogatives, elle n'est pas, cependant, une condition suffisante. La République de Weimar s'est éteinte dans la dictature fasciste dont elle avait préparé l'avènement par l'application de l'article 48, véritable " constitution de réserve " donnant les pleins pouvoirs au chef de l'Etat, et qui n'est pas sans rappeler l'article 16 de notre Constitution (100). L'Autriche, l'Irlande et l'Islande fonctionnent en réalité comme des régimes parlementaires " monoreprésentatifs " monistes, tant le rôle du chef de l'Etat y est effacé, et il n'y a guère qu'en Finlande et au Portugal que le Président de la République dispose en pratique de pouvoirs non négligeables. Parmi tous ces pays, c'est assurément en France que le Chef de l'Etat est le plus puissant lorsque le parti ou la coalition dont il est le chef détient la majorité des sièges à l'Assemblée nationale, mais les exemples autrichien et portugais nous montrent que ces pouvoirs sont, logiquement, considérablement réduits lorsqu'il ne bénéficie plus d'un tel soutien, le Premier Ministre devenant alors le chef de l'exécutif. La seule chance d'échapper à une réduction très importante de ses pouvoirs pour un Président de la République dans un tel régime paraît être de diviser les partis, afin qu'il n'y ait pas de majorité à l'Assemblée. Il peut ainsi " sauver la face " en évitant la cohabitation, et partager le pouvoir avec le Premier ministre qu'il aura choisi, comme en Finlande (101) Or nous constaterons que si M.Mitterrand a essayé de tirer les leçons de ces expériences en faisant instaurer le scrutin à la proportionnelle à la veille de la cohabitation, cela lui aura permis de limiter l'ampleur de la majorité, mais non d'empêcher la formation d'une majorité qui lui est hostile. Monsieur Duverger estime en dernière analyse que " ces pratiques sont la conséquence plus que la cause de l'effacement des présidents, lequel dépend essentiellement de l'image que les citoyens se forment de la fonction du chef de l'Etat " (102). Ici encore, l'analyse du droit comparé est riche

99 Participation au débat *Primauté présidentielle ou fait majoritaire ?*, colloque : *Vingt ans de Ve République : les interprétations du régime*, Paris, 1977, Pouvoirs n° 4 1978, rééd. 1082, p.126.

100 Cet article a été appliqué plus de cent vingt fois jusqu'à la fin de l'année 1923. Cf.:Michael STURNER, *Le rôle du Président dans une République sans Républicains*, dans *Les régimes semi-présidentiels*, M.DUVERGER (dir.), P.U.F. 1986, p.127. On peut aussi souligner le rôle du scrutin à la représentation proportionnelle dans l'échec de la République de Weimar :cf .G.WILLMS, *Un tabou allemand*, dans *Mél. M.DUVERGER*, P.U.F. 1987 p.467.

101 Cf M.DUVERGER, participation au débat *Primauté présidentielle ou fait majoritaire ?* colloque *Vingt ans de Ve République : les interprétations du régime*, Paris 1977, Pouvoirs n° 4 1978, rééd. 1982, p.126.

102 Dans *Les régimes semi-présidentiels*, préc., p.10.

d'enseignements, car elle permet de mettre en exergue les facteurs qui vont déterminer l'effectivité de la Constitution, et va nous conduire à nous interroger sur les rapports entre les règles constitutionnelles, l'image et la pratique de ces règles. Or ces relations vont jouer un rôle très important dans le déroulement de la toute première cohabitation de la Ve République.

#### 4) Un phénomène inédit sous la Ve République ?

Si la cohabitation entre une assemblée et un chef de l'Etat d'opinions divergentes, ou entre un chef de l'Etat et un chef du Gouvernement dont la coexistence a été imposée par le peuple ou par l'assemblée n'est pas une situation inédite dans notre histoire constitutionnelle ou à l'étranger, est-ce au moins un phénomène tout à fait nouveau sous la Ve République ? Pas tout à fait, car il y a déjà eu des cas de cohabitation, au sens précis que nous avons donné à ce terme, durant la Ve République. Tous les conflits entre chef de l'Etat et chef du Gouvernement n'étaient pas le résultats de véritables situations de cohabitation. Cependant, il peut être intéressant de rappeler que les rapports entre Président de la République et Premier ministre n'ont pas toujours été aussi paisibles que l'on peut le croire. En effet, de nombreux conflits ont déjà opposé le Chef de l'Etat au Premier Ministre, mais jusqu'à présent, ils étaient plus ou moins cachés à l'opinion publique. Ainsi, alors que le départ de Matignon de messieurs Debré ou Pompidou a été présenté comme une révocation par le Général de Gaulle, on sait aujourd'hui qu'il a trouvé son origine dans une opposition de ces premiers ministres au chef de l'Etat. Ils avaient, l'un et l'autre, informé le Général de leur intention de démissionner bien avant que de Gaulle n'accepte leur départ (103). Toutes ces divergences ne furent cependant pas cachées, et à la veille de la cohabitation de 1986, on se souvient des tensions très vives qui ont eu lieu entre M.Mitterrand et M.Fabius à propos de la réception du Général Jaruzelski par le Chef de l'Etat (104). Certes, mais le Premier Ministre se soumettait toujours. Il fut contraint de se soumettre, ou de se démettre. Mais il devait se démettre dans la discrétion et la soumission. Car on considérait que " les règles non écrites de la Constitution ", imposées par " l'esprit " de nos institutions les obligeaient à agir ainsi. Aussi, lorsque J.Chirac eut l'idée saugrenue de se démettre en claquant la porte, on qualifia

---

103 C.f. Les communications et débats du colloque *Les rapports entre président de la République et Premier Ministre sous la Vème République. 1959-1969*, organisé par l'Institut Charles de Gaulle et l'AFSP, Paris, 17-18 nov. 1988.

104 Le 4 décembre 1985

cet acte " d'insurrection contre le pouvoir présidentiel " (105). Sans doute, mais ces conflits ne semblent être que des problèmes de rapports individuels, ne provenant pas d'un conflit d'idées entre le chef de l'Etat et la majorité parlementaire. Parfois, oui, mais pas toujours. On peut ainsi recenser deux cas d'opposition assez vive entre le Président de la République et la majorité parlementaire. Le conflit de 1962, à propos de l'élection du Chef de l'Etat au suffrage universel direct s'est soldé par une motion de censure recueillant 280 voix alors qu'il n'en eût fallu que 240 pour renverser le gouvernement à travers lequel les députés visaient le Président de la République lui-même. Comme l'écrivit le Doyen Vedel, on était alors dans l'atmosphère du 16 mai 1877 (106). A l'issue de la dissolution, le peuple trancha, cette fois, en faveur du militaire, en lui envoyant une solide majorité à l'Assemblée. Le second cas fut moins grave, il s'agit de la " guérilla " livrée par le RPR au gouvernement de M.Giscard d'Estaing au lendemain des élections de 1978 (107). Mais on peut encore observer qu'il n'y avait pas d'opposition droite-gauche à la tête de l'Etat. Une véritable situation de cohabitation s'est pourtant déjà produite sous la Ve République avant 1986 : en 1981, après l'élection de M.Mitterrand à la présidence de la République. Là encore l'usage de la dissolution permit au peuple d'apporter une très large majorité au chef de l'Etat. Mais cette expérience était tellement brève qu'elle n'avait même pas pu se traduire par une dyarchie de l'exécutif, et que les " cohabitants " de 1986 ne pouvaient guère en tirer d'enseignements. En 1988, les choses ne furent pas aussi faciles. Alors que, durant la campagne électorale, M. Mitterrand se présentait comme le garant de " la France unie ", et s'était engagé à ne dissoudre l'Assemblée que dans l'hypothèse où le Gouvernement ne pourrait pas se maintenir au pouvoir, il tenta de former un gouvernement " d'ouverture ", et devant les refus de collaboration des leaders de la droite, il recourut à la dissolution sans attendre que le Gouvernement fût renversé. Mais, cette fois, les citoyens ne lui renvoyèrent qu'une majorité relative.

Ce qui est tout à fait nouveau en 1986, c'est donc que, pour la première fois sous la Ve République, une majorité fondamentalement hostile au Président de la République est élue au cours du mandat de ce dernier. Le Chef de l'Etat avait pourtant, à l'instar de ses prédécesseurs, mis tout son poids dans la balance des partis pour que le peuple lui " donne " une majorité à l'Assemblée nationale. En effet, dès 1962, les Présidents de la République prirent l'habitude de soutenir plus ou moins discrètement la majorité qui leur était favorable. Le Général de Gaulle avait ouvert la voie : " Puisqu'il s'agit, dans la compétition qui s'ouvre, comme hier lors du référendum, de sauvegarder les institutions et, notamment le pouvoir du chef de l'Etat, je suis, cette fois, amené à entrer moi-même en ligne sur le terrain

---

105 M.Jobert, *Le partage du pouvoir exécutif*, revue pouvoirs n° 4, 1978, rééd. 1982, p.8.

106 Cité par J.CHAPSAL, *La vie politique sous la Vème République*, Tome I, p.242

107 C.f. J.CHAPSAL, *La vie politique sous la Vème République*, P.U.F., Thémis, Sciences politiques, 3ème ed 1987, Tome II, p.148-149.



des élections" (108) (..) " En dépit, le cas échéant, de toutes les habitudes locales et considérations fragmentaires, puissiez-vous confirmer, par la désignation des hommes, le choix qu'en votant " Oui " vous avez fait quant à notre destin " (109). En 1965, le Président considère qu'il " serait extrêmement souhaitable que cette majorité l'emporte " (110), et le chef du Gouvernement évoque le risque de l'élection aux législatives d'une assemblée de gauche, refusant d'envisager le recours à l'article 16 pour résoudre un tel conflit (111). Puis en 1973, après que le Doyen Vedel et Maurice Duverger aient évoqué dans les colonnes du Monde les conséquences institutionnelles du " fait que le Président de la République s'investisse dans les élections présidentielles" (112) , et d'une éventuelle victoire de la gauche aux élections (113) , le chef de l'Etat " laisse subsister un flou certain autour de l'hypothèse d'un échec de la majorité et de ce qui s'ensuivrait " (114)." Qu'on ne compte pas sur moi pour renier tout ce à quoi je crois et tout ce que le peuple français a approuvé solennellement !" prévient-il alors (115). Mais c'est surtout en 1978 que le problème de la cohabitation - étudié pour la première fois de manière approfondie dans le numéro 1 de la revue " Pouvoirs "(116) - est évoqué clairement par le chef de l'Etat, qui demande aux Français de faire " le bon choix " (117). M.Mitterrand ne manque pas de s'en indigner, considérant que le Président de la République renonce à son rôle d'arbitre en intervenant directement dans les élections (118). Il invite le chef de l'Etat à respecter l'alternance et à " cohabiter " avec lui (119). Après la dissolution de 1981, la campagne des élections de 1986 sera tout'entière dominée par le problème de la cohabitation. On peut aujourd'hui considérer que le seul fait de brandir le spectre de la cohabitation à chaque élection législative a constitué en lui-même, une des clefs du phénomène majoritaire sous la Ve République.

" Avant de connaître les résultats des élections du 16 mars dernier, la France a bruisé de rumeurs folles, de vues prospectives audacieuses, de prévisions échevelées...Tout était possible, même le pire" (120). Tout au long de ces

---

108 A l'occasion de la campagne des 18 et 25 novembre 1962, cite par J.CHAPSAL, *op. préc.*, Tome I, p.248.

109 Cite par J.CHAPSAL, *op. préc.*, Tome I, p.249.

110 Cite par J.CHAPSAL, *op. préc.*, Tome I, p.317.

111 Débat de Grenoble entre MM Pompidou et Mendes-France, le Monde 1er mars 1967

112 G.VEDEL, *Un régime pas si présidentiel*, Le Monde 14 juillet 1972.

113 Le Monde 6 octobre 1971

114 J.CHAPSAL, *op. préc.*, p.482. Voir aussi Le Monde 13 janvier 1973.

115 Entretien télévisé du 8 février 1973, cite par J.PETOT, *Faut-il réviser la Constitution de 1958 ?*, RDP 1985, p.1484. Voir aussi la *conférence de presse du 9 février 1973*.

116 C.f. O.DUHAMEL, *La constitution de la Vème République et l'alternance*, Pouvoirs n° 1 février 1977, p.47.

117 Voir le Monde du 28 janvier 1978, et Le Monde des 4 et 7 mars 1978.

118 Le Monde 21 janvier 1978.

119 Le Monde 4 mars 1978.

120 J.ROBERT *De la Cohabitation*, D.1986, III, Chronique p.183.

campagnes successives, trois types de solutions sont proposés par les hommes politiques, dont Olivier Duhamel a montré que la position évolue généralement en fonction de leur situation par rapport au pouvoir, à l'exception de quelques-uns, comme René Capitant ou Michel Debré, qui ont de profondes convictions constitutionnelles (121). Certains refusent la cohabitation, d'autres exigent la soumission du chef de l'Etat, et d'autres enfin estiment qu'il appartient au Président de faire un libre choix entre ces solutions ou de trouver une " troisième voie ".

- " Il faudra se démettre ", avertissent les uns, car " admettre que le chef de l'Etat pourrait se maintenir au pouvoir contre la volonté du peuple, c'est ruiner d'un seul coup l'édifice constitutionnel " (122). Telle est la position de René Capitant qui, tirant argument de la démission présidentielle de 1969, estime que le Général de Gaulle ne serait pas resté au pouvoir si le peuple l'avait ainsi désavoué à l'occasion d'élections législatives. A la veille des élections de 1973, M. Duverger considérait également que le chef de l'Etat devrait " remettre en jeu son propre mandat " (123). Dès 1978, M. Barre accuse le dirigeant du Parti Socialiste de " mettre en question les institutions " et s'oppose à ce que M. Mitterrand appellera la coexistence institutionnelle (124). En 1986, il se fera le champion de l'opposition à la cohabitation, estimant que s'il y a une forte majorité d'opposition au chef de l'Etat, il devra mettre fin à son mandat. S'il refusait de le faire, la majorité pourrait le contraindre à la démission par une " grève des premiers ministres ", suivant l'exemple donné par la gauche en 1924 (125). Olivier Duhamel observe que c'est généralement le parti minoritaire de l'opposition qui réclame la démission du Président de la République (ainsi en est-il du P.C. en 1977, du P.S.U. en 1973, et de certains membres de l'U.D.F. en 1986)(126).

- " Il faudra se soumettre " - lancent les autres. Pour eux, le Chef de l'Etat doit tirer les conséquences des élections en formant un gouvernement représentant la majorité de l'Assemblée. M. Mendes-France estimait ainsi en 1967 que l'arbitre doit s'incliner, qu'il n'a pas le choix, mais l'obligation de le faire (127). La thèse de M. Debré, selon laquelle il y a deux lectures de la Constitution (128), permet en effet de concevoir une cohabitation relativement pacifique. Le parti majoritaire de

121 C.f. O. DUHAMEL, *De l'alternance à la cohabitation, ou l'énigme résolue de la constitution*, dans *La Constitution de la Vème République*, p.527.

122 R.CAPITANT, *Ecrits politiques*, Flammarion, 1971, p.24.

123 C.f. *Le Monde* du 6 octobre 1971, et du 7 septembre 1972.

124 *Le Monde* du 1er février 1978 : il accuse M. Mitterrand de " mettre en cause les institutions " et considère qu'il désire remplacer M. Giscard d'Estaing à la présidence de la République. Il estime que la cohabitation ne serait pas viable, et préfère une alternance " à l'italienne " : *Le Monde* 7 mars 1978

125 R. BARRE rejette la cohabitation dans son allocution aux journées parlementaires de l'U.D.F. le 27 septembre 1983, et évoque expressément l'épisode de 1924 dans le n° 20 de *Faits et arguments*, du 15 oct.-15 nov. 1984, cf également : discours du 15 décembre 1985 à Eurexpo, , participation au dîner de Belleville le 13 janvier 1986, n° 33 de *Faits et arguments*, février 1986, et n° 42 de février 1987.

126 C.f. *De l'alternance à la cohabitation, ou l'énigme résolue de la Constitution*, dans *La Constitution de la Vème République*, p.527.

127 Débat de Grenoble entre M. Pompidou et M. Mendes-France, c.f. *Le Monde* du 1er mars 1967.

128 C.f. *Les leçons de la cohabitation*, communication à la conférence-séminaire organisée par la Fondation pour la Démocratie, Paris, Assemblée Nationale, 6 novembre 1986.

l'opposition, cherche en effet avant tout à " dédramatiser " la situation pour pouvoir accéder au Gouvernement. Il en fut ainsi du PS en 1973, 1978 (129) , et, en 1986, du RPR et d'une partie de l'UDF, qui invitèrent le chef de l'Etat à cohabiter avec eux dès 1983 par la voix de M.Balladur (130).

- Les membres du parti du Président estiment au contraire pour la plupart que le Chef de l'Etat est libre de choisir la conduite à tenir. Telle fut la position de l'UNR en 1967 et en 1973, de l'UDF en 1978. Dès 1976, répondant à une question orale au Sénat relative aux " difficultés constitutionnelles en cas de succès électoral de la gauche ", M.Lecanuet rejetait l'expérience de Mac Mahon, invoquée par la gauche, au motif que le Maréchal n'était pas élu au suffrage universel direct (131). Dès 1985, M.Mitterrand annonce qu'il restera au pouvoir en cas de victoire de la droite (132), mais à la veille des élections, il n'exclut pas l'hypothèse de sa démission, en affirmant qu'il préférerait renoncer à ses fonctions qu'aux compétences de ses fonctions (133). Ainsi semble-t-il tracer une troisième voie : ni se soumettre, ni se démettre.

Alors que la Constitution de 1958 a été rédigée pour permettre au régime de fonctionner en l'absence d'une majorité à l'Assemblée Nationale, afin que le gouvernement puisse déterminer et conduire la politique de la nation malgré les conflits entre le Chef de l'Etat et le Parlement, voila que bientôt l'identité de vues entre le Président de la République et la majorité parlementaire est décrite par la majorité des hommes politiques et de la doctrine comme la véritable clef de voûte du régime (134). Viendrait-elle à faire défaut, l'édifice s'écroulerait comme un château de cartes. La Ve République, en réaction contre les précédentes, comme le furent la plupart de nos constitutions, établit un régime parlementaire dans lequel le Président de la République dispose de pouvoirs propres importants. François Mitterrand vota contre ce texte auquel il reprochait de faire la part trop belle au Chef de l'Etat, et d'abaisser excessivement le pouvoir législatif. En 1964, il s'éleva violemment à la tribune de l'Assemblée Nationale contre la réduction excessive des pouvoirs du Premier Ministre et des droits du Parlement, soulignant que les français ayant voté pour un régime parlementaire, il fallait rendre au chef de Gouvernement et aux assemblées les pouvoirs qui sont les leurs dans un régime parlementaire. Pour ce faire, les socialistes ont proposé des modifications de la Constitution visant à réduire les pouvoirs présidentiels (notamment par la suppression de l'article 16),

129 Voir par exemple *Le Monde* du 13 janvier 1973, du 11 novembre 1975, du 4 mars 1978.

130 C.f. *Les deux tentations*, *Le Monde* 13 septembre 1983, C.f. O.DUHAMEL, *art. préc.*, p.527.

131 C.f. Sénat, discussion d'une question orale avec débat, séance du 4 mai 1976, p.818 *Difficultés constitutionnelles en cas de succès électoral de la gauche*.

132 Entretien avec Y.MOUROUSI à T.F.1., voir *Le Monde* 16 juillet 1985.

133 *Le Monde* 2 mars 1986.

134 Cf. M. DUVERGER, *Garder la Constitution*, *Le Monde* 7 septembre 1972.

et à renforcer ceux de l'Assemblée et du chef du Gouvernement (135) - propositions cependant de moins en moins nombreuses au fur et à mesure que ce parti se rapprochait des sommets de l'Etat -. La " ruse de l'histoire " a voulu que M.Mitterrand parvienne à ce résultat - peut-être au-delà de ses espérances - sans avoir à modifier un mot de la Constitution. Il lui a suffi pour cela de rester au pouvoir en période de cohabitation. De 1981 à 1986, ce président a été d'une fidélité sans faille à l'héritage laissé par ses prédécesseurs : il usa du pouvoir en monarque républicain, bénéficiant de la soumission de l'Assemblée qui n'avait d'égale que celle du Gouvernement; il concentra tous les pouvoirs entre ses mains, exactement comme l'avaient fait le Général de Gaulle, Georges Pompidou et M.Giscard d'Estaing. " Pour l'instant, les institutions, comme vous le voyez, je m'en accomode ", déclarait-il à la presse (136). Dans ce régime où un parti qui avait investi les principaux centres du pouvoir et dont le chef était tout naturellement à la tête de l'Etat, le Gouvernement pouvait, sous sa direction, appliquer avec toute l'efficacité requise le programme qui avait été choisi par la majorité des citoyens. Ainsi, de 1958 à mars 1986, la stabilité de nos institutions semblait-elle être basée essentiellement sur l'identité de vues entre Président de la République et majorité de l'Assemblée Nationale (137). Mais la cohabitation entre un président de la République socialiste et une assemblée dont la majorité est orientée à droite va remettre en question tout l'équilibre sur lequel reposait ce système. Dès lors que les fondements des institutions semblent bouleversés, le régime résistera-t-il à une telle remise en cause ?

##### 5 ) Une expérience riche d'enseignements

Qu'ils soient favorables ou hostiles à la cohabitation, qu'ils présagent l'effondrement ou la transformation du système politique de la Ve République, tous les hommes politiques et les commentateurs s'entendent pour considérer que la cohabitation est l'Epreuve ultime de nos institutions. C'est une épreuve à tous les sens du terme. D'une manière générale, on entend par " épreuve " un " essai, une expérience que l'on fait dans le but de déterminer la valeur réelle d'un objet, son

---

135 Voir notamment *question orale avec débat*, Ass.Nat. 24 avril 1964, J.O. 25.4.1964; et *Le Monde* 7 juillet 1977.

136 *Conférence de presse* du 24 septembre 1981.

137 Cette majorité était d'une importance et d'une homogénéité variables selon les périodes, mais il se formait toujours une majorité absolue déterminée à suivre les directives présidentielles, sauf, comme nous l'avons vu, en 196.

aptitude à un service déterminé " (138). On pourra ainsi mettre à l'épreuve une idée, une théorie. Sera alors considéré comme étant " à toute épreuve " , ou " à l'épreuve " , ce qui, à l'issue de ce test, s'est révélé d'une très grande solidité, inébranlable, incassable, ou, d'une manière plus générale, d'une très grande valeur (c'est au feu que l'on éprouve l'or) (139). " Notre régime a subi avec succès plusieurs examens, il détient déjà la médaille d'argent de la longévité constitutionnelle, mais il lui reste à remporter une dernière épreuve avant d'être titularisé. Il a obtenu son baccalauréat en survivant à son fondateur, contre les pronostics d'une certaine gauche et les espoirs d'un certain centre, sa maîtrise en permettant une alternance totale du pouvoir sans la moindre difficulté constitutionnelle. Reste à passer un jour l'agrégation, à surmonter l'affrontement des pouvoirs " (140) On entend également par épreuve un procédé permettant d'évaluer ou de mettre en évidence un phénomène physiologique ou pathologique; ou la mise en oeuvre d'une réaction chimique permettant d'identifier ou de doser une substance. En matière de statistiques, une épreuve est une expérience impliquant un résultat aléatoire (141) Dans l'art militaire, ce terme désigne un engagement corps à corps dans une joute, un tournoi. En sport, il s'agit d'une compétition, d'un match, d'une rencontre, qui peut être une " épreuve contre la montre ". En l'espèce, le délai imparti aux joueurs est de deux ans. Une épreuve c'est encore un premier exemplaire d'une gravure, d'un livre, ou d'un film. Nous aurons ici un premier cas de cohabitation, qui est inédit, mais ne sera pas nécessairement semblable aux suivants. Il aura une influence sur eux, qu'il s'agira d'évaluer, dans une analyse prospective, tout au long de cette étude. Car, s'il l'on se réfère au langage de la typographie, une épreuve est une feuille imprimée sur laquelle les correcteurs (ici le Peuple, la doctrine, les hommes politiques ?) indiquent les fautes d'impression afin que les auteurs réécrivent leur texte. Mais enfin, et surtout, dans l'histoire judiciaire, une épreuve c'est l'Ordalie (142) , c'est le jugement de Dieu. C'est une expérience par laquelle on expose un accusé à un danger certain, auquel Dieu est censé le faire échapper s'il est innocent : l'épreuve du feu, l'épreuve de la croix, l'épreuve de l'eau froide, et ...le Duel (143).

Dans toutes ces acceptions du terme, la cohabitation est d'abord un épreuve pour la Ve République. En remettant en cause les fondements du régime, en bouleversant la pratique à laquelle avaient donné lieu nos institutions de 1958 à 1986, elle nous apprend que la Constitution n'est pas ce que l'on croyait avant la

---

138 *Dictionnaire universel Larousse du XIXème siècle, préc.*

139 *Idem* Au siècle dernier, la réception à chaque grade maçonnique est accompagnée d'épreuves physiques et morales. Dans les tribus primitives la place de chef est mise au concours, et sera attribuée à celui qui aura subi le plus bravement d'atroces tortures.

140 O.DUHAMEL, *L'hypothèse d'une contradiction des majorités en France, préc.*, p.257.

141 *Petit Robert*

142 Epreuve judiciaire par les éléments naturels (*Petit Robert*).

143 *Dictionnaire universel du XXème siècle, préc.*

coexistence. L'évolution de la conception des institutions et de la pratique des pouvoirs par les gouvernants nous permettra de découvrir un régime dont la cohérence avait été totalement occultée par des pratiques peu conformes au texte constitutionnel, durant des années. On croyait que le Président de la République était un chef d'Etat tout puissant, il se révèle être surtout un arbitre qui n'est pas nécessairement impartial et peut devenir un contre-pouvoir au sommet de l'Etat. On croyait que la pratique des institutions, établissant la primauté présidentielle et la soumission de la majorité parlementaire et premier ministre au Chef de l'Etat, était irréversible. On pensait pouvoir écrire que l'usage du texte constitutionnel était devenu plus important que le texte lui-même et rendait irréversible la primauté des pratiques sur les règles. Or voilà que le texte de la Constitution redevient la source première du droit constitutionnel. La cohabitation va permettre de révéler certains aspects du régime qui étaient presque totalement passés inaperçus jusqu'à présent, elle va démontrer les forces, les faiblesses, la rigidité et la souplesse de nos institutions. Près de trente ans après sa naissance, nous réalisons que notre Constitution établit un régime parlementaire, dont l'originalité est justement démontrée par cette épreuve. Parce qu'elle modifie totalement les relations entre constitution et pratique constitutionnelle, cette expérience nous conduira à repenser les rapports entre régime et système, pour constater que la cohabitation ne consiste pas en un changement de Constitution, mais dans le fonctionnement d'un régime politique fixe dans des systèmes politiques variables. ( livre I )

La cohabitation révèle ainsi non seulement les véritables caractères de la Ve République, mais aussi, au-delà , toute la relativité de l'effectivité de la Constitution. Là est posée la question essentielle. En démontrant les interactions entre la règle, l'image et la pratique de la règle, la cohabitation nous amènera à étudier les relations entre validité, légitimité et effectivité des normes constitutionnelles. Rejetant la proposition de Wittgenstein selon laquelle " nous devons en finir avec ce qui est explication pour laisser la place à la seule description ", nous estimons que la description est une étape indispensable à tout travail scientifique, mais qu'elle n'en est *qu'une étape*. Mais la science ne saurait se réduire à l'observation, même en des temps où la théorisation du droit est souvent présentée comme une pure élucubration. Suivant totalement les réactions de Burdeau sur ce point, nous sommes persuadés " que ce mépris de la théorie conduit, sous couleur de réalisme, à trouver dans les faits la figure rassurante de ce qui doit être, j'entends au contraire affirmer que le devoir de celui qui cherche est d'abord de s'étonner " (144). Convaincus, avec Levy-Strauss, que " la conscience est l'ennemie des sciences de l'homme " et que c'est au-delà des apparences qu'il faut chercher l'explication des phénomènes observés, certains que la critique est le point de départ de toute démarche scientifique, nous serons amenés à nous interroger sur la notion même du droit constitutionnel. Dans la conception dominante du droit, le travail du juriste consisterait seulement à décrire le contenu

144 G. BURDEAU, *L'Etat*, Seuil, coll. points, politique, 1970, p. 182.

des normes positives. Or la cohabitation a justement remis en cause ce contenu, en démontrant toute la relativité des pratiques constitutionnelles et des normes que l'on prétend en déduire. Ce faisant, elle nous oblige à nous questionner sur la pertinence de nos méthodes d'analyse, et au-delà encore, sur la validité des conceptions du droit constitutionnel qu'elles sous-tendent. En démontrant tout l'intérêt d'une problématique centrée sur l'analyse de la relativité de l'effectivité des constitutions, la coexistence nous conduira à proposer une redéfinition de la science du droit constitutionnel. Cette expérience démontrant que le droit constitutionnel, comme ensemble de normes, n'est pas un objet neutre et inerte, mais au contraire un instrument qui n'a de raison d'être que par rapport à sa finalité dans une société, nous considérons que l'on ne saurait analyser cet objet en l'isolant du contexte qui le détermine. Le but du droit dans un Etat de droit démocratique étant la garantie du gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple, par la soumission des gouvernés et des gouvernants aux règles de droit, le problème qui nous intéresse est de savoir si ces règles sont respectées, pourquoi elles ne le sont pas, et comment on pourrait agir pour renforcer leur effectivité. L'observation d'un objet en lui-même, en dehors de ses relations avec le contexte qui détermine sa fonction et sa conformation aboutit à des impasses. Darwin n'a appris que fort peu de choses en décrivant, dans son laboratoire, la forme du bec des oiseaux. Par contre, lorsqu'il a voulu étudier les relations de cet objet avec son contexte, il a découvert pourquoi le bec des oiseaux avait telle forme, du fait de leur fonction. Et c'est ainsi qu'il a pu mettre en évidence les lois sur l'évolution des espèces. Nous sommes convaincus que, si l'on est encore bien loin de pouvoir démontrer des lois équivalentes sur l'évolution du droit, la cohabitation nous aura au moins démontré que c'est dans cette voie, dans cette optique que l'on doit développer les recherches en droit constitutionnel. Sans doute, l'analyse des textes et de la jurisprudence reste-t-elle au centre de l'étude du droit constitutionnel, et son développement est un des moyens les plus efficaces pour renforcer l'effectivité des règles constitutionnelles (145) Sans doute, la description de la pratique des institutions est-elle indispensable. Mais on ne saurait pour autant réduire la science du droit constitutionnel à l'un ou l'autre de ces éléments. Pour les maîtres de l'école de l'exégèse, au XIXe siècle, la science du droit consistait en l'analyse des textes, voire de la jurisprudence, mais ne pouvait inclure la pratique du droit et l'étude de ses relations avec la société. Pour les réalistes sans cesse plus nombreux au XXe siècle, seul compte le droit effectivement appliqué, et peu importe l'intention des rédacteurs des textes. Aucune de ces deux conceptions ne permet donc d'analyser les rapports entre règle et pratique, puisque la première exclut de l'objet de la science du droit l'étude de l'application des règles, et puisque la seconde écarte l'analyse du contenu des normes en dehors de leur application, puisque le sens des

145 Le Doyen FAVOREU ayant analysé l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la cohabitation, il ne saurait être question de donner le même objet à cette étude. Ses conclusions nous seront très utiles, et nous soulignerons également l'influence majeure du contrôle de constitutionnalité, dans la conception du droit constitutionnel que nous proposons. Cf. L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit, Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Economica, 1988.

règles leur serait conféré par leur interprétation. Si, avec Ihering, on estime qu'un des éléments essentiels du droit est son but, alors on sera conduit à considérer que c'est justement l'analyse des rapports entre règle et pratique qui nous permettra de comprendre si, pourquoi et comment les règles du droit constitutionnel remplissent le but qui leur est assigné. Dans cette optique, l'objet de la science du droit n'est pas seulement l'analyse du contenu des règles, mais aussi celle de leur fonctionnement. Apparemment théorique, cette démarche est éminemment pragmatique. Elle part d'une idée extrêmement simple : le but du droit étant sa raison d'être, c'est par rapport à ce but qu'il convient d'apprécier sa configuration et son fonctionnement. Dès lors, le travail du juriste dans son activité doctrinale ne consiste pas seulement en la description de règles, et en l'observation de pratiques, mais aussi et surtout dans l'analyse des rapports entre règles et pratiques, et des relations de ces rapports avec la société pour laquelle et dans laquelle fonctionne le droit. Il appartient donc au juriste, dans un premier temps d'identifier les règles et les décisions d'application de ces règles. Dans un second temps de mesurer, de comprendre et d'expliquer cet écart. Afin, dans un troisième temps, de réduire cette distance. Ainsi devrait-on arriver à mettre en évidence les rapports qui déterminent l'effectivité des règles de droit constitutionnel, pour pouvoir l'améliorer. L'ambition de cette thèse n'est pas de prétendre déterminer précisément et définitivement une telle méthode, mais seulement de constater pourquoi et comment l'expérience de la cohabitation, en mettant à l'épreuve le droit constitutionnel lui-même, a démontré la nécessité de poursuivre les recherches sur la relativité de l'effectivité des règles constitutionnelles, dans le but de l'améliorer. L'application de ces conceptions, qui nous conduira, toujours dans l'optique du problème de la cohabitation, à nous interroger sur l'intérêt d'une révision de la Constitution et surtout sur l'extension des compétences du Conseil constitutionnel pour contrôler la constitutionnalité des actes de gouvernement, n'est qu'un aspect tout à fait minime et insuffisant de la mise en oeuvre de cette vision qui devrait ouvrir un champ de recherches considérable. L'objet de cet étude est seulement de proposer un regard différent sur le droit constitutionnel et de " jalonner " le terrain de recherche qu'il peut permettre de découvrir. L'espoir de l'auteur est que d'autres chercheurs partageront sa volonté de l'explorer ( Livre II )



**LIVRE I LA COHABITATION, REVELATEUR****DE****LA Ve REPUBLIQUE**

A la veille de la cohabitation, hommes politiques, constitutionnalistes, politistes, journalistes, rivalisent d'imagination pour essayer de savoir si les institutions de la Ve République pourront résister à l'épreuve redoutable que constitue l'avènement d'une majorité parlementaire hostile au Président de la République. Chacun considère que nos institutions risquent de s'effondrer, puisque leur clef de voûte est menacée. Mais tous ne la définissant pas de la même manière, on peut se demander quelle est la clef de voûte de nos institutions. Peut-on admettre avec M. Debré, que c'est le Président de la République, c'est-à-dire un arbitre indépendant du Parlement ? Ou bien doit-on considérer avec Maurice Duverger que l'élément essentiel du régime est l'identité de vues entre le Chef de l'Etat et la majorité parlementaire ? Ne peut-on pas penser au contraire avec F. Luchaire que " cette clef de voûte se trouve en réalité dans le suffrage

universel " ? (1). Au delà de l'apparente contradiction de ces affirmations, c'est leur synthèse qui permet de découvrir ce qu'est la clef de voûte du système de la Ve République tel qu'il a fonctionné jusqu'en 1986 : un Président de la République dont l'existence et le pouvoir ne dépendent pas directement de l'Assemblée, mais du Peuple, qui reconnaît en lui le chef de la majorité. Or, depuis 1958 une épée de Damoclès (2) est pendue par un cheveu à cette voûte, menaçant ceux qui jouissaient de la toute puissance du chef de l'Etat par la confusion en ses mains de ses prérogatives constitutionnelles et du pouvoir majoritaire. A l'instar de Denys (3) leur béatitude était troublée par l'angoisse incessante de voir le fil auquel tenait la stabilité du système se rompre un jour. L'édifice va-t-il s'effondrer ? Depuis plus de vingt ans les augures multiplient les formules magiques pour annoncer le dépérissement ou la métamorphose de nos institutions à l'heure de la cohabitation : c'est " le talon d'Achille " de nos institutions, le " défaut de la cuirasse " (4), prévient-on de toutes parts. La majorité d'entre eux présage que la Ve République n'y survivra pas. Telle était la position de J.Chirac en 1978 (5) Certains estiment qu'il faut reviser la Constitution pour éviter une telle épreuve. D'autres, dans une vision plus kafkaïenne, prédisent la métamorphose de nos institutions . Ainsi Jean-Claude Colliard estimait-il en 1977 que la " contradiction entre un Président et un Parlement élus à des moments différents (..) ne peut être résolue sans bouleversements, soit politiques, soit constitutionnels (..) c'est la crise. On peut alors envisager plusieurs évolutions possibles mais qui reposent toutes sur le Président de la République. Soit un retour au compromis sur lequel reposait l'adoption de la Constitution en 1958, ce qui implique un large transfert des pouvoirs du Président, chef de la minorité, au Premier ministre, chef de la majorité. On ne doit pas oublier pourtant que la cohabitation risque d'être très difficile entre les deux (..) Le Président de la République a le moyen de provoquer la crise institutionnelle comme moyen de régulation du système. On peut, dès lors, aller plus loin et se demander si ce régime a une Constitution, c'est-à-dire un ensemble de règles définissant précisément un système de pouvoirs valables dans toute situation et dans toute époque. Il ne semble pas que cela soit ainsi si on considère que notre système est constamment sous la dépendance d'éléments extérieurs et qu'il contient, en cas de discordance entre

---

1 F.LUCHAIRE participation au débat : " Primauté présidentielle ou fait majoritaire" colloque : " Vingt ans de Ve République, les interprétations du régime" Paris 1977, Pouvoirs n° 4 1977, rééd 1982, p.123.

2 Expression employée par O.DUHAMEL dans "L'hypothèse de la contradiction des majorités en France", dans "Les régimes semi-présidentiels", sous la direction de M.DUVERGER, p.257

3 Tyran de Syracuse, vers 400 avant J.C., qui, pour mettre fin à la continuité et la bassesse de ses adulations, invita le courtisan Damoclès à prendre sa place durant une journée. Lorsque , installé sur un lit d'honneur, il se délectait d'un festin royal, Damoclès vit à la voûte de la salle une épée que retenait seulement un crin de cheval, et comprit ainsi ce qu'est le bonheur d'un tyran.

4 J.CHABAN-DELMAS, cité par P.AVRIL: " Le régime politique de la Ve République", LGDJ, 4ème éd.1979, p.406.

5 Il estimait alors que dans cette hypothèse, M.Giscard d'Estaing serait le dernier président de la Ve République : cf.P.AVRIL, "Signification de la Ve République", Pouvoirs n° 4 1978, 2e de 1982, p.92.

majorités, les germes d'une crise institutionnelle inévitable." (6). Cette réflexion est particulièrement intéressante en ce qu'elle montre comment la remise en cause de notre système politique par la cohabitation nous oblige à nous interroger sur la notion même de Constitution. Qu'est-ce, précisément, que le régime de la Ve République ? Est-ce la pratique des institutions qui s'est imposée jusque-là et qui était caractérisée par la suprématie du chef de l'Etat ? Ou bien est-ce le régime organisé par le texte de la Constitution, et prévoyant que le Président de la République n'est pas le dirigeant suprême de la politique nationale mais un arbitre, et le Premier ministre non pas le " second du capitaine ", mais le chef du Gouvernement ? Tel est le paradoxe suprême de la cohabitation : c'est en menaçant l'existence du régime qu'elle nous a obligés à remettre en cause la notion même de régime politique, et qu'elle nous a permis de découvrir ce qu'est la Constitution de la Ve République ( titre I ). Elle a été un véritable révélateur de la Ve République, démontrant combien les pratiques antérieures à 1986 étaient éloignées de la lettre du texte constitutionnel, qui organise un régime parlementaire dont l'originalité est marquée par deux caractéristiques mises en évidence par cette épreuve : la puissance du chef de l'Etat, et la variabilité des pratiques auxquelles cette constitution peut donner lieu en fonction du contexte dans lequel elle s'applique ( titre II ). Belle au bois dormant , Lazare, Magali ou Protée, la Constitution que chacun disait à l'agonie s'avère ainsi plus vivante que jamais.

## **TITRE I LA VE REPUBLIQUE MENACEE ?**

La cohabitation apparaît comme une véritable révolution constitutionnelle. La cohabitation, une révolution ? Le mot n'est-il pas un peu fort ? Non, sans doute, si l'on se réfère à la définition du mot " révolution ". Au sens courant de l'expression, il s'agit d'un changement soudain, d'un bouleversement subit et profond. Or il est clair que la cohabitation a soudainement bouleversé la pratique de notre régime politique, en remettant en cause ses fondements mêmes, et en particulier la suprématie présidentielle qui le caractérisait. Au sens premier, au sens astrologique et mécanique du terme, une

---

6 J.C.COLLIARD : " Un régime` hésitant et déséquilibré " Pouvoirs n° 4 1978, rééd 1982, p.122 (actes du colloque de 1977).

révolution est " un mouvement en courbe fermée", le tour complet effectué par un objet ou un astre autour de son axe, et qui le ramène à son point de départ. A cet égard aussi, la cohabitation est une véritable révolution puisqu'elle permet à la Ve République, qui s'était progressivement fort éloignée de son point de départ en direction du présidentielisme, de revenir à son origine : la lettre de la Constitution. En remettant en cause les fondements du régime, elle paraît en remettre en cause l'existence même ( chapitre I ). Mais, paradoxalement, cette révolution semble permettre l'instauration d'un nouveau régime à l'intérieur même des institutions de la Ve République. Derrière ces apparences, nous verrons qu'en réalité la cohabitation ne conduit pas à un changement de régime, mais au fonctionnement des institutions de la Ve République dans un système différent de celui dans lequel elles s'étaient développées jusqu'à présent ( chapitre II ).

## CHAPITRE I L'EBRANLEMENT

Pour le Général de Gaulle, " ...Il doit être évidemment entendu que l'autorité indivisible de l'Etat est confiée toute entière au Président par le Peuple qui l'a élu, qu'il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire, qui ne soit conférée et maintenue autrement que par lui.." Cette phrase, oh combien célèbre, de la conférence de presse du 31 janvier 1964 , a fait frémir plus d'un juriste, tant elle est éloignée de la lettre de la Constitution de 1958. Or la prééminence présidentielle fut imposée avec tant de constance jusqu'en 1986 que l'on en vint à penser qu'elle était le fondement de la Ve République, d'aucuns y voyant l'essence même du régime. Mais une telle déviation des institutions, observable quel que soit le Président de la République, n'était rendue possible que par la forte légitimité populaire du chef de l'Etat. En 1986, dès lors que le Président de la République ne peut plus compter sur la

soumission de la majorité du peuple et de ses représentants ( section I ), une nouvelle lecture de la Constitution va imposer une sérieuse réduction de ses pouvoirs (sectionII).

## **Section I UNE REMISE EN CAUSE DE LA SUPREMATIE PRESIDENTIELLE**

Le 16 mars 1986, en élisant une majorité parlementaire hostile au chef de l'Etat, le peuple impose la cohabitation, et par là-même, met fin à la suprématie présidentielle (I). Mais, au-delà, l'analyse stratégique des institutions a montré que la majoritarisation et la présidentialisation du régime étaient elles-mêmes expliquées par la combinaison de certaines contraintes qui est elle aussi largement remise en cause par la cohabitation (II).

### **I LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE PERD SON ASSISE MAJORITAIRE**

Dès lors que le Président de la République ne bénéficie plus de l'appui de la majorité parlementaire ( A ), la cohabitation s'impose ( B ).

## A LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE PERD L'APPUI DU PEUPLE ET DE LA MAJORITE PARLEMENTAIRE.

Pour pouvoir mesurer dans toute son ampleur le bouleversement qu'apporte la cohabitation, il convient de rappeler combien il était important, pour le fondateur de la Ve République, que le Chef de l'Etat fût assuré de la confiance des citoyens : " ..j'ai proposé au pays de faire la Constitution de 1958 dans l'intention de mettre un terme au régime des partis. C'est dans cet esprit que la Constitution a été faite, et c'est dans cet esprit que je l'ai proposée au peuple qui l'a approuvée... Alors, si les partis se réemparent des institutions, de la République, de l'Etat, alors évidemment, rien ne vaut plus ! On a fait des confessionnaux, c'est pour tâcher de repousser le diable ! Mais si le diable est dans le confessionnal, alors cela change tout ! Or ce qui est entrain d'être essayé, c'est, par le détour de l'élection du Président de la République au suffrage universel, de rendre l'Etat à la discrétion des partis" (7). Ainsi le Général de Gaulle rappelait-il sa volonté de mettre fin à la toute puissance des partis en donnant au Chef de l'Etat une légitimité distincte de celle de l'Assemblée Nationale, et en lui permettant de communiquer directement avec le peuple en cas de conflit entre lui-même et ses représentants. Dans ce système, la toute puissance du chef de l'Etat repose en réalité sur sa forte légitimité populaire. Ainsi, en fondant le régime de la Ve République, le Général de Gaulle entendait-il asseoir la légitimité du Président de la République sur la confiance du peuple ( 1 ), pour mettre fin au régime des partis ( 2 ).

### 1) Le Président de la République perd la confiance de la Nation.

Entre 1986 et 1988, Monsieur Mitterrand parviendra à donner l'illusion qu'il n'a pas perdu la confiance de la Nation. Bien que la politique dont il se déclare responsable ait été rejetée par le peuple ( a ), le Président de la République estime qu'il n'a pas subi un désaveu ( b ).

---

(7) A. PASSERON, " De Gaulle parle ", 1962-1966, Fayard, 1966, p.136. Cité par J.L. QUERMONNE : " La présidence et le système des partis " Pouvoirs n° 41, 1987, p. 94.

a) La politique conduite par M.Mitterrand est rejetée par le peuple.

1 Au soir du 16 mars 1986, seuls 32,8 % des électeurs avaient apporté leur soutien au Président de la République en votant pour un candidat qui s'était déclaré favorable à sa politique ( PS ou divers gauche ). Ainsi, une très forte majorité de français avait donné ses voix à des partis plus ou moins hostiles à la politique menée par le chef de l'Etat depuis 1981 : 1,5 % des suffrages exprimés sont accordés à l'extrême gauche, 9,7 % au Parti Communiste ( dont les rapports avec le Chef de l'Etat sont très mauvais depuis qu'il a quitté le Gouvernement, en 1984 ), 1,4% aux candidats qualifiés " 'écologistes et divers" ( qui sont nettement moins favorables au Parti Socialiste qu'ils ne l'étaient en 1981 ), la droite parlementaire recueillant 44,7 % des voix et l'extrême droite 9,9 % (8). Certes, il s'agissait d'élections législatives, et les citoyens étaient appelés à se prononcer pour un parti et non pour (ou contre) un homme (9) . A l'instar de ses prédécesseurs (10) , M.Mitterrand n'avait pas manqué de souligner que " La Constitution attribue au chef de l'Etat des pouvoirs que ne peut en rien affecter une consultation électorale où sa fonction n'est pas en cause " (11) " Le Président de la République, lui, n'est pas en question quand on vote pour des maires, des conseillers municipaux, des conseillers généraux, des députés, des sénateurs, que sais-je encore...Il n'est pas du tout en cause quand on vote pour élire le président du syndicat intercommunal d'électricité " (12). Mais il ne faisait de doute pour personne que cette élection allait déterminer le choix d'une politique, la plate-forme de gouvernement RPR-UDF s'étant, comme l'union de la gauche en 1981, engagée à

---

(8) cf. CHAPSAL (J) : " La vie politique sous la Ve République " Thémis, PUF, Tome II, p.520 ( résultats pour la seule France métropolitaine). Voir aussi l'analyse des résultats de J.L.PARODI, Pouvoirs n° 39, 39, 1986, p. 147, de J.JAFFRE, Pouvoirs n° 38, 1986, p. 145, Composition de l'Assemblée : cf. Pouvoirs n° 38, 1986, p.162 et 172-173.

(9) cf. O.DUHAMEL : " Les premières élections législatives de la Ve République ", dans : E.DUPOIRIER et G.GRUNBERG : " Mars 1986, la drôle de défaite de la gauche ", précité, p.241

(10) Le Général de Gaulle n'avait-il pas considéré le 16 mai 1967 que les élections législatives ne sont que " 487 compétitions locales" (cf. F.GOGUEL : " La responsabilité du Président ", le Figaro 16.12.1985. G. Pompidou avait également précisé qu'en " aucun cas des élections législatives quelles qu'elles soient ne peuvent remettre en cause l'élection présidentielle" (Conseil national de l'UNR-UDT, Poitiers, 16 juin 1966, cité par P. AVRIL, " Alternance et troisième tour : intermittence de la Constitution ", RDP. 1976, p. 1040.

(11) Message au Parlement le 8 avril 1986 (Le Monde 10.4.1986).(bien que cette affirmation contraste un peu avec l'intitulé des listes du PS pour les élections législatives et régionales : " Pour une majorité de progrès avec le Président de la République " ( P.AVRIL et J.GICQUEL, CCF Pouvoirs n° 38, 1986, p.185. Les auteurs soulignent qu'en 1973, les partisans de M.Pompidou, s'étaient regroupés sous l'appellation : " Union des républicains de progrès pour le soutien du Président de la République ").

(12) Interrogé par J.P. ELKABBACH, le 9 déc. 1985, sur Europe 1, cf Le Monde 11 déc. 1985.

exécuter un programme politique précis (13). Or le Président de la République revendiquait haut et fort l'entière responsabilité de la gestion socialiste : " Le Premier ministre a la responsabilité du Gouvernement par définition et je laisse le Gouvernement agir conformément à la Constitution. Je m'applique simplement à donner certaines directives. La direction principale c'est l'application du programme sur lequel j'ai été élu(..). La politique pratiquée par le Gouvernement m'engage au premier chef. Je suis le premier responsable de la politique française " (14). Si l'on en croit Serge July, " L'opinion n'a pas tardé à percer le mystère de ce fonctionnement (15). Elle a rapidement compris que ce n'était pas le Premier Ministre qui gouvernait mais le Président. Il faut dire que ce dernier n'a pas cherché à détromper qui que ce soit, puisqu'il s'est ingénié à jouer l'homme-orchestre, en étant tout à la fois, Président, Premier ministre, ministre de l'intérieur (la cellule anti-terroriste de l'Elysée), secrétaire d'Etat à l'Industrie (le plan sidérurgie le 4 avril 1984), ministre des Affaires Etrangères et naturellement ministre des Affaires européennes, mais aussi ministre du Travail (la décision sur les trente neuf heures payées quarante en juin 1982 alors même que le Premier ministre venait de décider le contraire) etc..". En outre, " tout le système tend à faire, très publiquement d'ailleurs, de M.Mitterrand le principal dirigeant du parti majoritaire " (16). Enfin, durant la campagne électorale, M. Mitterrand s'est engagé très nettement en faveur du parti socialiste (17). L'évolution des sondages montre clairement l'identification de F. Mitterrand au parti dont il est le leader. Son image reste très partisane pour sa fonction, même s'il est considéré comme un peu plus tolérant qu'avant " (18). " La cote SOFRES de confiance dans l'action du Président, les indicateurs concernant le Premier ministre, la courbe BVA des intentions de vote pour la gauche, les cotes SOFRES de bonne opinion à l'égard des partis de la coalition gouvernementale, PS et, jusqu'en juillet 1984, PC, présentent toutes une structure analogue. C'est dire que c'est bien la gauche au pouvoir qui est ainsi jugée" (19). Or

---

(13) cf. O.DUHAMEL, " Les premières élections législatives de la Ve République", précité, p. 241 : " Programmatique, la droite l'est étonnamment devenue en 1986, bien que l'idée même de programme répugne au libéralisme rétif à tout volontarisme constructiviste, et au moment où la gauche, faiseuse de programme par nature, s'en détourne par ce mélange de réalisme, de cynisme et d'amertume que confère l'exercice du pouvoir".

(14) Cité par P.ARDANT, Pouvoirs n° 41, 1987, p.60. (souligné par nous). M.Mitterrand réaffirme à plusieurs reprises son entière responsabilité : " Je suis très solidaire du travail qui a été accompli pendant ces quatre ans et demi, j'en suis d'ailleurs le principal responsable. Au fond, les Français qui ont à se plaindre, c'est à moi qu'ils doivent s'adresser. Les Français qui ont aussi quelques joies ou quelques satisfactions de ce qui a été fait, peut-être voudront-ils m'en rendre témoignage. (...) Je revendique la responsabilité de ce qui est fait. Je ne veux pas me cacher derrière un arbre " : interrogé par M.MOUROUSI, Dimanche 15 décembre 1985 sur TF1, à l'émission " Ca m'intéresse Monsieur Le Président ", cf. Le Monde 17 déc. 1985.

(15) " Sur l'impopularité de F.Mitterrand " dans SOFRES, " Opinion publique 1986, précité, p.17.

(16) cf. S.JULY : " Sur l'impopularité de F.Mitterrand ", précité, p. 18.

(17) " L'intérêt de la France est de poursuivre cette politique et je le dis", déclare-t-il dans sa conférence de presse de nov. 1985 : cf Le Monde 22 nov. 1985. Voir aussi Le Monde 11.12.1985; Le Figaro du 15.12.1985.

(18) Cf. A. DUHAMEL : " L'image des présidentiables " dans SOFRES " opinion publique 1986 ", p.24-25.



l'évolution de ces indicateurs montre une dégradation générale, " à peine modulée par la petite remobilisation électorale des derniers mois (20). Le 16 mars 1986, la gauche devait perdre les élections législatives avec 44 % des voix, son plus faible score depuis les élections de la peur en juin 1968. Quant à la droite, toutes tendances confondues, elle totalisait 54,7 % des suffrages exprimés " (21).

b) Le chef de l'Etat estime qu'il n'a pas subi un désaveu.

2 Lorsque l'on demande à M.Mitterrand comment il explique le fait qu'il ait été le premier Président de la Ve République " qui ait perdu des élections législatives", il répond que " c'était déjà un résultat remarquable pour les socialistes que d'atteindre 32 % des suffrages le 16 mars 1986. " Je n'ai donc pas ressenti ce résultat comme un échec. J'y étais préparé. Il me restait à poursuivre l'effort, là où j'étais " (22). Ces résultats étaient en effet relativement bons si l'on songe que M.Mitterrand avait réussi à battre " le record toutes catégories d'impopularité d'un président sous la Ve République" (23) en descendant à vingt trois reprises au-dessous des 35 % de satisfaits que rassemblait encore M.V.Giscard d'Estaing deux mois avant sa défaite (24) - alors que le Général de Gaulle n'était jamais descendu au dessous de 42 % de satisfaits, ni Georges Pompidou en dessous de 47 % (25) -, et en descendant jusqu'à 26 % de satisfaits au moment le plus noir, en novembre 1984 (26). Les élections législatives n'en constituent pas moins un " vote sanction contre les socialistes " (27), même si la position du parti socialiste au sein de la gauche marque une relative progression (28), et même si la majorité du peuple ne semble pas souhaiter que le Président de la République démissionne (29). Dès lors que M. Mitterrand ne bénéficie plus de l'appui

(19) Cf : " Tout s'est joué trois ans plus tôt " , dans " Mars 1986: la drôle de défaite de la gauche " , E.DUPOIRIER et G.GRUNBERG, PUF, 1986, p.26.

(20) J.L.PARODI : " Tout s'est passé trois ans plus tôt " , préc. p.25.

(21) O.DUHAMEL et J.JAFFRE : " Le nouveau président " , précité, p.145.

(22) Entretien avec O.DUHAMEL, Pouvoirs n° 45, 1988, p. 132-133.

(23) J.L.PARODI : " Tout s'est jouée trois ans plus tôt " , préc., p.28.

(24) Cf O.DUHAMEL et J.JAFFRE : " Le nouveau président " Seuil 1987, p.81. O.DUHAMEL relève à la fin de l'année 1985 que " son bilan demeure très défavorablement jugé : 55 % de verdicts négatifs contre 33 % de positifs après quatre ans à l'Elysée. Valéry Giscard d'Estaing, à l'issue du même laps de temps, séduisait encore deux français sur trois " , dans : " L'image des présidentiables", SOFRES, " Opinion publique 1986 " , préc., p.24.

(25) Cf. J.L. PARODI : " Tout s'est joué trois ans plus tôt " , préc., p.29.

(26) Cf.J.L.PARODI, " Tout s'est joué trois ans plus tôt", préc., p.28, et S.JULY : " Sur l'impopularité de François Mitterrand " , dans " Opinion Publique " SOFRES 1986, Gallimard 1986, p.11.

(27) O.DUHAMEL et J.JAFFRE : " Le nouveau président " , préc., p.34.

(28) Cf. J.JAFFRE : " Les élections législatives du 16 mars 1986, la défaite de la gauche et les progrès du parti socialiste " , Pouvoirs, n° 38, 1986, p.145 et suiv.

(29) cf infra n° 7 et 8.

de la majorité du peuple, il ne saurait en aucun cas revendiquer la direction de la politique du Gouvernement comme il l'avait fait jusqu'en 1986, ni envisager de s'appuyer sur le peuple pour lutter contre une Assemblée Nationale trop rétive comme l'avait fait avant lui le Général de Gaulle par la dissolution de 1962, ou par chacun des référendums dans lesquels il engageait sa responsabilité devant le peuple. " La clef de voûte de notre régime, c'est l'institution nouvelle d'un Président de la République désigné par la raison et par le sentiment des Français pour être le chef de l'Etat et le guide de la France... Cependant, pour que le Président de la République puisse porter et exercer effectivement une charge pareille, il lui faut la confiance explicite de la Nation " (allocution du Général de Gaulle du 20 septembre 1962). Le Chef de l'Etat perdant la confiance du Peuple, et par-là même, celle de la nouvelle majorité parlementaire, la Ve République semble gravement menacée.

**2) Le Président de la République doit affronter une majorité parlementaire hostile.**

Alors que le chef de l'Etat avait toujours pu s'assurer la docilité de l'Assemblée nationale (a), voilà que le Président de la République doit affronter un Parlement qui lui est majoritairement hostile (b).

**a) Le Président de la République avait toujours été soutenu par la majorité parlementaire.**

3 Pour le fondateur de la Ve République, ce qui est essentiel, dans nos institutions, c'est qu'une majorité la plus large possible se réunisse autour du Président de la République : " Je crois qu'à l'occasion de l'élection présidentielle ( de décembre 1965) on a vu , pour la première fois depuis tantôt cent années, se dégager dans le pays une majorité définie et positive pour approuver une politique, qui est, dans tous les domaines, positive et définie. Cette politique implique naturellement que les pouvoirs publics la fassent. Chef de l'Etat mandaté par le peuple précisément pour cela, gouvernement procédant de lui de façon à la mettre en oeuvre, parlement qui, pour la soutenir, doit comporter une majorité fidèle à celle qui s'est réunie dans la nation à l'appel et autour du Président. Telle est bien, actuellement, la situation française et tout

l'avenir dépend de sa durée " (30). Mais voilà qu'à l'image d'un hydre de Lerne, le système des partis va s'emparer de l'élection présidentielle, pour être à son tour totalement remodelé par elle. Comprenant que l'enjeu essentiel dans nos institutions est la victoire à l'élection présidentielle, les partis vont se bipolariser et, dès lors, faire du chef de l'Etat le leader du bloc majoritaire à l'Assemblée Nationale. " Quand je ne serai plus là, il faudra un chef de l'Etat en dehors des partis et qui ne soit pas lié à une majorité parlementaire " avait déclaré le Général de Gaulle (31). Mais, paradoxalement, " fondée contre le régime des partis, la Ve République est le premier vrai régime partisan qu'ait jusqu'ici connu la France " (32). " Machines à faire des députés, les partis politiques furent appelés à devenir des machines à faire un président. Ceci devait entraîner à la fois leur restructuration et leurs nouvelles stratégies. La mise en place d'un véritable système des partis, si nébuleux sous les Républiques précédentes, sortit des exigences de l'élection du Président de la République au suffrage universel " (33). Le Chef de l'Etat devenait donc nécessairement le leader d'un parti ou d'une coalition (aussi longtemps que nous serons dans un système majoritaire). Ce phénomène fut de plus en plus net au fil des années, atteignant son paroxysme de 1981 à 1986. Aussi, de nombreux auteurs estiment-ils que la clef de voûte des institutions n'était pas le Président de la République, mais l'identité de vues entre le chef de l'Etat et la majorité parlementaire (34). Avant 1986, " la formidable puissance (du Président) ne devait rien à la Constitution. Elle reposait sur une base très simple : l'existence à l'Assemblée nationale d'une majorité solide et cohérente, obéissant fidèlement au chef de l'Etat. Appuyés sur elle, Charles de Gaulle, Georges Pompidou, Valéry Giscard d'Estaing, François Mitterrand ont dominé pendant vingt-quatre ans la législation, le Gouvernement, l'administration, la magistrature, l'armée, les relations extérieures. Ainsi s'est établie une monarchie jacobine, absolue mais républicaine, fondée sur le suffrage universel qui élisait le Président et une majorité soumise à ses directives. Les

---

(30) Conférence de presse du 21 février 1966, cité par J.PETOT : " La Ve République et la continuité du pouvoir sous de Gaulle et Pompidou ", RDP 1974, p.1654. Le Doyen VEDEL soulignait que " Le Président a pour fonction essentielle de dispenser d'une introuvable majorité cohérente, car, si elle existait à priori, c'est lui qui deviendrait superfétatoire. (...) Le problème pour lui n'est pas celui de la majorité inconditionnelle ni du contrat de législature. Il est celui d'un minimum d'accord avec le Parlement et les voies à cet égard sont multiples" ( "Le pari de la succession", "La Nef", 1968, p.145-159, reproduit dans : " Pages de doctrine ", LGDJ 1980, Tome I, p.542).

(31) A.PASSERON, " De Gaulle parle ", préface de J.R. TOURNOUX, Plon, 1962, p. 134, cité par J.L.QUERMONNE : " La présidence de la République et le système des partis ", Pouvoirs n° 41, 1987 : " Le Président de la République ", p. 93.

(32) F.BORELLA, " Les partis politiques dans l'Europe des neuf ", Seuil, 1979, p.107, cité par J.L.QUERMONNE : " La Présidence de la République et le système des partis ", Pouvoirs n° 41, 1987, p. 94. Voir aussi L.HAMON : " Lettre ouverte au Président de la République nouvellement élu ", LGDJ 1988, p.28.

(33) G.VEDEL : " Postface à un exercice de rétrofiction ", Mél. DUVERGER, PUF 1987, p. 221. L'auteur souligne que " le général de Gaulle, tout en recommandant, avant les élections de 1967, une majorité parlementaire qui puisse l'aider, n'adhéra jamais pleinement à un système qui lierait la légitimité du chef de l'Etat et l'efficacité de sa direction aux vicissitudes des " compétitions locales "(p. 122).

(34) cf introduction.

variations de l'autorité de l'Elysée étaient parallèles aux oscillations de la docilité du Palais-Bourbon a son égard " (35). Il était rare qu'un parti, le parti du Président, obtienne à lui seul la majorité absolue des sièges à l'Assemblée Nationale - cela ne se produisit que de juin 1968 à mars 1973, et de 1981 à 1986 (36) - . Mais, de 1958 à 1962, au moins tant qu'a duré la guerre d'Algérie, " en l'absence d'autre force politique que le Général de Gaulle, son ombre portée au Parlement tenait lieu de parti hégémonique " (37). De 1962 à 1974, " son étroite alliance avec le courant giscardien et son hégémonie au sein de cette alliance (...) a fait du mouvement gaulliste un parti quasi majoritaire et quasi dominant " (38). Cette majorité songea-t-elle à se rebeller ? De 1974 à 1981, la position de force du RPR à l'Assemblée nationale empêcha M.V. Giscard d'Estaing d'être aussi puissant que ses prédécesseurs. Néanmoins, il bénéficiait du soutien d'une coalition de partis majoritaire et peu susceptible de rentrer gravement en conflit avec lui (39). Parmi tous ces Présidents de la République, le plus puissant, en ce qu'il cumulait le plus complètement la direction de l'Etat et d'un parti majoritaire, fut sans conteste M.Mitterrand (40). Ce soutien majoritaire au Président de la République permit au chef de l'Etat, non seulement de diriger la politique du gouvernement et d'intervenir lui-même dans tous les domaines qu'il jugeait dignes de son intérêt, mais encore de violer la Constitution (41), puisque le peuple . La " marge de manoeuvre " du Président par rapport à la Constitution était d'autant plus grande qu'il ne craignait guère une mise en accusation en Haute Cour de justice, puisqu'il suffit que l'une des deux chambres soit soumise au Président de la République pour que cette mise en jeu de sa responsabilité soit impossible, ce qui fut toujours le cas jusqu'en 1986 (42).

**b) Le chef de l'Etat perd l'appui de la majorité parlementaire.**

4 Or voilà que le 16 mars 1986, le chef de l'Etat perd le fondement, sinon de son pouvoir, du moins de ses " excès de pouvoir ", de sa toute-puissance, et ainsi une large partie de son immunité. " Vous avez élu dimanche une majorité nouvelle de députés à l'Assemblée Nationale. Cette majorité est faible numériquement mais elle existe ". Tels furent les premiers mots que M.Mitterrand adressa aux français le 17

(35) M.DUVERGER : " Bréviaire de la cohabitation " PUF 1986, p.8.

(36) Cf J.GEORGEL : " Vingt ans de Ve République ", R.A. 1981, n° 202, p. 393-398.

(37) J.CHARLOT : " Le Président et le parti majoritaire ", dans : " Les régimes semi-présidentiels ", sous la direction de M.DUVERGER, PUF, 1986, p.313.

(38) J.CHARLOT, idem.

(39) Sur la " guérilla institutionnelle " qui se déroula à cette période, voir l'introduction.

(40) Cf. S.JULY, art. préc., p. 18.

(41) Cf. infra n° 118-119

) (42) Sur la responsabilité du chef de l'Etat pour haute trahison, cf infra. Titre II.

mars 1986 à vingt heures sur les trois chaînes publiques de télévision. Sur les 577 sièges que comporte la nouvelle assemblée, la gauche en compte 251 (35 pour le PC, 216 pour le PS et les divers gauche) tandis que la droite se compose de 277 députés UDF-RPR, 14 divers droite, et 35 élus du front national (43). Puisque la droite parlementaire refuse de gouverner avec les élus d'extrême-droite, les députés "cohabitationnistes" ne peuvent atteindre la majorité absolue des sièges à l'Assemblée qu'en obtenant le soutien des élus "anti-cohabitationnistes" proches de M.Barre. La majorité absolue des sièges n'est donc acquise que grâce à deux députés. Or la faiblesse numérique de la majorité parlementaire va paradoxalement faire sa force, car elle va contraindre les députés UDF-RPR et "divers droite" à une union sans faille autour du programme que les députés UDF-RPR se sont engagés à respecter (44). Le principal adversaire de la cohabitation, M.Barre, se trouve ainsi pieds et poings liés, contraint non seulement de subir, mais également de soutenir le gouvernement qu'il avait tant souhaité ne jamais voir naître. Néanmoins, il avait lui-même annoncé depuis longtemps que la stratégie de la majorité parlementaire opposée au chef de l'Etat varierait selon l'importance de la défaite : "Si cette victoire est franche et massive, je vois mal une autre solution que le départ. Si cette victoire est incertaine, le Président de la République peut nommer un Premier ministre et un gouvernement de son choix, qui chercheraient à voir s'ils peuvent travailler convenablement avec l'Assemblée; ou bien il peut démissionner et se présenter à nouveau pour voir s'il conserve personnellement la confiance du pays; ou il peut dissoudre à un moment opportun la nouvelle assemblée." (45).

Or la majorité est faible numériquement, mais surtout, elle paraît faible. Ceci pour trois raisons principales : tout d'abord parce que ces résultats sont une réelle déception pour la droite, ensuite à cause de la façon dont ils ont été présentés, et enfin et surtout à cause du mode de scrutin. "Un Persan débarquant à Paris le soir du 16 mars 1986 ignorant les résultats du scrutin et voyant à la télévision la triste mine des leaders de l'UDF et du RPR, l'air au contraire réjoui du Premier ministre et de ses amis socialistes pouvait commettre une redoutable méprise sur l'identité respective des vainqueurs et des vaincus" (46). La désillusion de la droite n'a en effet d'égal que le soulagement de

---

(43) La composition des groupes parlementaires (y compris les apparentés) comporte de légères différences, ne serait-ce qu'en raison de l'existence des non-inscrits (9, dont 4 proches du PS et 5 divers droite); PC 35, PS 212, UDF 131, RPR 155, FN 35. cf. J.CHAPSAL op. préc., p. 520.

(44) Cf.O.DUHAMEL : "Les premières élections législatives de la Ve République", préc., p.241 : "Programmatique, la droite française l'est étonnamment devenue en 1986, bien que l'idée même de programme répugne au libéralisme rétif à tout volontarisme constructiviste, et au moment où la gauche, faiseuse de programme par nature, s'en détourne par ce mélange de réalisme, de cynisme et d'amertume que confère l'exercice du pouvoir".

(45) Allocution aux journées parlementaires de Divonne, le 27 septembre 1983.

(46) E. DUPOIRIER et G. GRUNBERG, "la drôle de défaite de la gauche", PUF, 1986.

la gauche, dont les représentants n'hésitent pas à parler de " grand succès " (47), de " résultat remarquable " (48). Pour la droite parlementaire, la déception est d'autant plus grande qu'avait été grand l'espoir, né des élections européennes de 1984, (49). L'espoir était venu aussi et surtout des sondages, qui prévoyaient une victoire plus large de la droite. Un ultime pronostic annonçait une majorité parlementaire de 45 sièges (50). Le Figaro avait même pronostiqué, une semaine avant les résultats, que la droite obtiendrait 361 sièges et la gauche 216 (51). Ce décalage peut être expliqué partiellement par l'affaire des otages du Liban, qui a sans doute bénéficié au Front national et au Parti socialiste (par un réflexe légitimiste) et par la mauvaise campagne de la droite (52) laquelle, par son attitude trop optimiste, a sans doute démobilisé son électorat. L'impression que cette victoire était faible venait également de la façon dont les résultats ont été présentés, tant par les commentateurs que par les hommes politiques, tous aussi surpris. " Le temps d'une soirée, le Parti socialiste feignit de se croire le vainqueur des élections et, à tout le moins, François Mitterrand cessa d'en être le vaincu " (53).

L'argumentation des " malheureux élus ", pas plus que leurs mines dépitées ne parvint à effacer cette impression d'échec. A aucun moment ils ne soulignèrent le fait qu'il n'est pas nécessaire, pour gouverner, d'avoir la majorité absolue des sièges à l'Assemblée Nationale. La Constitution de la Ve République a justement été écrite dans l'idée qu'il n'y aurait pas de majorité absolue à l'Assemblée, et toutes les procédures parlementaires ont été organisées dans cette optique (54). Il suffit d'une majorité simple pour voter la loi, et lorsque des majorités qualifiées sont requises (par exemple pour la révision de la Constitution), elles sont supérieures à la majorité absolue. Le seul cas important dans lequel la majorité absolue des sièges soit nécessaire est le vote d'une motion de censure (55). Mais on ne réalisera tout cela qu'en 1988. Or, ici, même si le front national ajoute ses 35 voix aux 251 voix de la gauche, le gouvernement ne peut

---

(47) cf. J.JULLIARD : " Les 15 clés du 16 mars ", le Nouvel Observateur 20/27 mars 1986, p.85. J.JAFFRE parle de " progrès " : " Les élections législatives du 16 mars 1986. La défaite de la gauche et les progrès du parti socialiste ", Pouvoirs n° 38, 1986, p. 145.

(48) Interview préc. de M.Mitterrand par O.DUHAMEL, Pouvoirs n° 45, 1988, p. 133.

(49) Elles revêtaient " une signification bien particulière de répétition générale des élections législatives de mars 1986. L'opposition de droite l'avait voulu ainsi, la majorité au pouvoir avait relevé le défi, les électeurs avaient accepté le jeu. Le résultat fut un triomphe libérateur pour la droite humiliée en 1981, un désastre sans précédent pour les partis au pouvoir " : E.DUPOIRIER : " Chassés-croisés électoraux ", dans : " mars 1986, la drôle de défaite de la gauche ", précité, p.168.

(50) cf. J.C.CASANOVA : " Réalités et perspectives électorales ", l'Express du 21 au 27 mars 1986, p.133.

(51) Edition du samedi 8 mars 1986.

(50) cf J.JULLIARD, " Les quinze clefs du 16 mars ", préc.

(53) O.DUHAMEL et J.JAFFRE : " Le nouveau président ", préc.

(54) Cf les actes du colloque sur le XXXe anniversaire de la Constitution, Aix en Provence, AFC et AFSP, septembre 1988.

(55) cf. Cours de DEA de M.le Recteur GARAGNON, Faculté de droit de Lyon, 1986.

pas être renversé, et c'est cela l'essentiel sous la Ve République. Mais la nouvelle majorité se laisse enfermer dans l'image de faiblesse, alors que la droite classique dispose, à elle seule, de 40 sièges de plus que toutes les gauches réunies.

### **B MALGRE LE RECOURS A LA REPRESENTATION PROPORTIONNELLE, LA COHABITATION S'IMPOSE.**

Ultime rempart élevé par une majorité en déroute, la représentation proportionnelle n'a pas suffi à empêcher l'avènement de la cohabitation ( 1 ); mais au moins l'a-t-elle rendue possible, en donnant l'impression que le peuple l'avait voulue ( 2 ).

#### **1) La digue de la représentation proportionnelle n'a pas permis d'éviter la cohabitation.**

Le choix du mode de scrutin pour les élections législatives de 1986 a joué un rôle essentiel pour l'avènement de la coexistence, " toute l'histoire des deux ans de cohabitation est contenue en germe dans la loi du 10 juillet 1985 introduisant le nouveau mode de scrutin " (56). L'adoption de la représentation proportionnelle visait à empêcher l'avènement d'une majorité d'opposition au chef de l'Etat, ou à tout le moins de la rendre aussi faible que possible ( a ). Les résultats obtenus montrent un semi-échec de cette stratégie ( b ).

---

(56) H.PORTELLI, " Cohabitation et représentation proportionnelle", Doc. Fr., Regards sur l'actualité n° 139, 1988, p. 40. Cette loi prévoit que les députés seront désormais élus non plus au scrutin majoritaire à deux tours, mais au scrutin de liste à la représentation proportionnelle, à la plus forte moyenne, sans panachage ni vote préférentiel. La circonscription est le département, et seules sont admises à la répartition des sièges les listes ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés. Sur le débat qui a eu lieu au sein de la commission des lois de l'Assemblée nationale, tels qu'ils ressortent du rapport de G.BONNEMAISON, cf G.Le GALL : " Loi électorale, débats et réflexions autour d'une réforme", R.A. sept-oct. 1985, p. 27-34.

a) L'objectif : diviser pour mieux régner.

5 Alors que l'adoption de la représentation proportionnelle était la quarante-septième des cent dix propositions du programme commun de la gauche en 1981 (57), il fallut attendre 1985 pour que les socialistes - ou pour le moins le chef de l'Etat (58) -, conscients du fait qu'il leur était impossible de remporter la majorité aux élections de 1986, renoncent au scrutin majoritaire dont les effets déformants leur avait permis d'obtenir une majorité écrasante à l'Assemblée en 1981. La proportionnelle devenait une véritable machine de guerre contre l'opposition (59). Dans le meilleur des cas, elle devait permettre d'empêcher la constitution d'une majorité opposée au chef de l'Etat, et donc d'éviter l'alternance (60). En l'absence de majorité nette à l'Assemblée, M. Mitterrand pouvait espérer jouer un rôle politique non négligeable, en choisissant un gouvernement socialiste minoritaire, ou un gouvernement de coalition. On aurait ainsi obtenu une sorte de "finlandisation" de nos institutions (61). Si pourtant une majorité se constituait à l'Assemblée, au moins ce mode de scrutin devait-il la rendre aussi

---

(57) Cf H.PORTELLI : " Cohabitation et représentation proportionnelle", Doc. Française, regards sur l'actualité n° 139, 1988, p. 39-44. L'auteur souligne que si la gauche avait remporté les élections législatives en 1978 et avait cohabité avec M.Giscard d'Estaing, l'introduction de la représentation proportionnelle aurait eu pour objectif de rendre inutile une dissolution, puisqu'elle n'aurait pas permis au Président de la République de retrouver une majorité qui puisse le soutenir.

(58) Le choix de ce scrutin a été fait surtout par le Parti Socialiste, car il a été acquis par une majorité de 274 voix : le PS et quelques radicaux de gauche. L'UDF, le RPR et les non-inscrits ont voté contre. Le PC et quelques radicaux de gauche se sont abstenus. Néanmoins, M.le Professeur P.Vialle estime que " la façon dont la réforme du mode de scrutin a été gérée montre que ce choix a été fait par l'Elysée. Ce choix présidentiel a été vigoureusement contesté par une partie non négligeable du PS et jusqu'à récemment, notamment dans le nord. Le choix n'a pas été celui du PS ".(3e entretiens juridiques de la Faculté de droit de Lyon, précités).

(59) M.Chirac (" L'heure de vérité ", 28 janvier 1985) et M.Barre ( voir discours et Le Monde 16 octobre 1984), s'y étaient vivement opposés dès 1984.

L'opinion publique en est bien consciente, puisque 47 % des personnes interrogées à ce sujet estiment en avril 1985 que cette réforme est dictée par une préoccupation purement tactique. Cf C .BOURLANGES .SOFRES, " Opinion publique 1986 ", Gallimard, p.80.

(60) Cf. J.L.QUERMONNE : " Existe-t-il des solutions de rechange à l'alternance ?" Dans Mél. DUVERGER, PUF, 1987, p. 379-391. L'auteur estime que la représentation proportionnelle devrait contribuer à permettre la formation d'un " grand rassemblement " - que l'on ne doit pas confondre avec le centrisme - et qui serait une " solution de rechange démocratique à l'alternance au pouvoir " (p.391).

O. DUHAMEL souligne que le recours à la représentation proportionnelle peut contribuer soit à l'avènement d'une majorité nouvelle, sortant du schéma bipolaire, par conjonction des centres, soit à la non-alternance, parlementaire, avec domination présidentielle et majorités à géométrie variable (cf.. " L'hypothèse de la contradiction des majorités en France ", dans M.DUVERGER (dir.) : " Les régimes semi-présidentiels ", PUF, 1986, p.268-269.

(61) cf. J.L.PARODI : " Les carrefours de la cohabitation", RPP sept.oct. 1985, p.19-26. L'auteur estime que seulement trois hypothèses sont envisageables : une majorité UDF-RPR, une majorité de droite contrainte de s'allier au Front national, ou, ce qui est moins probable pour 1986, une Assemblée nationale sans majorité, mais dans laquelle les gauches auraient plus de voix que la droite.



divisée, aussi fragile que possible. La proportionnelle devait permettre d'affaiblir le Parti communiste, de renforcer le Parti socialiste, et de faire exploser la droite en semant la zizanie entre l'UDF et le RPR, et surtout en favorisant le développement de l'extrême droite. Sur ce dernier point, cette stratégie a parfaitement réussi, puisque trente cinq députés du front national pourront siéger dans l'hémicycle, fait majeur de ces élections. Pour sauver la face du parti socialiste, il s'agissait de faire " perdre son âme " à la droite en l'obligeant à gouverner avec l'extrême droite (62). Le parti du Président de la République est ainsi parvenu à minimiser sa défaite (63), mais pas à dissoudre totalement les droites. Mais l'essentiel était de rendre la cohabitation possible, or ce but a bien été atteint (64).

b) L'échec relatif de cette stratégie.

6 Ce mode de scrutin "brise-lames" (65) n'a pas arrêté totalement le raz-de-marée libéral et conservateur, mais il a néanmoins réussi à le transformer en une vague douce impuissante à chasser le chef de l'Etat du pouvoir.

*Cette opération a échoué*, puisque la droite classique parvient à elle seule à réunir la majorité absolue des sièges à l'Assemblée Nationale. Cet échec est imputable au premier chef au nombre de voix recueilli par la droite, mais aussi d'une part au fait qu'il s'agissait d'une proportionnelle " tempérée " (66), et d'autre part à la résistance des électeurs et des partis politiques, peu habitués à ce nouveau mode de scrutin. " A en croire la plupart des adversaires de la représentation proportionnelle, avec son rétablissement pour les élections de mars 1986, la Ve République serait perdue. Perdue car la proportionnelle multiplie les partis représentés à l'Assemblée (...) perdue car la proportionnelle libère les partis de toute alliance devant les électeurs (...) perdue car la proportionnelle donne des assemblées sans majorité (67)." Les élections de 1986 ont démenti tous ces sombres pronostics. (...) Gauchistes et écologistes ont franchi un pas supplémentaire dans l'inexistence (...) RPR et UDF ont été plus unis que jamais (...) le parti socialiste s'est contenté de son lot habituel, modeste et fructueux de dissidences;

---

(62) Si cette stratégie a échoué au plan national, elle a réussi sur le plan local puisque la droite ne peut gouverner dans cinq régions qu'avec l'appoint du Front national ou en passant un " compromis historique " avec la gauche (H.PORTELLI, art. préc., p.40).

(63) Cf. H.PORTELLI : " Cohabitation et représentation proportionnelle ", préc, p.39.

(64) Cf. Les interventions de M.M.les professeurs GARAGNON, Vialle et de M.Noir aux 3e Entretiens juridiques de la Faculté de droit de Lyon, préc., p. 236-237.

(65) L.FAFOREU : " Le nouveau mode d'élection des députés à l'Assemblée nationale ", troisièmes entretiens juridiques de la Faculté de droit de Lyon, préc. p.224.

(66) Cf. E. DUPOIRIER : " L'effet proportionnel", l'Express 21-27 mars 1986, p. 124.

(67) Cf Infra n° 9.

le Mouvement des radicaux de gauche , proportionnaliste s'il en fût, a atteint le niveau zéro de l'autonomie; le parti communiste, qui impute de longue date ses déboires aux scrutins majoritaires, est descendu encore plus bas; le Front national fut le seul bénéficiaire incontesté du nouveau mode de scrutin, ou plutôt, il ne fut pas la victime qu'il aurait été avec l'ancien, c'est à dire qu'avec 10 % des voix il a obtenu 6 % des sièges au lieu d'epsilon; enfin qu'avec moins de 45 % des voix, la droite non extrême a obtenu plus de 50 % des sièges. Autant de résultats à mille lieux de l'apocalypse proportionnelle annoncée. " Pourquoi ? Parce que le mode de scrutin n'était pas proportionnel mais semi-majoritaire", estime O.Duhamel (68). Le choix de circonscriptions départementales donne à ce mode de scrutin une " assise territoriale si réduite que le seul moyen pour espérer un élu se situe à 10 % des voix " (69) et, de surcroît, ce système prévoit pour les grands départements un seuil de 5 % afin d'exclure les minorités de la représentation (70).

Parallèlement, les partis et les électeurs ont résisté aux effets de la proportionnelle. Ce mode de scrutin libérant les partis des alliances devant les électeurs, l'extrême gauche et le mouvement écologiste ont cédé à la tentation de la division, tandis que " les grands partis se sont employées avec succès à décourager toute dangereuse tentative d'incartade. L'opposition parlementaire se présente unie dans les deux tiers des départements. Le pôle socialistes-MRG limite les dissidences à quelques marginaux " (71). Suivant les consignes des partis, qui avaient souligné que l'on ne votait qu'une fois, qu'il fallait dès lors " voter utile " (72), les électeurs ont également adopté une attitude relativement majoritaire, en accordant 90 % de leurs suffrages aux cinq - et non plus quatre - " grands partis ". " La proportionnelle n'a pas cassé la bipolarisation. Les français ont continue de voter, le 16 mars, bloc contre bloc " (73).

*Mais cet échec n'est que relatif*, et cela pour trois raisons principales. En effet, la proportionnelle a permis au Président de la République de rester au pouvoir, et a donc rendu la cohabitation possible (74). En premier lieu parce qu'elle a évité une victoire

---

(68) " Les premières élections législatives de la Ve République ", préc., p.235-236.

(69) *Idem.* Le Professeur SIMONNET estime également que " la proportionnelle départementale, avec ce seuil de 5 % n'a aucune chance de changer la vie politique française .Interventions aux 3e entretiens juridiques de la faculté de droit de Lyon, préc., p. 232.

(70) Cf. G. Le GALL, art. préc., p.33-34.

(71) E.DUPOIRIER : " L'effet proportionnel ", préc., p.124. La moyenne était de 8 listes par département, Paris détenant le record avec 19 listes déposées.

(72) Cf H.PORTELLI, art. préc., p. 40.

(73) *Idem.* J.JULLIARD relève également que " tout se passe comme si les électeurs avaient voulu corriger la logique du mode de scrutin et inventé le vote utile pour combattre les effets de la proportionnelle ", dans : " Les quinze clefs du 16 mars, le nouvel observateur, préc., p.83. Dans le même sens voir O.DUHAMEL et E.DUPOIRIER : " Les leçons du 16 mars ", préc., p. 123.

(74) Cf H.PORTELLI, art. préc.

retentissante de l'opposition et l'hécatombe socialiste. Si l'on avait conservé le scrutin majoritaire auquel les français étaient habitués sous la Ve République, la droite non-extrême aurait recueilli non pas 51 mais 64 % des sièges à l'Assemblée, la seule coalition RPR-UDF (sans les divers droite) aurait obtenu 301 sièges au lieu de 277. Quant au Parti socialiste, il n'aurait eu que 32 au lieu des 37 % des sièges, c'est à dire seulement 135 députés, au lieu de 216 (75). La seule coalition RPR-UDF aurait donc eu 122 sièges de plus que l'ensemble de la gauche, alors qu'elle n'en a eu que 26 (si l'on ne compte pas les divers droite). Ces deux partis auraient alors obtenu une majorité absolue non pas de deux, mais d'une bonne soixantaine de sièges (76). Ensuite parce que la droite a tout de même été sérieusement atteinte par ce mode de scrutin, parce que d'un côté il a contraint les " anti-cohabitationnistes " au silence, et de l'autre côté il a permis à l'extrême droite d'obtenir autant de députés que le parti communiste. Enfin, et c'est là le plus important, la représentation proportionnelle a permis au Parti socialiste de donner l'impression qu'il n'avait pas essuyé un revers cuisant et que le Président de la République n'a pas subi un échec. Un des éléments clef de la cohabitation est en effet la façon dont les acteurs vont réussir à donner une image d'eux-mêmes, de leur force, de leur pouvoir. Car, dans une très large mesure, ce n'est pas leur pouvoir qui va déterminer leur image, mais c'est au contraire leur image qui va déterminer leur puissance. "Tout joueur d'échec sait que l'idée qu'il se fait de sa propre situation détermine son état d'esprit et ses chances de victoire. Il n'est pas de championnat sans tentative d'intimidation et le rôle principal des collaborateurs du champion est de le persuader qu'il est en position favorable par rapport à son adversaire. Le génie de François Mitterrand, d'un point de vue institutionnel, n'est pas tant d'avoir fait dépasser au Parti socialiste la barre des trente pour cent, plus symbolique qu'utile en la circonstance, mais d'avoir su, grâce à la proportionnelle, masquer sa défaite" (77).

" L'introduction de la proportionnelle, en ramenant la victoire de la droite classique à un succès étriqué, donne au chef de l'Etat la marge de manoeuvre tactique qui lui permettra de " ne pas rester inerte " et de sauver le " noyau dur " de la fonction présidentielle " (78). Puisque la victoire de l'opposition n'apparaît pas franche et massive, il est difficile pour la nouvelle majorité de contester la légitimité du maintien de M.Mitterrand à la présidence de la République, et de s'opposer qu'il ait un certain poids politique lui permettant de jouer un rôle d'arbitre actif (79) . Et les commentateurs d'en conclure que les français ont voulu la cohabitation...

---

(75) Idem, p.125.

(76) Cf. O.DUHAMEL et E.DUPOIRIER : " Les leçons du 16 mars " l'Express 21-27 mars 1986, p. 123. L'Assemblée aurait alors comporté non pas 577, mais 491 sièges (comme sous la législature précédente).

(77) Laurent HABIB : " Mat en trois coups ", revue : " Intervention ", n° 16, Avril-mai-juin 1986, p.22.

(78) H.PORTELLI " Cohabitation et représentation proportionnelle ", préc., p. 40.

(79) Sur la conception extensive de l'arbitrage présidentiel durant la cohabitation, cf infra n° 108 et s.

## 2) Le peuple a-t-il imposé ou subi la cohabitation ?

Si l'on en croit Olivier Duhamel, " Le 16 mars 1986, les Français ont décidé d'expérimenter la cohabitation, en envoyant au Palais-Bourbon juste ce qu'il faut de députés de droite : pas trop, pour ne pas renvoyer François Mitterrand à Latché ou réduire ses possibilités à néant; assez pour l'obliger à choisir un nouveau Premier ministre hors de la gauche et changer au moins les hommes, sinon la politique de la France " (80). Cette affirmation, que l'on retrouve sous la plume de la plupart des commentateurs (81), est indiscutable en ce qu'elle constate un résultat électoral : il est indéniable que la présence à l'Assemblée d'une majorité de droite qui n'est pas écrasante, impose la cohabitation. Par contre, en ce qu'elle en conclut que les Français ont voulu la cohabitation, elle peut être sérieusement nuancée puisque nous avons vu que si le mode de scrutin avait été différent, on aurait pu déduire de ces résultats que le peuple avait refusé la cohabitation en montrant son désir de chasser le Président de la République du pouvoir. Dès lors, est-ce vraiment le peuple qui a imposé la cohabitation ( a ), ou n'est-ce pas plutôt la cohabitation qui s'est imposée au peuple ? ( b ).

### a) Le peuple semble avoir voulu la cohabitation.

7 Il résulte d'une lecture rapide des résultats des élections et des sondages que le peuple a voulu la cohabitation. Il s'est montré assez légitimiste, sans doute en partie par crainte d'une crise, et il exprime un fort désir de consensus, qu'il identifie largement avec la cohabitation. Il ne fait aucun doute que le peuple craint une crise politique (82). Le discours barriste inquiète car ses adversaires ont montré que le refus de la cohabitation conduirait à une crise grave : si le Président de la République démissionnait, il s'en suivrait une longue période d'incertitude, de nouvelles élections présidentielles, voire législatives, s'imposeraient, le pays ne pourrait pas être gouverné correctement. Face à cette perspective, l'idée de la cohabitation paraît relativement rassurante. Les Français sont légitimistes, ils ne souhaitent pas le départ de

---

(80) O.DUHAMEL : " Horizon 1988 ", l'Express 21-27 mars 1986, p.139.

(81) Cf. J.L.MISSIKA et D.BREGMAN, art. préc., p. 115.; cf. J.de MONTALAIS, Le Monde 29.4.1986.

(82) Cf. G. GRUNBERG : " Cohabitation et opinion publique ", revue L'Esprit, n° 6-137, Mars avril 1988, p. 52.

M.Mitterrand en cas de victoire de l'opposition aux élections législatives. C'est en effet ce que révèlent les sondages effectués à la veille de cette consultation électorale (83). Il est vrai que lorsque M.Barre évoque la possibilité d'une " grève des Premiers ministres " pour contraindre le Président à la démission, on lui reproche de vouloir faire un coup d'Etat, perspective qui n'enchant pas les Français (84). En effet, même les électeurs qui souhaitent majoritairement que le chef de l'Etat démissionne ( 60 % des électeurs RPR et UDF), préfèrent que la majorité de droite accepte de gouverner plutôt qu'elle ne contraigne le Président à la démission (85). Entre la peste et le choléra, les Français sembleront opter pour la seconde solution, moins inquiétante que la première. Et puis l'expérience a l'attrait de la nouveauté, tout en ne comportant pas trop de risques puisque l'on sait qu'elle se terminera au plus tard dans deux ans, avec l'élection présidentielle.

Mais surtout les Français montrent un certain désir de consensus (86). Selon une enquête réalisée en octobre 1985, 30 % des Français souhaitent un gouvernement associant RPR, UDF et socialistes, contre 23 % seulement qui recherchent une équipe gouvernementale composée des seuls RPR et UDF, 16 % sont favorables à un gouvernement socialiste, et 10 % à un Gouvernement d'union de la gauche (87). " La présence de la gauche au pouvoir de 1981 à 1986 s'est accompagnée d'un bouleversement du paysage idéologique français. L'abandon du discours anticapitaliste de la part du parti socialiste en est la manifestation la plus marquante" (...) A droite, l'UDF et le RPR se sont dotés d'une nouvelle doctrine, le libéralisme" (88), mais la différence droite-gauche s'est affaiblie dans le domaine des questions socio-

---

(83) Ainsi, dans un sondage réalisé par BVA le 2 mars 1986, à la question : " En cas de victoire de l'opposition en mars 1986, selon vous est-il préférable que le Président de la République se maintienne ou se retire ? ", 48 % des Français optent pour la première solution, et 39 % seulement souhaitent qu'il se retire. De même, dans un sondage réalisé par la SOFRES pour Le Point en février 1986, à la question : " En cas de victoire de l'opposition aux prochaines élections législatives, souhaitez-vous que François Mitterrand reste Président de la République jusqu'à la fin de son mandat ou qu'il démissionne ? ", 57 % des français préfèrent qu'il reste au pouvoir, et 30 % seulement se prononcent en faveur d'une démission. (cf. M.DUVERGER : " La cohabitation des français ", PUF 1987, p.50-51.)

(84) 56 % des Français récusent la stratégie de l'abstention gouvernementale, et 25 % seulement l'acceptent, selon une enquête réalisée pour le Figaro, du 7 au 11 septembre : SOFRES, " Opinion publique 1986 ", précité, p. 83.

(85) Enquête SOFRES, sept. 1985, cf. SOFRES, Opinion publique 1986, préc., p. 83.

(86) René REMOND : " le terme de consensus s'est imposé avec une surprenante célérité, comme s'il comblait une attente et répondait à un besoin objectif ". Cité par M.DUVERGER, " La cohabitation des Français ", préc., p.229.

(87) Cf. SOFRES, " Opinion publique 1986 " ,préc. p. 84, et O.DUHAMEL et J.JAFFRE : " Le nouveau président ", préc., p.55.

(88) cf. E.SCHWEISGUTH : " Les avatars de la dimension gauche-droite ", dans " Mars 1986, La drôle de défaite de la gauche ", sous la direction d'E.DUPOIRIER et G.GRUNBERG, préc., p.51.

économiques (89), et l'on observe un refus croissant de l'alternative droite-gauche (90). Le dogmatisme fait place au pragmatisme, et " ce qui constitue l'axe fort de cette période, c'est le scepticisme croissant des citoyens vis-a-vis de ce que peut le politique "(91). Il est difficile de savoir dans quelle mesure le peuple ne confond pas consensus et cohabitation (que les hommes politiques, eux, entendent bien distinguer (92)). Il est possible que cette méprise explique partiellement la déception des français lors de la deuxième année de cohabitation. Mais derrière le rideau des évidences, on peut se demander si les français ont réellement choisi la coexistence.

**b) La cohabitation s'impose au peuple.**

8 Pour pouvoir affirmer que le peuple a choisi la cohabitation, au moins faudrait-il pouvoir démontrer que le peuple a eu le choix, et préciser ce qu'est le peuple. Dès le 6 septembre 1984, le Président de la République se prononce sur la cohabitation : " Rien n'arrêtera l'action que je conduis pendant le temps pour lequel la confiance populaire m'a confié ce mandat ", mais il s'engage à respecter " le choix de la majorité issue de libres élections " (93). On peut en conclure avec G.Grunberg que " le message à l'opposition, et à J.Chirac en particulier, est clair : celle-ci gouvernera si elle remporte les élections législatives, mais le Président n'acceptera ni de se démettre ni de se soumettre totalement. La future majorité devra négocier avec lui " (94). " Dès avant le 16 mars chacun sait que la gauche ne gagnera pas les élections et que le Président restera. Dès lors pour les électeurs trois issues sont possibles : - envoyer au Président une chambre ingouvernable en éparpillant leurs suffrages sur l'ensemble des listes en présence " le mode de scrutin et l'attitude des partis réduit à l'extrême cette possibilité.; - envoyer au Président une forte majorité de droite conduite par un leader anti-cohabitationniste pour l'obliger à se démettre et provoquer une alternance au sommet. Là aussi le jeu est fermé puisque le seul qui aurait pu tenir ce rôle, Raymond Barre, se place de lui-même en réserve de la campagne faute de bataillons suffisants à aligner contre ses rivaux cohabitationnistes du RPR et de l'UDF; - dans ces conditions, la

---

(89) E. SCHWEISGUTH, *idem*, p.70.

(90) Cf. l'enquête Libération-SOFRES : " Etre de gauche aujourd'hui ", dans :SOFRES, Opinion publique 1986, préc., p.35 et suiv. par F.HAEGEL.

(91) P.PERRINEAU : " Glissements progressifs de l'idéologie ", Mars 1986 : la drôle de défaite de la gauche ", sous la direction d'E. DUPOIRIER et G.GRUNBERG, préc., p.49.

(92) Cf. introduction.

(93) Cité par G.GRUNBERG : " Cohabitation et opinion publique ", Revue l'Esprit, n° 136-137, mars-avril 1988, p.51. Le chef de l'Etat confirmera cette position en novembre 1985 : " Je m'inclinerai devant la décision " des français .." Je ferai mon devoir (..) Le président de la République est élu pour sept ans. Pendant ces sept ans il doit faire son devoir " cf. Le Monde 22 nov. 1985.

(94) " Cohabitation et opinion publique ", préc.

troisième solution s'impose plus qu'elle ne se choisit : envoyer une majorité de droite cohabitationniste "(...) (95).

En réalité, ce peuple qui *n'a pas pu choisir librement la cohabitation*, ne s'intéresse guère au fastidieux débat dont les hommes politiques lui rebattent les oreilles à l'heure où lui voudrait entendre parler de lutte contre le chômage. Alors que, durant la campagne électorale, la cohabitation est le thème le plus souvent abordé par la presse écrite et la télévision, ce n'est que le dernier des soucis de l'opinion publique (96). D'où peut venir un tel décalage ? D'abord du fait que les français ne sont pas mobilisés par cette question qui concerne "surtout les spécialistes et les acteurs politiques, guère la vie des gens, finalement peu impliqués dans le maintien ou de départ de François Mitterrand " (97). Il est dû ensuite au rôle majeur qu'ont les médias dans la détermination des priorités au cours d'une campagne en sélectionnant certains thèmes au détriment d'autres (98). Enfin, " le choix des thèmes à mettre en avant dans la campagne et de ceux qu'il convient de laisser au second plan fait déjà l'objet d'une lutte entre partis politiques. Celui qui parvient à imposer ses préoccupations oblige l'adversaire à venir sur son terrain et à se placer en position défensive" (99). " Or cette querelle a surtout divisé l'opposition, le chef de l'Etat s'accordant le plaisir de les remercier : " chacun d'eux m'aide a sa manière " (100). Lorsqu'ils s'adressent directement aux électeurs, les partis politiques se montrent plus soucieux de leurs préoccupations, et parlent donc moins de la cohabitation. Néanmoins ce thème a une importance considérable dans les grandes émissions politiques télévisées. M.M. Giscard d'Estaing, Barre et Chirac accordent la première place au sujet (soit respectivement 44 %, 26 % et 20 % de leur temps de parole). M.M. Fabius et Jospin lui accordent la seconde place (soit 19 et 20 % de leur temps), essentiellement pour souligner les dissensions de leurs adversaires. Quant à M. Mitterrand, il n'accorde que 3 % de son temps a cette question dans ses interventions de décembre et, le 2 mars 1986, à la veille de la campagne officielle, il consacre 41 % de son intervention à ce sujet (101). On peut donc se demander dans quelle mesure certains partis politiques ont imposé la cohabitation au peuple autant que l'inverse. Pour M.Mitterrand comme pour l'UDF et le RPR, "la cohabitation s'impose d'autant plus que toute crise grave

---

(95) Cf. E.DUPOIRIER : " La drôle de défaite de la gauche ", préc., p.18.

(96) Cf. J.L. MISSIKA et D. BREGMAN : " La campagne : la sélection des controverses politiques ", dans " Mars 1986, la drôle de défaite de la gauche ", sous la direction d'E.DUPOIRIER et G.GRUNBERG, préc., p.97 et suiv.

(97) Cf. O.DUHAMEL: " Les leçons du 16 mars " préc.p. 122.

(98) cf. J.L.MESSIKA et D. BREGMAN, art. préc. p. 98.

(99) J.L.MESSIKA et D. BREGMAN, art préc. p.102.

(100) O.DUHAMEL : " Les leçons du 16 mars " préc., p.123.

(101) J.L.MESSIKA et D.BREGMAN, préc., p.107.

profiterait à R.Barre qui (...) ne cesse de réaffirmer sa condamnation d'une formule qui, selon lui, mine les institutions de la Ve République " (102).

Mais *qui est, au juste, ce " peuple " dont on dit qu'il souhaite la cohabitation ?* Loin d'être aussi unanime que l'on pourrait le croire, l'opinion publique est assez divisée sur la question de la cohabitation et surtout sur le maintien au pouvoir du chef de l'Etat (103). Alors qu'en mars 1985 49 % des personnes interrogées dans un sondage préfèrent que F.Mitterrand se retire en cas de victoire de l'opposition aux élections législatives, et 35 % préfèrent qu'il reste au pouvoir, ces rapports sont inversés à la veille des élections législatives (104). Les électeurs ont " détourné la réforme proportionnelle par leur vote majoritaire. A droite, beaucoup, pour sanctionner le bilan. A gauche, un peu, pour garder Mitterrand " (105). Le parti communiste est hostile à la cohabitation, dans laquelle il voit une collusion du PS avec la droite. Mais 77 % des électeurs communistes souhaitent que M. Mitterrand reste au pouvoir en cas de cohabitation (106). Hostiles à la cohabitation sont également les électeurs de M. Barre, dont le score médiocre a fait croire un peu vite qu'il était très affaibli, (alors qu'une enquête réalisée le jour de l'élection a montré que s'il s'était agi d'une élection présidentielle, lui seul l'aurait emporté dans tous les cas de figure (107)). Farouchement opposés à la cohabitation sont encore les électeurs du front national, qui réclament le départ de M.Mitterrand (et qui obtiennent de bons résultats le soir du 16 mars). Les partis qui ont le plus grand nombre d'élus sont donc ceux qui étaient favorables à la coexistence, à savoir le parti socialiste, qui se prononce en faveur du maintien de M.Mitterrand à l'Élysée ( 81 % de ses électeurs souhaite que M.Mitterrand reste au pouvoir (108), qui obtiendra 32 % des suffrages; l'UDF et le RPR ( dont 60 % des électeurs souhaite que M. Mitterrand démissionne, et respectivement 25 à 29 % qu'il reste chef de l'Etat ). Il est donc très clair que les électeurs de droite, quelle que soit la tendance (et bien que cela soit plus net chez les électeurs barristes ou du Front

---

(102) Cf. G.GRUNBERG, art. préc., p.57.

(103) En avril 1984, 46 % des personnes interrogées souhaitent que le Président se maintienne au pouvoir et 43 % souhaitent qu'il démissionne ( cite par G.GRUNBERG : " Cohabitation et opinion publique, préc., p.52). Les réponses varient parfois en fonction de la formulation de la question. Ainsi en octobre 1985, à la question : " En cas de victoire de l'opposition, M.Mitterrand doit-il se maintenir ou se retirer ? " (BVA), 44 % des personnes se prononcent en faveur du retrait et 37 % en faveur du maintien; et à la question " Souhaitez-vous que M.Mitterrand reste Président de la République jusqu'à la fin de son mandat ou qu'il démissionne ? " (SOFRES) 51 % des personnes optent pour le maintien et 34 % pour la démission. Cette différence s'explique par le fait que la première formulation n'évoque pas le risque de crise institutionnelle, alors que la seconde offre le choix entre le respect du droit du Président de rester à la tête de l'Etat, et le risque d'une crise institutionnelle ( cf G.GRUNBERG, art. préc., p.53).

(104) Cf G.GRUNBERG, art. préc., graphique p.54.

(105) O.DUHAMEL, " Les leçons du 16 mars ", Préc., p.123.

(106) Enquête SOFRES du 3 au 8 octobre 1985 pour le Figaro, cf SOFRES, Opinion publique 1986, p.82.

(107) O.DUHAMEL : " Horizon 88 ", préc., p.139.

(108) Cf SOFRES, " Opinion publique 1986 ", préc., p.82.



national), souhaitent majoritairement la démission du Président de la République (109). Mais surtout, il faut savoir que lorsqu'ils sont favorables au maintien de M.Mitterrand à l'Elysée, ce n'est pas parce qu'ils veulent qu'il conserve un pouvoir important, mais parce qu'ils sont convaincus que la cohabitation bénéficiera à la droite. En effet, en avril 1986, 47 % des français estiment que la cohabitation profite à M.Chirac, alors que 28 % seulement pensent qu'elle bénéficie à M.Mitterrand (110). Ainsi, seuls les électeurs socialistes (soit moins du tiers de l'opinion publique) semblent souhaiter que M.Mitterrand reste au pouvoir *pour y jouer un rôle politique actif*, les deux autres tiers de la population accordant leurs voix soit à des partis qui demandent le départ de M. Mitterrand, soit à une coalition qui entend bien le réduire à l'impuissance politique. Il paraît donc pour le moins hâtif d'affirmer que " le peuple ", non seulement a choisi librement la cohabitation, mais encore qu'il souhaite que le chef de l'Etat y détienne des prérogatives politiques importantes (111).

Si le peuple avait eu un choix réel, et avait véritablement désiré la cohabitation, comment expliquer que dans les sondages réalisés de février à avril 1986, les français pensent majoritairement que la cohabitation est une mauvaise chose pour la France ? (112). Le fait que la plupart des français ne se soient résignés à la cohabitation, que parce qu'ils n'avaient guère le choix et qu'ils voulaient à tout prix éviter une crise politique, explique très bien que par la suite - et ce sera déterminant pour le déroulement de la cohabitation -, les français ressentent très mal tout conflit entre le Président de la République et le Premier ministre. " F.Mitterrand et J.Chirac sont ainsi condamnés, sinon à s'entendre, au moins à limiter l'expression publique de leurs divergences ". L'engouement cohabitationniste (113) de l'après-mars, qui s'explique en grande partie par le fait que les français sont rassurés parce qu'elle se déroule relativement bien (114), et parce que les électeurs de droite savent gré au Président de la République de laisser le gouvernement diriger la politique du pays

---

(109) Cf. SOFRES " Opinion publique 1986 ", préc. tableau p.82. Enquête réalisée en octobre 1985.

(110) Source : SOFRES Le Point n° 768, 8 juin 1987, p.63.

(111) Sur l'influence de l'interprétation des sondages, cf infra n° 206

(112) A la question " Estimez-vous que la période de cohabitation est plutôt positive pour la France ou plutôt négative ?", 41 % des personnes interrogées estiment que c'est plutôt une mauvaise chose, tandis que 35 % seulement sont plus optimistes, en février 1986, et les courbes d'intention montrent que ces sentiments s'inversent après les débuts de la cohabitation ( source : SOFRES, le Point n°768, 8 juin 1987, p.63.) . De même, à la question " Estimez-vous que la cohabitation entre un Président de la République de gauche, François Mitterrand, et un Premier ministre de droite, Jacques Chirac, est une bonne ou une mauvaise chose pour la France ?", 45 % des personnes interrogées estiment encore en avril 1986 que c'est plutôt une mauvaise chose, et 37 % seulement que c'est une bonne chose (BVA. Paris-Match, cf M.DUVERGER, " la cohabitation des français ", préc., p.52.).

(113) Cf O.DUHAMEL et J.JAFFRE : " La découverte de la cohabitation ", SOFRES, " L'état de l'opinion ", Seuil 1987.

(114) Cf. SOFRES, Le Point n° 768, préc.

(115). Mais la crainte d'une crise, qui serait aussitôt sanctionnée par l'opinion publique, obligera le Premier ministre à accepter les nombreuses interventions du Président de la République dans la vie politique. En acceptant un système qui remettait en cause l'équilibre de la Ve République - du moins telle qu'elle avait été appliquée jusqu'en 1986 - les Français ont-ils voulu mettre fin à ce système politique ? Il ne le semble pas. " L'évolution de l'opinion a généralement été interprétée comme un ralliement à la formule de la cohabitation. O.Duhamel et J.Jaffré ont souligné la " ferveur cohabitationniste " des français (116). L'examen de l'ensemble des données conduit à nuancer cette interprétation. Il est exact que les français se sont accommodés de la cohabitation et qu'ils ont voulu que celle-ci aille jusqu'à son terme. Pour autant, ils n'ont pas modifié leurs conceptions de fond sur le fonctionnement des institutions " (117).

Mais le plus fascinant, dans l'avènement de la cohabitation, reste la façon dont M. Mitterrand est parvenu à donner l'illusion qu'il disposait toujours d'une confiance du peuple suffisante pour lui permettre d'imposer ses vetos ou ses décisions dans certains domaines. " L'aveuglement de Jacques Chirac face à ce tour de prestidigitacion n'en est pas moins étonnant. Le voilà confronté à un homme qui représente moins d'un tiers de l'électorat. Il est à la tête d'une majorité indiscutable que l'ancien mode de scrutin aurait fait apparaître écrasante. L'union réalisée entre l'UDF et le RPR a remarquablement résisté aux tentations qu'aurait pu réveiller le mode de scrutin (118) ainsi qu'aux coups de boutoir de Raymond Barre. Sa majorité est, dans une certaine mesure, aussi solide que nombre de majorités depuis le début de la Ve République. (...)Enfin, il n'existe aucune autre majorité de gouvernement" (119).

La suprématie présidentielle, caractéristique de la pratique de la Ve République jusqu'en 1986, est ainsi remise en cause par le fait que le Président perd son assise majoritaire. Mais elle est également remise en question parce que la combinaison des éléments qui avait permis la présidentialisation de la Ve République est elle-même bouleversée par la cohabitation.

---

(115) Cf. J.L. PARODI : " La France de la cohabitation. Profil de l'armée politique (1986-1987). Pouvoirs n° 44, 1988, p.167.

(116) Cf. " La découverte de la cohabitation ", préc.

(117) G.GRUNBERG, art.préc., p.58.

(118) R.CHIROUX (Chronique politique, R.A. 1986, n° 230, p. 190) estime cependant qu'au moment des élections législatives l'union n'a pas été parfaite, puisqu'en présentant des listes séparées dans une trentaine de départements les deux partis de l'opposition se sont privés de 10 à 15 sièges supplémentaires.

(119) L.HABIB : " Mat en trois coups ", préc., p.22.

## II LES BASES DE LA PRESIDENTIALISATION DU SYSTEME D'EFFRITENT

L'analyse stratégique des institutions révèle que les trois évolutions majeures du système politique français, la présidentialisation (1), la "majoritarisation" (2), et la "constitutionnalisation" (3) - "dénominations à faire frémir l'académie" (4) - sont explicables logiquement par la combinaison d'un certain nombre de variables. Dès lors que la cohabitation remet en cause certaines de ces variables et, par voie de conséquence, la combinaison de ces éléments, les fondements de la Ve République risquent d'être sérieusement ébranlés. L'analyse stratégique, "modèle hypothético-déductif conçu pour rendre intelligibles les systèmes politiques mais aussi, dans une certaine mesure, prévoir leurs évolutions" (5) devrait nous aider à comprendre pourquoi et comment la cohabitation a été - aurait pu être, ou pourrait être demain - une remise en cause de la Ve République. "L'analyse multivariée des institutions", développé par J.L.Parodi, sous-estime délibérément l'influence des hommes, (...) relativise consciemment le rôle des partis politiques (...) et s'écarte volontairement des analyses juridiques glosatrices et/ou normativistes : un texte constitutionnel établit rarement un principe ou une procédure qui

---

(1) Selon J.L.PARODI *Imprévisible ou inéluctable, l'évolution de la cinquième République ? Eléments constitutifs et combinatoires institutionnelles*, dans O.DUHAMEL et J.L.PARODI (dir), *La Constitution de la Ve République*, presses de la FNSP, références, rééd 1988, p.24, précise que " le terme de présidentialisation renvoie, dans son flou artistique, aussi bien à la primauté du président de la République à l'intérieur du pouvoir gouvernemental, à la latitude d'action dont il dispose pour la nomination du personnel ministériel, à l'extension de sa zone d'intervention qu'au développement des entourages présidentiels, ou à la diffusion du modèle présidentiel dans les institutions et les pratiques partisanes".

(2) J.L.PARODI estime (idem) que " sous le terme de majoritarisation, on mettra pêle-mêle l'apparition d'une majorité parlementaire stable, cohérente et disciplinée, sa construction pré-électorale, l'entrée du vocable et de ses dérivés dans le langage politique quotidien, son usage juridique pour l'organisation des campagnes électorales, les débats subtils sur majorité présidentielle et majorité parlementaire, les interrogations sur l'existence et l'institutionnalisation de l'opposition ".

(3) Selon J.L.PARODI (idem) : " Par constitutionnalisation, on fait allusion à cette création d'un véritable droit constitutionnel que constitue l'action croissante du Conseil constitutionnel ".

(4) O.DUHAMEL *A l'épreuve de la cohabitation*, dans O.DUHAMEL et J.L. PARODI (dir.), *La Constitution de la Ve République*, précité, p.541.

(5) O.DUHAMEL *L'hypothèse de la contradiction des majorités en France*, dans M.DUVERGER (dir.) *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986, p.258-259.

s'impose au détriment de tout autre, puisque le jeu des institutions politiques permet souvent de contourner ce qui s'impose ou de détourner ce qui semblait interdit. Ces rectifications ont pour unique objet de contribuer à la compréhension des réalités constitutionnelles. On ne saurait donc en déduire l'inexistence des acteurs ou des normes. Il s'agit, au contraire, d'éclairer le jeu des acteurs - en indiquant dans quelle mesure ils se conforment aux contraintes institutionnelles - et le degré de perfection des normes - en indiquant dans quelles mesures elles s'imposent " (6). " Toute procédure institutionnelle, tout mécanisme électoral, bref toute règle, parce qu'elle fixe des interdictions et prescrit des comportements, contient une certaine dose de contrainte dont dépend son importance relative dans le système considéré. Plus forte la contrainte, plus importante la règle, et par là même plus prédictive. Et ce qui est vrai de chacune des procédures constitutionnelles analysées séparément l'est plus encore des systèmes qu'additionnées les unes aux autres elles constituent " (7). La problématique générale de l'analyse stratégique a été posée par J.L.Parodi (8), qui l'a appliquée à la France (9); puis elle a été étendue aux autres régimes pluralistes par J.C.Colliard (10), systématisée par M.Duverger dans le cas des régimes " semi-présidentiels " (11) et approfondie dans sa dimension conflictuelle par O.Duhamel (12). Elle relève d'une nouvelle approche des institutions, inaugurée par M.Duverger et G.Vedel dans les années cinquante, qui permet de penser les institutions en incorporant les réalités politiques (13). Nous verrons dans un premier temps de quelle façon l'analyse stratégique permet d'expliquer comment la cohabitation bouleverse la pratique de la Ve République en remettant en cause la combinaison des variables qui avait déterminé son évolution ( A ), puis, dans un second temps, dans quelle mesure elle permet d'imaginer quel peut être le fonctionnement des institutions durant la cohabitation ( B ).

---

(6) O.DUHAMEL, *Les logiques cachées des institutions de la Ve République*, dans O.DUHAMEL et J.L.PARODI (dir) *La Constitution de la Ve République*, préc., p. 21.

(7) J.L.PARODI *La Ve République à l'épreuve de la proportionnelle. Essai de prospective institutionnelle*. Dans M. DUVERGER (Dir), *Les régimes semi-présidentiels*, préc., p. 156.

(8) Cf. J.L.PARODI (dir) *Les institutions politiques dans les démocraties occidentales*", dans *La science politique*, Paris, CEPL-Hachette, 1971, p.246-285.

(9) Cf. *La Ve République et le système majoritaire*, thèse, 1973, 293 p, ronéo.

(10) Cf. *Les régimes parlementaires contemporains*, Paris, presses de la FNSP, 1978.

(11) Cf. *Echec au Roi*, Paris, A.Michel, 1978.

(12) Cf. *La Constitution de 1958 et l'alternance*, Pouvoirs n°1, 1977, 3e réed 1984, et *La gauche et la Ve République*, Paris, PUF, 1980.

(13) O. DUHAMEL, *L'hypothèse de la contradiction des majorités en France*, préc., p. 258.

**A LA COHABITATION, BOULEVERSEMENT DES EQUILIBRES DETERMINANT  
LA PRESIDENTIALISATION ?**

" L'analyse stratégique des institutions, loin des présupposés de l'idéologie juridique traditionnelle, met l'accent sur la *concurrence entre les autorités institutionnelles*, l'importance de *leur nombre*, les *panoplies* dont elles peuvent se servir dans cette compétition et tout spécialement leur *légitimité* créatrice et les *armes* dont elles disposent les unes sur les autres. Elle part du principe que chaque mécanisme institutionnel ou électoral comporte des logiques potentielles, que ces potentialités peuvent être contrecarrées ou favorisées par les autres éléments du système considéré. Enfin, elle recourt à *l'histoire* pour déterminer les rapports de force qui régissent les premiers affrontements constitutionnels et structurent leur équilibre postérieur " (14). Cette approche dicte la démarche de J.L.Parodi pour savoir dans quelle mesure l'évolution de la Ve République était imprévisible ou inéluctable, que nous allons reprendre en étudiant les principaux effets des modifications apportées par la cohabitation au niveau de la détermination des éléments jugés constitutifs de la majoritarisation et de la presidentialisation de la Cinquième République, et du recensement théorique des logiques potentielles de chacun de ces mécanismes institutionnels préalablement redéfinis; ( 1 ). Nous procéderons ensuite à une première analyse en termes de système par examen des effets composés de ces facteurs pris deux à deux, puis à une deuxième analyse en termes de système par réflexion sur les effets combinés de toutes ces variables " (15) ( 2 ).

**1) Evolution des principales variables ayant déterminé la pratique de la Ve République.**

Pour déterminer les éléments constitutifs d'un système institutionnel en général, et de la Ve République en particulier, J.L.Parodi recourt au concept clé de l'analyse stratégique que constitue le critère de la contrainte." Seront considérés comme constitutifs du système les mécanismes dont l'existence même et les logiques potentielles possèdent un haut degré de contrainte. En sens inverse, ne seront pas retenus ceux qui ne semblent pas prescrire de

---

(14) J.L.PARODI *Imprévisible ou inéluctable, l'évolution de la Ve République ?*. *Eléments constitutifs et combinatoires institutionnelles*, préc., p. 25 (souligné par nous).

(15) Idem.

façon claire des comportements précis aux acteurs du système " (16). Du fait de l'importance primordiale de l'élection, et plus particulièrement du suffrage universel direct, pour la légitimité des acteurs en situation de concurrence, et parce qu'il n'étudie pas dans cet article la constitutionnalisation de la Ve République, cet auteur écarte de son étude le Sénat (institution dominée) et le Conseil constitutionnel (ce qui peut paraître de plus en plus discutable), et en retient trois : présidence de la République, gouvernement et Assemblée nationale. " Ce critère de contrainte permet de retenir (...) cinq variables fondatrices de la cinquième République du point de vue du double problème (..) de la majoritarisation et de la présidentialisation du système : le scrutin uninominal majoritaire à deux tours, la dissolution, l'élection présidentielle au suffrage universel direct, le référendum et la motion de censure " (17). L'évolution du mode de scrutin ( a ) semble plus importante que celle des autres éléments ( b ).

**a) Le changement du mode de scrutin.**

9 J.L. Parodi souligne que si l'on veut étudier précisément les effets du remplacement du scrutin majoritaire par la proportionnelle sous la Ve République, il faut étudier tout à la fois la suppression des logiques potentielles du mode de scrutin abandonné, et l'influence de celles du mode de scrutin mis en place. Le changement de mode de scrutin en 1985 se caractérise par un desserrement des contraintes - puisque sur " l'échelle " établie par cet auteur, le scrutin majoritaire est beaucoup plus contraignant que la Représentation proportionnelle (18) -.

Le scrutin majoritaire à deux tours ne pose guère de problème de définition, et ses logiques potentielles sont bien connues (19) " : la dominante binaire (20), l'espace quadripolaire, la construction préélectorale des alliances parlementaires, la fabrication d'un comportement électoral bipolaire, les pesanteurs personnelles, la stabilisation des rapports de force disproportionnés et l'amplification des évolutions électorales en rapport de force équilibré ".

---

(16) Idem p.26.

(17) Idem.

(18) Cf. *La Cinquième République à l'épreuve de la proportionnelle, préc.*, p. 157. Le scrutin uninominal majoritaire à un tour est le plus contraignant de tous (le même scrutin à deux tours venant en deuxième position), et plus est important le caractère proportionnel du scrutin, moins est grande la contrainte (le système extrême, c'est à dire la représentation proportionnelle nationale, en sièges, sans seuil, au plus fort reste, avec listes incomplètes, étant ainsi beaucoup moins contraignant que la représentation proportionnelle départementale).

(19) Cf. *La Cinquième République à l'épreuve de la proportionnelle. Essai de prospective institutionnelle*, RFSP, décembre 1983 p.987-1008.

(20) Cf. W.H. Riker, *Le bipartisme et la loi de DUVERGER*, mémoires DUVERGER, préc. p.405-423.

L'adoption du scrutin à la représentation proportionnelle remet en cause ces logiques potentielles, puisqu'en libérant les partis des alliances préélectorales, elle permet la multiplication des partis politiques en faisant exploser l'espace quadripolaire et la dominante binaire dans lesquels ils étaient enfermés. J.L.Parodi relève que ses quatre principales logiques potentielles sont : la contradiction entre les concurrences électorales et les alliances parlementaires, l'augmentation du poids des partis centraux au détriment des partis périphériques, un rôle accru des partis dans la sélection des candidats, et une possibilité plus grande d'équilibrer les listes, et corrélativement le personnel élu (21). " La Ve République est morte, vive la Ve République ! " S'exclame Laurent Habib au terme d'une étude sur les effets potentiels de la représentation proportionnelle sur la Ve République (22). En effet, à la veille de la cohabitation, de nombreux auteurs ont souligné que l'adoption de la représentation proportionnelle était contraire à l'esprit des institutions (23), car elle remettrait en cause la Ve République elle-même, puisque ce mode de scrutin augmente l'influence des partis politiques (24) (que le Général de Gaulle avait tant voulu

---

(21) Cf. *La Ve République à l'épreuve de la proportionnelle*, préc., p. 165.

(22) *A la recherche de la Ve République*, R.A. sept-oct. 1985, p. 95. L. HABIB estime que l'adoption de la Représentation proportionnelle dote la Ve République de nouvelles logiques d'évolution (toujours suivant l'analyse stratégique), puisqu'elle affaiblit les deux piliers du système - la majoritarisation et la présidentialisation - en diminuant les contraintes à la bipolarisation, en augmentant les facteurs d'instabilité (risque d'apparition d'un parti-pivot, fragilisation des alliances parlementaires), et en affaiblissant l'exécutif et la domination présidentielle.

(23) M. Debré a déclaré que "La Ve République ne peut pas fonctionner sans le scrutin majoritaire" (intervention à la conférence-séminaire sur *Les leçons de la cohabitation*, préc.), et il avait écrit (dans *La mort de l'Etat républicain*, p. 191-193, que " la proportionnelle brise l'Etat. La démocratie veut que cet Etat soit géré par délégation du peuple, non par la représentation des différentes tendances spirituelles ou économiques du peuple " , cité par P. DUJARDIN 1946, *le droit, mis en scène. Propositions pour une analyse matérialiste du droit*. Presses universitaires de Grenoble, coll. critique du droit, p. 207. Ce dernier auteur souligne p. 211 que les travaux de J.L. Debré sur les idées constitutionnelles du général de Gaulle ont montré que quand de Gaulle s'est prononcé en faveur de la proportionnelle c'était seulement parce qu'il y voyait une méthode conjoncturelle lui paraissant la mieux apte à éviter un raz de marée communiste.

M. Noir parle de " quasi-rupture de l'équilibre de nos institutions " (*Entretiens jur.* préc., p. 229); L.FAVOREU estime que ce mode de scrutin " ne correspond pas à la logique des institutions de la Ve République (idem p.223). Pour un résumé des arguments avancés dans le débat sur le mode de scrutin au sein de la commission des lois de l'Assemblée nationale, tel qu'il ressort du rapport G. BONNEMAISON, cf. G. le GALL *Loi électorale : débat et réflexions autour d'une réforme RPP*, sept-oct 1985, p.27-34 : J. Foyer estime que le mode de scrutin proposé par le gouvernement équivaudrait à une véritable révision de la Constitution (p.30)

(24) Cf. L. FAVOREU, intervention aux *Entretiens jur. de la Fac. de droit de Lyon*, préc., p. 226. et intervention de M. Noir, p. 228.

J. CHAPSAL estime que de Gaulle a choisi le scrutin majoritaire en 1958 pour trois raisons : " la première raison, éviter la tyrannie des partis. Or de Gaulle avait depuis 1946, et notamment depuis le RPF, axé toute son action sur le thème de la nocivité des partis (le scrutin uninominal diminuera encore le rôle des partis par rapport au scrutin de liste). Deuxième raison, il faut diminuer la représentation communiste qui bloque tout le système (un quart des députés sont en dehors de la règle du jeu). Enfin dernière raison, c'était le moyen de faire du neuf et de dégager une majorité ". (*Op. Cit.*T.I.p.59).

Pour sa part, J.M. COTTERET souligne que la représentation proportionnelle renforce la difficulté de communication entre les gouvernants et les gouvernés (*Sens et non-sens de la représentation proportionnelle*, Mél. DUVERGER, préc. p. 277-282).

réduire) et ne permet pas la formation de majorités cohérentes à l'Assemblée nationale (25), majorités qui étaient la " colonne vertébrale " de la Ve République (26).

Ce changement de mode de scrutin aurait donc dû bouleverser nos institutions. Mais ceci ne fut pas tout à fait le cas, à cause, d'une part, des raisons que nous avons souligné précédemment (il s'agissait d'une proportionnelle tempérée, et l'attitude majoritaire des partis politiques comme des électeurs a beaucoup modulé ses effets), ensuite parce que la perspective des élections présidentielles de 1988 a dominé toute la vie politique de ces deux années de cohabitation, en l'orientant vers une bipolarisation qu'une année de proportionnelle n'a pas suffi à détruire; et enfin à cause du retour très rapide au scrutin majoritaire (27) (que l'UDF et le RPR s'étaient engagés à rétablir dans leur plate-forme de gouvernement - au grand dam du Front National -, et dont certains ont pu envisager la constitutionnalisation tant ils estimaient qu'il est important pour le maintien de l'équilibre

---

(25) Cf. *Entretiens jur. de la fac. de droit de Lyon*, préc. intervention de M.Noir, p.228. En sens contraire voir l'intervention de M.R. SIMONNET, p. 231.

On notera que le Général de Gaulle avait proposé, en 1945, l'adoption de la Représentation proportionnelle départementale à la plus forte moyenne (système adopté pour les élections de 1945 et 1946 et modifié en 1951 par la loi sur les apparentements) cf. J. CHAPSAL, *op. cit.*, T.I, p.57 et suiv.

En 1958, comme le relève J. GEORGEL " de Gaulle avait parfaitement compris, au vu de l'expérience des précédents régimes, que ce type de scrutin pouvait donner une solide majorité si les mouvements d'opinion, au lieu de se disperser entre des individualités indépendantes, étaient aspirés par une organisation puissante, qui bénéficierait ainsi de l'effet amplificateur du système majoritaire. Ainsi fut fait. Ayant fondé l'UNR, mordant sur la quasi-totalité de l'électorat, de Gaulle sut capitaliser puis rentabiliser les votes pour lui et pour ses successeurs, et sinon " à toujours " comme écrivait Louis XVIII, au moins pour un quart de siècle (...) Ainsi le " régime des partis ", tant décrié par les nouveaux maîtres du pouvoir et par eux utilisé comme repoussoir, s'effaçait-il au profit du régime d'un parti, le seul, le majoritaire ".(R.A. 1981, n° 202, p. 393-398).

F. Bon a en effet montré que la proportionnelle aurait donné des assemblées sans majorité dans la plupart des élections depuis 1962 : cf *Pouvoirs* n° 32, 1985 *Rétro-simulations proportionnalistes*. Dans le même n°, voir J. CADART, *La monarchie parlementaire républicaine et la Représentation proportionnelle*, et D. CHAGNOLLAUD *Les Présidents de la Ve République et le mode d'élection des députés de l'Assemblée nationale*.

(26) M. DUVERGER estime que le scrutin majoritaire est " le second pilier du régime " (*L'enjeu* n° 6, oct. 1983, p. 93.); cf. R.Barre : " Mise au net ", *Faits et arguments* n° 20, 15 oct. 15 nov. 1984 : Si "le pouvoir institue un mode de scrutin (avec dose de proportionnelle) tel qu'il sorte des élections une Assemblée dans majorité claire. C'est la situation idéale pour que le pouvoir puisse survivre, la confusion politique et le comportement des hommes y concourant. Ce sera alors la IVe République, ses combinaisons, ses jeux et, pour le pays, l'impuissance et le déclin." Ibid. p. 20 : " Dans ces conditions (si on introduit une dose de proportionnelle), il n'y a plus vraiment majorité et opposition. On ne sait plus qui est responsable. La menace de la dissolution n'est plus efficace. La stabilité gouvernementale n'est plus assurée. En un mot, ce n'est plus la Ve République ". Dans le même sens, cf. allocution aux journées parlementaires de Divonne-les-Bains, le 27 sept 1983, et " Faits et arguments " N° 19(sept. Oct. 1984, p. 2). En sens contraire, M.R. SIMONNET estime qu'avec le seuil de 5 % , la proportionnelle départementale " n'a aucune chance de changer la vie constitutionnelle française " (entretiens jur. préc. p. 232). Dans le même sens, cf. supra O. DUHAMEL.

G. BACOT estime que le bipartisme (qui découle notamment du scrutin majoritaire) n'est pas inhérent à la Constitution de 1958, qui a été conçue pour le multipartisme inorganisé : *Du bipartisme dans la Constitution de la Ve République*", RDP 1978, p.21-38.

(27) Cf. *Pouvoirs* n° 40, 1987, CCF p. 163.Cf. *Le Monde*, 14-4-1986 *Le débat sur le retour au scrutin majoritaire*; *Le Monde* 21-5-1986 *M.Mitterrand souhaite que le Parlement débatte du retour au scrutin majoritaire*; *Le Dauphiné Libéré*, 21-5-1986 :*Mode de scrutin, procédure expéditive*.



de la Ve République (28)). On pouvait d'ailleurs prévoir que " la Représentation proportionnelle verrait ses effets potentiels d'autant plus limités que seraient maintenus inchangés les autres éléments du système et que seraient plus nombreuses les contraintes introduites dans ce mode de scrutin " mais qu'elle " modifierait fondamentalement le fonctionnement de la Ve République, tant il est vrai que tout changement d'un élément constitutif d'un système affecte par définition son équilibre et son fonctionnement" (29). C'est en effet surtout par combinaison avec les autres éléments du système que la proportionnelle modifia la pratique de nos institutions.

b) Evolution des autres variables et de leurs logiques potentielles.

10 J.L. Parodi qualifie de " *dissolution pure* " le droit, pour le chef de l'Etat, considéré comme le chef réel de l'exécutif, de mettre fin au mandat des députés au moment (la seule contrainte étant l'interdiction de deux dissolutions dans la même année) et dans les conditions qu'il choisit (il dispose seul de cette prérogative, dispensée du contreseing du Premier ministre). C'est " une des réformes les plus importantes et pourtant les moins soulignées de la révolution institutionnelle de 1958 ", car elle permet au Président de la République de faire peser sur la législature la menace constante d'un retour devant l'électeur. Cette forme particulière de dissolution comporte six logiques potentielles : l'accroissement de la discipline parlementaire, la durée accrue du premier gouvernement de législature, le renforcement de l'autorité du chef de l'exécutif sur les autres leaders de la

---

(28) M. Debré déclare qu'il était favorable à ce que l'on inscrive le scrutin majoritaire dans la Constitution, en 1958, afin de garantir l'évolution de la Ve République vers un régime de type britannique, mais qu'il s'est heurté à l'incompréhension du Comité consultatif constitutionnel car dans la tradition française, les modes de scrutin sont adaptables (intervention à la conférence-séminaire sur *Les leçons de la cohabitation*, préc.). J. CHAPSAL relève que le Comité consultatif constitutionnel voulait que la question du mode de scrutin soit réglée par référendum, mais que de Gaulle l'a refusé " parce qu'il préférerait garder intacte sa liberté d'action " et " il préférerait aussi ne pas mêler la grande option du référendum avec une option qui lui paraissait d'un autre ordre, " affaire de circonstance " ". La décision de recourir au scrutin majoritaire a été prise moins de deux mois avant les élections (cf. CHAPSAL, op. cit., t.I., p.59).

R. Barre avait déclaré que son premier acte s'il était élu Président de la République serait " D'inscrire le scrutin majoritaire dans la Constitution par un référendum de l'article 11 " (à l'émission " l'heure de vérité ", cf. Faits et arguments n° 33, fév. 1986, p. 5.). M. Noir avait déclaré aux entretiens juridiques (préc. p. 230) que " le mode de scrutin devrait être élevé au rang de corps de constitution car le système électoral est trop important pour être laissé à une majorité du moment...C'est pourquoi le RPR prépare un texte qui sera voté le plus vite possible en 1986. Une majorité qualifiée sera nécessaire pour modifier le mode de scrutin ". M. FAVOREU évoque p. 233 la proposition du RPR de constitutionnaliser la loi électorale.

(29) Cf. *La Ve République à l'épreuve de la proportionnelle*, préc., p. 171. Dans le même sens, cf. L. HABIB, *A la recherche de la Ve République*, R.A. sept. oct 1985, p. 93, et C. PIERRET, *Quel consensus pour un régime présidentiel ?* RPP, sept.oct. 1985, p. 9.

majorité parlementaire, la " gouvernementalisation " des enjeux électoraux (30), la tendance à l'homogénéisation des coalitions électorales et des coalitions parlementaires, dans la mesure où il existe des coalitions électorales (qu'elles soient fabriquées par les contraintes du mode de scrutin ou qu'elles soient voulues par les acteurs politiques); et enfin le caractère partiellement majoritaire et binaire, par transposition électorale des nécessités parlementaires de fabrication d'une majorité (31). Le droit de dissolution n'a pas été lui-même modifié en 1986 - sinon en ce qu'il appartient plus que jamais au Président de la République et non au Premier ministre - mais nous verrons que sa combinaison avec d'autres variables en a fait évoluer les logiques potentielles.

*L'élection du Président de la République au suffrage universel direct* comporte cinq logiques potentielles principales : l'autonomisation de l'exécutif - qui rend difficilement concevable le renouvellement d'une crise telle que celle du 16 mai 1877 pour résoudre un conflit de majorités (32) -, la bipolarisation, au moins provisoire, des configurations politiques - qui pèsera lourdement sur le déroulement de la cohabitation - la nationalisation des enjeux, des clivages et des comportements - qui n'est pas modifiée par la cohabitation -, la personnalisation du pouvoir - plus importante que jamais en période de coexistence - et enfin les possibilités accrues de conflit avec les autres institutions. " La probabilité de conflit, déjà inscrite dans l'existence même de l'acteur présidentiel, est encore renforcée par l'octroi à ce dernier d'une arme aussi puissante que la légitimité du suffrage universel " (33).

Nous verrons (34) que le *référendum* facultatif d'initiative présidentielle, qui tend à la réduction binaire des choix électoraux, à l'élargissement de l'enjeu à une question de confiance présidentielle, à l'addition possible d'oppositions discordantes et à l'éclatement partiel des allégeances partisans, a été profondément modifié par la cohabitation, puisque, bien qu'il s'agisse d'une prérogative présidentielle dispensée du contreseing, elle ne peut être utilisée que sur proposition - fort improbable sinon inconcevable en période de coexistence - du Gouvernement (pendant la durée des sessions) ou des deux assemblées.

Enfin la *motion de censure*, qui tend à la bipolarisation des votes parlementaires, en ce qui concerne la vie du gouvernement et, corrélativement, rend son renversement plus difficile, revêt un aspect particulier durant la cohabitation, puisqu'elle devient, dans une

---

(30) Soit du fait de la pratique du gouvernement de législature, soit par le lien immédiatement établi entre la chute du gouvernement et l'organisation des élections.

(31) J.L.PARODI *Éléments constitutifs et combinatoires institutionnelles*, préc. p.30.

(32) Par libération à l'égard du collège électoral parlementaire traditionnel et par absence de permanence du nouveau collège électoral réuni le temps de l'élection et disparu une fois sa fonction remplie.

(33) J.L.PARODI, *Éléments constitutifs et combinatoires institutionnelles*, préc., p. 31.

(34) Cf infra n° 69.

certaines mesures, une arme aux mains du Premier ministre qui peut l'utiliser contre le chef de l'Etat.

Mais la remise en cause des fondements de la Ve République résulte surtout de l'évolution de l'articulation de ces éléments, qui est la conséquence nécessaire de la modification de certains d'entre eux.

## 2) Evolution de la combinaison des variables

Adoptons, suivant la méthode de J.L.Parodi, une analyse la combinaison de ces variables par paire, puis de manière combinée.

### a) Analyse par paires.

**11** Chacune des logiques potentielles de chacun des éléments de contrainte ci-dessus évoqués peut ou non se réaliser en présence d'un autre élément de contrainte.

On peut ainsi constater que la *combinaison du scrutin majoritaire uninominal à deux tours et de la " dissolution pure "* détermine une contrainte maximale, alors qu'en présence d'un autre mode de scrutin - la représentation proportionnelle au début de la cohabitation - cette contrainte devient faible. Les logiques potentielles de la dissolution pure avec le scrutin majoritaire sont toutes renforcées (en particulier l'augmentation du pouvoir du chef de l'exécutif sur les autres leaders de la majorité), alors qu'elles sont atténuées avec un autre mode de scrutin (et sont particulièrement complexes avec la Représentation proportionnelle). Mais comme la représentation proportionnelle n'a pas produit tous ses effets (35), il n'y a pas eu de modification fondamentale dans la réalisation de ses logiques potentielles en fonction du mode de scrutin (la dimension binaire, les coalitions électorales et parlementaires, et la gouvernementalisation des enjeux étant restées fortes, la majoritarisation du régime n'a dès lors pas été remise en cause de façon aussi radicale qu'on l'avait prédit (36)). On peut relever que, de manière assez paradoxale, alors que la

---

(35) Cf supra n° 9.

(36) M. J. Foyer, défendant l'exception d'irrecevabilité présentée par J. Toubon, avait estimé qu'en l'absence de scrutin majoritaire, la dissolution était en réalité privée de ses effets, et que le mode de scrutin proportionnel conduirait la France à connaître à nouveau le système institutionnel des IIIe et IVe Républiques. (cf. G. le GALL, *art. préc.*, p. 31).

représentation proportionnelle diminue théoriquement le poids de la contrainte qu'est le droit de dissolution (37), (le pouvoir de dissuasion de la dissolution est affaibli (38) ) c'est, en 1986, le rétablissement du scrutin majoritaire qui a fait du droit de dissolution un " sabre de carton ", puisque l'état des forces politiques était tel que l'usage de cette prérogative par le chef de l'Etat lui aurait valu un cuisant échec électoral (mais l'ironie de l'histoire a voulu que cette réforme se retourne contre ses auteurs en 1988) (39).

Par ailleurs, *l'articulation du scrutin majoritaire à deux tours avec l'élection présidentielle au suffrage universel direct* - qui fait l'originalité de la Ve République au sein des régimes semi-présidentiels -, maximalise la majoritarisation et la présidentialisation du régime (40). Le changement de mode de scrutin au moment des élections législatives a permis d'affaiblir la contrainte majoritaire et surtout de diminuer la présidentialisation du régime, en atténuant la dureté du conflit entre Président et majorité parlementaire (41). Mais, réciproquement, les contraintes de l'élection présidentielle très proche - en particulier la bipolarisation - ont limité les effets de la proportionnelle (42).

*La superposition de l'élection présidentielle au suffrage universel et de la dissolution*, " renforce les effets " durs " de la dissolution (et atténue les obligations de négociation), puisque le président qui en dispose n'est pas, comme le chef d'un gouvernement parlementaire, immédiatement mis en cause par son utilisation, d'autre part augmente les

J. L. PARODI avait souligné les bouleversements qu'entraînerait l'adoption de ce mode de scrutin dans l'équilibre de nos institutions : cf *Les carrefours de la cohabitation*, RPP sept-oct. 1985, p.20, et *La Ve République à l'épreuve de la cohabitation*, préc., p.171). Cf. aussi J. PETOT, *Faut-il réviser la Constitution de 1958*, RDP 1985, p. 1472.

(37) Cf. H. PORTELLI, préc. , p. 39 et 40. et L. FAVOREU, entretiens jur, préc., p. 226.

M. C. Millon, défendant la question préalable n° 1, présentée par M. J.C. Gaudin et les membres du groupe UDF, relève que le triptyque caractérisant nos institutions - un président qui préside, un gouvernement qui gouverne, une majorité qui soutient - disparaîtrait, la dissolution n'ayant plus d'effet dissuasif dès lors que les dirigeants des formations politiques seront assurés de leur réélection. (cf. G. le GALL, *art. préc.* p. 31.).

(38) En effet, la composition de l'Assemblée nationale a moins de chances d'être bouleversée qu'avec le scrutin majoritaire, et puisque le Chef de l'Etat peut ainsi difficilement retrouver une majorité susceptible de le soutenir. Cf. J.L. PARODI *La Ve République à l'épreuve de la Proportionnelle*, préc. p. 169; et J. PETOT, *Faut-il réviser la Constitution de 1958*, RDP 1985, p. 1469.

(39) Cf. P. JARREAU *Le Monde* 10-4-1986,

(40) Cf. également G. BACOT, *Du bipartisme dans la Constitution de la Ve République*, RDP 1978, p.21-38.

(41) J.L. PARODI souligne en effet que la probabilité de conflit, qui fait partie des logiques potentielles de l'élection du Président de la République au suffrage universel, conduit logiquement à des affrontements plus rares mais plus durs en cas de scrutin majoritaire, et à des désaccords plus fréquents mais moins durs avec un autre mode de scrutin (*Éléments constitutifs et combinatoires institutionnelles*, préc., p. 36).

(42) J.L. PARODI observe que " l'élection présidentielle continuerait, même combinée avec des élections législatives proportionnalisées, à organiser tous les sept ans des compétitions bipolaires et quadripolaires. Le souvenir de la dernière présidentielle et la perspective de la prochaine encadreraient alors la confrontation législative et en limiteraient les potentialités " dépoliarisantes ". Le temps apparaît ici une fois de plus comme une variable excessivement importante. Plus la durée séparant l'élection présidentielle suivante sera étendue, plus faible sera la contrainte " (et inversement). Dans : *La Ve République à l'épreuve de la proportionnelle*, préc. p. 167.

possibilités de conflit frontal entre l'Assemblée et le Président si celui-ci se trouve désavoué par le corps électoral, enfin joue dans le sens de la majoritarisation et de la présidentialisation " (43). Durant la cohabitation, ce dernier élément a été affaibli du fait que le chef de l'Etat pouvait en réalité difficilement dissoudre, à cause de l'état des forces politiques durant la première année, et de l'échéance présidentielle l'année suivante (44).

La présidentialisation du régime qui résulte de la *combinaison de l'élection présidentielle au suffrage universel et du référendum*, est également amoindrie par la cohabitation, puisque le Président de la République ne peut pratiquement plus poser la " question de confiance référendaire " (45).

Résumant les cinq autres paires, J.L. Parodi constate que " dans les dix cas, sans exception, l'interaction des variables retenues maximalise la probabilité de " majoritarisation " et de présidentialisation. Mais en période de coexistence, la majoritarisation est modifiée (elle reste importante, mais cette fois au profit du Gouvernement, et contre le chef de l'Etat), et la présidentialisation est atténuée (46). Ceci est encore plus net lorsque l'on procède à une analyse des effets combinés de ces éléments de contrainte.

**b) Le système contraignant de la Ve République est remis en cause par la cohabitation.**

12 L'analyse des effets combinés de ces variables révèle une contrainte cumulative de ces éléments, avant la cohabitation : " Aucun autre système constitutionnel combinant scrutin majoritaire et dissolution ne recourt à l'élection du chef de l'exécutif au suffrage universel. Aucun autre régime " semi-présidentiel " ne pratique le scrutin majoritaire pour l'élection de la première Chambre. Aucun régime dit présidentiel et recourant au scrutin majoritaire ne connaît, par définition même, la dissolution. Des huit possibilités que permet théoriquement l'existence ou l'inexistence des trois variables

---

(43) Dans le même sens, cf. G. BACOT, *Du bipartisme dans la Constitution de la Ve République*, préc.

(44) Le Chef de l'Etat, sachant qu'il ne peut dissoudre deux fois l'Assemblée en moins d'un an, avait tout intérêt à ne pas brûler toutes ses cartouches avant l'élection présidentielle pour pouvoir utiliser le droit de dissolution afin de retrouver le soutien d'une majorité parlementaire en 1988.

(45) Expression utilisée par J.L. PARODI, *Eléments constitutifs et combinatoires institutionnelles*, préc., p.31.

(46) En effet les conséquences des paires que nous n'avons pas évoquées sont modifiées en ce sens soit par le changement de mode de scrutin (dans son association à la motion de censure), soit par l'évolution du sens de la motion de censure (idem et dans les paires motion de censure - élection du Président de la République au suffrage universel direct) soit par l'évolution du référendum (dans les paires motion de censure - référendum et dissolution - référendum).

considérées ici comme fondamentales - scrutin majoritaire, dissolution pure, élection du chef de l'exécutif au suffrage universel direct -, la Cinquième République présente l'unique exemple historique au XXe siècle d'une combinatoire triplement positive. Or, puisqu'il s'agit de variables contraignantes, cette triple présence ne peut pas ne pas entraîner une contrainte triplement cumulative, tant sur le plan de la majoritarisation que sur celui de la présidentialisation. De surcroît, les deux dernières variables retenues, quoique d'importance plus limitée, motion de censure et référendum, renforcent encore cette double propension." (47). L'auteur en conclut que " si l'on accepte l'idée que l'évolution d'un système institutionnel sera d'autant plus imprévue (c'est à dire, en d'autres termes, liée à des facteurs externes ou conjoncturels) que le système pris alors dans son ensemble sera peu contraignant, et corrélativement d'autant plus inéluctable que le degré de contrainte du système sera plus élevé, l'évolution de la Cinquième République paraît plus proche de l'inéluctable que de l'imprévisible, tant semble maximale et sans équivalent dans l'histoire institutionnelle des régimes pluralistes la contrainte cumulative de ses éléments constitutifs " (48). O. Duhamel parvient ainsi à démontrer que le système institutionnel mis en place en 1958 comportait des " logiques cachées " dont l'histoire aurait permis la réalisation. La Ve République ne pouvait être que ce qu'elle a été, estime l'auteur, du fait de la superposition, dès 1958, de dix éléments : une élection départementarisée du chef de l'Etat; un " exécutif " bicéphale hiérarchisé à désignation discrétionnaire par le Président; un pouvoir d'initiative référendaire conféré au pouvoir gouvernemental (lequel inclut le Président); un pouvoir d'initiative référendaire conféré au pouvoir gouvernemental (lequel inclut le président); un pouvoir discrétionnaire de dissolution conféré au président; les pleins pouvoirs présidentiels en cas de crise; la limitation du domaine législatif; la maîtrise gouvernementale du processus législatif; le renversement du gouvernement par la seule majorité absolue des députés; l'élection des députés au scrutin majoritaire à deux tours avec seuil d'accès au 2e tour; la mise du Parlement sous la tutelle d'une juridiction constitutionnelle ". Ceci explique que la cinquième République n'est pas devenue ce qu'elle devait être pour ses fondateurs, mais ce qu'elle était (49). Mais puisque la cohabitation modifie certains de ces éléments, elle bouleversera leur combinatoire (50).

---

(47) *Eléments constitutifs et combinatoires institutionnelles* préc., p.39

(48) Ibid. p.40.

(49) Cf. *Les logiques cachées de la Constitution*, dans O. DUHAMEL et J.L. PARODI (dir) *La Constitution de la Ve République* préc. p.11 à 23.

(50) Nous avons déjà relevé l'évolution de certains de ces éléments en suivant l'analyse de J.L. PARODI. Parmi les autres dispositions essentielles relevées par O. DUHAMEL, celles qui sont le plus profondément bouleversées par la cohabitation sont la hiérarchisation de l'exécutif et la désignation discrétionnaire du Premier ministre par le Président (sur ce dernier point cf. infra, n° 52 et 68), et le caractère des rapports entre gouvernement et législatif qui s'ensuit (le Président de la République ne pouvant plus maîtriser le travail législatif par l'intermédiaire du Gouvernement, la limitation du domaine législatif et la maîtrise du Gouvernement sur le processus législatif revêtent un aspect nouveau (cf. infra, n° 56 à 59).

Toute l'harmonie de ce système est en effet rompue par l'avènement de la cohabitation, qui modifie la majoritarisation du régime, atténue très fortement sa présidentialisation, et rapproche l'évolution du régime de l'imprévisible, puisque le degré de contrainte résultant de la nouvelle combinaison des variables est moins fort qu'il ne l'était.

- *La majoritarisation* du régime, bien qu'elle ait été atténuée au moment des élections législatives du fait du scrutin à la proportionnelle, est demeurée très forte sur l'ensemble de la période. Mais elle est surtout fondamentalement modifiée en ce sens que, jusqu'à présent, elle renforçait la présidentialisation du régime, puisque la majorité parlementaire soutenait le Président de la République, alors qu'en période de cohabitation, plus la majorité sera unie et forte, plus sera faible le Président de la République, puisqu'elle lui est désormais hostile. Ainsi, la combinaison des résultantes des combinatoires institutionnelles est elle-même modifiée par la cohabitation, puisque la majoritarisation et la présidentialisation du régime ne se superposent plus pour orienter le régime dans le même sens (présidentialiste), mais s'opposent pour écarteler nos institutions dans deux directions opposées (parlementariste contre présidentialiste). Ainsi conçue, la majoritarisation du régime, non seulement ne disparaît pas avec la cohabitation, mais est au contraire consacrée par cette épreuve, puisqu'entre 1986 et 1988, la politique de la France sera déterminée par le Gouvernement qui tient sa légitimité de la seule majorité parlementaire (et non plus du chef de l'Etat). " Quelle preuve plus flagrante que la majoritarisation est le trait dominant de la Cinquième République, le principe majoritaire la règle première de la dévolution du pouvoir ? " observent en chœur les pères de l'analyse stratégique (51).

" *Quid* de la diplomatie, de la politique de défense, du refus de signer les ordonnances, de convoquer le Parlement en session extraordinaire ...?" répondront les sceptiques.

peut-être pourrait-on leur rétorquer que la majoritarisation est tempérée par le fait que la déprésidentialisation n'a pas été totale, à cause de la constitutionnalisation - à condition que l'on admette que cette attitude est conforme à la Constitution - ?

- La cohabitation, en modifiant tant les éléments de contrainte que leur combinatoire, aurait dû conduire à une très nette *déprésidentialisation*. La surpuissance du Président français découlait du cumul entre : la légitimité d'une élection directe par le peuple, obligatoirement acquise à la majorité absolue des suffrages exprimés; l'efficacité de pouvoirs constitutionnels propres susceptibles tant de donner naissance au Premier ministre et au gouvernement que de donner la mort à l'Assemblée nationale; la primauté permanente dans la décision politique donnée par une majorité parlementaire dérivée de la majorité présidentielle et, scrutin majoritaire aidant, sur-représentée à l'Assemblée

---

(51) O.DUHAMEL et J.L.PARODI A l'épreuve de la cohabitation, dans *La Constitution de la Ve République*, préc., p. 548.

nationale " (52). Dès lors que présidentialisation et majoritarisation ne se confortent plus mais s'opposent, le chef de l'Etat perd son troisième atout. Son premier atout - la légitimité politique qu'il tirait de son élection présidentielle au suffrage universel direct - ayant été très usé par cinq années de pouvoir et par les résultats des élections législatives (même présentées comme un succès), le chef de l'Etat aurait dû être réduit à ses seuls pouvoirs propres. Le fait que le Président de la République ne puisse plus se prévaloir que de ses prérogatives dispensées de contreseing devait être révélateur à la fois d'une déprésidentialisation maximale sous la Ve République - elle ne saurait être totale puisque le chef de l'Etat dispose ainsi de prérogatives aussi importantes que le droit de dissolution ou l'article 16 de la Constitution - et d'une constitutionnalisation accrue.

- *La constitutionnalisation* de nos institutions, c'est à dire essentiellement le retour à la lettre de la Constitution, qui découle logiquement de l'analyse stratégique, a, certes, été très importante entre 1986 et 1988, mais on peut considérer qu'elle n'a pas été totale. O. Duhamel et J.L. Parodi estiment que " si la constitutionnalisation, parce qu'elle limite la déprésidentialisation, renforce la présidentialisation, le moindre mouvement présidentialiste accentue aussitôt la majoritarisation " (53). Ainsi, " Les relations dialectiques complexes entre ces trois caractéristiques de la Ve République se sont articulées entre 1986 et 1988 sur un mode évidemment nouveau " (54)

Il résulte de la nouvelle combinaison de ces éléments, que le système dans lequel se déroule la cohabitation est beaucoup moins contraignant que celui qui s'était imposé jusqu'ici (55). Sans doute est-ce pour cela que, d'une part, les " pronostics " sur la cohabitation sont assez variés, et, d'autre part, une nouvelle expérience de coexistence pourrait revêtir des traits substantiellement différents de celle-ci. L'analyse stratégique des institutions a permis d'élaborer des scénarios proposant des solutions assez ouvertes, et parfois contradictoires à la cohabitation, et la réalité n'a pas toujours eu la sagesse d'obéir en tous points aux prévisions des augustes (56) stratèges .

---

(52) Idem, p.542.

(53) A l'épreuve de la cohabitation, préc. p. 548.

(54) O. DUHAMEL et J.L. PARODI A l'épreuve de la cohabitation, préc., p 550.

(55) Cf. L. HABIB A la recherche de la Ve République, préc. p. 94.

(56) A la fois au sens premier de ce terme : " consacré par les augures ", et à son sens courant : " qui inspire un grand respect, de la vénération, ou qui en est digne ", et non pas au sens second, dérivé d'une expression allemande et qui signifie " type de clown, pitre au maquillage violent et caricatural " (Petit Robert).



## B LA COHABITATION, REMISE EN CAUSE DE LA PRESIDENTIALISATION?

L'analyse stratégique, ou probabiliste des institutions a pour vocation, non seulement d'aider à comprendre le fonctionnement des institutions, mais également de prévoir leur évolution. Olivier Duhamel et Maurice Duverger l'ont utilisée pour prévoir ce que pourrait être la cohabitation, et savoir en quoi elle remettait en cause la Ve République. L'étude de ces analyses nous permet aujourd'hui de vérifier la validité de leur méthode, et de savoir si la cohabitation ne pouvait être que ce qu'elle a été, ou si elle aurait pu être, ou pourrait être demain, très différente. Leur approche est substantiellement différente. D'une part, Maurice Duverger, tout en différenciant le jeu et les règles du jeu, ne reprend pas l'analyse des variables déterminantes élaborée par Jean-Luc Parodi et Olivier Duhamel, et, d'autre part, son analyse est beaucoup plus " fermée " que la leur, puisqu'il ne décrit pas les solutions concevables, mais propose une interprétation de la Constitution, interprétation qui se révèle susceptible d'évolutions. Ainsi, tandis que l'analyse d'Olivier Duhamel débouche sur des solutions ouvertes ( 1 ), celle de Maurice Duverger sera qualifiée de " fermée " en ce qu'elle prétend aboutir à une solution unique, seule possible, seule valable, au problème de la cohabitation. Cette démarche, si elle a l'avantage de la précision, a l'inconvénient de conduire à certaines contradictions ( 2 ).

### 1 ) L'analyse " ouverte " d'Olivier Duhamel.

Olivier Duhamel a approfondi l'analyse stratégique dans sa dimension conflictuelle, pour essayer de " percer le mystère d'une alternance parlementaire " (57) et prévoir les différents scénarios politico-institutionnels concevables, " en gardant toujours à l'esprit que la vie politique concrète sera aussi déterminée par des facteurs humains ou des surprises du hasard par trop imprévisibles " (58). Bien que son analyse concerne les différents cas de contradiction des majorités, à savoir " l'affrontement entre l'Assemblée et

---

(57) *De l'alternance à la cohabitation, préc.*, p.533.

(58) *L'hypothèse de la contradiction des majorités en France*, dans M.DUVERGER (dir.), *Les régimes semi-présidentiels*, P.U.F. 1986, p.259.

le Président à l'issue d'élections générales s'étant déroulées sur le mode bipolaire " (59), nous ne nous intéresserons ici qu'à l'hypothèse de la cohabitation type 1986-88. L'inventaire des arsenaux de chaque camp ( a ) permet de faire l'inventaire des issues ( b ) de ce conflit. Nous reprendrons cette analyse pour l'appliquer à la cohabitation de 1986-1988, et voir quelles seraient les principales issues d'une autre coexistence (60)

a ) " L'inventaire stratégique ".

13 " L'inventaire stratégique repère six variables déterminant les systèmes politiques. Chacune pèse sur le conflit des majorités " (61).

- *La légitimité.* Tout le problème de la cohabitation vient du fait que seuls les députés et le Président de la République bénéficient de l'onction du suffrage universel direct sur le plan national. Leur légitimité paraît donc à priori équivalente. Cependant deux facteurs importants peuvent se conforter ou s'opposer selon la conjoncture : " le Président de la République dispose, en France, d'une légitimité supérieure à celle de l'Assemblée nationale " (62) - ce que le Général de Gaulle avaient fort bien compris (63) -, mais, parallèlement, la dernière expression de la volonté populaire prime. Ainsi, dans l'hypothèse d'une cohabitation entre une Assemblée et un Président dans laquelle le chef de l'Etat aurait été élu après les Députés, nul doute que la légitimité du chef de l'Etat apparaîtrait supérieure à celle de la majorité parlementaire. Il en serait de même, bien que dans une moindre mesure, en cas d'élection simultanée. En 1981 et en 1986, le Président de la République a pu dissoudre l'Assemblée Nationale pour rétablir la concordance de ses vues avec celle des députés. Mais on peut concevoir qu'il ne puisse pas le faire (en particulier s'il y avait déjà eu une dissolution dans l'année précédente, ou s'il redoutait de voir élire une majorité qui lui serait hostile), ou encore que cette dissolution ne lui permette pas de s'assurer d'une majorité à l'Assemblée. Dans le cas de figure de 1986-88, la légitimité présidentielle a été sérieusement mise à mal par les résultats des élections

---

(59) *Idem.* Son étude vise aussi bien l'alternance totale présidentielle et quasi immédiate (type 1981), l'alternance partielle, présidentielle, sans renouvellement des députés (type 1974), l'alternance partielle parlementaire, avec coexistence des majorités (type 1986-88, et qui est la seule que nous étudierons ici), l'alternance partielle, parlementaire, avec émergence d'une majorité nouvelle (par combinaison des centres), ou encore la non-alternance, parlementaire, avec domination présidentielle et majorités à géométrie variable (absence durable de toute majorité parlementaire structurée, regroupement de majorités d'idées ). (*ibid.* voir p. 265 a 271).

(60) Sur l'hypothèse d'une nouvelle cohabitation, cf. *infra*, n° 155-156.

(61) *Ibid.*, p.259.

(62) *Ibid.*, p.260.

(63) Bien que cela paraisse difficile à expliquer rationnellement sans recourir à Freud ou à La Boétie, souligne O.DUHAMEL.

(64) et, bien que sa légitimité ne soit pas remise en cause juridiquement, l'adhésion populaire au projet politique du chef de l'Etat est incontestablement moins forte que celle dont bénéficie la majorité parlementaire (65).

- *La durée.* Ce facteur paraît défavorable au Président de la République qui accomplit les deux dernières années de son mandat (il est alors très improbable qu'il le renouvelle), alors que les députés ont été élus pour cinq ans. " Mais le Président peut compenser cette débilite dans la mesure où il maîtrise la durée du pouvoir rival par la dissolution " (66).

- *Le nombre d'acteurs qui participent au combat* s'élève à sept : le Président de la République, le Premier ministre (plus ou moins différencié du Gouvernement), le Gouvernement, l'Assemblée nationale, le Sénat, le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat.

- *L'occupation des organes par les différentes forces politiques.* En ce qui concerne les organes dits juridictionnels, elle devrait théoriquement ne pas avoir une importance décisive. Durant la coexistence de 1986-88, nous avons pu souligner quelle était la faiblesse - toute relative - de la majorité à l'Assemblée nationale. Sans doute le scénario de la cohabitation aurait-il été différent si elle avait été écrasante. Par contre, cette majorité est renforcée par une majorité de même tendance au Sénat, ce qui est particulièrement important non seulement pour le déroulement de la procédure législative, mais aussi dans l'hypothèse d'une révision de la Constitution (par l'article 89 de la Constitution) ou pour la mise en jeu de la responsabilité du chef de l'Etat pour haute trahison (art. 68). La non-concordance des majorités des deux chambres pourrait également modifier substantiellement le déroulement de la cohabitation (67).

- *Les habitus.* Pour Olivier Duhamel , " comme les êtres humains, les systèmes politiques sont marqués par la conception, l'accouchement et les premières années de leur vie ", et que " Pour ce qui concerne le conflit des majorités, il semble certain que les précédents exercent une grande influence, plus ou moins consciente. Précédents fictifs et précédents réels. La France a fantasmé l'alternance de 1978 .." (68). Néanmoins, les habitus de la période présidentiale ont fortement marqué la cohabitation, en particulier en ce qui concerne l'étendue des pouvoirs du chef de l'Etat (69). Lorsque la cohabitation se

---

(64) Parce que le peuple s'est prononcé contre le programme qu'il avait conduit (cf. supra).

(65) O. DUHAMEL souligne que " dans l'hypothèse d'une rupture des majorités provoquée par des élections législatives, l'Assemblée bénéficie d'une légitimité plus forte que le Président. La dernière expression de la volonté du peuple est favorable à la nouvelle majorité parlementaire, à l'alternance" (*La Constitution de la Ve République et l'alternance*, *Pouvoirs* n° 1, 1977, p. 71).

(66) O.DUHAMEL, *L'hypothèse de la contradiction des majorités en France*, préc., p. 260.

(67) Comme cela aurait pu être le cas en 1978.

(68) *L'hypothèse de la contradiction des majorités en France*, préc. p. 261.

(69) Cf. infra n° 202.

reproduira sous la Ve République, il sera intéressant d'essayer de mesurer que sera la poids de cette première expérience. Il y a fort à parier qu'elle sera largement invoquée par les acteurs - au moins certains d'entre eux - même si les conditions sont très différentes, tant est grand aujourd'hui le poids des précédents, des coutumes ou prétendues telles, dans notre droit constitutionnel (70).

- *Les armes constitutionnelles.* On reproche souvent à la Constitution de la Ve République de " n'offrir aucune solution à l'affrontement des pouvoirs. A vrai dire, il semblerait plus légitime de regretter le trop plein. A la limite, une bonne moitié des articles de la Constitution sont susceptibles d'être utilisés par un pouvoir à l'encontre de son rival, sans oublier, en prime, que lesdits articles sont disponibles pour au minimum deux interprétations contradictoires, parlementaire ou presidentialiste "... " Conçu avec une aussi grande minutie, un inventaire répertorierait alors plus d'une centaine de cas et nous déboucherions sur un catalogue inutilisable" (71). Nous n'évoquerons donc ici que les armes principales qui peuvent être utilisées par l'un ou l'autre des pouvoirs pour trouver une issue à la crise, et c'est tout au long des développements de cette étude que nous analyserons précisément chaque pièce importante de l'arsenal, en mesurant son influence, en recherchant ses effets, en précisant ses conditions d'emploi. Les arsenaux paraissent sensiblement équilibrés (72) : si le Président de la République s'avisait d'utiliser les pleins pouvoirs que lui confère l'article 16 contre la majorité parlementaire, celle-là pourrait répliquer par une mise en accusation du Président pour haute trahison (art. 68). Le chef de l'Etat semble seul pouvoir détruire son adversaire, par la dissolution (art. 12), mais le Parlement pourrait en réalité le contraindre à la démission par la menace d'une accusation de haute trahison (art. 68) ou par la " grève des premiers ministres (art. 49 et 50). L'hypothèse d'un gouvernement présidentiel (art. 8 al 1 et art. 5) fait contrepoids à celle d'un gouvernement parlementaire (art. 20, art. 49 et 50). Mais en réalité le chef de l'Etat est assez démuné dès lors qu'un gouvernement parlementaire est mis en place, puisqu'il ne peut plus maîtriser l'activité gouvernementale - et, à travers elle, l'activité parlementaire - et parce qu'il lui devient impossible de recourir - sauf cas exceptionnel - au référendum prévu par l'article 11 - alors que les deux chambres du Parlement, alliées au Gouvernement et au peuple, peuvent réviser la Constitution par l'article 89. La seule évocation des pièces maîtresses des arsenaux respectifs laisse entrevoir la multiplicité des solutions possibles.

---

(70) Cf. infra, n° 195 à 202

(71) O. DUHAMEL *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc. p. 48-49.

(72) Cf. *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc., p. 49; et *La gauche et la Ve République*, Paris, P.U.F., 1980, p.433.

b ) L'inventaire des issues.

14 A la question " quelles seraient les conséquences constitutionnelles d'une victoire de la gauche aux prochaines élections législatives " (en 1978), Olivier Duhamel recensait dix réponses possibles (73), en précisant que l'objectif de cette étude n'est " pas d'affirmer ce qu'elles devraient être, ni même de prévoir celles qui se manifesteront pour écarter les plus marginales. Le préalable, trop souvent ignoré, de ces choix consiste à dresser *l'inventaire des possibles*. Et chacun s'en trouvera mieux armé pour définir les probables ou méditer sur les souhaitables " (74). Chaque réponse produit impasses ou solutions. Aucune procédure n'offre la garantie d'une issue. Bien qu'Olivier Duhamel ait souligné qu'en 1985 que les scénarios étaient réduits (75), il paraît intéressant, notamment dans l'optique d'une nouvelle cohabitation<sup>(76)</sup>, de résumer les principales solutions envisagées par O. Duhamel en 1977, en les complétant, le cas échéant, par quelques éléments particuliers a la période 1986-1988.

La première série de réponses tend à une *affirmation du pouvoir présidentiel*. Elle serait possible par plusieurs procédures :

- *un coup de force présidentiel* (art. 16) est très improbable, non pas parce que la plupart des juristes s'accordent pour qualifier d'anticonstitutionnelle une telle utilisation des pleins pouvoirs - " les réserves juridiques pèsent d'un poids léger en matière de coup d'Etat (et) l'honnêteté des raisonnements politiques n'intervient pas davantage " (77), mais surtout parce qu'il pourrait être dangereux ou inutile, conduisant soit à la dictature, soit à la guerre civile, soit à une mise en accusation pour haute trahison. Néanmoins, et c'est le propre des armes dissuasives, il n'est pas nécessaire d'utiliser l'article 16 pour que la menace qu'il constitue contribue à la soumission de l'Assemblée (78). En 1985, O. Duhamel souligne que " l'article 16 semble enfin relégué au magasin des antiquités " (79), mais nous verrons que M. Duverger a proposé de l'en extraire (80).

- *Un référendum présidentiel* (art. 11). Cette solution est assez improbable d'abord parce que le Président de la République n'a pas l'initiative de cette procédure, ensuite parce que sa constitutionnalité ne manquerait pas d'être contestée, et enfin parce que l'instauration d'un régime présidentiel *de jure*, auquel elle aboutirait sans doute, loin de

(73) *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc.

(74) Ibid, p. 4. (souligné par nous).

(75) O. DUHAMEL, *De l'alternance à la cohabitation*, dans O. DUHAMEL et J. L. PARODI (dir), *La Constitution de la Ve République*, préc., p. 533 (1ère éd. 1985, 2e éd 1988).

(76) Sur l'hypothèse d'une nouvelle coexistence, cf. infra n° 155-156

(77) O. DUHAMEL, *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc., p. 50.

(78) Cf. infra n° 71 et 76.

(79) O. DUHAMEL, *De l'alternance à la cohabitation*, préc. p. 533.

(80) Cf. infra, n° 71 et 76.

régler le conflit, l'institutionnaliserait (81). Ici encore, on constatera que si O. Duhamel estime en 1985 que " le référendum paraît peu apte à résoudre les problèmes et guère tentant vu les ultimes précédents " (82), l'auteur du " Bréviaire de la cohabitation " se proposera de le réhabiliter (83).

- *Un Gouvernement présidentiel* (art. 8 al. 1), c'est à dire " le maintien de la prééminence des options politiques du Président sur celles qui surgissent à l'Assemblée " (84), qui conduirait à un régime présidentiel " de facto " aurait été concevable en l'absence de majorité homogène à l'Assemblée. Mais les résultats des élections de 1986 rendent cette solution très fragile, puisque les députés auraient sans aucun doute censuré la formation d'un gouvernement ne respectant pas la configuration nouvelle de l'Assemblée. Le chef de l'Etat, tirant argument de la mauvaise volonté de la majorité parlementaire aurait alors pu tenter de dissoudre l'Assemblée. En 1986, plus que jamais, la constitution d'un tel gouvernement paraît " politiquement provoquante et institutionnellement inutile " 85

- *La dissolution* (art. 12). " Juridiquement possible, logiquement étrange, politiquement fragile, la dissolution immédiate n'est guère probable " (86). Une dissolution différée n'est pas tellement plus plausible lorsque la cohabitation est enfermée dans un délai de deux ans (87). En cas de retour de la majorité hostile au chef de l'Etat, le conflit serait nettement aggravé, et le Président de la République devrait se démettre s'il ne veut se soumettre. Entre 1986 et 1988, elle sera une " arme lourde " (88), mais d'un emploi difficile et par trop risqué pour le Président de la République.

Toutes les réponses présidentielles révélant que le chef de l'Etat dispose de moyens considérables mais pratiquement inutilisables, d'autres solutions sont envisageables.

- *Un gouvernement de compromis* (art. 5 et 20) permettrait de maintenir l'équilibre des pouvoirs. Avant 1986, le chef de l'Etat caressait sans doute l'espoir de préserver certains de ses pouvoirs en formant un gouvernement soit par une conjonction des centres, soit par la composition d'un gouvernement " d'ouverture " composé en grande partie de membres de la nouvelle majorité trop faible à l'Assemblée. Un tel gouvernement impliquerait un " retrait du Président de la République dans la défense des institutions et l'activité diplomatique, le tout agrémenté de concertations régulières et considérations symboliques " (89).

---

(81) *Idem*, et cf. O. DUHAMEL, *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc., p. 52-53.

(82) O. DUHAMEL, *De l'alternance à la cohabitation*, préc., p. 533.

(83) Cf. infra, n° 69.

(84) O. DUHAMEL, *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc., p. 54.

(85) O. DUHAMEL, *De l'alternance à la cohabitation*, préc., p. 533.

(86) O. DUHAMEL, *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc., p. 57.

(87) Cf. infra, n° 44, 45 et 70.

(88) O. DUHAMEL, *De l'alternance à la cohabitation*, préc., p. 533.

(89) O. DUHAMEL, *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc., p. 58.

- *La démission présidentielle*, marquerait au contraire le refus du compromis. Elle fut évoquée par J. Chirac en 1977 (90), préconisée par R. Barre entre 1983 et 1986 (91).

Le Parti communiste à la veille des élections de 1978, et le Front national avant celles de 1986 affirmaient que le Président doit " se soumettre ou se démettre ". La démission peut être classée parmi les armes du chef de l'Etat s'il l'utilise volontairement, alors qu'elle fait partie de l'arsenal de la majorité parlementaire si elle résulte d'une pression de l'Assemblée nationale. Mais apporte-t-elle une solution constitutionnelle au problème de la cohabitation ? (qu'il s'agisse d'une démission immédiate ou d'une démission différée). Cela dépend en fait des résultats de la nouvelle élection présidentielle : " La réélection du Président démissionnaire ou d'un candidat issu de sa majorité pérennise le conflit. A l'avantage de l'Exécutif qui peut tenter une dissolution, ou dans des conditions indiquant clairement que les électeurs souhaitent une contradiction des majorités, donc le compromis. " L'élection d'un Président issu de la nouvelle majorité parlementaire règle le conflit. L'alternance est réalisée " (92). Mais cette issue est fort improbable, et dépend totalement de la volonté du chef de l'Etat.

La solution du conflit peut aussi être trouvée dans *l'affirmation du pouvoir parlementaire*, par les moyens suivants :

- *La censure* permettrait au Parlement de paralyser le chef de l'Etat. Utilisée systématiquement (ou seulement de manière dissuasive), elle peut le contraindre à choisir un gouvernement dont il ne voudrait pas, mais elle peut aussi se retourner contre ses auteurs, le chef de l'Etat les accusant de paralyser les institutions et faisant appel à l'arbitrage du peuple.

- *Le gouvernement parlementaire* (93). L'exigence d'un tel gouvernement peut résulter de deux argumentations : une interprétation parlementaire de nos institutions (le gouvernement est responsable devant l'Assemblée), et la seconde est basée sur l'idée que c'est la dernière expression de la volonté du peuple qui doit primer. Olivier Duhamel souligne que cette solution conduirait à un régime parlementaire " de facto ", et c'est ce qui se produira dans une large mesure entre 1986 et 1988.

- *Le référendum parlementaire*. Comme l'indique René Capitant, les dispositions de l'article 89 al. 2 de la Constitution prévoient qu' " allié aux deux chambres du Parlement, le Peuple peut faire triompher une révision à laquelle le Président serait hostile " (94). Mais

---

(90) Puisqu'il déclara qu'il lui paraissait " tout à fait exclu que (le) rôle (du Président de la République) puisse se poursuivre " : *Europe 1, Le club de la presse*, 23-1-1977, cité par O.DUHAMEL, *La Constitution de la Ve République et l'alternance préc.*, p. 60.

(91) Cf. *Discours aux journées parlementaires de l'UDF à Divonne-les-Bains*, le 27 sept 1983, p.11; et *Faits et arguments* n° 33, fév. 1986, p.4.

(92) O.DUHAMEL *La Constitution de la Ve République et l'alternance, préc.*, p. 61.

(93) Cf. infra, n° 52 et s.

(94) *Ecrits constitutionnels*, éd du CNRS, 1982, p. 384-385.

O. Duhamel fait justement observer que l'article 48 de la Constitution accordant au gouvernement la maîtrise de l'ordre du jour des Assemblées, une telle révision constitutionnelle n'est possible qu'à partir du moment où le Président de la République a nommé un Premier ministre issu de la nouvelle majorité parlementaire. Cette procédure pourrait conduire à un régime parlementaire " *de jure* ".

Le Président de la République dispose-t-il d'un droit de veto sur les révisions constitutionnelles ? C'est ce qu'affirme M. Duverger, mais nous verrons que cette position est très contestable (95).

- " *Le coup de force parlementaire* ". Par cette expression, O. Duhamel entend le recours par le Parlement à l'article 68 de la Constitution aux termes duquel " le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison ". Mais on peut être sceptique et estimer que " la haute trahison offre une garantie en cas de détournement flagrant des pouvoirs présidentiels, elle ne permet pas à l'Assemblée une affirmation symétrique de sa toute-puissance<sup>(96)</sup>. L'article 16 n'a pas son équivalent parlementaire, tout au plus sa réplique " (97). Il estime encore qu'un tel " coup de force " pourrait conduire à un régime d'assemblée.

O. Duhamel conclut de cette étude que " ni le Président ni l'Assemblée ne disposent d'un pouvoir offrant la certitude d'une issue favorable. Sur les 21 effets possibles des 10 réponses retenues, 4 seulement réalisent l'alternance, 2 hésitent, 4 l'évitent et 11 renvoient au point de départ. Mais le résultat n'est jamais sûr." Il estime encore que " Le Président bénéficie d'une position institutionnelle plus forte que l'Assemblée. Parce qu'il détient deux atouts décisifs : l'initiative et la maîtrise du facteur temps. L'Assemblée empêche ou réplique. Le Président décide." (98). La dyarchie qui résulterait d'une alternance partielle, avec coexistence des majorités ne durerait guère, tout au plus deux ans, mais chacun des protagonistes pourrait vouloir y mettre fin au moment le plus opportun pour lui : " Le Président détient ici deux armes principales : la démission et la dissolution - mais une dissolution de contre-alternance a un taux de réussite faible. Le Premier ministre détient une seule arme de puissance significative : la démission du gouvernement. Le Président ne peut pas toujours l'imposer, mais aucunement l'empêcher." (99) De plus, aussi longtemps que le chef de l'Etat n'a pas nommé un Premier ministre issu de la nouvelle majorité parlementaire, il garde des pouvoirs théoriquement importants (puisque " son " Premier ministre peut lui apporter l'initiative requise pour faire un référendum, ou peut paralyser l'ordre du jour des Assemblées...), alors qu'ils sont ensuite considérablement réduits.

---

(95) Cf. *Infra* n° 94.

(96) Sur la responsabilité du Président de la République pour haute trahison, cf. *infra*, n° 118-119.

(97) O. DUHAMEL, *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc., p.68.

(98) O. DUHAMEL, *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc., p. 71.

(99) O. DUHAMEL, *L'hypothèse de la contradiction des majorités en France*, Préc. p.267.



L'inventaire des solutions envisagées par O. Duhamel (qui vont de la dictature au Régime d'Assemblée, en passant notamment par le régime présidentiel *de jure* ou *de facto* et par le régime parlementaire *de jure* ou *de facto*) montre à quel point la Ve République - ou pour le moins la pratique de ce régime - peut être remise en cause par la cohabitation. Les scénarios prévisibles en 1986 sont plus réduits, notamment parce que " le calendrier électoral institutionnel augmente (...) la probabilité d'une coexistence conflictuelle et diminue celle d'un affrontement poursuivi jusqu'à l'exacerbation du conflit. Cette coexistence obligée jusqu'au règlement de la contradiction par l'élection présidentielle redonnerait toute sa place au droit. Mieux, elle dévoilerait certains secrets de la Constitution de 1958 " (100) O. Duhamel ayant recensé les réponses possibles à la cohabitation, M. Duverger définira plus précisément celles qu'il estime probables ou souhaitables.

## 2 ) L'analyse " fermée " de M.Duverger.

On peut éprouver quelque hésitation à évoquer les études de M. Duverger dans le cadre de l'analyse stratégique, dans la mesure où cet auteur a une démarche assez nettement différente de celle de J.L. Parodi et O. Duhamel. Néanmoins, puisque les travaux de M. Duverger dans les années 1950 ont inspiré ces auteurs, en ce qu'ils distinguent entre les règles du jeu d'une part, et les éléments qui vont influencer sur la pratique du jeu (et spécialement l'existence ou non d'une majorité présidentielle), il peut être intéressant de comparer les résultats auxquels conduisent ses pronostics sur la cohabitation. Séduisante fut l'étude réalisée par l'éminent constitutionnaliste en 1979, dans son célèbre " échec au Roi ". Séduisante par sa précision, sa rigueur. Etonnante fut celle de l'auteur du " bréviaire de la cohabitation ", apparemment basée sur le même type de raisonnement, mais qui conduisit M.Duverger à des conclusions bien souvent opposées à celles auxquelles il avait abouti précédemment. Progrès de la science, mystères de la politique, carences de la méthode, comment expliquer cette évolution ? Notre objet n'étant pas la polémique mais la recherche d'une méthode d'analyse valable de nos institutions, nous étudierons les points communs de ces deux analyses, qui ont, pour l'essentiel, été confirmées par la pratique ( a ), et retiendrons une leçon sur la relativité des interprétations en droit constitutionnel ( b ).

---

(100) O. DUHAMEL, *De l'alternance à la cohabitation, préc.*, p. 534. Dans le même sens, O. DUHAMEL, *La Constitution de la Ve République et de l'alternance, préc.*, p. 71. Sur les enseignements de l'analyse stratégique, cf. *infra*, n° 171 à 174

a ) La cohabitation met fin à la suprématie présidentielle.

15 M. Duverger applique son analyse de type stratégique aux régimes qu'il qualifie de "semi-présidentiels", c'est à dire dans lesquels le Président de la République est élu au suffrage universel et est doté de pouvoirs personnels importants, comme dans les régimes présidentiels, mais où l'on retrouve certains éléments essentiels du régime parlementaire, en particulier un Gouvernement responsable devant le Parlement (101). Comparant les pouvoirs du Président dans la lettre de ces constitutions, et dans la pratique, il constate de grandes divergences, notant par exemple que si, sur les sept régimes étudiés, le Président Français est presque celui auquel la Constitution accorde le moins de pouvoirs, il est en pratique le plus puissant. Inversement, alors que le Président islandais dispose de larges compétences constitutionnelles, il ne les utilise pas, et son pouvoir est, en pratique, très réduit (102). Or, il parvient à démontrer que ces divergences s'expliquent en réalité par l'état des forces politiques en présence, et plus particulièrement par la situation du Président de la République par rapport à la majorité parlementaire. En est-il le chef, comme en France ? Alors il sera tout puissant, monarque absolu. Devient-il opposant à cette majorité monolithique ? Il ne sera plus qu'un régulateur aux pouvoirs très réduits (comme le fut le Président de la République en Autriche entre 1966 et 1970, qui perdit alors toute la puissance dont il jouissait avant, et qu'il ne put jamais retrouver, le Premier ministre étant devenu et resté le leader de la politique autrichienne) (103). Pour Maurice Duverger, jusqu'en 1986, les institutions françaises ont été " subjuguées par le mécanisme majoritaire ". C'était lui, et lui seulement, qui expliquait le décalage observé entre les pouvoirs que le Président tient de la lettre de la Constitution et ceux dont il disposait en pratique. Sa très grande puissance ne reposait pas sur la Constitution, mais sur la soumission de la majorité parlementaire au chef de l'Etat (104). " En élisant les députés, les citoyens décident si le Président pourra régner en monarque jacobin ou se borner à remplir les fonctions que la Constitution lui attribue. Ils viennent de lui ôter la majorité dont il disposait jusqu'ici. La Constitution s'appliquera tant que cette situation se maintiendra..." (105). Selon lui, en cas de coexistence, : " une monarchie parlementaire à l'anglaise remplacerait la monarchie présidentielle que nous avons connue sous Charles de Gaulle et Georges Pompidou. A la dissolution près, M. Giscard d'Estaing tiendrait le rôle de la

---

(101) A propos des controverses sur la notion de régime parlementaire et sur la qualification de la Ve République, cf. infra, n° 30 et s.

(102) Cf. *Echec au Roi, préc.*, p.33. Les régimes étudiés sont : la Finlande, l'Islande, la République de Weimar, le Portugal, l'Autriche, la France et l'Irlande.

(103) *Echec au Roi, préc.* p.122.

(104) *Bréviaire de la cohabitation, préc.*, p. 8.

(105) *Bréviaire de la cohabitation, préc.*, p.9.

Reine Elisabeth " (106). Quant au Premier ministre, il retrouverait les pouvoirs que lui accorde la Constitution. Et " ils sont immenses " (107). Le Chef du Gouvernement aura une " capacité de gouverner presque aussi grande que celle dont dispose Mrs Thatcher ou le chancelier Kohl " (108). Ainsi, en 1978 comme en 1986, M. Duverger souligne bien quel " bouleversement " (109) la cohabitation représenterait pour notre régime politique. Néanmoins, les scénarios qu'il propose ne sont pas toujours identiques.

**b ) Vers une monarchie parlementaire à l'anglaise ?**

**16** En 1978, M. Duverger estime qu'entre " un président et un premier ministre d'orientations opposées, deux jeux différents sont imaginables dans le cadre de la Constitution : celui de la guerre froide ou celui de la coexistence. Dans le premier, chacun puiserait dans l'arsenal de la loi fondamentale les moyens de gêner l'autre au maximum. Le chef de l'Etat discuterait toutes les nominations de hauts fonctionnaires en cherchant des prétextes à les bloquer. Il ergoterait sur ses prérogatives de président du Conseil des ministres, pour retarder ou gêner le dépôt des projets de loi. Il renverrait le maximum de textes en seconde lecture. Il saisirait le Conseil Constitutionnel le plus souvent possible. De son côté, le premier ministre ferait voter par sa majorité des lois organiques ou ordinaires réduisant à l'extrême les prérogatives présidentielles. Par son pouvoir réglementaire, il modifierait dans le même sens tous les décrets actuellement en vigueur. Il laisserait le chef de l'Etat se morfondre à l'Elysée, en limitant au minimum ses contacts avec lui. " Dans cette guerre froide, le premier ministre l'emporterait sur le président, parce que la Constitution lui donne presque tous les pouvoirs gouvernementaux, même dans les relations internationales et la défense " (110).. " La coexistence pacifique reste plus probable que la guerre froide. ... La coexistence se définit par la bonne volonté et le style des relations, sans modifier les rapports profonds. Elle met de l'huile dans les rouages, elle ne modifie pas la machine ". Le Président " n'aurait guère plus d'influence que ses collègues autrichiens et islandais sur la vie politique quotidienne, sur les orientations à long terme, sur les décisions du premier ministre et des ministres, sur celles de l'Assemblée nationale. Sauf sur un point capital : la dissolution " (111)... " Les nationalisations seraient-elles plus indigestes pour un libéral que le nationalisme pour un

---

(106) *Echec au Roi*, préc., p. 227-228.

(107) *Echec au Roi*, préc., p. 225.

(108) *Bréviaire de la cohabitation*, préc. p. 14.

(109) *Bréviaire de la cohabitation*, p. 9.

(110) *Echec au Roi*, préc. p. 223.

(111) *Echec au Roi*, préc. p. 225.

atlantiste ? .. De toutes façons, il faudrait bien s'y plier après une victoire de la gauche " (112).

En 1986, M. Duverger préconise également une coexistence pacifique, mais dans laquelle il reconnaît des prérogatives beaucoup plus importantes au chef de l'Etat que celles qu'il lui accordait en 1978 (notamment en matière de politique étrangère et de défense, en ce qui concerne la présidence du Conseil des ministres, le recours à l'article 11 pour réviser la Constitution, la possibilité d'empêcher une révision constitutionnelle qu'on voudrait lui imposer par l'article 89, le recours à l'article 16...). Il fait du responsable suprême de la République et de la France, " le veilleur et l'interprète" (qui pourrait s'opposer aux dénationalisations) , et lui reconnaît un " pouvoir modérateur " qui lui permet d'intervenir activement dans la politique quotidienne de la France. Nous sommes bien loin d'une monarchie parlementaire à l'Anglaise.

Ces contradictions doivent-elles nous conduire à rejeter l'analyse probabiliste des institutions ? Nous ne le pensons pas, pour deux raisons. En premier lieu, les défauts de l'analyse de M. Duverger sont, à notre point de vue, explicables par le caractère trop volontariste de sa démarche. Se voulant l'avocat d'une cause qu'il estime juste (devant le tribunal que serait le peuple, ce qui correspond sans doute à l'un des rôles importants de la doctrine), l'auteur perd sans doute une part de l'objectivité que lui aurait permis sinon d'éviter de telles contradictions (qui auraient pu s'expliquer par l'évolution des circonstances ou par l'évolution de ses conceptions juridiques, mais que l'auteur n'explique pas), du moins de les justifier par des motifs juridiques. Cet inconvénient ne nous semble pas marquer les études de Jean-Luc Parodi et Olivier Duhamel. En second lieu, leur méthode n'est pas la même, et il semble que l'analyse stratégique proprement dite soit largement en mesure d'expliquer l'évolution de la pratique de nos institutions durant la cohabitation (même si celle-ci a réservé quelques surprises à ses auteurs), mais c'est seulement après l'avoir étudiée plus précisément que nous pourrions mesurer le poids respectif de chacune des variables déterminantes qu'ils mettent en lumière (113). Nous serons amenés à constater que cette analyse stratégique a permis de mettre en lumière des " logiques potentielles ", mais dont le développement variera en fonction du système politique dans lequel fonctionnent les institutions (114). En toute hypothèse, ces deux analyses se rejoignent globalement dans leur conclusion : la cohabitation se traduira par une remise en cause de la suprématie présidentielle, et par le retour à la lettre de la Constitution.

---

(112) *Echec au Roi*, préc., p. 226.

(113) Sur les variables déterminantes, cf. infra, n° 153 et s. et 218 et s., et sur l'analyse stratégique cf. infra, n° 171 à 174..

(114) Sur l'apport de l'analyse stratégique, cf. infra, n° 171 et s.

## Section II                      UNE NOUVELLE LECTURE DES TABLES DE LA LOI.

Dans son message au Parlement, le huit avril 1986, le Président de la République appelle solennellement au respect de la lettre de la Constitution : " Les circonstances qui ont accompagné la naissance de la Ve République, la réforme de 1962 sur l'élection du Chef de l'Etat au suffrage universel et une durable identité de vues entre la majorité parlementaire et le Président de la République ont créé et développé des usages qui, *au-delà des textes*, ont accru le rôle de ce dernier dans les affaires publiques "... la novation qui vient de se produire requiert de part et d'autre une pratique nouvelle ", déclare solennellement le Président de la République dans son message au Parlement du huit avril 1986, invitant au respect de la Constitution (1). " Si chacun joue son rôle, dans le strict respect de la *lettre* et de *l'esprit* de la Constitution il n'y aura ni contretemps, ni blocage ", renchérit dès le lendemain le Premier Ministre (2).

Le problème est que la cohabitation remet justement en cause l'esprit dans lequel elle a été interprétée jusqu'en 1986, et qui était si souvent invoqué pour - sous couvert de lecture présidentielle - en ignorer, voire en violer, la lettre ( I ). Le respect de la Constitution semble en imposer une lecture parlementaire, si souvent évoquée par Michel Debré, et si souvent promise par la gauche. Mais les divergences de la doctrine sur la nature du régime et sur les lectures auxquelles il peut donner lieu révèlent toutes les difficultés du retour au texte de la Constitution qui est imposé par la coexistence ( II ).

---

(1) Cf *Pouvoirs*, n° 38, 1986, CCF, p. 190. (souligné par nous).

(2) Déclaration gouvernementale à l'Assemblée Nationale le 9 avril 1986. (Souligné par nous).

## I DU TEXTE A L'ESPRIT DE LA CONSTITUTION

Pour le Général de Gaulle, " Une Constitution, c'est un esprit, des institutions, une pratique" (3). Si l' on admet cette définition, qui, indubitablement, accorde la primauté à l'esprit sur la lettre de la Constitution , alors, on peut estimer avec François Goguel que la cohabitation conduit à un véritable changement de constitution (4), car l'esprit comme la pratique des institutions sont totalement bouleversés. Si, au contraire, on se réfère à la définition aussi bien matérielle (" ensemble des règles écrites ou coutumières qui déterminent la forme de l'Etat, la dévolution et l'exercice du pouvoir " (5) que formelle de la Constitution (" document relatif aux institutions politiques, dont l'élaboration et la modification obéissent à une procédure différente de la procédure législative ordinaire " (6)), on doit considérer que, puisque la France est dotée d'une Constitution écrite et rigide, la Constitution Française est le texte adopté par le peuple lors du référendum du quatre octobre 1958 (7), l'objet de la rédaction d'une constitution étant d'établir la primauté du texte sur la pratique ou la coutume (8). " Je ne pense pas que l'on puisse dire qu'on a changé de Constitution au sens exact du terme Constitution - estime Olivier Duhamel -. Peut-être qu'à la différence de François Goguel, je ne suis pas un adepte du spiritisme. Et donc la notion d'esprit de la Constitution qu'il faudrait invoquer, moi je ne sais pas très bien ce que cela veut dire. Je dirais plutôt que ce qui est nouveau c'est que nous découvrons une constitution. A la limite, s'il fallait dire les choses paradoxalement, le paradoxe que je soutiendrais n'est pas d'un changement de constitution, mais d'une entrée en vigueur de la Constitution " (9). Dès les premiers mois de son existence, la pratique de la Ve République s'est éloignée de plus en plus nettement de la lettre de la Constitution.

---

(3) Conférence de presse du 31 janvier 1964. Ce rappel d'une " vérité d'évidence " permet opportunément au premier Président de la Ve République " de caractériser notre régime politique sans référence à la lettre du texte constitutionnel qui est censé le régir " estime G. BERLIA dans *La conférence de presse du Président de la République du 31 janvier 1964*, RDP 1964, p.127.

(4) Cf débat *Sommes-nous entrain de changer de Constitution ?* entre J.JULLIARD, J.C.CASANOVA, O.DUHAMEL, F.GOGUEL et A.LEPORS, sur France Culture, automne 1986.

(5) *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 1985.

(6) *Idem*

(7) Dans ce sens voir R. BARILLON et alii, *Dictionnaire de la Constitution*, Cujas, 1986 : " Depuis la Révolution, la Constitution, en France, se présente sous la forme d'un corps écrit de règles fondamentales qui définissent le statut des gouvernants et assurent, par là, le respect des libertés publiques ".

(8) Cf. G. BURDEAU, F. HAMON, M. TROPER *Manuel de droit constitutionnel* LGDJ, 21ème ed, 1988, p.63.

(9) *Débat précité* sur les ondes de France Culture.

Cette " déviation " n'étant pas unanime admise, il est nécessaire d'en rappeler brièvement les principales causes et manifestations ( A ) avant de recenser les différents types de réaction auxquels elle a donné lieu, et qui permettent de mieux comprendre l'attitude de la doctrine et des hommes politiques à l'heure du retour - ou plutôt de l'avènement - de la lettre de la Constitution ( B ).

## **A MANIFESTATIONS ET CAUSES DE LA PRATIQUE PRESIDENTIALISTE.**

La différence entre la lettre et la pratique de la Ve République a été très abondamment étudiée par la doctrine, c'est pourquoi on se contentera ici d'en rappeler les traits les plus saillants.

### **1) Principaux aspects de la " déviation présidentialiste ".**

La pratique présidentialiste des institutions se caractérise par la rupture de l'équilibre des pouvoirs au profit du Président de la République ( a ) et par le mépris du texte constitutionnel qu'elle implique ( b ).

#### **a) L'affirmation de la suprématie présidentielle.**

**17** Quelques années avant la cohabitation, André Hauriou pouvait constater avec la très grande majorité de la doctrine que " La Constitution de 1958 organise un système parlementaire rationalisé, fonctionnant sous le contrôle d'un président-arbitre, qui détient, certes, de considérables attributions, mais ne semble devoir s'en servir, tout au moins à la lecture du texte, qu'en cas de circonstances exceptionnelles ou de fonctionnement défectueux des institutions. Dans la vie courante, l'essentiel de l'autorité paraît sortir d'un dialogue entre le Gouvernement, dont l'action est dirigée par le Premier Ministre, et le Parlement. Or, en fait, nous sommes dotés d'un régime dans lequel tout s'organise autour

de la volonté du chef de l'Etat " (10). L'article 5 de la Constitution confère au Président de la République un pouvoir d'arbitrage, notion qui sera entendue de plus en plus largement, jusqu'à être totalement méconnue. Elle suppose en effet pour le moins une certaine neutralité par rapport aux partis politiques, qui a totalement disparu. Alors que cet article avait vocation à limiter les pouvoirs du Président de la République, il sera utilisé pour justifier la direction effective de la politique par le Président de la République (11), au mépris des articles 20 et 21, qui prévoient que " le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation " ..(art. 20) et que " Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement " ..(art 21). Ainsi, le chef de l'Etat est-il progressivement devenu non pas un arbitre, mais un capitaine, capitaine des deux équipes, le Gouvernement et le Parlement, et capitaine du parti dont elles sont composées (12). Il est le supérieur hiérarchique, la source et le tuteur de toutes les autorités, ministérielle, , civile, militaire, et judiciaire (13). Le Gouvernement devient " la chose " du Président. " Le Gouvernement n'est plus une entité politique, mais un organe de suggestion, de préparation et d'exécution de la politique présidentielle. Le choix du Premier Ministre ne résulte pas d'un accord entre Président de la République et Parlement, mais de la seule volonté du Chef de l'Etat (qui dispense le nouveau gouvernement d'engager sa responsabilité devant le Parlement sur son programme), sous la seule réserve qu'il ne soit pas sanctionné par le vote d'une motion de censure. Il s'établit entre eux non pas des rapports de collaboration d'égal à égal, mais un rapport de subordination. Au chef de l'Etat incombe " le destin, c'est à dire le lointain et le continu ", au Premier ministre " la charge seconde, (il) mène l'action du moment et dirige les exécutants " (14). Cette exécution est toujours surveillée de très près par le chef de l'Etat, qui contrôle l'action du premier ministre de façon globalement de plus en plus dirigiste au fil des années (15). " Le Premier ministre et les ministres doivent exécuter la politique définie par le Président de la République, dès lors que le Président de la République a pour devoir de mettre en oeuvre le programme sur

---

(10) A. HAURIU, préface à la thèse de J.GICQUEL, *Essai sur la pratique de la Ve République*, Paris, LGDJ, 1968, p. I.

(11) Cf P.ARDANT, *L'article 5 et la fonction présidentielle*, *Pouvoirs*, n° 41, 1987; et cf infra.

(12) Ceci est particulièrement vrai sous la présidence de M.F. Mitterrand, qui déclarait en 1981 : " C'est la première fois dans l'histoire de la République qu'un parti dispose à lui seul de la majorité absolue des sièges à l'Assemblée nationale. Gambetta et de Gaulle avaient entraîné et couvert de leur nom et de leur prestige ce qui, en réalité, était une coalition de partis" (*Le Monde* 2 juillet 1981). Cf. J.L. QUERMONNE, *Un gouvernement présidentiel ou un gouvernement partisan ? Pouvoirs* n° 20, 1982, p. 79.

(13) Cf *Conférence de presse du 31 janv. 1964.*; et J.GICQUEL, *Essai sur la pratique de la Ve République*, préc., p. 69.

(14) De Gaulle, *Mémoires d'Espoir*, Plon, Paris, 1971, t. II, p. 68.

(15) Voir les actes du colloque *Les rapports entre Président de la République et Premier ministre (1959-1969)*, organisé conjointement par l'AFSP et l'Institut Charles de Gaulle, Paris, 17-18 novembre 1988. Par la suite les rapports entre les deux hommes ont évolué. J. GICQUEL estime que le présidentielisme a été mis en place par le Président G. Pompidou, mais qu'il a connu une crise avec V. Giscard d'Estaing (voir *thèse précitée*, mise à jour 1977). Ce dirigisme sera plus marqué encore entre 1981 et 1986 du fait que le Président de la République est le leader incontesté du parti qui a la majorité absolue à l'Assemblée nationale.



lequel il a passé contrat avec la nation " (F.Mitterrand (16)). Toutes les affaires importantes sont traitées par le Président de la République, et il se réserve, à l'instar des monarques de l'ancien régime et bien au-delà du prétendu domaine réservé (17), un véritable droit d'évocation, susceptible de s'exercer dans n'importe quel domaine (18), le développement considérable des services présidentiels traduisant et permettant une grande extension de ses compétences. Le Premier Ministre n'est plus tout à fait assez soumis ? Qu'à cela ne tienne, le Président de la République en change, pour un autre plus docile (19). Plus, même, il s'établit de véritables rapports d'allégeance entre celui qui s'estime, à l'instar de Louis XV (20), le seul représentant voire le seul détenteur de la souveraineté (21), et aussi bien le Gouvernement que le Parlement. " A partir de l'instant où un *lien d'allégeance* existe entre deux hommes, les dispositions constitutionnelles afférentes aux autorités qu'ils incarnent se trouvent en porte-à-faux; à la limite même, elles n'ont plus de raison d'être.(...) L'allégeance du Premier Ministre à l'égard du Président de la République signifie que celui-ci a désormais la possibilité de le révoquer, monobstant les dispositions contraires du texte de 1958 et les déclarations convergentes des constituants " (22). La suprématie présidentielle est nettement affirmée par tous les Présidents de la République : " Nul n'ignore, au sein du Gouvernement comme ailleurs, que le Président de la République peut à tout moment faire prévaloir l'opinion qu'il a de l'intérêt national ", rappelait M.F.Mitterrand en 1981 (23).

Le Président de la République dirige tout aussi sûrement le Parlement, à travers le Gouvernement (24). L'Assemblée songe-t-elle à se rebeller contre cette monocratie ? Le chef de l'Etat la dissout, et le peuple, préférant le Président de la République au chaos, lui

---

(16) *Interview télévisée du 9 décembre 1981*. Dans une interview à la BBC le 8 sept. 1981 il avait déclaré : " J'agis, ou j'interviens, pour ce qu'on pourrait appeler les grandes directions, les grandes orientations ".

(17) Sur le " domaine réservé " cf infra, n° 100 à 107.

(18) Certes, le général de Gaulle s'intéressait-il surtout aux affaires de politique étrangère et de défense, dont il avait pris la direction effective, malgré les dispositions de la Constitution; mais il est intervenu directement dans le détail de certaines affaires de politique intérieure. Il en fut de même pour ses successeurs. Cf. J. GICQUEL, *thèse précitée* 160, et infra n° 100.

(19) cf.infra n° 42 et 68

(20) Qui affirma dans un lit de justice au Parlement de Paris en 1766 : " C'est en ma personne seule que réside l'autorité souveraine dont le caractère propre est l'esprit de conseil, de justice et de raison.."

(21) Cf. J. GICQUEL, *thèse précitée*, p. 273.

(22) J. GICQUEL, *thèse préc.* p. 124. (mots soulignés par l'auteur).

(23) Cité par O.DUHAMEL, dans *1981: la Ve achevée*, précité, p. 129. Néanmoins, contre l'idée reçue selon laquelle le chef de l'Etat est le maître absolu du pouvoir : cf. Ch. DEBBASCH, *Le Président de la République et le Premier ministre dans le système politique de la Ve République. Duel ou duo ?* RDP 5. 1982.

(24) La rationalisation du parlementarisme dans la Constitution de 1958 permet en effet au Gouvernement de diriger le travail législatif (cf infra, n° 56 et s).

renvoie une assemblée de godillots (25). " Nous tirons de lui notre existence, notre pensée, notre unité. Mais si nous sommes sa chose, il n'est pas la nôtre " soulignait M. A. Chalandon (26). Et M. M. Habib-Deloncle de renchérir : " Nos députés ont été élus sur une équation " UNR = de Gaulle ". Cette équation nous crée un devoir de fidélité inconditionnelle envers le général, sa personne et sa politique " (27). Cette soumission de l'Assemblée nationale au chef de l'Etat grandit encore à l'époque pompidolienne, pour régresser ensuite à l'heure où le RPR se rebellait contre M. V. Giscard d'Estaing. Depuis que M. Mitterrand est président de la République, les députés sont plus que jamais les hommes lige du chef de l'Etat, grand maître de leur parti politique et grand maître de l'Etat, et ceci est plus vrai encore en 1988 qu'auparavant, puisqu'ils n'ont même pas été élus pour un programme, mais simplement parce qu'ils étaient les vassaux du chef de l'Etat (28).

#### b) Le mépris de la Constitution.

18 " A aucun moment de notre histoire constitutionnelle, les textes n'ont été autant relatifs, c'est à dire autant ignorés par ceux qui avaient la charge de les appliquer ", souligne Jean Gicquel (29). De nombreux articles de la Constitution étaient soit ignorés (ainsi les articles 20 et 21 susévoqués), soit "détournés" (ainsi l'article 5 (30)), soit franchement violés (il en fut en particulier ainsi de l'article 11 lorsqu'il fut utilisé pour réviser la Constitution; de l'article 29 alinéa 1 puisque le général de Gaulle refusa d'accéder à la demande qui lui était faite de convoquer le Parlement en session extraordinaire; de l'article 49 alinéa 1, lorsque certains premier ministres négligèrent d'engager la responsabilité de leur gouvernement sur leur programme; et de l'article 89, lorsque G.Pompidou décida de ne pas soumettre le projet de révision voté en termes identiques par les deux assemblées soit au vote du Congrès, soit à référendum (31). " Au fur et à mesure que les institutions de 1958 montraient leur inexistence, elles étaient

---

(25) On observera que ces " godillots " ne méritaient sans doute pas toutes les critiques qui leur ont été faites, car la conjoncture de l'époque ne leur laissait pratiquement aucun choix quant à l'attitude à adopter, les résultats des élections législatives qui ont suivi la dissolution de 1962 le montrent avec suffisamment d'éloquence.

(26) *Conseil national de l'UNR*, 26 juillet 1959, cité par J. GICQUEL, *thèse précitée*, p.297.

(27) *Rapport sur le rôle de l'UNR dans la Ve République. Assises nationales de l'UNR*, Bordeaux, novembre 1959, cité par J. GICQUEL, *Thèse préc.*, p. 297.

(28) *La lettre à tous les français* de M.F.Mitterrand semble tenir lieu de programme politique aux candidats socialistes à la députation. Il s'agit bien plus d'un ensemble de généralités sur les idées de M.Mitterrand que d'un véritable programme politique - du type des 110 propositions faites aux français en 1981, ou de la plate-forme de gouvernement du RPR et de l'UDF de 1986, qui contenaient des engagements précis -.

(29) Cf. *Thèse précitée*, p. 119.

(30) Cf. *infra* n° 108 et s., 114-115 et 274.

(31) Pour plus de précision à propos de chacun de ces articles, cf. *infra*, chap. II.

remplacées par des pratiques tout empiriques et personnelles " (32). Après avoir durant des années critiqué vivement la Ve République, puis la pratique présidentialiste des institutions, la gauche s'y est progressivement ralliée (33), jusqu'à en épouser tous les contours, tous les avantages et tous les vices. M. Mitterrand n'affirmait-il pas que " puisque les institutions le veulent, le Président de la République est devenu le maître absolu de toutes les décisions du pouvoir exécutif " ? (34). Etaient-ce vraiment les institutions qui le voulaient, ou cela n'était-il pas aussi imposé par des causes surtout conjoncturelles ?

## 2) Principales causes de la pratique présidentialiste.

S'il est un peu artificiel de séparer ici les causes conjoncturelles ( a ) des causes structurelles ( b ) tant elles ont agi et rétroagi les unes sur les autres, cette distinction est cependant nécessaire pour mesurer toutes les difficultés auxquelles se heurte l'avènement d'une " nouvelle lecture " de la Constitution.

### a) Facteurs conjoncturels.

**19** Nous avons pu constater que la cause première de la lecture présidentialiste de la Constitution réside dans la légitimité démocratique du chef de l'Etat, plus encore, dans le " contrat de confiance " qui l'unit au peuple, et qui est renouvelé à l'occasion de chaque référendum ou élection présidentielle. Elle a pour conséquence la raison majeure de la prééminence présidentielle : l'identité de vues entre le Président de la République et la majorité parlementaire. J.C. Colliard a fort bien montré que ce qui fait la spécificité de la France à cet égard, au sein des autres régimes parlementaires, est le fait que le Président de la République française soit le véritable chef de cette majorité, et il sera d'autant plus puissant que la majorité non seulement sera plus forte, mais le reconnaîtra comme son leader incontesté (35). M. Duverger a pu dresser un schéma montrant l'évolution des pouvoirs du chef de l'Etat en raison de sa position par rapport à la majorité, et qui montre

---

(32) G. VEDEL, *L'inexpérience constitutionnelle de la France, La Nef*, 1961, p.13.

(33) Cf. O. DUHAMEL *La gauche et la Ve République*, thèse, Paris, PUF, 1980.

(34) Déclaration à *Cartes sur table, Antenne deux*, 9 octobre 1978, cité par O. DUHAMEL, *La gauche et la Ve République*, préc. p. 280.

(35) Cf. *Les régimes parlementaires contemporains*, préc.

clairement qu'ils sont très réduits en cas de cohabitation (36). Ce facteur doit être considéré comme conjoncturel, puisqu'il est lié à une situation politique donnée, et qui est bouleversée en période de cohabitation; mais il peut aussi être regardé comme partiellement structurel, en ce qu'il est directement déterminé par la structure du régime. Les autres causes conjoncturelles majeures de cette évolution semblent plus liées aux hommes et aux partis politiques, bien qu'elles soient elles aussi largement permises, voire déterminées par le système (au sens de l'analyse systémique (37)) de la Ve République. Celles qui nous paraissent les plus déterminantes sont la perception gaullienne des institutions et l'adhésion du parti socialiste à la Ve République (38).

D'éminents auteurs ont démontré, et tous les manuels de droit constitutionnel soulignent aujourd'hui combien le fondateur de la Ve République a marqué nos institutions, c'est pourquoi nous n'évoquerons rapidement que certains aspects de cette paternité, et en particulier ceux qui sont souvent oubliés aujourd'hui. On a tendance à oublier que ce chef d'Etat était un militaire, et qu'il raisonnait avant tout de manière *pragmatique*, et en termes de stratégie. La Constitution de 1958 est le fruit d'un compromis, d'un " mariage contre nature " entre le Général de Gaulle et de nombreux parlementaristes. Or, le colloque consacré au XXXe anniversaire de la Constitution de 1958 a rappelé très clairement que les rédacteurs de la Constitution étaient bien loin d'escompter le résultat obtenu au référendum du 4 octobre (39). Aussi se souciaient-ils beaucoup d'élaborer un texte " acceptable " par la majorité des français, le plan des uns consistant à faire des concessions au militaire dont ils espéraient bien se débarrasser sitôt le problème de l'Algérie réglé. L'objectif du général était plutôt d'obtenir le fondement d'un régime qu'il pourrait construire ensuite par la pratique (40). " Ce que l'on a appelé le compromis de 1958 ne fut jamais en vérité dans l'esprit du général de Gaulle qu'un expédient provisoire, coup de chapeau à peine courtois aux chefs des partis de la IVe République déchue " (41). " D'une certaine façon, et pour paradoxal que cela puisse paraître, on peut estimer, sans outrecuidance, que le général de Gaulle établit une Constitution, non pas tant par conviction que pour sacrifier à un rite. Il se refuse à voir, en elle, un instrument de limitation du pouvoir. Les déconvenues de la classe politique

---

(36) Cf *supra* n° 15-16.

(37) Sur les notions de régime politique et de système politique, cf. *supra* n° 27, et *infra*, n° 140 et s., et 213 et s..

(38) Pour une vue d'ensemble des rapports Président de la République - majorité parlementaire, cf. J.L. QUERMONNE, *Le cas français : le Président dominant la majorité*, dans *Les régimes semi-présidentiels*, sous la dir. de M. DUVERGER, préc., p. 183-208, l'auteur souligne que l'ampleur des prérogatives présidentielles est imputable non seulement à l'appui de la majorité parlementaire, mais aussi à l'attribution d'un véritable pouvoir d'Etat au Président de la République, au soutien de l'opinion publique, et de la haute fonction publique (p. 207).

(39) Organisé par l'AFC et l'AFSP, Aix en Provence, 8-10 sept. 1988.

(40) G.BERLIA, *La conférence de presse du Président de la République du 31 janvier 1964*, préc.

(41) A. BRIMO, *A propos de la typologie des régimes constitutionnels des démocraties occidentales contemporaines*, Mém. P.COUZINET, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 28.

procèdent de leur illusion constitutionnelle sur ce point capital " (42). Lorsque le général de Gaulle déclare que " concurremment avec l'esprit et avec le texte, il y a eu la pratique " (43), l'ordre dans lequel il emploie ces termes, et le choix d'un mot évoquant des rapports conflictuels pour décrire leurs relations montre bien (de la part d'un personnage qui maîtrisait parfaitement la langue française et attachait beaucoup d'importance au choix des mots) qu'il accorde une place prééminente à l'esprit par rapport à la lettre, et un rôle presque aussi important à la pratique. Mais qu'importe, au fond, puisqu'il est intervenu à ces trois niveaux ? Ainsi, la lecture gaullienne de la Constitution " s'est imposée avec d'autant plus de facilité que, titulaire du pouvoir, le " lecteur " en était en même temps l'écrivain " (44). " Je ne vais pas laisser mourir la France par respect pour le juridisme " déclarera-t-il à propos de la réforme de 1962 (45).

Mais de Gaulle ne put ainsi mépriser le texte de la Constitution que parce que *son charisme* (46), *les circonstances dans un premier temps, et sa popularité ensuite*, lui assuraient la soumission du Premier ministre et de la majorité parlementaire. Le problème de la guerre d'Algérie " relègue au second plan des préoccupations les déformations subies par le texte de 1958, à vrai dire plus souvent ignoré qu'appliqué " (47). " C'est au nom de l'Algérie que le Parlement s'est incliné devant toutes les violations de la Constitution " (48). " Pour l'opposition, la crise de la décolonisation jugulée, les libertés prises avec le texte de 1958 ne sont plus de mise. Elle demande, en conséquence, le respect de la lettre et de l'esprit de la Constitution : le retour du chef de l'Etat à son rôle d'arbitre, le libre dialogue entre le Cabinet et le Parlement, la restauration progressive des institutions républicaines " (49). De Gaulle ne veut pas abandonner les institutions de la France aux luttes intestines des partis. Il " est à la fois un idéologue d'une belle fermeté de vision, d'une imposante continuité et un praticien d'un opportunisme et d'un cynisme déprimants " (50). Aussi continue-t-il à régner en monarque alors même qu'il ne pouvait plus le justifier par des circonstances particulières. " Une fois les bases posées, le général suivait une démarche

---

(42) J. GICQUEL, *thèse précitée*, p.52.

(43) *Conférence de presse du 31 janv. 1964, préc.*

(44) J. L. PARODI, *Lectures de la Constitution, Projet*, sept-oct 1977, p. 957.

(45) Cité par J.GICQUEL, *thèse préc.*, p.143.

(46) " L'autorité de la personne est telle qu'un Premier ministre, si longtemps soit-il installé à Matignon, si désireux soit-il, comme il est naturel, de faire valoir ses propres conceptions, ne saurait perdre de vue sa subordination. Une sorte de fidélité intellectuelle s'impose à lui qui le conduit à n'exercer sa propre autorité que dans le sens de la pensée "gaulliste" ", déclare G. Pompidou, répondant en tant que Premier ministre à des quest. Or. avec débats à l'Ass. nat., le 24 avril 1964 (J.O. du 25, p. 941 et suiv.).

(47) J. GICQUEL, *thèse préc.* p.

(48) J. GICQUEL, *thèse préc.* p. 235.

(49) G. VEDEL, *Vers un nouveau régime, L'année dans le monde, 1962-1963*, p. 42 (cité par J.GICQUEL, *thèse préc.*, p. 237.)

"La guerre d'Algérie étant terminée, il faut enfin appliquer la Constitution" s'exclame P.Reynaud dans (*Et après*, 1964, p.109, même source).

(50) J. LACOUTURE: *De Gaulle*, 1965, p.161 et 162.

pragmatique. Son point de vue était celui, non du juriste en présence de textes à mettre en oeuvre, mais du stratège qui combine les moyens pour vaincre l'ennemi dans une succession de batailles. Ses déclarations ne faisaient que dogmatiser l'action opportune dans chaque situation jusqu'à ce qu'une conjoncture différente exigeât un changement de dispositif " (51). " L'acteur a forgé et enraciné le système, le système a forgé et enraciné les acteurs " (52). En s'appuyant sur le peuple contre les partis, le général de Gaulle est parvenu à créer une pratique présidentialisante qui sera renforcée par ses successeurs (53), qu'il s'agisse de G. Pompidou, guère plus soucieux que le général du respect de la lettre de la Constitution (54), de M. V. Giscard d'Estaing, qui affirme régulièrement qu'il fait une lecture présidentialisante des institutions, ou de M.F. Mitterrand, qui, tout en affirmant qu'il a une pratique plus parlementariste du régime (55), est plus gaulliste que de Gaulle lui-même (56). " Bien sûr, je suis le patron ", s'exclame-t-il au lendemain de son élection en 1981 (57). Mais ce revirement, dont l'opportunisme n'a rien à envier à celui du fondateur de la Ve République, est directement déterminé, d'abord par une loi générale révélée par Olivier Duhamel et qui montre que plus les partis politiques sont proches du pouvoir et

---

(51) J. PETOT, *La Ve République et la continuité du pouvoir sous de Gaulle et Pompidou* RDP, 1974, p. 1651.

(52) G. VEDEL, *Postface à un exercice de rétrofiction*, Mél. DUVERGER, PUF, 1987, p. 221.

(53) On peut estimer avec P. Messmer que " le général de Gaulle, auquel en son temps on a beaucoup reproché d'exercer un pouvoir personnel, avait une pratique du régime moins présidentielle que ses successeurs ", il est par exemple des secteurs dans lesquels il n'est jamais intervenu de manière pressante (ainsi celui de l'économie et des finances, dans lequel tous ses successeurs sont intervenus de manière plus directe et quotidienne que lui) (intervention au colloque " *les régimes semi-présidentiels*", sous la direction de M. DUVERGER, PUF, 1986, p.89).

(54) " Sur le plan de la politique politicienne, Georges Pompidou dont les scrupules légalistes étaient aussi peu développés que ceux du général, a incontestablement préservé l'héritage de déséquilibre eu profit de l'Elysée. Premier ministre, il avait multiplié les déclarations d'allégeance au chef de l'Etat; devenu chef de l'Etat, il entendait bénéficier de la même prérogative (...) Le remplacement de J. Chaban-Delmas, fortement soutenu par une majorité parlementaire qui se révéla, dès la disgrâce, composée de muets du sérail, montra où était réellement le pouvoir " : J. GEORGEL, *Vingt ans de Cinquième*, Tribune Libre, R.A. n° 202, 1981, p. 397.

(55) En ce sens, cf. J.L. QUERMONNE *Un gouvernement présidentiel ou un gouvernement partisan ?*, *Pouvoirs* n° 20, 1982, p. 67-87. L'auteur souligne que les premiers mois de fonctionnement du régime montrent une certaine "déprésidentialisation" de nos institutions.

(56) J. ROBERT rappelle que, dans une première phase, il voulut rétablir l'équilibre des institutions : " d'abord il me fallait remettre chaque institution à sa place - déclare M.F.Mitterrand dans une conférence de presse de septembre 1981 - : le gouvernement gouverne, le Parlement légifère et participe aux débats, sans contrainte d'aucune sorte. Quant à moi, si j'entends exercer la plénitude des responsabilités que le peuple souverain m'a confiées, je ne veux me substituer ni à l'un ni à l'autre des pouvoirs. L'équilibre des institutions y gagnera"...Mais " à peine quelques mois plus tard, pourtant - observe J. ROBERT - il infléchira nettement sa pensée dans le sens d'un renforcement, non dissimulé, de ses pouvoirs personnels " : il se déclare " le premier responsable de la politique française", à défaut du " nous ", un peu désuet, de majesté, emploie un " je " très appuyé (" j'ai indiqué cette directive à Monsieur le Premier Ministre qui est naturellement d'accord...), ne place aux postes les plus importants que des compagnons de route dont la fidélité est à toute épreuve, et il grossit les services de l'Elysée au point d'en faire un " Super-Matignon ". On notera que, M. F.Mitterrand ayant réalisé que plus il intervenait directement dans la direction de la politique gouvernementale, plus il était impopulaire, il prendra par la suite un peu plus de distance par rapport aux affaires.

(57) Cité par M. Roland Dumas, intervention au colloque *Les régimes semi-présidentiels* (M. DUVERGER, dir), PUF, 1986, p.93

mieux ils en épousent les institutions (58), et ensuite par le système de la Ve République lui-même. L'adhésion de la gauche à la pratique présidentialiste consacre et fait perdurer ces usages au point qu'il devient difficile de contester la thèse de Jean Gicquel, qui affirmait dès 1967 que, sous la Ve République, " le texte est moins important que la pratique qu'il a suscité " (59). Cette pratique ne peut être remise en cause par la cohabitation que si les causes structurelles qui l'ont impliquée n'empêchent pas le recours à un nouveau principe d'interprétation.

#### b ) Les causes structurelles de la lecture présidentialiste.

20 Il s'agit essentiellement des moyens qui permettent au Président d'assurer sa suprématie, et de la légitimité que lui confère son élection au suffrage universel direct.

" Sans doute, l'un des thèmes favoris de l'opposition a-t-il été et est-il encore de demander le retour à une exacte application de la Constitution. Mais la formule n'a pas de sens - estime le Doyen Vedel (60) - : elle désigne simplement la conception que le centre gauche, rallié au " oui " en septembre 1958, se faisait d'institutions dont il n'était ni l'auteur ni le principal approuvateur. Pour quiconque était attentif à la manière dont la Constitution répartissait les compétences (ce qui est à tout prendre secondaire), mais les armes politiques (ce qui est l'essentiel), il était clair que l'" arbitrage ", les rapports du chef de l'Etat et du Gouvernement, le rôle du référendum ou de la dissolution pouvaient s'entendre de bien des manières et, en la matière, aucun concile ne peut définir l'orthodoxie ". L'analyse stratégique des institutions nous ayant montré que la combinaison des éléments contraignants ayant déterminé l'évolution présidentialiste des institutions a été bouleversée par la cohabitation, et qu'il devrait s'en suivre une notable réduction des pouvoirs présidentiels (61), nous n'évoquerons ici très rapidement que le dernier élément invoqué par le Président de la République pour expliquer le développement de pratiques qui, " au delà des textes " ont établi la prééminence présidentielle, à savoir la réforme de 1962 établissant l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. Le chef de l'Etat qui dispose de ces armes, voit son autorité renforcée par la réforme de 1962.

De nombreux auteurs ont considéré que le changement de *mode d'élection du Président* de la République modifiait radicalement le régime de la Ve République : " la réforme a une immense portée : elle bouleverse complètement les perspectives d'évolution

---

(58) Cf. O. DUHAMEL *La gauche et la Ve République*, thèse préc., et en particuliers les tableaux p. 551 et 552.

(59) *Thèse préc.*, p.27.

(60) Cf *Le pari de la succession*, *La Nef*, 1968, p. 145-159 (reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, Tome I, p.536).

(61) Cf. *supra* n° 9 et s.

du régime et sa structure même " (62). A la fin de la période 1958-1962, " l'institution constitutionnelle et parlementaire est ravagée (...) le chef de l'Etat domine les ruines des autres pouvoirs, dont il lui reste seulement à justifier la mise à sac ". C'est l'objet de la révision constitutionnelle de 1962, " qui fonde un nouveau régime " (...) (63). " La nature juridique de la Ve République se transforme, même si elle demeure équivoque (...) Une manière de régime présidentiel, à la mode de Weimar, succède à une manière de régime parlementaire. Sous ce rapport, la loi référendaire est moins une révision que la novation de la Constitution. A tout le moins elle comble, en partie, le fossé existant entre la lettre et la pratique du régime (...) Bref, elle aboutit à pétrifier une pratique qui, jusque-là, tenait à des circonstances et un homme " (64). Le vote des français en faveur du général de Gaulle est interprété comme une bénédiction du souverain approuvant, voire encourageant son interprétation de la Constitution : lors du référendum d'octobre 1962 " Le pays a dit et confirmé qu'il approuve la manière dont le général de Gaulle a conçu et pratiqué sa fonction " - estime. Pompidou (65) -. M. Mitterrand, qui avait vivement combattu le référendum de 1962 qui accentuait singulièrement la présidentialisation du régime " a admis, par la suite, que le peuple avait ratifié la forme et le fond " (66). Pour Pierre Avril, " en forçant à peine le trait, on pourrait dire que la spécificité de la Ve République relève de ce que les anglais appellent une " convention de la Constitution ", c'est à dire un accord sur la manière dont sont exercés les pouvoirs qu'elle attribue (67). Rompant avec la tradition républicaine, qui avait oblitéré le chef du pouvoir exécutif de 1875 et dicté une pratique caractérisée par la souveraineté parlementaire, la nouvelle conception du Président - imposée par la pratique gaullienne dès 1959 et dénoncée comme un " coup d'Etat permanent " - a été explicitement l'enjeu du référendum du 28 octobre 1962 qui l'a pérennisée par l'élection au suffrage universel. C'est donc cette conception là qui identifie le régime et que la cohabitation serait susceptible de remettre en cause " (68). Mais pour bien saisir toute la difficulté de cette remise en cause, il faut évoquer les principales réactions auxquelles a donné lieu cette pratique.

---

(62) M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 8e éd. 1965, p.504. Au contraire, Guy Mollet estime que cette révision ne modifie pas profondément le régime, puisque le général de Gaulle n'a pas voulu modifier les articles de la Constitution autres que ceux qui sont relatifs à l'élection du Président de la République : *Table ronde de la RPP*, janv. 1973; cité par G. BERLIA, *L'élaboration et l'interprétation de la Constitution de 1958*, RDP 1973, p.490.

(63) J. GEORGEL, *Vingt ans de Ve*, R.A. n° 202, 1981, p.395.

(64) J. GICQUEL, *thèse précitée*, p.258.

(65) G. Pompidou, J.O., *débats parlementaires, Ass. nat.*, 24 avril 1964, p. 941 et suiv.. Dans le même sens, cf. sa *conférence de presse du 10 juillet 1969*. M.V. Giscard d'Estaing déclare également que "...notre régime, la Ve République, modifié par le référendum de 1962, est un régime présidentieliste ". *Réunion de presse du 25 juillet 1974*.

(66) J. ROBERT, *Le rôle du Président, Après-demain*, n° 271-272, fév-mars 1985, p. 10.

(67) Sur la notion de conventions constitutionnelles, cf. *infra*, n° 201.

(68) Dans *Fin de la Constitution gaulliste ?*, revue *L'Esprit*, n° 136-137, Mars-Avril 1988, p. 40.



## B LES REACTIONS SUSCITEES PAR LA LECTURE PRESIDENTIALISTE

Il convient de rappeler brièvement quelles sont les réactions les plus extrêmes auxquelles cette pratique a donné lieu ( a ) avant d'analyser les arguments juridiques qui ont été invoqués pour l'expliquer, voire la légitimer ( b ).

### 1) De la négation à la condamnation de l'écart entre le texte et la pratique.

De nombreux hommes politiques et certains auteurs estiment que l'interprétation présidentialiste correspond parfaitement à la lettre du texte ( a ). D'autres, et en particulier la gauche avant qu'elle ne parvienne au pouvoir, ont vivement critiqué cette déviation ( b ).

#### a) La négation de la dérive présidentialiste.

21 Pour ceux qui ont une vision très gaullienne de nos institutions, la pratique présidentialiste de la Ve République n'est aucunement une dérive, mais l'essence même du régime. " Pour cet intégrisme gaulliste (manifesté par M.R. Barre), la pratique de 1962-1986 n'est pas l'un des régimes possibles dans le cadre de la Constitution de 1958-1962 : elle est la seule qui corresponde à l'esprit de cette Constitution, tel que le général l'a exposé dans de nombreuses déclarations publiques " (69). Tous les Présidents de la République et les premiers ministres, jusqu'en 1986, ont eu tendance à affirmer que leur pratique présidentialiste était la seule possible (cette assertion doit cependant être nuancée pour M. Michel Debré (70) et pour les deux derniers présidents de la République, que la conjoncture a amenés à nuancer leurs assertions (71)). A maintes reprises, G. Pompidou a réaffirmé son attachement à la pratique gaullienne des institutions : " Notre Constitution, modifiée par le référendum qui a institué l'élection du Président de la République au

---

(69) M. DUVERGER, *Le système politique français*, PUF, Thémis, 1985, p. 570.

(70) Cf infra n° 25 n° 23 et s.

(71) Pour M. V. Giscard d'Estaing et M. F. Mitterrand, qui ont pour le premier envisagé, et pour le second pratiqué la cohabitation, plusieurs interprétations sont possibles, en fonction de la position du chef de l'Etat par rapport à la majorité parlementaire.

suffrage universel, a clairement posé le principe de la priorité du chef de l'Etat.(...) Le chef de l'Etat, investi directement de la confiance de la nation, est et doit être le chef incontesté de l'exécutif " (72). Mais le discours de M.V.Giscard d'Estaing laisse entendre que plusieurs interprétations sont concevables: " notre régime, la Ve république, modifié par le référendum de 1962, est un régime présidentiel, c'est à dire un régime dans lequel les attributions du Président de la République, concernant l'impulsion de la politique, sont des attributions très importantes. (...) Mon interprétation est l'interprétation présidentiel des institutions, mais dans le cadre des textes existants " (73). L'identité de vues entre le chef de l'Etat et la majorité parlementaire, que tous les présidents de la République ont appelée de leurs vœux à chaque élection présidentielle (74), ou rétablie par une dissolution, est dès lors présentée comme étant indispensable à la survie du régime : " le chef de l'Etat ne peut (...) se passer d'un Gouvernement qui ait l'appui de l'Assemblée nationale. (...) nous retrouvons d'ailleurs la loi générale selon laquelle il ne peut pas y avoir d'Etat démocratique valable sans un exécutif cohérent disposant d'une majorité parlementaire " (75). Ainsi, selon René Capitant : " La réalité correspond exactement au schéma théorique " (76).

A la veille de la cohabitation, M.R. Barre est le plus ardent défenseur de cette conception, qui conduit à refuser la cohabitation, comme étant contraire à la Constitution "...Cette situation, si elle n'est pas interdite par la lettre de la Constitution, est en contradiction flagrante avec son esprit, surtout si l'on veut bien tenir compte de la réforme de 1962 introduisant l'élection du Président au suffrage universel. Le Président de la République est le chef de l'exécutif; il ne saurait y avoir de dyarchie à la tête de l'Etat; le président et son gouvernement doivent être soutenus par une majorité cohérente et solidaire : voilà ce qu'ont toujours dit le général de Gaulle et ses successeurs (...) Je suis en effet convaincu que la cohabitation serait intenable - pour ne pas dire invivable - pour le président de la République qui devrait soit avaliser en permanence des décisions contraires à ses convictions politiques, à ses engagements, aux actes de son précédent gouvernement, soit s'y opposer en se livrant à une série de combats de retardement, qui paralyseraient les institutions (...) Nos institutions perdraient à la fois en efficacité et en

---

(72) Dans *Le noeud gordien*, Plon, 1974, p. 63 et s. Cf. en particulier G. Pompidou, *conf. de presse du 10 juillet 1969* : "...le choix fait par le peuple français démontre son adhésion à la conception que le général de Gaulle a eue du rôle du Président de la République : à la fois chef suprême de l'exécutif, gardien et garant de la Constitution (...) à la fois arbitre et premier responsable national". Il déclare également ( en qualité de Premier ministre, répondant à des questions orales avec débats à l'Ass. nat. le 24 avril 1964 (J.O. du 25, p. 941 et suiv.) : " le général de Gaulle, dans l'application qu'il faisait de la Constitution, marquait nettement l'affirmation du pouvoir présidentiel que le texte constitutionnel avait voulue ".

(73) *Réunion de presse* du 25 juil. 1974.

(74) Cf. *Supra*, introduction.

(75) G. Pompidou, répondant, en qualité de Premier ministre, à des questions orales avec débat à l'Ass.nat., le 24 avril 1964 (J.O. 25, p. 941 et s.).

(76) Dans *La structure générale des pouvoirs*, dans *l'Etat*, tome X de l'*Encyclopédie française* (1964), p. 162.

dignité ! (...) " (77). " La joyeuse fantaisie , inaugurée en 1986, qui consiste à mettre au sommet de l'Etat deux hommes dont la conception politique est diamétralement opposée, ne peut conduire à des résultats satisfaisants " (78). Dans cette logique institutionnelle, le chef de l'Etat doit démissionner si le peuple élit une majorité parlementaire qui lui est hostile (cette position avait été soutenue par René Capitant dès 1966 (79)). De même M.M. Rocard critiquait-il, en 1973, ceux qui laissaient entendre que l'on pourrait garder le président (80), J. Chirac estimait-il en 1978 que M. V. Giscard d'Estaing ne pourrait poursuivre son mandat en cas de victoire de la gauche aux élections législatives (81), et M. Barre invitait-il M. F. Mitterrand à tirer les conséquences de l'échec de la gauche). Ainsi, il n'existerait qu'une interprétation possible de la Constitution de 1958, et toute autre lecture ne serait qu'une pure " élucubration constitutionnelle " (82). Dans cette optique, la cohabitation est une véritable remise en cause de la Constitution, voire un changement de Constitution.

**b) La condamnation de la dérive présidentiale.**

22 " Violée, bafouée, outragée, méprisée, trahie..." quels termes n'ont été employés pour condamner une pratique trop éloignée du texte de la Constitution ? " La Constitution est violée, le Parlement dépouillé " (83), " le peuple est abusé " (84) s'indignent les parlementaires à la veille du référendum relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. " Considérant que (...) le Président de la République viole la Constitution ", l'Assemblée nationale censure le gouvernement, par une motion déposée le 2 octobre 1962, qui sera adoptée par une majorité de 280 voix. Aucun autre Gouvernement ne fut - jusqu'à ce jour - renversé sous la Ve République, car la dissolution qui suivit cette rébellion des députés, ainsi que l'approbation populaire exprimée lors du référendum d'octobre 1962, les dissuadèrent pour longtemps de s'insurger contre la pratique présidentielle des institutions. Mais l'opposition ne désarma pas, et les critiques les plus vives de cette déviation sont venues de la gauche - avant 1981 - qui trouva en Guy Mollet et M. F. Mitterrand ses orateurs les plus éloquents : " Quinze ans

---

(77) *Allocution aux journées parlementaires UDF de Divonne*, le 27 septembre 1983, reproduite dans R. Barre, *Réflexions pour demain*, Hachette, coll inédit, pluriel, 1984, p.154 et suiv.

(78) Cf. *Le Monde*, 20-21 sept. 1987.

(79) Cf. *infra*.

(80) *Le Monde*, 14 février 1973, cité par O. DUHAMEL, *De l'alternance à la cohabitation ou l'énigme résolue de la Constitution*, préc., p. 525.

(81) O. DUHAMEL *De l'alternance à la cohabitation ou l'énigme résolue de la Constitution*, préc. p.525.

(82) Expression employée par R. Barre dans son discours à Lyon, *Eurexpo*, le 15 décembre 1985, p.14.

(83) Intervention de Paul Reynaud au débat de l'Assemblée nationale du 4 octobre 1962 (J.O. A.N. 4.10.1962).

(84) M.Monnerville, président du Sénat, discours prononcé le 9 octobre 1962 devant le Sénat : " Le jeu normal des institutions est faussé, la Constitution est violée ouvertement, le peuple est abusé " (J.O. 9.10.1962).

après ", le premier estime que la Constitution a été " trahie " (85). L'auteur du " Coup d'Etat permanent " dresse également un réquisitoire très sévère contre une pratique trop éloignée de la nature du régime : " Sur les fonds baptismaux du droit public, la Ve République se déclara de confession parlementaire. Ce qu'en fit le général de Gaulle, on le sait. Il mit les institutions au placard et le premier ministre à sa botte " (86). M. F. Mitterrand s'indigne en particulier de l'omnipotence du chef de l'Etat et de la réduction des pouvoirs du Premier ministre, seul responsable devant le Parlement : " Il y a en France des ministres. On murmure même qu'il y a encore un Premier Ministre. Mais il n'y a plus de Gouvernement. Seul le Président de la République ordonne et décide " ... (87). Lorsque M. F. Mitterrand présente, en 1972, le programme commun de la gauche, il souligne que " la gauche a apprécié diversement la Constitution de 1958. Mais la manière dont cette constitution a été appliquée, souvent en contradiction avec le fond, parfois en violation de la lettre a rassemblé les démocrates contre le fonctionnement des institutions. (...) Lorsque les républicains disposeront de la majorité à l'Assemblée nationale et si l'application loyale de la Constitution ne suffit pas à assurer le fonctionnement de la démocratie, un réexamen de la nature des pouvoirs et de leurs relations entr'eux sera décidé " (88). Si l'opposition propose de réviser certains articles de la Constitution, elle réclame avant tout le retour à la lettre du texte : " il s'agit de faire cesser les usages contraires à la Loi Constitutionnelle, de supprimer ou de corriger les dispositions du texte qui ont servi à l'instauration et aux abus du pouvoir personnel " (89). Mais plus elle se rapproche du pouvoir, et plus elle réalise qu'elle pourra, à son heure, bénéficier de l'efficacité de ce mode de gouvernement (90). Ses critiques et propositions de réforme vont alors decrescendo, jusqu'à s'étouffer totalement après quelques mois de pratique du pouvoir. Une large partie de la doctrine, qui est soit politiquement proche de l'opposition, soit favorable au régime parlementaire, soit encore tout simplement soucieuse du respect des textes juridiques, condamne tout aussi vigoureusement les outrages faits à la Constitution. Mais, à l'instar des parlementaires, les professeurs de droit et de science politique ont senti, particulièrement en 1962, que leur indignation - presque unanime à l'époque (91) - était de peu d'utilité, et ils ont avant tout

---

(85) Cf. G. Mollet *Quinze ans après... la Ve République*, A. Michel, 1973.

(86) F. Mitterrand, *La paille et le grain*, Flammarion, 1975, cf. p.36 à 39, Mercredi 26 janvier 1972. Dans le même sens, cf. sa *question orale à l'Assemblée nationale du 24 avril 1964* (J.O. du 25.4.1964).

(87) Dans *Le coup d'Etat permanent*, Plon, 1964.

(88) *Présentation du Programme commun de gouvernement du PS et programme commun de la gauche*, Flammarion, Paris 1972, p. 25 et s.

(89) *Programme de gouvernement du PS*, Flammarion, 1972, p. 98. Ainsi, le programme commun PS, PC, radicaux de gauche souligne-t-il qu'il " appartient au gouvernement, responsable devant l'Assemblée nationale de déterminer et de conduire la politique de la Nation " (même source, p. 316 et suiv.).

(90) Cf. O. DUHAMEL, *La gauche et la Ve République*, préc. Ce ralliement, qui était indispensable à l'avènement de l'alternance au sein des institutions françaises, avait été appelé des vœux de R. CAPITANT, en particulier le 24 février 1967 (cité par Léo HAMON, *Nécessité et condition de l'alternance*, *Pouvoirs* n° 1, 1977, p. 36.

(91) " Je ne ferai pas à l'Assemblée l'injure de démontrer que la Constitution est violée. Qu'il me suffise de lui dire que j'ai demandé à une haute autorité en matière de droit constitutionnel : " De tous les professeurs de la faculté

cherché à comprendre la dérive des institutions, et à l'analyser en termes juridiques. Ce faisant, ils l'ont largement légitimée, volontairement ou non.

## 2) De l'explication à la légitimation de la dérive présidentieliste.

Trois principaux types d'argumentation (qui sont le plus souvent intimement liés) ont été utilisés pour expliquer l'évolution de la Ve République vers le présidentielisme : l'invocation de l'esprit de la Constitution ( a ), l'existence d'usages ou d'une coutume ( b ), et la pluralité des lectures possibles de la Constitution ( c ).

### a) L'invocation de l'esprit de la Constitution.

23 Le recours à l'esprit d'un texte juridique permet d'en dégager la philosophie générale, l'essence, la nature, afin d'en déterminer un principe général d'interprétation pour pallier le manque de clarté de la lettre (92). Or ce qu'il y a de plus frappant dans le recours à " l'Esprit " de la Constitution sous la Ve République - au moins jusqu'en 1986 - c'est qu'il a pour objet principal de souligner la spécificité de ces institutions, pour les faire échapper au principe d'interprétation dans lequel elles seraient enfermées si l'on pouvait les ranger dans la typologie classique des régimes politiques (93). " L'Esprit de la Constitution nouvelle consiste, tout en gardant un Parlement législatif, à faire en sorte que le pouvoir ne soit plus la chose des partisans, mais qu'il procède directement du peuple, ce qui implique que *le chef de l'Etat, élu par la nation, en soit la source et le détenteur* " (94).. " On ne saurait accepter qu'une dyarchie existât au sommet. Mais justement, il n'en est rien.

---

de droit de Paris, y en a-t-il un seul qui ne pense pas que la Constitution est violée ? - Pas un seul m'a-t-il répondu " affirmait Paul Reynaud lors du *débat à l'Assemblée nationale* du 4 oct. 1962 (J.O.A.N., du 4).

(92) Nous n'entendrons donc pas, pour l'instant, cette expression comme le faisait MONTESQUIEU, qui estimait que : " la loi est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine. (...) Il faut qu'elles se rapportent à la nature et au principe de gouvernement qui est établi ou qu'on veut établir, soit qu'elles le forment, comme font les lois politiques, soit qu'elles le maintiennent, comme font les lois civiles. Elles doivent être relatives "...aux conditions géographiques...; " elles doivent se rapporter au degré de liberté que la Constitution peut souffrir, à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs manières; enfin elles ont des rapports entre elles; elles en ont avec leur origine, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies. C'est dans toutes ces vues qu'il faut les considérer. C'est ce que j'entreprend de faire dans cet ouvrage. J'examinerai tous ces rapports : ils forment tous ensemble ce que l'on appelle *l'esprit des lois*."

(93) Cf infra n° 26 et s.

(94) De Gaulle, *conf. de presse du 31 janv. 1964*. (souligné par nous).

En effet, le Président (...) est évidemment seul à détenir et à déléguer l'autorité de l'Etat " (95). Ainsi le sacre du suffrage universel permet-il au Président de la République de pouvoir " commander et contraindre sans être commandé ni contraint " (ce qui est la définition de la souveraineté selon Jean Bodin), bref, d'exercer un pouvoir illimité (c'est à dire qui n'est limité ni par les autres pouvoirs ni par le texte de la Constitution (96) - ce qui correspond au critère du despotisme selon Montesquieu - ) ? " L'Esprit " de cette Constitution consisterait-il donc à supprimer toutes les entraves au pouvoir présidentiel (alors que la raison d'être d'une Constitution est justement d'organiser les institutions de sorte que " le pouvoir arrête le pouvoir "). Non, répond René Capitant, car le pouvoir du chef de l'Etat est limité puisqu'il est responsable, directement, et indirectement (par l'intermédiaire des députés) devant le peuple qui l'a élu : " Si le Président de la République est le chef du pouvoir exécutif, c'est parce qu'il est issu du suffrage universel, source unique du pouvoir. S'il ne peut gouverner que par l'intermédiaire de ministres responsables devant l'Assemblée nationale, c'est parce que, dans tous ses actes, il doit être contrôlé par ces autres élus du peuple que sont les députés. S'il ne peut légiférer qu'avec le concours de l'Assemblée nationale, c'est encore pour que soit doublement garantie la souveraineté populaire. Si, en cas de conflit entre lui et la majorité parlementaire, l'arbitrage est donné au peuple, statuant par voie de référendum ou d'élections générales, c'est bien la preuve suprême que le suffrage universel, et lui seul, détient la souveraineté. Admettre que le chef de l'Etat pourrait se maintenir au pouvoir contre la volonté du peuple, c'est donc ruiner d'un seul coup l'édifice constitutionnel de la Ve République. C'est commettre un attentat contre le régime. C'est pourquoi, assurés que nous sommes d'être dans la ligne tracée par le général de Gaulle, nous disons : le peuple français a le droit de renverser le Président de la République au cours du septennat. Il a en outre le moyen d'exercer ce droit en envoyant à l'Assemblée une majorité hostile à la politique présidentielle ..." (97).

Cet esprit-là est incontestablement remis en cause par la cohabitation, puisque le chef de l'Etat refuse de considérer que sa responsabilité politique a été mise en jeu devant le peuple, et puisqu'il prétend conserver des prérogatives non négligeables, malgré cette irresponsabilité (98). " Interrogé sur ce qu'il pensait du jugement de M. Barre, selon lequel l'esprit des institutions s'opposait à la cohabitation, le Président de la République (M.F. Mitterrand) a répondu : " que cet " esprit des institutions ", qui suit tous les courants d'air,

(95) Conf. de presse du 31 janvier 1964., Cf. Le commentaire de G. BERLIA, RDP 1964, p. 127.

(96) Cf. G. BERLIA, *La conférence de presse du Président de la République du 31 janv. 1964*, RDP 1964, p.130.

(97) *Ecrits politiques*, Flammarion, 1971, p.420, extrait de *Notre République*, du 25 nov. 1966.

(98) P. AVRIL souligne que " Georges Pompidou et à sa suite Valéry Giscard d'Estaing se sont sans doute engagés au moment de chaque élection législative en indiquant aux Français dans quel sens, à leur avis, il serait utile qu'ils votent (...) mais, contrairement à ce qu'avait fait jadis le Général de Gaulle, ils n'ont nullement indiqué qu'ils quitteraient leurs fonctions si la gauche gagnait." (dans : *La Constitution à l'épreuve du temps*, RPP sept-oct. 1980, p.27.

doit appartenir à la famille des feux follets " (99). Dérobade qui permet au chef de l'Etat d'éluider allègrement la question de sa responsabilité, mais qui comporte une part de vérité. Y a-t-il en effet un ou plusieurs esprits de la Constitution ? Si l'on pense qu'il n'y a qu'un esprit de la Constitution, au moins doit-on admettre qu'il a beaucoup évolué, ou qu'il a été détourné au cours de la Ve République. N'était-il pas déjà faussé à la naissance du régime ? En effet, lorsque l'on veut déterminer l'esprit d'un texte, on se réfère à la volonté du législateur, et en l'occurrence du constituant (100). Or, François Luchaire a fort bien montré qu'il s'agissait d'une Constitution de compromis, qu'elle était affectée d'un " vice congénital " : " ses parents étaient de sang contraire " (101). " Tous étaient d'accord sur l'objectif : assurer la stabilité du pouvoir. Par contre ils n'étaient pas d'accord sur les moyens. Pour le général de Gaulle, cette stabilité devait être obtenue grâce aux pouvoirs reconnus au chef de l'Etat; pour ses ministres, la stabilité devait être obtenue grâce aux pouvoirs reconnus au Gouvernement et, naturellement, parmi ses membres, le Premier ministre. Sauf à considérer que le constituant ne serait ni le Gouvernement de l'époque, chargé d'élaborer la Constitution, ni le peuple, qui l'a votée, mais bien le seul général de Gaulle, on doit admettre soit que l'esprit qui vient d'être décrit n'est pas celui de la Constitution mais la seule volonté du général de Gaulle - l'esprit de la Constitution étant autre - soit qu'il y a plusieurs esprits dans ce texte, soit encore que ce texte n'a pas " d'esprit." De surcroît, cet esprit ou ces esprits ont évolué selon les chefs d'Etat, mais aussi et d'abord au cours de chaque mandat, en fonction de la conjoncture. Dans le discours de Bayeux, le général insistait sur la nécessité de soustraire le Président de la République à l'influence des partis. Mais cet esprit fut faussé dès la première élection présidentielle, puisque les partis s'en sont emparés (102), et que le général a bientôt dû ou su les utiliser. " Tour à tour, il a justifié l'élection du Président par les élus et par le peuple... Tour à tour, il a prôné le scrutin proportionnel et le scrutin uninominal. Tour à tour il a défendu les liens de l'Union française et rendu la liberté à ses membres. Tour à tour il a voulu une République où le Président était arbitre, et une où le Président était le chef " (103). Cet esprit a évolué au fil des années, au fil des présidents de la République. Qu'y a-t-il de commun entre l'esprit que l'on vient de décrire et celui de M.F. Mitterrand, que reste-t-il de l'arbitre au dessus des partis, dans ce chef de parti, qui accède à la présidence en 1981 pour assurer l'exécution du programme sur lequel il a été élu ? Ainsi, doit-on considérer que ce qui a été appelé couramment " l'Esprit " de la Ve République n'était en réalité que la vision

(99) CCF, *Pouvoirs* n° 33, 1985 (*L'expansion*, 16-11-1984, p. 65).

(100) Cf. G. BERLIA, *L'élaboration et l'interprétation de la Constitution de 1958*, RDP 1973, p.485; et les interventions d'O. DUHAMEL et M. DEBRE au débat du colloque sur *Les régimes semi-présidentiels*, au cours desquelles O. DUHAMEL estime que le discours de M. DEBRE au Conseil d'Etat d'août 1958 " nous offre le meilleur révélateur des intentions des constituants, surtout d'un Michel Debré, mais aussi de leurs illusions "; et infra n° 185.

(101) Dans *La Constitution à l'épreuve du temps*, RPP sept-oct. 1980, p.24.

(102) A. PASSERON *De Gaulle parle, 1962-1966*, p. 136, cité par J.L. QUERMONNE, *La présidence de la République et le système des partis*, *Pouvoirs* n° 41, 1987, p.94.

(103) O. GUICHARD, *Le Figaro*, 4 juin 1973.

que le Président de la République semblait avoir des institutions, et qui évoluait en fonction des circonstances. Mais pourquoi alors avoir recouru à cette notion ?

En principe, un juriste ne recherche l'esprit d'un texte que pour déterminer un principe général d'application lorsque la lettre n'est pas claire. L'esprit d'un texte ne peut être utilisé que de manière supplétive, pour préciser le sens de la lettre, et non contre sa lettre. Pourtant il appert que sous la Ve République, " l'esprit " est invoqué pour " plier la lettre rebelle " (104), pour lui faire dire ce qu'elle ne dit pas (105). Pour parvenir à ce tour de force, il fallait dans un premier temps prétendre que la lettre était obscure. Ce fut une remarquable opération de prestidigitation que d'arriver à démontrer que certaines dispositions étaient confuses quand elles étaient parfaitement claires (il en fut par exemple ainsi pour justifier le refus du général de Gaulle de convoquer le Parlement en session extraordinaire (106)). L'invocation de l'esprit de la Constitution avait essentiellement pour but de légitimer les pratiques contraires à sa lettre. En effet, la distinction de la pratique et de l'esprit est des plus malaisées tant le second n'existe que pour justifier la première (107). Pour le général de Gaulle, tout cela n'avait guère d'importance, tant l'Esprit du régime est plus important que la lettre du texte : " Quand les événements parlent très fort et qu'on est d'accord sur le fond, les procédures comportent une flexibilité considérable. Toute mon action publique est là pour le prouver " (108). On prétend que l'esprit des institutions dicte un principe général d'interprétation qui va déterminer une pratique, alors qu'en réalité la pratique est déterminée par des considérations pragmatiques (en fonction de la conjoncture, de la stratégie et des réactions des autres acteurs ..), et l'élaboration de l'Esprit se fait à posteriori, pour expliquer et légitimer cette pratique. Il paraît donc impossible, en période de cohabitation, de recourir à l'Esprit des institutions - tel qu'il a été défini ci-dessus - pour justifier des libertés prises avec le texte de la Constitution, puisque, s'il existe, cet esprit, qui est en réalité celui du général de Gaulle, est en contradiction totale avec l'idée même de cohabitation. Et pourtant, pourtant nous verrons que certaines libertés prises par M.Mitterrand avec le texte de la Constitution en période de

---

(104) J. GICQUEL, *thèse préc.*, p. 3.

(105) Le caractère " ajuridique " de ce procédé ressort assez clairement de cette déclaration de M. R. Barre : " lorsque nous parlons des institutions, ce n'est pas simplement en termes juridiques qu'il nous faut traiter ce problème, la lettre existe, mais il y a aussi l'esprit, et nous savons depuis longtemps que "la lettre tue et l'esprit vivifie"... " : *discours à Lyon, Eurexpo*, le 15 déc. 1985, p.14.

(106) cf. *infra* n° 92.

(107) Ainsi, lorsque M. R. Barre définit l'Esprit de la Constitution, il le justifie largement par la pratique : " La Constitution ne fait sans doute pas de ces principes des règles de droit écrit. Mais les déclarations du général de Gaulle, puis de M. Pompidou, le comportement des Présidents de la République sans exception, y compris M. Mitterrand, mettent assez en évidence la prééminence du rôle du chef de l'Etat, pour qu'on la passe par profits et pertes " *Alternances*, n° 1, 1986, p. 40.

(108) Le 19 mars 1958, rapporté par A. PASSERON, p. 9, cité par J. GICQUEL, *Essai sur la pratique de la Ve République*, *préc.*, p.24.



cohabitation ne peuvent être justifiées que par le recours à cet " Esprit " des institutions (109).

**b) La légitimation par la pratique ou la coutume.**

24 Nous constaterons plus tard que la notion de coutume constitutionnelle est l'une des plus discutables du droit constitutionnel, signalons seulement ici les traits les plus marquants de l'invocation de cet argument pour expliquer l'évolution de la pratique constitutionnelle par rapport au texte (110) Selon certains auteurs, la pratique, c'est à dire l'application de la Constitution, peut en principe se voir conférer le titre de coutume si - selon la définition généralement admise - elle contient un élément matériel (répétition de précédents constituant un usage continu et général), et un élément psychologique, *l'opinio juris*, c'est à dire la conviction généralisée que le respect de cette règle est obligatoire. Dans un pays de droit écrit, elle n'est en principe qu'un complément de la Constitution, qu'elle contribue à interpréter, dont elle peut combler les lacunes, mais qu'elle ne devrait en principe pas modifier (111). Or, sous la Ve République, on observe que non seulement des pratiques se développent contre la lettre de la Constitution, mais que leur répétition, leur constance, est invoquée pour démontrer qu'elles ont modifié la Constitution. " Ainsi la méconnaissance du droit écrit, non modifié depuis 1958, est avalisée comme allant de soi. Les dirigeants saisissent l'occasion pour consacrer une pratique élaborée par eux-mêmes, ce qui donne une idée assez curieuse sur la portée normative des situations de fait vis-à-vis des textes " (112). Pour Jean Gicquel, " L'envahissement de la Constitution, par la pratique, a provoqué son effacement " (113). Au terme d'une thèse dont l'objet était de " constater et surtout d'expliquer l'écart, on serait tenté d'écrire l'opposition, entre les tenants du régime et ses aboutissants, entre son décor verbal et son cadre réel " (114), l'auteur estime que la pratique de la Constitution a modifié la Constitution, et qu'il résulte de cette opération une constitution coutumière, qui organise un régime n'ayant plus guère de rapports avec celui qui était prévu par le texte de 1958, et qui était de type parlementaire, mais un nouveau régime, de type consulaire. Cette vision, qui a le mérite d'être d'un réalisme impressionnant, comporte cependant deux inconvénients majeurs. Tout d'abord, en postulant que " le texte est moins important que la pratique qu'il a suscité

(109) Cf infra et Michel DOBRY, *Le Président de la République dans la cohabitation*, rapport au congrès de l'AFSP, Bordeaux, 5-8 octobre 1988.

(110) Sur la notion de coutume constitutionnelle, cf. infra, n° 195 et s.

(111) Sur la notion de coutume, cf. infra n° 195 et s.

(112) J. PETOT, *La Ve République et la continuité du pouvoir sous de Gaulle et Pompidou*, RDP 1974, p.1654.

(113) *Essai sur la pratique de la Ve République*, préc., p.28. B. Chantebout estime que " Contre la cohabitation, il y a l'esprit des institutions telles que vingt-huit ans de pratique constitutionnelle les ont transformées.." *Droit constitutionnel et institutions politiques* " A. Colin, coll. U, 1988, p. 594

(114) *Essai sur la pratique de la Ve République*, préc., p.2.

" (115), elle légitime *à posteriori*, mais aussi *à priori* toutes les libertés prises avec le texte de la Constitution, et par là-même pose le problème des limites de l'Etat de Droit, d'autant plus que l'auteur a une conception très extensive de la coutume, qu'il réduit pratiquement à " une répétition stable de certains précédents " (116). Certes, il souligne que cette pratique a été acceptée par le peuple, qui l'aurait ratifiée lors des élections successives, mais cette appréciation doit être nuancée, et elle semble infirmée par la cohabitation (117). " D'ingénieux commentateurs justifient la déroute des prévisions fondées sur les textes en invoquant la " souplesse " et le " caractère spécifique " de la Constitution, " l'Esprit " ou " les lois non écrites du régime ", ou encore " ce qui s'est passé entre de Gaulle et le peuple français ". On postule l'omnipotence d'un mystérieux droit coutumier issu de l'opportunité. Il serait évident que le droit doit plier devant le fait et s'adapter à lui sous peine d'être en désaccord avec les réalités...Le juriste, il est vrai, ne peut ignorer la pression des nécessités pratiques sur l'application des lois. Mais cette directive, érigée en doctrine absolue, revient à nier la portée sémantique du langage employé par le législateur et à mutiler la valeur normative du droit. La légitimation de l'arbitraire paraît à son terme " (118). Ensuite, elle ne résiste guère à l'épreuve du temps, et encore moins à celle de la cohabitation. Dès avant 1986, la Constitution coutumière décrite par J. Gicquel avait évolué, puisque dès la présidence de M. Pompidou, le régime devenait plus plus " présidentieliste " (119) que consulaire. Mais, bien plus fondamentalement, la cohabitation devrait supprimer (ou pour le moins suspendre) la plupart des pratiques et coutumes qui assuraient la suprématie du Président de la République sur tous les autres pouvoirs. Or, s'il s'agissait véritablement d'une coutume *contra constitutionnem*, elle modifierait le texte, comme l'affirme Jean Gicquel, et rendrait donc impossible le retour à la lettre de la Constitution. Or la cohabitation semble se caractériser par le retour au texte de 1958, dont chacun réclame la stricte application, et le chef de l'Etat le premier, qui souligne que les pratiques antérieures allaient " au delà du texte " et que l'on doit s'orienter vers une nouvelle pratique. En effet, " pourquoi oublier que ces vérités (les pratiques présidentielistes) découlent d'une vérité provisoire, et non d'un texte constitutionnel ? Pourquoi se dissimuler qu'elles dépendent du maintien d'un régime politique majoritaire dans lequel le chef de l'Etat tient lieu de créateur ou de fédérateur des différentes composantes de la majorité parlementaire ? Comment nier (...) qu'une rupture des

---

(115) *Essai sur la pratique de la Ve République*, préc., p.27.

(116) Michel DOBRY critique cette vision : "...une tradition juriste (...) décelait dans les pratiques "présidentielistes" observables au plan des institutions gouvernementales la présence rapidement cristallisée d'une véritable coutume, sans jamais se donner les moyens de penser la "coutume" autrement qu'en termes de précédents réitérés, de répétition stable de certaines pratiques. Fort curieusement, les tenants de cette tradition ont semblé perdre de la voix au fur et à mesure que l'on se rapprochait de ce qui apparaissait, dès avant son occurrence, devoir constituer un démenti de l'événement " : *Le Président de la République dans la cohabitation*, communication au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, 5-8oct. 1988, p. 15.

(117) Cf. *infra*, n° 195 et s.

(118) J. PETOT, *La notion de régime mixte*, dans MéL. EISENMANN, Cujas, Paris, 1977, p.122.

(119) *Essai sur la pratique de la Ve République*, préc., p.5 de la mise à jour de 1977.

majorités affecterait d'une façon décisive la monocratie en question ? " (120). " Le Président ne pourrait point invoquer une *prétendue coutume constitutionnelle* qui suppose un acquiescement très large, établi depuis longtemps. Le recours au référendum direct pour réviser la loi fondamentale, le refus de convoquer le parlement en session demandée par la moitié de ses membres, la mise en sommeil d'une révision votée par les chambres, la révocation du premier ministre, le domaine réservé : toutes ces pratiques contestées par l'opposition sont liées à un certain rapport des forces politiques. Elles disparaîtraient en même temps que la docilité du premier ministre aux directives de l'Élysée, sa résignation au rôle de chef d'état-major et tout ce qui découle de sa prosternation devant le chef de l'Etat " (121). Pourtant, malgré les déclarations d'intention du chef de l'Etat, malgré la logique implacable du fait majoritaire, l'attitude des pouvoirs publics pendant la cohabitation, est marquée par les stigmates des pratiques antérieures(122).

**c) La légitimation par la théorie des deux lectures.**

25 Si l'"esprit " de la Ve République a été invoqué pour justifier la pratique établissant la suprématie présidentielle, il a pu l'être également pour justifier la lecture, c'est à dire l'interprétation, présidentiale de la Constitution. A l'instar de la coutume, elle permettait de donner un habillage juridique à des usages souvent anticonstitutionnels. Mais, alors que l'invocation de l'esprit ou de la pratique du régime était généralement basée sur le postulat qu'il n'y a qu'une interprétation valide, sinon possible, de la Constitution (celle qui correspond à la vision et à la pratique gaullienne du régime), la théorie des deux lectures est au contraire basée sur l'idée qu'on peut admettre deux interprétations de la Constitution.

Pour Michel Debré, " Il existe deux manières de lire la Constitution : l'une gaullienne, dans laquelle la cohabitation est impossible, l'autre non-gaullienne, dans laquelle la cohabitation est possible " (123). Les rédacteurs de la Constitution pensaient qu'à l'instar des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques, le régime qu'ils fondaient ne pourrait pas connaître le phénomène majoritaire, car la France était un pays trop divisé pour qu'il existe une bipolarisation claire. L'objectif essentiel était donc d'assurer la stabilité gouvernementale

---

(120) O. DUHAMEL, *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc., p.62.

(121) M. DUVERGER, *Echec au Roi*, préc., p. 215. (souligné par nous). Sur le fait qu'en 1978, l'opposition à ces pratiques était plus vive qu'en 1986, cf. infra, Livre II.

(122) Cf. infra, n° 202.

(123) Intervention à la conférence-séminaire sur *Les leçons de la cohabitation*, organisée par la Fondation pour la Démocratie, Ass.nat., Paris, 6 nov. 1986.

en l'absence de majorité parlementaire (124). Mais le rêve de Michel Debré était d'établir un régime parlementaire de type britannique, aussi la Constitution donne-t-elle au chef du Gouvernement (et non au Président de la République) les moyens de diriger efficacement l'activité du Parlement. Ils n'avaient donc pas prévu d'abord l'existence de la majorité parlementaire, et ensuite et surtout la soumission de cette majorité non pas au Premier ministre, mais au Président de la République.

La paternité de cette " théorie des deux lectures " est attribuée à Raymond Janot (125), qui alors qu'il avait participé très activement à l'élaboration de la Constitution (126) constatait que le schéma général de fonctionnement des institutions qui paraissait devoir résulter du texte était fort différent de celui qui était appliqué : " Au départ, nous avons pensé " c'est bien naturel que cela ne fonctionne pas comme prévu, puisque le Gouvernement ne pouvait pas refuser au Général de Gaulle les moyens nécessaires pour régler le problème de l'Algérie, tout le monde étant d'accord pour faire de l'Algérie " la chose du Général ". Nous pensions qu'après cela nous allions revenir au fonctionnement prévu. Lorsque Georges Pompidou est arrivé au pouvoir, nous pensions qu'il avait souffert comme premier ministre, et ne ferait donc pas la même chose que le Général. Mais ayant souffert comme premier ministre, il ne voulait pas souffrir comme président de la République et il a continué à faire la même chose que le général de Gaulle. Il est même allé beaucoup plus loin que le général. Puis Valéry Giscard d'Estaing arrivant, nous pensions que c'était un libéral et que les choses changeraient, d'autant qu'il avait dénoncé " l'exercice solitaire du pouvoir ". Mais il en a fait encore plus. Après cela François Mitterrand, celui-là même qui avait signé (...) " Le coup d'Etat permanent ", a encore plus accentué la tendance. Alors, nous avons du faire notre auto-critique. Les schémas qui ont été reproduits sont permis par la Constitution, pour une raison tout à fait essentielle et qui est la suivante : le Gouvernement n'existe réellement qu'en Conseil des ministres, sous la présidence de la République " (127). L'idée de base est très simple : lorsque le Président de la République dispose d'une légitimité suffisante pour imposer ses vues à la majorité parlementaire, la Constitution fait l'objet d'une lecture présidentialisante, mais dès lors que ce phénomène, considéré au départ comme exceptionnel, disparaît, on en revient à la lecture parlementariste de la loi fondamentale (128). Ainsi, les rédacteurs de la Constitution, que furent Raymond Janot ou Michel Debré ont-ils pu, par le recours à l'idée de deux lectures possibles de la loi fondamentale, à la fois expliquer et légitimer l'attitude du

---

(124) Sans doute, l'adoption du scrutin majoritaire uninominal à un tour, tant souhaitée par Michel DEBRE, eût-elle permis de construire une bipolarisation, mais la position très forte du parti communiste rendait ce mode de scrutin trop dangereuse aux yeux des gouvernants.

(125) Cf. A. PEYREFITTE, *Le mal français*, 1976, p. 354.

(126) En particulier en tant que commissaire du Gouvernement devant le Comité Consultatif Constitutionnel.

(127) Discussion lors du colloque sur le XXXe anniversaire de la Constitution, (précité).

(128) Cf. J.L. PARODI, *Le cas français : les données d'un conflit éventuel entre le Président de la République et la majorité parlementaire issue de nouvelles élections législatives*, France-Forum, n° 155-156, avril-mai 1977, p.30. L'auteur adopte une vision stratégique de cette hypothèse.

général de Gaulle, qu'il leur était difficile de critiquer publiquement, tout en espérant qu'un jour le texte qu'ils avaient rédigé serait enfin appliqué.

Cette attitude fut vivement critiquée, pour plusieurs raisons (129). La condamnation de cette théorie vient d'abord de ceux qui rejettent l'idée d'une " Constitution à géométrie variable ", qu'il s'agisse des représentants du parti communiste (130), ou des inconditionnels de l'esprit gaullien du régime : " Après vingt ans d'expériences diverses, la preuve est faite, sur le terrain, qu'il ne peut y avoir plusieurs lectures de la Constitution. Le Président de la République est la fin du pouvoir exécutif. Le Premier ministre en est un moyen ", estimait M.M. Jobert (131). Dans cet esprit, " Les institutions de la Ve République sont (...) menacées par ce que l'on appelle " la lecture nouvelle de la Constitution ", (M. R. Barre (132)). On reproche également à cette vision d'autoriser des pratiques anticonstitutionnelles : " Il n'est plus contesté aujourd'hui que le président de la République est la source du pouvoir, le grand horloger, le thaumaturge majeur, que sais-je encore... Un seul obstacle - de taille il est vrai - à cette interprétation du régime quasi unanimement admise : les textes ne vont pas en ce sens, et parfois même ils ont l'audace d'aller en sens contraire ! Comment en sortir ? On a été chercher à cette fin la notion subtile de " lecture ", qui consiste, en s'appuyant sur une pratique que les textes ne pouvaient évidemment pas connaître, à faire dire à ces textes ce qu'ils ne disent pas (...). La nouvelle " lecture " tend à montrer que les institutions de 1958 ont, dès leur origine, voulu établir le régime que la France connaît aujourd'hui, régime ultra-présidentiel et non semi-présidentiel, cette dernière appellation n'ayant pas de rapport avec la réalité. " Cette seconde lecture n'est qu'une invention à fin justificative, et l'interprétation actuellement donnée des institutions de 1958 est fautive. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter au volume des travaux du Comité Consultatif Constitutionnel, dont le contenu ne laisse aucun doute, notamment quant aux rapports des deux têtes de l'exécutif et quant à la direction de la politique par le seul chef du Gouvernement " (133). On peut en effet observer, comme pour le recours à l'esprit ou à la pratique de la Constitution, que la " lecture " de la Constitution ne sert bien souvent pas à guider son application dans le sens du texte, mais à légitimer des violations de la Constitution. Michel Dobry démontre bien ce mécanisme : "

---

(129) Voir notamment *Sénat*, discussion d'une quest. or. avec débat, 4 mai 1976, p.818 *Difficultés constitutionnelles en cas de succès électoral de la gauche*. Question de H. Cavaillet au Premier ministre : dans l'hypothèse d'une victoire de la gauche, quelle constitution sera appliquée ? " il n'y a pas trois ou quatre constitutions, comme le prétendent les professeurs de droit. Les professeurs de droit savent le droit mais ne le comprennent pas ".

(130) Voir en particulier les interventions de M.A. LEPORS, membre du comité central du PCF, au débat *Sommes-nous entraînés à changer de Constitution*, sous la direction de J.JULLIARD, précité.

(131) Dans *Le partage du pouvoir exécutif*, *Pouvoirs* n° 1978, rééd 1982, p.14.

(132) *Discours à Lyon*, Eurexpo, le 15 déc. 1985, p. 14.

(133) J. GEORGEL, *Vingt ans de cinquième, R.A.*, 1981, n° 202, p.393. L'auteur estime que la réforme de 1962 a consacré l'instauration d'un nouveau régime.

La " lecture présidentialiste " de la Constitution qui prévalait à l'époque (c'est à dire bien sûr, beaucoup plus qu'une " lecture ", un ensemble de pratiques qui pour le juriste se caractérisaient par leur écart manifeste vis-à-vis de la lettre de la Constitution, s'accompagnait de certaines autres pratiques qui révèlent un rapport (pratique) à la règle constitutionnelle et au droit que le point de vue objectiviste tend à méconnaître. Cette lecture " présidentialiste " en effet était redoublée systématiquement d'un travail très particulier, d'un travail quotidien de *sa mise en conformation* avec la règle juridique, travail destiné, dans une semi-conscience de ses enjeux, à rendre la pratique " présidentialiste " assimilable, " acceptable ", digérable par d'autres sphères institutionnelles, c'est à dire acceptable à la fois pour leurs agents et pour leurs routines bureaucratiques " (134). On reproche ainsi à cette théorie de donner une vision beaucoup trop élastique de notre Constitution, ce dont certains ne manquent pas de se féliciter : le fait qu'il y a " plusieurs lectures de la Constitution (...) montre que c'est une assez bonne Constitution puisque, à défaut d'être obscure, ce qui paraît nécessaire à en croire certains, elle a déjà montré sa grande capacité d'adaptation " (135). " La Constitution revêt ainsi un aspect pirandellien. A chacun sa constitution comme à chacun sa vérité " (136). Elle semble être tellement grande qu'elle permet non seulement deux, mais trois lectures, voire plus.

On peut, certes, relever que ce texte faisait, dès l'origine, l'objet de trois lectures différentes (137) - ce qui montre le caractère subjectif de cette notion - mais il appert que la variété des lectures est surtout déterminée par le contexte politique : " L'actuel chef de l'Etat en accepte volontiers les trois lectures : la lecture gaullienne (...) pour laquelle le pouvoir essentiel se fonde sur le peuple. Le Président de la République est responsable devant lui. A chaque échéance électorale (législative ou référendaire) il se remet en cause." La lecture parlementaire, elle, postule le maintien du système électoral actuel et la nécessité d'un compromis, entre le chef de l'Etat et l'Assemblée Nationale en cas de non-concordance politique, sur les prérogatives du Président, notamment en matière diplomatique et militaire. Une lecture intermédiaire suppose l'instauration d'une véritable représentation proportionnelle et d'une VI<sup>e</sup> République plus proche de la IV<sup>e</sup> " (138), le Président pouvant choisir de recourir à l'une ou l'autre de ces lectures selon l'appréciation qu'il aura de la conjoncture. Jacques Fevre précise que dans le schéma ainsi dessiné par Jacques Robert, la seconde lecture s'appliquerait s'il existe une majorité parlementaire

(134) Michel DOBRY *Le Président de la République dans la cohabitation*, précité, p.20-21.

(135) M. Pierre MESSMER, intervention au colloque sur *Les régimes semi-présidentiels*, préc., p.90.

(136) M. PRELOT *La Constitution de la Ve République*, Tome X de *l'Encyclopédie française*, 1964, p. 257, cité par J. GICQUEL, *Essai sur la pratique de la Ve République*, préc., p.72.

(137) P. AVRIL, Faut-il rappeler que la Constitution de 1958 était l'objet de trois "lectures" différentes de la part de ceux qui en avaient rédigé le projet ? Le général de Gaulle avait imposé la sienne à son Premier ministre, M.Michel DEBRE, dont la conception était plus classiquement parlementaire, avant de la faire triompher sur celle des ministres d'Etat qui se retrouvèrent en 1962 dans le quartel des non pour défendre la " tradition républicaine " : dans *Fin de la Constitution gaulliste*, *l'Esprit*, n° 136-137, mars-avril 1988, p. 40, note 2.

(138) J.ROBERT, *Le rôle du Président*, *Après-demain*, n° 271-272, fév.mars 1985, 10.

hostile au chef de l'Etat, et la troisième en l'absence de majorité cohérente à l'Assemblée (139). En effet, la plupart des auteurs estiment que le choix de telle ou telle lecture est déterminé par la situation du Président de la République par rapport à la majorité parlementaire (140), ce qui amène certains d'entre eux à contester l'idée d'une pluralité de lectures possibles de la Constitution de 1958, pour lui préférer celle de " jeux " (141), de " pratiques ", ou de logiques : " La Constitution modifiée en 1962 n'a pas plusieurs lectures.(...) Invariable et clair, le texte de la Constitution définit les règles d'un jeu qui se joue de différentes façons selon la distribution des cartes entre les partenaires. Quatre logiques au moins sont concevables, chacune d'elles définissant le mécanisme qui tend à s'imposer aux joueurs par la combinaison du texte juridique et du rapport des forces " (142). Dès 1977, Jean-Luc Parodi avait démontré quel était le " relativisme des " lectures " partisans ", en délimitant " le système de contraintes institutionnelles qui, à défaut de donner la réponse juridique de la Constitution, contribue à en faire comprendre les possibles évolutions " (143). Il constate que " les principales lectures de la Ve République ont ainsi dépendu de la diversité des lecteurs et de la situation dans laquelle ils étaient quant il lisaient " (144). Cette " leçon de relativisme constitutionnel " incite " à s'interroger moins sur ce que dit la Constitution que sur ce qu'elle permet " (145). Mais le système de contraintes qui s'impose aux acteurs politiques " est loin d'être complètement rigide; à l'intérieur de ces contraintes subsiste tout un jeu possible d'hypothèses qui dépend pour une large partie des volontés des (...) acteurs" (146). " Au total - estime Maurice Duverger - il est certes très intéressant que les juristes dégagent les lectures plurielles de la Constitution, qu'ils indiquent comment on peut la lire, c'est leur rôle. Mais la question capitale est celle de savoir quelles sont les conditions qui permettent telle lecture plutôt que telle autre " (147).

La pratique, ou la " lecture " de la Constitution jusqu'en 1986 s'est caractérisée par un éloignement constant de la lettre du texte, justifié par le recours à " l'Esprit " des institutions. En rejetant tous ces principes d'interprétation, la cohabitation constitue un

---

(139) Dans *Les institutions : un équilibre introuvable ?*, Revue *Après-demain*, n° 271-272, fév.-mars 1985, p.5.

(140) Cf. notamment, en outre des articles cités dans ce paragraphe, J. CHARLOT *La Ve République : une mutation politique*, *Pouvoirs* n° 4 1978, rééd 1982, p. 115.; et B. JEANNEAU, *Pouvoirs* n° 1, 1977, p.121.

(141) Ainsi Léo HAMON : cf son intervention à la *Table ronde sur le bilan constitutionnel du septennat*, RPP sept-oct. 1985, p.29 : " On a beaucoup dit qu'il y avait deux lectures de la Constitution, je dirai surtout qu'il y a plusieurs jeux de la Constitution."..

(142) M. DUVERGER, *Prospective dans La Constitution de la Ve République*, sous la direction d'O. DUHAMEL et J.L. PARODI, préc, p. 453 et 454.

(143) Dans *Lectures de la Constitution, Projet*, sept.oct. 1977, p. 954.

(144) *Lectures de la Constitution*, préc. p. 955.

(145) *Lectures de la Constitution*, préc., p. 958.

(146) *Lectures de la Constitution*, p. 960.

(147) Participation au débat *La Ve République, primauté présidentielle ou fait majoritaire ?*, colloque : *Vingt ans de Ve République : les interprétations du régime*, Paris 14-15 octobre 1977, Université de Paris I, dans *Pouvoirs* n° 4 1978, rééd 1982.

véritable " changement de Constitution " selon F. Goguel <sup>(148)</sup>, un changement de régime, selon M. C. Millon <sup>(149)</sup>, ou, pour le moins, un changement de système politique, et cela alors même qu'elle impose le retour à la lettre de la Constitution. En réalité, en nous obligeant à définir précisément la notion de régime politique, la cohabitation nous permettra de constater qu'elle ne consiste nullement en l'avènement d'un nouveau régime, mais plutôt d'un nouveau système.

---

(148) Intervention au débat dirigé par J.JULLIARD : *Sommes-nous entrain de changer de Constitution ?*, préc.

(149) Intervention aux *Entretiens juridiques de la faculté de droit de Lyon*, "La cohabitation", préc. p. 171.



## II DE L'ESPRIT AU TEXTE DE LA CONSTITUTION.

" Peut-être que la Constitution de 1958 est entrée en vigueur le 17 mars 1986. Parce que pour la première fois on doit se référer au texte constitutionnel pour savoir qui fait quoi. Alors que, de 1959 à 1986, ça n'avait aucune importance, tous les joueurs étaient d'accord. Tous les joueurs étaient d'accord, et puis il y avait un grand joueur suprême, qui, en plus, disait " la règle du jeu c'est comme ça " et comme c'étaient ses amis et que c'était le grand chef, personne ne discutait là-dessus. Ce qu'il y a de nouveau, là, c'est que les joueurs ne sont pas d'accord entr'eux au sommet de l'Etat.(...) Et là, comme ils ne sont pas d'accord, on se réfère à la règle du jeu. On en a besoin. Et, à cet égard, il n'y a pas de changement, il y a plutôt une découverte de la Constitution " (1). En effet, " l'écart entre (le) comportement (des présidents de la République) et leur rôle constitutionnel est tel que l'entreprise qui consiste à tenter de retrouver le second donne parfois le sentiment paradoxal d'un exercice de droit constitutionnel fiction " (2). C'est à cet exercice que se sont livrés les constitutionnalistes à la veille de la cohabitation. Enfin, nous allons connaître cette Constitution qui faisait jusqu'à présent figure de " Belle au bois dormant ". " La Constitution connaîtra une application inédite, et la Ve République présentera enfin sa face parlementaire " (3). Nous avons pu constater que, jusqu'en 1986, l'invocation de l'esprit gaullien du régime avait pour intérêt majeur de faire échapper la lecture de la Constitution à tout principe d'interprétation. Qu'en sera-t-il à partir de 1986 ? . Le problème est que la doctrine est extrêmement divisée sur la qualification de ce régime. Mais si l'éternelle controverse sur la nature de la Ve République paraissait vaine jusqu'à la cohabitation, elle revêt à cette heure un intérêt particulier, puisqu'elle permet de savoir dans quel esprit la lettre sera interprétée (ou en réalité pourrait l'être). Apparemment, si l'on estime qu'il ne s'agit pas d'un régime parlementaire, aucun principe rigoureux ne devrait enfermer la pratique nouvelle des pouvoirs publics ( A ), alors que la qualification de régime parlementaire devrait enserrer leur interprétation dans des limites étroites ( B ).

---

(1) O. DUHAMEL intervention au débat *Sommes-nous entrain de changer de Constitution*, sur France-Culture, préc.

(2) P. ARDANT *L'article 5 et la fonction présidentielle*, *Pouvoirs* n° 41, 1987, p.52.

(3) O. DUHAMEL *Cohabiter en politique*, *Alternances*, n° 1, 1986, p. 60.

Mais Lévy-Strauss ne nous enseigne-t-il pas qu'il faut prendre garde aux apparences, car " la conscience est l'ennemie des sciences de l'homme " ?

**A UN REGIME " BATARD " ECHAPPE A TOUT PRINCIPE RIGoureux  
D'INTERPRETATION.**

" On voudrait recenser les " styles " politiques que nos constituants ont enchevêtrés par un syncrétisme constitutionnel dont notre histoire, pourtant riche de mariages de carpes et de lapins (..) n'offre pas d'exemple plus poussé " (4). Il est vrai que la Constitution ne fut pas rédigée par des professeurs de droit, et que le général de Gaulle, qui s'irritait de leur manie d'enfermer les régimes politiques dans une classification entre régime parlementaire et régime présidentiel, avait fort bien compris qu'en évitant de fondre la Ve République dans un de ces moules ( 1 ), il échapperait aux limitations des pouvoirs organisées par ces régimes ( 2 )

**1) Une Constitution " inclassable " ?**

La Ve République a été affublée de presque tous les qualificatifs possibles et imaginables ( a ). Les auteurs se sont tant et tant querellés sur le nom qu'il convenait de lui donner qu'on ne sait plus toujours très bien s'ils entendent qualifier le régime, ou le système politique que nous connaissons depuis 1958 ( b ).

**a) Comment qualifier la Ve République ?**

**26** Politiciens, politistes et professeurs de droit ont déployé des trésors d'imagination pour donner un nom à la Constitution née en 1958. Mais, alors qu' elle vient de fêter ses trente ans, aucun de ses multiples parrains n'est d'accord sur son

---

(4) J. VEDEL *Les sources idéologiques de la Constitution de 1958*, dans *Etudes juridiques*, 1958, p. 5-8., reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ 1980, Tome I, p. 493.

appellation, et les bonnes fées qui s'étaient penchées sur son berceau pour prédire son avenir en sont toujours à se quereller pour savoir quel doit être son destin. Principat (5), République consulaire (6), dictature (7), tutelle personnelle, monocratie plébiscitaire, système indéterminé de type quasi-présidentiel (8), république sénatoriale (9), monarchie, dyarchie (10), régime para-présidentiel (11), semi-présidentiel (12), démocratie plébiscitaire, régime sui-generis, monarchie républicaine (13), régime parlementaire dualiste (14), démocratie exécutive (15), monarchie élective (16), monocratie (17), présidence impériale (18), régime weimarien, régime mixte (19), présidentieliste (20), régime consulaire (21), orléaniste (22), dyarchie inégalitaire (23), système parlementaire rationalisé (24), moniste inversé (25), régime parlementaire à correctif présidentiel (26), régime bâtard... la doctrine

(5) B. de JOUVENEL (cité par O. DUHAMEL *Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel*, préc. p. 583), et P. AVRIL *Le Régime politique de la Ve République*, Paris, LGDJ, 1964, p. 321 et suiv.

(6) J. GICQUEL *Essai sur la pratique de la Ve République*, préc., p. 359.

(7) F. MITTERRAND estime que ce régime " s'appelle la dictature " lorsqu'il dénonce par avance la révision consistant à faire élire le Président de la République au suffrage universel direct, estimant que le Président disposerait d'une puissance matérielle et psychologique démesurée (1 juillet 1962, J.O. p. 957).

(8) M. PRELOT et J. BOULOUIS *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 9ème ed, 1984, p.628.

(9) M. PRELOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 9e ed. 1984, p. 629.

(10) J. MASSOT *Les rapports du Président de la République et du Premier ministre de 1958 à 1982*, dans *Les régimes semi-présidentiels* (M. DUVERGER dir), préc., p. 283.

(11) J. VEDEL *Le pari de la succession*, *La Nef*, 1968, p.145-159, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ 1980, T.I, p. 535.

(12) M. DUVERGER, *Les régimes semi-présidentiels*, préc.

(13) De Gaulle, cité par A. PEYREFITTE, *Le mal français*, Plon 1976, p. 56, cité par J.L. QUERMONNE, *Le Gouvernement de la France sous la Ve République*, Dalloz, 1983, p. 2.

(14) J. CADART, au moins pour le septennat giscardien, dans *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1975, t. II, p. 984 : " Un régime parlementaire dualiste où est introduite une certaine dose de régime présidentiel par l'élection du président de la République au suffrage universel direct, mais une dose tempérée par l'existence d'un gouvernement collégial inséparable du Président et partageant effectivement avec lui mais sans subordination le pouvoir gouvernemental, le pouvoir de diriger le pays avec l'accord du Parlement. "

(15) A. BRIMO *A propos de la typologie des régimes constitutionnels des démocraties occidentales contemporaines*, Mél COUZINET, Presses de l'Université de Toulouse, 1974, p. 28.

(16) J. ROBERT, intervention à la table ronde sur le bilan constitutionnel du septennat, RPP sept-oct. 1985, p.38.

(17) O. DUHAMEL *La Ve achevée. Sur dix caractéristiques du régime*, *Pouvoirs* n° 20, 1982, p. 130.

(18) J. ROBERT, intervention à la table ronde sur le bilan constitutionnel du septennat, RPP sept-oct. 1985, p. 38.

(19) P. PACTET, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Masson, 7ème ed. 1985, p. 347.

(20) J. GICQUEL, participation à la table ronde sur le bilan du septennat, RPP sept-oct. 1985, p. 35.

(21) G. POMPIDOU: " Somme toute, le régime parlementaire promis s'évanouit au profit d'un régime consulaire, en un mot du personalisme " : conférence de presse du 10 juillet 1969, dans *Entretiens et discours*, Plon, Tome I, p. 109., cité par C. PIERRET *Quel consensus pour un régime présidentiel ?*, RPP sept-oct. 1985, p. 7.

(22) M. DUVERGER *Les institutions de la Ve République*, RFSP, mars 1959, p. 109.

(23) O. DUHAMEL *La Ve achevée. Sur dix caractéristiques du régime*, *Pouvoirs* n° 20, 1982, p. 130.

(24) " La Constitution de 1958 organise un système parlementaire rationalisé " : A. HAURIOU, préface à J. GICQUEL *Essai sur la pratique de la Ve République*, préc.

(25) O. DUHAMEL, *La Ve achevée. Sur dix caractéristiques du régime*, *Pouvoirs* n° 20, 1982.

(26) J.C. COLLIARD *Les régimes parlementaires contemporains*, Paris, presses de la FNSP, 1978, p. 280-281.

est extrêmement perplexe devant un tel monstre protéiforme (27). " Le seul malheureux dans cette affaire, c'est le juriste car il aime bien classer les régimes, or notre système n'est pas classable, puisqu'en fonction des variations de la conjoncture politique, il est tantôt consulaire, tantôt parlementaire (de type anglais ou de type français) (28). La multiplicité de ces qualificatifs révèle d'une part l'écart entre le texte et la pratique de la Constitution, mais aussi " la propension des commentateurs de l'histoire immédiate à baptiser changement de système toutes les évolutions, fussent-elles conjoncturelles, des pratiques institutionnelles " (29).

En effet, le nombre de ces qualificatifs est d'autant plus grand que la dénomination du régime peut varier non seulement d'un auteur à l'autre, mais aussi chez le même auteur, en fonction de l'évolution de la pratique du régime. Ainsi, beaucoup d'observateurs évoquent-t-ils d'abord le *régime prévu par la Constitution* de 1958, qualifié de " régime parlementaire classique " par Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper (30), de " régime parlementaire " par Pierre Pactet (31) et Pierre Vialle (32), de " régime parlementaire rationalisé " par Charles Debbasch *et alii* (33) de " régime parlementaire rationalisé, teinté d'orléanisme s'agissant du chef de l'Etat " par Jean Gicquel (34), de " régime de type parlementaire " par Marcel Prélot et Jean Boulouis (35), de régime de " caractère parlementaire ", comportant un " mélange des éléments archaïques évoquant l'orléanisme et des éléments modernes correspondant à un " parlementarisme rationalisé " " par Maurice Duverger (36). Ensuite, ils qualifient le *régime tel qu'il a fonctionné en pratique* jusqu'en 1986 (voire après 1988), (cette période étant généralement étudiée chronologiquement suivant chaque présidence, ce qui permet de souligner l'influence du chef de l'Etat et de la conjoncture politique sur le fonctionnement du régime) tous insistent alors sur la prééminence du chef de l'Etat, ce qui rapproche nos institutions du régime présidentiel (37), et permet de le qualifier de " régime mixte " marqué par la prééminence du Président de la République (38), de régime " présidentieliste " (39), de " système inédit de type quasi-

---

(27) Cf. S. ARNE *L'esprit de la Ve République*, RDP 1971, p.644-645 Pour une discussion du caractère protéiforme de la Constitution, cf. infra, n° 124 et s.

(28) F. LUCHAIRE *La Constitution à l'épreuve du temps*, RPP, sept-oct. 1980, p.31.

(29) O. DUHAMEL, *Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel*, dans *Mél. DUVERGER*, PUF, 1987, p. 587.

(30) *Manuel de droit constitutionnel*, LGDJ, 21e éd, 1988, p.134.

(31) *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Masson, 7è ed.1985, p.347.

(32) *Droit constitutionnel et institutions politiques*, éd L'Hermès, Lyon, 1984, p.549.

(33) *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Economica, 2è ed. 1986, p. 488.

(34) *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, Domat, Droit Public, 9e Ed., 1987,p. 573.: " Au départ, en 1958, un régime parlementaire rénové (M. Debré), ou rationalisé, teinté d'orléanisme s'agissant du chef de l'Etat, est mis en place..."

(35) *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 9è ed. 1984, p.626.

(36) *Le système politique français*, PUF, Thémis, 1985, p. 174.

(37) G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER, *op.préc.*, p. 433

(38) P. PACTET, *op. préc.*, p. 152.; et C. DEBBASCH et alii; *op.préc.*, p. 500.

présidentiel " (40), ou encore de régime semi-présidentiel (41). Enfin, *ils prédisent* ou constatent qu'en période de cohabitation on revient à un " régime parlementaire, probablement moniste, et les institutions de la Ve République seraient soumises à un renversement d'interprétation " (42), le Président de la République deviendra un " arbitre sportif " (43), ou qu'on évolue vers un régime dans lequel " le fonctionnement des institutions n'est pas sans analogie avec ce que l'on peut observer dans certains régimes parlementaires européens où il existe une majorité stable " (44), " le régime présidentiel s'est effacé, le régime parlementaire, au terme d'une longue éclipse, s'y est substitué " (45). Au contraire, M. Duverger estime que l'on est toujours en présence d'un régime semi-présidentiel, mais dont la pratique est désormais marquée par un dualisme majoritaire à prépondérance du Premier Ministre. Avons-nous donc une Constitution " caméléon ", des institutions inclassables ? En réalité, une large partie de ces divergences doctrinales peut s'expliquer par l'imprécision des concepts utilisés.

b) Cherche-t-on à qualifier le régime ou le système politique ?

27 " Les désaccords paraissent en effet byzantins, voire incompréhensibles, faute de précision sur leur objet. Les auteurs ne donnent pas au nom régime le même sens. *Tantôt ils entendent par régime la structure constitutionnelle, tantôt le système politique.* Et personne ne s'y retrouve " (46). Il est vrai que l'on définit habituellement le régime politique comme le résultat de la combinaison de multiples éléments, les uns juridiques (cadre constitutionnel, qui forme le régime politique au sens étroit de l'expression), les autres extra-juridiques (système de partis, personnalisation du pouvoir, idéologie, etc..) " (47). Or, il est extrêmement important de distinguer ces deux concepts car " l'analyse des principes constitutionnels est désormais séparée de celle des pratiques politiques. Les rapports de forces entre les joueurs ne changent pas les règles du jeu. Ils influencent seulement leurs modalités d'application. *Il faut séparer nettement les deux plans pour comprendre, et les règles, et le jeu* " (48). La plupart des auteurs admettent en effet

---

(39) J. GICQUEL, *op. préc.*, p. 149.

(40) G. PRELOT et M. BOULOUIS, *op. préc.*, p. 628.

(41) M. DUVERGER *Les régimes semi-présidentiels, préc.*

(42) P. VIALLE, *op. préc.*, p. 554.

(43) C. DEBBASCH et alii, *op. préc.*, p.502.

(44) G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER, *op. préc.*, p. 444, Mais les auteurs soulignent que " contrairement à ce qui se produit dans la plupart des régimes parlementaires, la " cohabitation " n'a pas abouti à la neutralisation complète de la fonction présidentielle ".

(45) J. GICQUEL, *op. préc.*, p.580.

(46) O. DUHAMEL *Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel*, dans Mél. DUVERGER, *préc.*, p.584.

(47) *Lexique des termes juridiques*, Dalloz 1985, p. 378.

(48) M. DUVERGER *Le système politique français*, PUF 1985, p 5.(souligné par nous).

aujourd'hui que " tout système démocratique est déterminé par la combinaison de deux sous-systèmes (...) : le système institutionnel établi par les règles juridiques et le système des partis engendré par le jeu des forces politiques " (49). Afin de bien distinguer ces deux éléments que Maurice Duverger qualifie indifféremment de système ou de régime, Olivier Duhamel propose que l'on *réserve l'emploi du mot régime aux classifications juridiques*, qu'on ne l'utilise plus que dans son sens strict, pour désigner " l'ensemble des dispositions juridiques qui organisent les institutions " (50). Ainsi la description, au sens matériel, de la structure constitutionnelle, sera-t-elle nettement distinguée du " système des partis " (c'est à dire, essentiellement l'existence d'une majorité parlementaire). Dès lors, le " système politique " (ce que l'on entendait auparavant par régime politique au sens large), résulte de la combinaison de ces deux éléments : le *régime* politique et le système de partis. Cette analyse permet de clarifier très nettement le problème de la classification des régimes politiques. Néanmoins il nous semble qu'elle serait plus claire encore si, au lieu de parler de " système des partis " on employait le concept de " système de variables déterminantes " (51). En effet, Maurice Duverger considère que, dans un régime parlementaire, la principale variable décisive est l'existence ou non d'une majorité parlementaire (qui permet de distinguer les systèmes Italien et Britannique), qu'il n'est pas nécessaire de s'interroger sur d'autres variables puisque, dans ce type de régime, s'il existe une majorité parlementaire, elle appartient toujours au Premier Ministre. Par contre, il considère que pour comprendre les différentes pratiques possibles du régime semi-présidentiel, il faut analyser non seulement la consistance de la majorité parlementaire, mais aussi sa position par rapport au Président, l'image du Président dans l'opinion publique, et les prérogatives constitutionnelles respectives du Premier Ministre et du Président (52). C'est cet ensemble d'éléments, auxquels nous ajouterons plus tard de nombreux autres facteurs, que nous appellerons " système de variable déterminantes " (53).

On considérera donc que le système politique (SP) résulte de la combinaison du régime politique (RP) et du système de variables déterminantes (SVD). D'où  $RP + R + SVD = SP$  (où R définit une relation d'interactions) .

---

(49) M. DUVERGER *Le système politique français*, préc. p. 515.

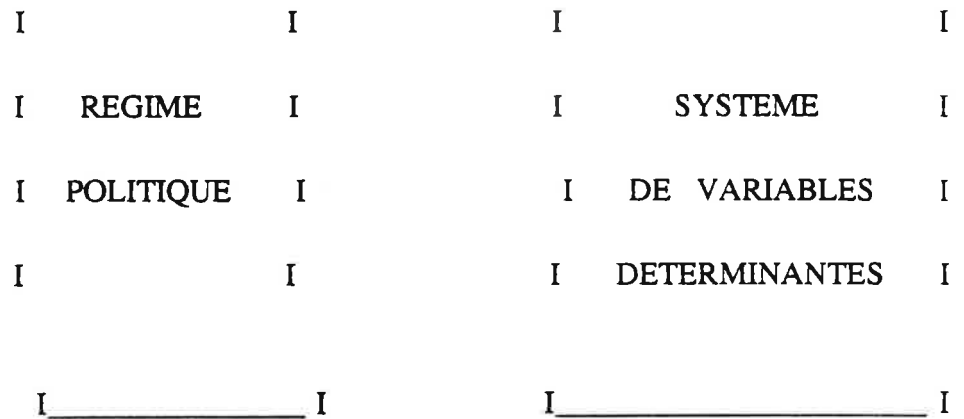
(50) O. DUHAMEL *Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel*, préc., p. 587.

(51) Sur la notion de " système de variables déterminantes ", cf. infra, n° 140 et s., et 218 et s.

(52) Cf. M. DUVERGER, *Le système politique Français*, préc., p. 530-531.

(53) Sur le système de variables déterminantes, cf. infra, n° 140 et s., et 218 et s.

SYSTEME POLITIQUE



" Un même régime peut s'inscrire dans des systèmes différents " (par exemple l'Italie et la Grande-Bretagne, la France et l'Islande), et surtout, " il peut y avoir changement du système politique global sans changement de régime (et par changement de l'autre sous-système, à savoir le système des partis) " (54). A l'heure de la cohabitation, le système des partis, au sens étroit, n'a pas véritablement changé, puisqu'il est toujours caractérisé par une structure bipolaire dédoublée (55) et qu'il existe une majorité stable à l'Assemblée nationale, avant comme après 1986, mais le système de variables décisives que nous avons provisoirement déterminé, a été profondément modifié : la majorité parlementaire est hostile au chef de l'Etat (qui est le leader de l'opposition), l'image du Président de la République dans l'opinion est très affaiblie (mais pas totalement), et les prérogatives

(54) O. DUHAMEL, *Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel*, préc., p. 587.

(55) Cf. supra, section I, la représentation proportionnelle n'a pas bouleversé l'équilibre des forces politiques.

respectives du chef de l'Etat et du Premier Ministre ne sont pas réellement modifiées, mais leur possibilité d'utilisation est bouleversée, en ce qu'elle n'est plus déterminée par un rapport d'allégeance, mais par le texte de la constitution. On peut dès lors considérer que la cohabitation ne provoque *aucun changement de Constitution, ni de régime politique, mais un changement de système politique* (du fait de la modification du système de variables déterminantes).

Si l'évolution des variables déterminantes ne modifie pas la Constitution, en revanche elle en bouleverse l'interprétation. Mais comment cela se fait-il ? Est-ce parce que la nature du régime détermine une lecture nouvelle, ou parce que les conditions qui ont autorisé la lecture antérieure sont modifiées et qu'elles vont permettre une nouvelle pratique ? " Michel Troper (...) critique toute tentative de classification au motif qu'aucune relation de causalité ne saurait exister entre des structures constitutionnelles et les systèmes politiques réels " (56). Si l'on admet cette proposition et/ ou si l'on refuse à la Constitution de la Ve République le caractère de régime parlementaire, on peut considérer qu'aucune lecture particulière de la Constitution ne s'impose en période de cohabitation comme auparavant.

## 2) Un régime libre de tout principe d'interprétation ?

Michel Troper critique la vision normativiste des classifications : " selon une conception, heureusement moins répandue de nos jours, la fonction de la science du droit constitutionnel est de poser des normes. Dans cette perspective, classifications et classements sont les instruments de cette fonction. Ainsi peut on lire parfois que la Ve République n'étant ni un régime parlementaire ni un régime présidentiel, il convient de modifier la Constitution de manière à ce qu'elle puisse entrer dans l'une ou l'autre de ces classes ". Il est vrai que si l'on reconnaît à la Ve République le caractère de régime hybride, son interprétation n'est enfermée dans aucune limite précise ( a ), mais en est-il de même si on la qualifie de régime semi-présidentiel ( b ) ?

---

(56) M. TROPER, Dans sa préface à la thèse de R. MOULIN, *Le présidentielisme et la classification des régimes politiques*, Paris, LGDJ, 1978 (cité par O. DUHAMEL, *Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel*, préc., p. 588), cf. aussi M. TROPER, *Les classifications en droit constitutionnel*, RDP 1989, p. 945-956.



a) Un régime basé sur l'auto-limitation du chef de l'Etat ?

28 Si l'on qualifie le régime de la Ve République de régime mixte, ou présidentieliste, ou hybride, on le libère des contraintes d'interprétation qui semblent dictées par l'un des régimes dits classiques. En résulte-t-il l'absence de principe de lecture à prétention normativiste ? Toute l'expérience de la Ve République est là pour démontrer le contraire." Le principe qui domine la pratique constitutionnelle de la Ve République est celui de l'auto-limitation du chef de l'Etat " (57). Si l'on ne peut pas appliquer un principe à priori, c'est la loi de la jungle qui s'impose; le plus fort, c'est à dire jusqu'à présent le Président de la République, dicte ses principes d'interprétation de la Constitution. Jusqu'à l'heure de la cohabitation, on pouvait se rassurer devant de telles pratiques en se disant qu'elles disparaîtraient aussitôt que le chef de l'Etat se heurterait à une Assemblée hostile. Nous verrons que cette confiance en l'avenir était peut-être un peu excessive. Mais si, au lieu de lui refuser toute qualification précise, on attribue à la Ve République le label de régime semi-présidentiel, l'incertitude sera-t-elle la même ?

b) La qualification de régime semi-présidentiel a-t-elle une fonction normative ?

29 " En sortant la Ve République du ni-ni " (58) M. Duverger légitime ce régime, faisant " d'un corniaud un chien de race " (59). Mais attribue-t-il ainsi à la qualification de régime semi-présidentiel une fonction normative ? Apparemment non, puisqu'il démontre que le régime semi-présidentiel peut fonctionner dans différents systèmes politiques suivant la combinaison de ce que nous avons appelé les variables déterminantes. Pourtant il semble céder à la tentation normativiste lorsqu'il définit l'orthodoxie de la catégorie de régime dont il est le créateur. Selon lui, le régime semi-présidentiel " combine deux principes fondamentaux qui permettent de répartir les pouvoirs entre chacune des têtes de l'aigle : le premier ministre responsable devant les députés et le chef de l'Etat élu au suffrage universel (60). D'une part, le gouvernement dirige la politique de la nation en règle générale, c'est à dire toutes les fois que la Constitution n'en décide pas autrement. Au contraire, le Président n'a pas d'autres pouvoirs que ceux attribués expressément par les textes. En termes juridiques, on dira que le gouvernement a une compétence de droit

(57) G. BERLIA *La conférence de presse du Président de la République du 31 janvier 1964*, préc., p. 130.

(58) O. DUHAMEL *Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel*, préc., p. 590.

(59) O. DUHAMEL, *idem*.

(60) Souligné par nous, car nous considérons que c'est inexact pour la France, malgré les explications de M. DUVERGER sur ce point (cf. infra). Parmi les sept pays qualifiés par M. DUVERGER de semi-présidentiels, seuls la République de Weimar, l'Autriche et le Portugal ont une Constitution qui attribue au chef de l'Etat le pouvoir de révoquer le Premier ministre. (cf. *Echec au Roi*, préc., p. 22.

commun et le chef de l'Etat une compétence d'attribution. Tel est le premier principe. Le second concerne la nature des pouvoirs attribués au Président. En règle générale, ils sont des pouvoirs réels et non pas nominaux. (...) Le président élu au suffrage universel est l'égal du parlement en légitimité. Il dispose personnellement de toutes les prérogatives que lui confère la Constitution, à moins qu'elle-même n'en décide autrement. La différence est essentielle, notamment dans le jeu des signatures et contre-signatures. (...) A l'inverse (du chef d'Etat parlementaire), le chef d'Etat semi-présidentiel peut agir seul dans la plupart des cas, sans contreseing ministériel. Il n'est obligé lui-même de signer que si la Constitution le dit de façon claire : comme elle le fait en France pour la promulgation des lois par exemple. Sinon, les prérogatives du président sont exercées selon sa volonté. Quand nulle autre signature n'est requise aux côtés de la sienne, il possède un pouvoir de décision autonome. Quand un acte de gouvernement doit être signé par lui, il possède un pouvoir de blocage des décisions ministérielles : pour la nomination de hauts fonctionnaires par exemple " (61).

Outre le fait qu'elle conduit son auteur à des conclusions sur la cohabitation substantiellement différentes (et sur certains points totalement opposées) entre 1978 et 1986 (62), cette prétention normativiste de la théorie des régimes semi-présidentiels est contestable pour plusieurs raisons. Tout d'abord elle repose sur des bases très faibles, tant sur le plan spatial que temporel. Parmi les sept régimes recensés par l'auteur, trois sont " semi-présidentiels en droit, parlementaires en fait " (63) (L'Autriche, l'Irlande et l'Islande), deux autres n'obéissent à ce modèle qu'à certaines périodes (l'Allemagne de Weimar (64), et le Portugal (65)). Ne restent donc que deux pays qui respecteraient ces principes : la Finlande et la France. Or on sait que l'absence de majorité parlementaire et la situation très particulière de la politique extérieure finlandaise expliquent à elles seules la puissance du Président. Les principes énoncés par Maurice Duverger reposent donc sur une observation très mince, comparativement à ceux qui sont tirés des régimes parlementaires monistes (issus de l'analyse du fonctionnement de ce régime pendant des décennies et dans de très nombreux pays). Ensuite, la logique de ce raisonnement paraît discutable car il a pour objet et pour conséquence de distinguer les régimes semi-présidentiels des régimes parlementaires - et d'opposer leurs principes -, alors même que Maurice Duverger reconnaît que les régimes semi-présidentiels sont des régimes parlementaires (66). Pour

---

(61) M. DUVERGER *Echec au Roi, préc.*, p. 29.

(62) Comparer *Echec au Roi, préc.* et *Bréviaire de la cohabitation, préc.*

(63) M. DUVERGER *Les régimes semi-présidentiels, préc.*, p. 9-10. Selon M. DUVERGER, des éléments historiques sont susceptibles d'expliquer ces distorsions par rapport au modèle.

(64) Considéré par M. DUVERGER comme un régime semi-présidentiel à éclipses : cf. *Les régimes semi-présidentiels*, p. 13.

(65) Où les pouvoirs du président sont en pratique presque aussi faibles qu'en Autriche (cf. *Echec au Roi, préc.*, p. 33), et plus faibles encore en période de cohabitation.

(66) cf. infra n° 30.

bien mesurer cet obstacle, il est nécessaire de préciser quels principes d'interprétation dicte ou prétend dicter la qualification de régime parlementaire, ce qui nous permettra de mieux comprendre les problèmes que pose le retour à la lettre de la Constitution.

## B LE RETOUR A LA LETTRE D'UN REGIME PARLEMENTAIRE.

Pour Olivier Duhamel, " le régime parlementaire, même rationalisé en 1958, présidentialisé en 1962, retrouverait donc ses droits avec une victoire législative " du parti opposé au Président de la République (67). Même si l'interprétation du régime jusqu'en 1986 ne correspondait pas à la pratique d'un système parlementaire, " la Constitution n'en conserve pas moins sa validité juridique et rien n'interdirait à un contexte politique favorable de retrouver ce qu'un autre contexte politique a abandonné " (68). La plupart des auteurs estiment en effet qu'à partir du moment où la majorité parlementaire ne sera plus soumise au Président de la République, il faudra " que le chef de l'Etat fasse une lecture parlementaire de la Constitution et que ce soit lui qui prenne le profil bas " (69), on devra revenir au texte de la Constitution, qui organise un régime parlementaire. Pour d'autres représentants de la doctrine, l'élection du Président de la République au suffrage universel direct ayant modifié nos institutions, on ne saurait revenir au texte de 1958 (70). C'est en particulier la position de Maurice Duverger, puisqu'il estime que, depuis 1962, notre régime est semi-présidentiel, et qu'il en résulte le renversement du principe d'interprétation

(67) O. DUHAMEL *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, Pouvoirs n°1, 1977, p. 62.

(68) O. DUHAMEL, *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc., p. 64.

(69) J. ROBERT, *Alternances* n° 1, 1986, p. 68. De même, J. CHARLOT estime-t-il que : " La primauté présidentielle est (...) aléatoire dans la mesure où elle est liée à la lecture gaullienne de la Constitution (le Président-guide) , qui n'a prévalu sur la lecture debréiste (le Président-arbitre) qu'en fonction des hommes et des circonstances. Il suffit qu'un renversement net de majorité se fasse à l'occasion d'élections législatives pour que le Premier ministre issu de la coalition victorieuse, s'appuyant sur la légitimité de l'élection la plus récente, puisse confiner le Président dans un rôle, non négligeable, d'arbitre ", Dans *La Ve République : une mutation politique*, Pouvoirs n° 4, 1978, rééd 1982, p. 115.

(70) Cf. G. VEDEL *Le pari de la succession*, *La Nef*, 1968, p. 145-159, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, T. I., p. 536 et s.: L'idée d'un Président de la République qui, dans le respect de la Constitution, ne soit pas tout à fait un homme de premier plan " repose sur l'idée que la Constitution, exactement respectée, ramènerait à un régime parlementaire. Ce n'est que l'une des possibilités d'interprétation qu'offrait le texte de 1958, et démentie, comme on le disait plus haut, par l'arsenal des pouvoirs véritablement personnels que le texte donne au chef de l'Etat. Mais, surtout, c'est de la Constitution de 1962 qu'il s'agit. Le pays n'ira pas porter ses suffrages à un homme dont le programme politique sera de n'en rien faire"; et p. 546 : "L'élection du Président de la République au suffrage universel direct met en veilleuse le pur régime parlementaire qui, d'ailleurs, s'il était possible en France, aurait rendu inutile le Président en tant qu'acteur de la vie politique".

de la Constitution. Quant à Pierre Avril, il estime que l'on peut revenir à la lettre de la Constitution, mais seulement de manière tout à fait provisoire : " Une lecture " parlementaire " conduisant à une interprétation discrète et réservée de cet arbitrage était théoriquement imaginable en 1958, elle ne l'est certainement plus, le voudrait-on, depuis que le Président de la République est élu au suffrage universel, sinon pour ménager une transition qui, par hypothèse, ne saurait être durable (...). La " cohabitation " (...) paraît une situation par essence instable et provisoire ...". La réforme de 1962 ne fait donc pas obstacle à ce que l'on revienne - ne serait-ce que temporairement - à la lettre de la Constitution ainsi révisée, c'est à dire au régime parlementaire. Mais de quelle sorte de régime parlementaire s'agit-il ? Et qu'est-ce, précisément, qu'un régime parlementaire ? Il est indispensable de préciser ces notions si l'on veut pouvoir bien appréhender les controverses doctrinales sur la qualification de la Ve République ( 1 ) et sur les principes d'interprétation qu'on peut prétendre en déduire - qu'on leur reconnaisse ou non une valeur normative - ( 2 ).

### **1 ) La Ve République : un régime parlementaire " bireprésentatif moniste "**

Voilà que l'on invente encore un qualificatif barbare pour désigner la Ve République, s'inquiète sans doute le lecteur lassé par la vanité des classifications ? S'il a la patience de lire les quelques lignes qui suivent, il constatera que l'on ne prétend dans l'immédiat qu'apporter un peu de clarté à la classification des régimes politiques, et en particulier des régimes parlementaires, car, dans l'état actuel des choses, les controverses doctrinales sur la notion de régime parlementaire sont telles ( a ) que l'on ne peut s'entendre sur la qualification de la Ve République ( b ).

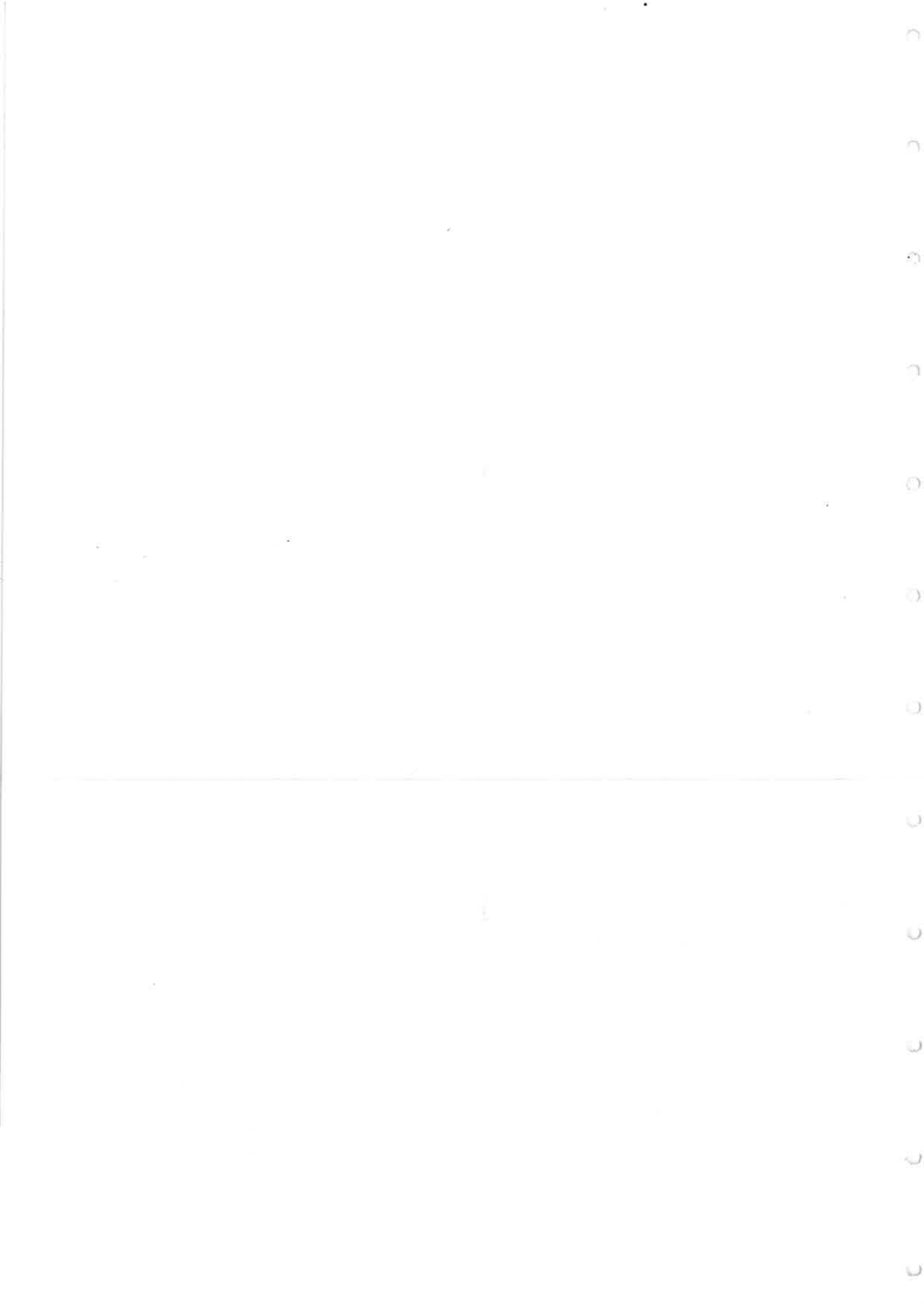
#### **a) Aperçu des controverses doctrinales sur la notion de régime parlementaire.**

**30** Un tableau ne prétendant nullement à l'exhaustivité, mais ayant seulement pour objectif d'illustrer la diversité des définitions du régime parlementaire, permet d'observer que si les auteurs reconnaissent généralement le régime parlementaire aux mêmes indices (responsabilité du Gouvernement devant le Parlement, dualisme de l'exécutif, droit de dissolution..), leurs opinions divergent lorsqu'ils déterminent les critères nécessaires et suffisants à cette qualification, les éléments nécessaires mais pas suffisants, et les éléments importants. Par exemple, alors que pour Maurice Duverger, la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement est le critère nécessaire et suffisant pour que l'on soit

# IDENTIFICATION DU REGIME PARLEMENTAIRE A TRAVERS QUELQUES MANUELS

		AUTEURS								
		Burdeau Hamon Troper 1988	Chante- bout 1985	Deb- basch 1986	Duguit (Traité) TII 1928	Duverger 1985	Gicquel 1987	Prelot Boulouls 1984	Vialle M. 1984	Lexique des termes juridiques
		Δ : <i>Éléments essentiels</i> + : <i>Éléments importants</i> ○ : <i>Critère nécessaire mais pas suffisant</i> * : <i>Critère nécessaire et suffisant</i>   : <i>Éléments généralement observés mais pas indispensables</i>								
<b>REGIME PARLEMENTAIRE</b>	Régime de séparation souple des pouvoirs		Δ				+		+	
	Collaboration des pouvoirs dans certains domaines	Δ		+	Δ		+			+
	Equilibre des Pouvoirs	Δ	Δ		Δ					+
	Responsabilité du gouvernement devant le Parlement	Δ		+	○	*	+	+	○	+
	Droit de Dissolution appartenant à l'Exécutif	Δ		+	○		+		+	+
	Exécutif dualiste	+		+			+		○	+
	Chef de l'Etat irresponsable (devant le Parlement)	+		+				+	+	+
	Bicamérisme									
	Contreseiné généralisé									
	Désignation du gouvernement par le Chef de l'Etat							*		
<b>REGIME PARLEMENTAIRE MONISTE</b>	Gouvernement responsable devant le seul Parlement			+		+	+		+	+
	Chef de l'Etat effacé			+		+	+			+
<b>REGIME PARLEMENTAIRE DUALISTE</b>	Gouvernement responsable aussi devant le Chef de l'Etat	+		+		+	+	+	+	+
	Chef de l'Etat actif			+		+	+	+	+	+

nota: Le Régime Parlementaire Moniste n'est pas toujours évoqué (--->blancs)



en présence d'un régime parlementaire (71) - selon ce critère la Ve République est donc un régime parlementaire - , Marcel Prélot et Jean Boulouis estiment au contraire qu'il suffit, pour que l'on puisse qualifier un régime de parlementaire, que le Gouvernement soit désigné par le chef de l'Etat, (72) - la Ve République est donc considérée comme un régime parlementaire, monobstant l'élection du Président de la République au suffrage universel direct -. Mais les différences majeures apparaissent surtout au niveau de l'analyse des rapports entre les pouvoirs. Alors que l'égalité et la collaboration des pouvoirs sont un élément essentiel du régime parlementaire pour Léon Duguit (73) et Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper (74), d'autres n'y font même pas allusion.

On retrouve ici le problème de la *distinction entre régime parlementaire moniste et dualiste*. René Capitant expose ainsi l'opposition entre la théorie du régime parlementaire dualiste et moniste : " Deux conceptions opposées du régime parlementaire se partagent la littérature constitutionnelle. La théorie la plus répandue dans la doctrine française voit en lui une application du principe de séparation des pouvoirs...L'autre théorie, exposée d'abord par Bagehot, devenue classique en Angleterre, et dont s'inspire en France M. Carré de Malberg, enseigne que le phénomène le plus frappant du régime parlementaire est bien plutôt la subordination de l'exécutif au législatif " (75). Carré de Malberg a en effet critiqué la définition du régime parlementaire comme un système où la dualité des pouvoirs suppose leur égalité, et constaté qu'en réalité tous les pouvoirs sont concentrés dans les mains de l'Assemblée législative (76). Dans cette optique, on estime qu'on est dans un régime parlementaire dualiste dès lorsqu'il y a deux centres d'impulsion du pouvoir, séparés et équilibrés, alors qu'on est en présence d'un régime parlementaire moniste lorsque tous les pouvoirs viennent d'un seul centre d'impulsion. Monisme et dualisme sont ainsi souvent entendus au sens large, pour définir non pas un régime politique au

(71) Cf. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, Thémis, 14e éd., T.I., 1975, p. 155 : " Même si les deux autres éléments n'existent pas (par exemple, s'il n'y a pas dualisme de l'exécutif, comme dans le Gouvernement provisoire de 1945-1946, ou pas de droit de dissolution), celui-ci (la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement) suffit pour qu'il y ait régime parlementaire ".

(72) Cf. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 1984, préc., p. 87-88 : " Si le peuple désigne directement l'organe gouvernemental indépendamment des chambres, c'est le régime présidentiel (...) Si, en dehors du peuple et de l'Assemblée, intervient un élément tiers, le chef d'Etat, point fixe autour duquel joue la mobilité gouvernementale, c'est le régime parlementaire, ou de collaboration des pouvoirs de type britannique."

(73) Cf. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, Paris, 1928, p. 805 : le régime parlementaire " est fondé sur l'égalité du pouvoir du Parlement et du Gouvernement, sur leur collaboration constante à toute l'activité de l'Etat et sur l'action qu'ils exercent l'un sur l'autre pour se limiter réciproquement " " Le chef de l'Etat personnalise le Gouvernement ".

(74) *Manuel de droit constitutionnel*, LGDJ, 1988, p. 133 : " Le régime parlementaire est celui dans lequel la direction des affaires publiques appartient au Parlement et au chef de l'Etat, par l'intermédiaire d'un cabinet responsable devant le Parlement ". p. 136 : " Le Parlementarisme repose sur trois principes qui doivent dans l'ensemble être observés " : l'égalité entre l'exécutif et le législatif, la collaboration entre les deux pouvoirs, l'existence de moyens d'action réciproque de chacun des pouvoirs sur l'autre.

(75) *Régimes parlementaires dans Méi.* CARRE DE MALBERG, Paris, Sirey, 1933, p.33.

(76) Cf. R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t.I

sens strict, mais un système politique (ou régime politique au sens large). Certains auteurs qualifient ainsi la Ve République de système dualiste, puisque le Président de la République y détient des pouvoirs importants (77). De même, lorsque Jean-Claude Colliard constate que la plupart des régimes parlementaires sont des régimes monistes, il entend ce terme au sens large, par " régime d'unité du pouvoir " (78) et non au sens strict que nous lui donnons, de régime dans lequel le Gouvernement n'est responsable que devant le Parlement. Il démontre en effet que " par le jeu de la majorité parlementaire et du ou des partis qui la composent, le régime parlementaire, dans sa pratique contemporaine, apparaît comme un régime d'unité du pouvoir, dans lequel le législatif est, sauf cas exceptionnel, étroitement subordonné à l'exécutif " (79). Il opère ainsi une classification non pas des régimes (du moins au sens strict défini ci-dessus), mais des systèmes politiques (c'est à dire des régimes politiques au sens large). Pour plus de clarté, il convient donc de distinguer entre les régimes monistes ou dualistes (différenciés par la simple ou double responsabilité du Gouvernement) et les systèmes monistes ou dualistes (différenciés par l'unicité ou la dualité des centres d'impulsion réels du pouvoir). Pour notre part, nous entendrons les termes de régime dualiste et moniste dans un sens étroit car c'est un critère juridique précis, et parce que la majorité de la doctrine actuelle le définit ainsi. En effet, la plupart du temps, les auteurs des ouvrages ici étudiés définissent d'une manière générale le régime parlementaire, puis ils précisent qu'il en existe deux catégories : le régime parlementaire dualiste, caractérisé par tous ceux qui l'évoquent par la double responsabilité du Gouvernement devant le Parlement et le chef de l'Etat, et dans lequel le chef de l'Etat est actif; et le régime parlementaire moniste, unanimement caractérisé dans les ouvrages répertoriés dans ce tableau - lorsqu'il est évoqué -) par le fait que le Gouvernement n'est responsable que devant le Parlement (le chef de l'Etat n'ayant pas le pouvoir de le révoquer), et se traduisant généralement par l'effacement du chef de l'Etat. Le régime parlementaire dualiste est souvent considéré comme l'ancêtre du régime parlementaire, une simple phase de ce régime, qui a marqué l'évolution de nombreuses monarchies constitutionnelles; la forme moderne en étant le régime parlementaire moniste.

---

(77) Ainsi M. DUVERGER, avant la révision de 1962 (cf. *Les institutions de la Ve République*, RFSP, mars 1959, p. 109 : " La Ve République a tous les traits de l'orléanisme, même d'un orléanisme renforcé "). et J. GICQUEL, intervention à la conférence-séminaire sur *Les leçons de la cohabitation*, organisé par la Fondation pour la démocratie, Paris, 6 nov. 1986., estime que la Ve République est " un régime parlementaire où les pouvoirs du Président de la République sont cependant importants, ce qui correspond à un régime dualiste ou orléaniste..." (voir également sa thèse, préc., p. 116.) D'autres auteurs sont plus nuancés, et observent que le dualisme est imparfait : " La Constitution annonçait un régime parlementaire " rationalisé " surmonté d'un président-arbitre, un peu à la manière de la monarchie orléaniste." (J. PETOT, *Faut-il réviser la Constitution de 1958*, RDP 1985, p. 1442.). F. FRISON-ROCHE: " La théorie du régime semi-présidentiel ne constitue-t-elle pas en définitive un retour aux sources du parlementarisme dualiste, fondée sur deux pôles équilibrés et indépendants, appelés à collaborer par l'intermédiaire du cabinet, véritable trait d'union du régime ? " dans *La présidence de la République en Finlande et la nature du régime*, dans Mél. M. DUVERGER, PUF, 1987, p. 110.

(78) Cf. *Les régimes parlementaires contemporains*, presses de la FNSP, 1978, p.22.

(79) *Les régimes parlementaires contemporains*, presses de la FNSP, 1978, p. 22.



Mais lorsque les auteurs se réfèrent à la *notion de régime parlementaire classique*, soit pour qualifier ainsi la Ve République, soit pour affirmer qu'elle n'est pas un régime parlementaire ils n'entendent pas la même chose par " régime parlementaire classique ", qu'ils assimilent souvent au régime parlementaire moniste. Certains éminents professeurs de droit refusent à la Ve République le titre de régime parlementaire, ou de régime parlementaire classique parce qu'ils assimilent ce régime au système anglais tel qu'il fonctionne actuellement. Dans le régime parlementaire classique, le chef de l'Etat est totalement effacé, estime Maurice Duverger (80). Dans cette optique, on comprend mieux qu'il nie le caractère de régime parlementaire à la Ve République, malgré la définition très générale qu'il en a donné (mais on doit observer que sa classification des régimes semi-présidentiels n'est acceptable qu'au prix d'une redéfinition implicite du régime parlementaire, si bien qu'il ne propose au total pas moins de trois définitions différentes du régime parlementaire (81)). Pour Jean Gicquel " le régime parlementaire moniste, forme classique par excellence, correspond à un chef d'Etat devenu simple spectateur politique, au terme du processus de dépérissement ", et par conséquent, la Ve République n'est pas un régime parlementaire (82). Jacques Robert lui refuse également ce label au motif que " le régime parlementaire, c'est la responsabilité ministérielle et la dissolution avec un chef de l'Etat en général falot et irresponsable " (83). Mais d'autres auteurs estiment que " le régime parlementaire, s'il est accompagné parfois de l'effacement du chef de l'Etat, ne postule nullement cet effacement " (84). Au contraire, serait-on tenté de dire, " le régime parlementaire est celui dans lequel la direction des affaires publiques appartient au Parlement et au chef de l'Etat, par l'intermédiaire d'un cabinet responsable devant le Parlement " (on ne précise pas qu'il doit l'être devant le chef de l'Etat) (85). Ce régime repose sur trois principes : l'égalité du législatif et de l'exécutif, la collaboration entre eux, et l'existence de moyens d'action réciproques de l'un sur l'autre, qui garantissent cet

---

(80) *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, Thémis, T. I, 1975, p. 159.

(81) Dans la première définition il estime que tout régime dans lequel il y a responsabilité du Gouvernement devant le Parlement est un régime parlementaire (*Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF Thémis, 14<sup>e</sup> ed. 1975, p. 155.), dans la seconde il n'accorde ce label qu'aux régimes dans lesquels le chef de l'Etat est inexistant politiquement, et dans la troisième, qui résulte implicitement de sa définition du régime semi-présidentiel, ce régime se caractérise par la responsabilité du gouvernement et l'élection du au suffrage universel du seul Parlement. (Sur ce dernier point cf. O. DUHAMEL, *Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel*, préc., P. 586.

(82) *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 1987, p.141, note 47. De même, il estime dans sa thèse, préc., p. 21, que " la liste impressionnante des pouvoirs propres du chef de l'Etat (...) est de nature à susciter des réserves quant à sa fonction arbitrale. il appert qu'elle excède la notion de régime parlementaire, même rationalisé ".

(83) J. ROBERT estime ainsi qu'on ne peut prétendre que notre régime est mi-parlementaire, mi-présidentiel, car ces régimes sont inconciliables. " Notre régime politique (...) est autre chose, monarchie républicaine, monarchie élective, présidence impériale..." Dans : Table ronde sur le bilan constitutionnel du septennat, RPP, sept. Oct. 1985, p. 38.

(84) E. GIRAUD, *La Constitution du 4 octobre 1958 et la pratique de cette constitution*, RDP, 1961, p. 1006-1007.

(85) G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER, *Manuel de droit constitutionnel*, LGDJ, 1988, p. 133.

équilibre : la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement, et le droit de dissolution. Ainsi, " alors que la définition première du régime parlementaire pouvait être considérée comme dépassée, elle a retrouvé une illustration très actuelle dans le régime institué par la Constitution de 1958 " (86). Les institutions de la Ve République, même modifiées en 1962, ne sont en effet pas sans rappeler les monarchies constitutionnelles d'antan. Mais le général de Gaulle constatant que la légitimité monarchique était trop faible en France, et que sa légitimité personnelle ne serait pas éternelle, voulut rétablir l'équilibre des pouvoirs en donnant au Président de la République un poids égal à celui de l'Assemblée nationale, puisque tous deux représenteraient directement le peuple.

La classification des régimes politiques, basée sur l'idée d'une séparation souple des pouvoirs, empruntée, non sans quelque infidélité, à la théorie de Montesquieu, a fait l'objet de vives critiques, en particulier de Michel Troper (87). Aussi, nombreux sont les auteurs qui, sans faire explicitement référence à l'équilibre des pouvoirs, estiment que la Ve République est un régime parlementaire puisqu'on y retrouve le droit pour le chef de l'Etat de dissoudre une assemblée élue au suffrage universel, et la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement (88). Ainsi Marcel Waline affirme-t-il que " ces différents éléments étant réunis dans la Constitution de la Ve République, il est certain que le régime adopté est, juridiquement, le régime parlementaire " (89). Enfin, les auteurs qui considèrent que l'on est en présence d'un régime parlementaire dès lors que le Gouvernement est responsable devant le Parlement, qualifient (à l'exception de Maurice Duverger), la Ve République de régime parlementaire (90). Jean-Luc Parodi souligne ainsi que la cohabitation rappelle " le caractère parlementaire de la Ve République, si l'on entend par parlementaire un régime dont le pouvoir gouvernemental a besoin de l'onction de l'Assemblée nationale, ne peut survivre sans son assentiment tacite et doit tenir le plus grand compte des diverses composantes de sa majorité. Les acteurs politiques qui tendraient à oublier cette dimension fondamentale du jeu institutionnel français risquent alors de payer cher le prix de cet oubli " (91).

Comment tous ces auteurs pourraient-ils s'entendre sur la nature de la Ve République, alors qu'ils emploient les mêmes termes mais en leur donnant un sens différent ? La clef

---

(86) G. BURDEAU et alii, *op. cit.*, p. 134.

(87) *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris, 1973, p. 103., et cf. infra, n° 33 et s., et M. TROPER, *Les classifications en droit constitutionnel*, RDP 1989, p. 945-956.

(88) M. WALINE *Le régime parlementaire suppose : 1° une ou deux assemblées élues au suffrage universel (...), 2° La responsabilité politique du gouvernement devant au moins l'une de ces assemblées (...), 3° le pouvoir donné au chef de l'Etat de prononcer la dissolution de l'assemblée (...)* dans *Quelques réflexions sur les institutions de la Ve République*, RDP 1982, p. 597.

(89) M. WALINE *Quelques réflexions sur les institutions de la Ve République*, préc., p. 598.

(90) Cf. E. GIRAUD *La Constitution du 4 octobre 1958 et la pratique de cette constitution*. RDP 1961, p. 1106-1107.

(91) *Sur quelques enseignements institutionnels de l'alternance à la française*, RPP, janv. fév. 1981, p. 46.

de ce problème semble largement résider, ici aussi, dans la confusion évoquée par Olivier Duhamel, entre *régime* et *système* politique. Bien souvent, les représentants de la doctrine ne distinguent pas entre le régime et le système qu'ils décrivent (même lorsqu'ils précisent qu'il faut établir une distinction entre les règles constitutionnelles et leur fonctionnement, ils n'opèrent plus cette distinction au moment de qualifier le régime ou le système). Ils le classent dans telle ou telle catégorie en fonction, à la fois des règles qui l'organisent, et de la manière dont il est pratiqué. D'une certaine manière, on confond *l'objectif du constituant* (par exemple établir un régime dans lequel la politique gouvernementale est dirigée et contrôlée par deux organes, le chef de l'Etat et le Parlement, dans le régime parlementaire dualiste; ou au contraire par un seul organe, dans le régime parlementaire moniste), avec les *moyens juridiques* utilisés pour parvenir à cette fin, pour garantir son respect (la double responsabilité du Gouvernement devant le chef de l'Etat et le Parlement en régime dualiste, et la simple responsabilité devant de Parlement en régime moniste), et avec les *conséquences pratiques* qu'on estime pouvoir déduire de ces dispositions juridiques (le rôle actif du chef de l'Etat en régime dualiste, et son impuissance en régime moniste). Certes, une des causes majeures de ces évolutions est la légitimité du chef de l'Etat et sa situation par rapport à la majorité, mais, justement, ces éléments, puisqu'ils varient au fil des circonstances, seront étudiés dans le cadre des variables qui déterminent l'évolution du *système* politique. Ainsi, lorsqu'on observe que dans le régime parlementaire moniste, le chef de l'Etat est faible (conséquence pratique) - parce qu'il ne dispose plus du droit de révoquer le Gouvernement (cause juridique - parmi d'autres causes -), on a tendance à en déduire que ne peut être qualifié de régime parlementaire moniste qu'un régime dans lequel le chef de l'Etat est politiquement inexistant. C'est ainsi que l'on dénigre parfois à la Ve République le caractère de régime parlementaire moniste, au seul motif que le chef de l'Etat n'y est pas totalement réduit à l'impuissance politique comme c'est le cas en Grande Bretagne.

Cette confusion entre régime politique au sens large et régime politique au sens strict, qui revient à une assimilation du droit et de la pratique, est sans doute partiellement due au fait que les institutions du régime parlementaire sont le fruit d'une évolution historique qui s'est faite presque sans textes (surtout dans le pays de référence qu'est la Grande Bretagne) ou malgré les textes (en France à partir de la restauration et de la monarchie de juillet). Elle comporte néanmoins de graves inconvénients, car si l'on veut pouvoir mesurer les écarts entre la règle et la pratique, afin de connaître l'effectivité de la Constitution, il est indispensable de distinguer le *régime* du *système* politique<sup>92</sup>. Or l'interprétation qui peut être faite de la classification des régimes politiques n'obéit pas toujours à cet objectif, c'est pourquoi il convient de préciser ce que l'on entend ici par régime parlementaire avant de qualifier les institutions de la Ve République.

---

(92) Cf. infra, L. II

## b) Qualification de la Ve République.

La plupart des auteurs estiment - quelle que soit la qualification qu'ils donnent par ailleurs au système de la Ve République (93) - que la *Constitution* de 1958 organise un régime parlementaire, mais soit ils ne précisent pas de quel type de régime parlementaire il s'agit, soit ils ont des critères différents pour qualifier le régime de moniste ou de dualiste. Aussi, puisque l'on estime qu'il faut distinguer entre régime et système politique, il convient de préciser quels sont les *critères* de la classification qui, *reposant uniquement sur les dispositions juridiques* qui régissent l'organisation des pouvoirs publics, permettront de qualifier la Ve République. Tous les critères relatifs à l'esprit comme à la pratique des systèmes politiques seront donc délibérément écartés.

On peut considérer avec Maurice Duverger et Philippe Lavaux (94) que le critère nécessaire et suffisant du *régime parlementaire* est la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement. B. Mirkin-Guetzevitch écrivait en effet dès 1930 que la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement suffit à caractériser le régime parlementaire, puisqu'il " est le pouvoir politique de la majorité. Quand on définit le parlementarisme comme responsabilité politique du cabinet, on prend l'effet pour la cause (...). C'est le principe de la volonté de la majorité qui oblige le cabinet à être " responsable " c'est à dire à se démettre quand la majorité le veut " (95). Certes, et la cohabitation le démontre magistralement, mais elle prouve en même temps que l'effet peut devenir la cause, puisqu'en mars 1986, le principal élément juridique qui a contraint le Président de la République à choisir un Premier Ministre qui lui était hostile a été la responsabilité politique du Gouvernement.

A l'intérieur des régimes parlementaires, on peut, pour moderniser un peu la classification traditionnelle, distinguer entre les régimes dans lesquels le chef de l'Etat n'est pas élu au suffrage universel direct (Grande-Bretagne, Italie, etc..), que l'on qualifiera de *monoreprésentatifs*, parce que, s'ils connaissent le dualisme de l'exécutif comme la plupart des régimes parlementaires (96), seul le Parlement est le représentant élu

(93) Sur les notions de régime et de système, cf. supra n°27, et infra, n° 140 et s., 213 et s.

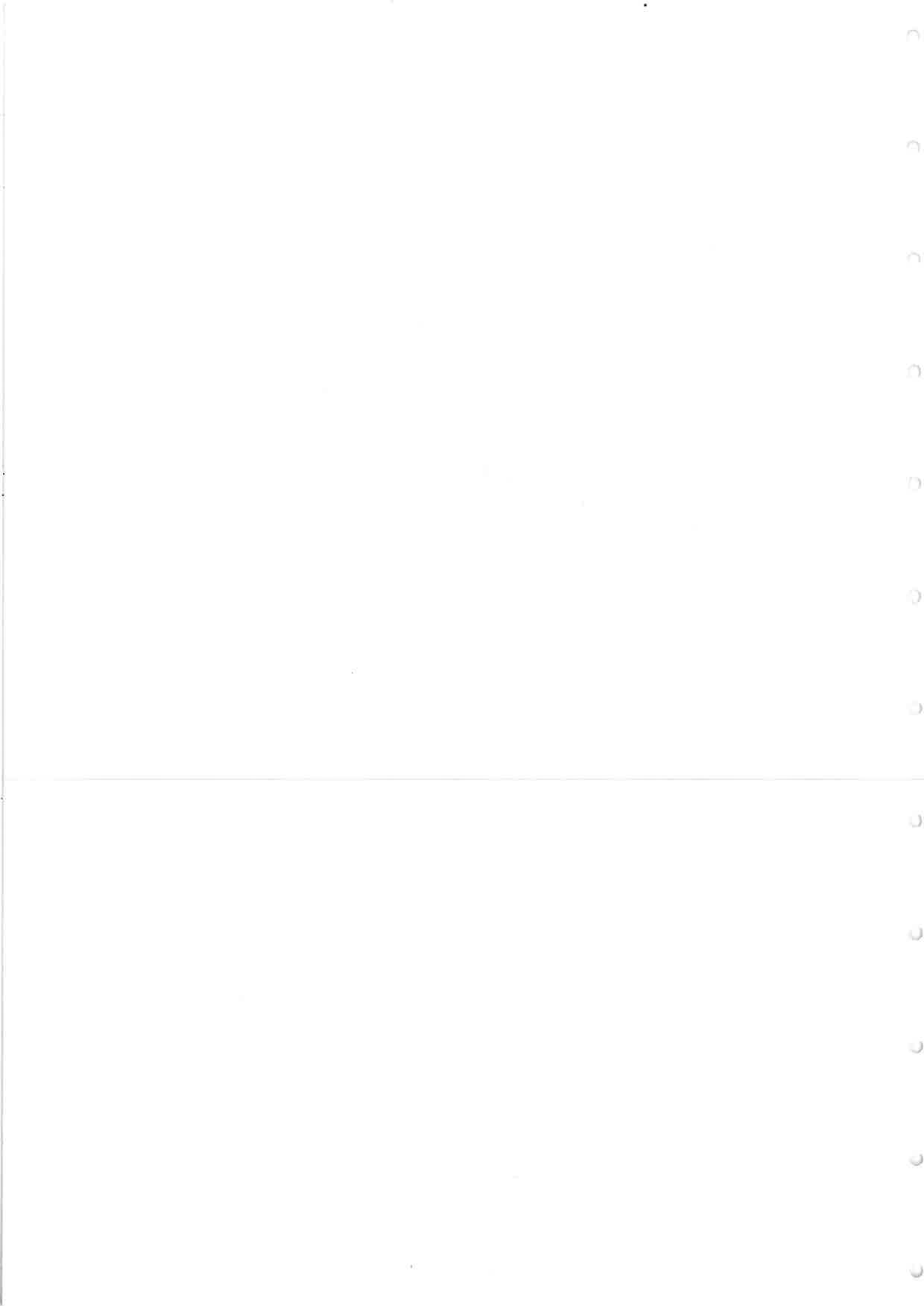
(94) " Le seul critère du parlementarisme paraît donc être la responsabilité gouvernementale devant une assemblée élue ". Dans *La dissolution des assemblées parlementaires*, Economica, 1983, p.50.

(95) Dans *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, RDP, 1930, p. 80. Dans une optique très comparable, le régime parlementaire est défini comme " le Gouvernement d'un parti majoritaire sous le contrôle d'un parti d'opposition et sous l'arbitrage de l'électeur. (...) C'est un pur gouvernement de parti " : CLUB JEAN MOULIN, dans *Le régime présidentiel*, n° 21, mars 1961.

(96) Selon J.C. COLLARD, " le critère du régime parlementaire (est) dans l'association de deux éléments, la séparation en deux du pouvoir exécutif et la responsabilité du gouvernement devant une assemblée représentative

**CLASSIFICATION PROPOSEE DES REGIMES PARLEMENTAIRES – NOTION DE REGIME PARLEMENTAIRE BIREPRESENTATIF MONISTE**

Respons du Gouvernement devant le Parlement	Président de la République élu au suffrage universel direct	Gouvernement responsable devant le Chef de l'Etat	Exemples
<p><b>+ Régime Parlementaire</b></p>	<p><b>+ : R.P. Bireprésentatif</b></p>	<p><b>+ : R.P. Bireprésentatif Dualiste</b></p> <p><b>- : R.P. Bireprésentatif Moniste</b></p>	<p>Allemagne de Weimar Portugal, Autriche</p> <p>Finlande, France Irlande, Islande</p>
<p><b>- Régime Non Parlementaire</b></p>		<p><b>+ : R.P. Monoreprésentatif Dualiste</b></p> <p><b>- : R.P. Monoreprésentatif Moniste</b></p>	<p>Monarchie de juillet (Orléaniste)</p> <p>Grande Bretagne, Italie</p>



par le Peuple (97). Au contraire les régimes parlementaires dans lesquels le Président de la République est élu au suffrage universel direct seront qualifiés de *bireprésentatifs* (que le lecteur veuille bien nous pardonner la création de ces termes peu élégants mais aucun mot existant ne permettait de qualifier de tels régimes, car la notion de dyarchie est souvent confondue avec l'idée de partage du pouvoir, généralement égalitaire (98), et le concept de régime semi-présidentiel est réservé aux institutions dans lesquelles le chef de l'Etat dispose de pouvoirs propres importants, alors qu'ici on veut simplement souligner que le Président de la République est élu au suffrage universel direct, ce qui ne préjuge en rien de ses pouvoirs, qui peuvent être très variables selon les sous-catégories que l'on va établir).

Chaque catégorie de régime parlementaire, monoreprésentatif et bireprésentatif, sera ensuite divisée en deux sous-catégories, selon que le Gouvernement est ou non responsable devant le chef de l'Etat. De manière très classique, on qualifiera de régime *dualiste* celui dans lequel le Gouvernement est responsable non seulement devant le Parlement, mais aussi devant le chef de l'Etat; et de régime *moniste* celui dans lequel il n'est responsable que devant le Parlement. Certains ne manqueront pas d'objecter, avec Maurice Duverger, que, sous la Ve République, le Président de la République peut en réalité révoquer indirectement le Gouvernement soit en dissolvant l'Assemblée nationale, soit en refusant de signer tous les décrets qui requièrent son seing<sup>99</sup>. Cet argument ne peut pas être pris en compte ici, parce qu'il tient à la pratique du régime, et non à ses dispositions juridiques. On peut en effet remarquer d'une part que le chef de l'Etat ne peut se livrer à cette "guérilla" que si la conjoncture le lui permet, et d'autre part, si l'on poursuit la logique de ce raisonnement, il faut bien admettre que le chef de l'Etat est lui-même responsable devant le Parlement, qui peut le contraindre à la démission, notamment en renversant tous les gouvernements, comme ce fut le cas sous la IIIe République. Aussi, ce type de raisonnement, s'il est très intéressant pour connaître le fonctionnement pratique d'un régime puisqu'il peut déterminer la stratégie des acteurs, doit être écarté pour l'instant puisque cette classification ne se base que sur les dispositions expresses de la Constitution. On se trouve donc en présence de quatre sous-catégories : les régimes parlementaires monoreprésentatifs monistes (Grande-Bretagne, Italie), les régimes parlementaires monoreprésentatifs dualistes (la Monarchie de juillet, qualifiée habituellement de régime dualiste, ou Orléaniste), les régimes parlementaires bireprésentatifs monistes (Finlande, Islande, France, Irlande), et les régimes parlementaires bireprésentatifs dualistes (Allemagne de Weimar, Portugal, Autriche).

---

" dans *Les régimes parlementaires contemporains, préc.*, p.18. Mais M. DUVERGER et P. LAVAUX estiment que cet élément n'est pas indispensable à la qualification de régime parlementaire (cf. références ci-dessus).

(97) Certes, dans les monarchies constitutionnelles, le Roi était-il ou est-il encore considéré comme le représentant de la Nation, mais nous ne prenons ici en compte que l'élection au suffrage universel direct, critère moderne de la représentation populaire.

(98) Cf. introduction.

(99) Sur la question de la responsabilité du Gouvernement devant le Président de la République, cf. infra, n° 55.

Ensuite, on peut imaginer de multiplier les sous-catégories, par exemple en fonction de l'existence ou des modalités du *droit de dissolution* (100) ou des pouvoirs propres du chef de l'Etat, soit en les analysant un par un, soit en les regroupant. Si l'on veut étudier les régimes dans lesquels le chef de l'Etat dispose de *pouvoirs propres importants* (suivant la démarche de Maurice Duverger), chaque catégorie sera divisée en deux, et ce que l'auteur du Bréviaire de la cohabitation appelle les régimes semi-présidentiel sera ici rangé soit dans la catégorie régimes parlementaires bireprésentatifs monistes (par exemple la Finlande) soit dans celle des régimes parlementaires bireprésentatifs dualistes (Weimar, Portugal, Autriche), et si l'on tient à la qualification de régimes semi-présidentiels on précisera seulement qu'ils sont monistes ou dualistes. Michel Debré n'a-t-il d'ailleurs pas affirmé que " le système semi-présidentiel est une forme moderne et adaptée du régime parlementaire " ? (101). Le tableau ci-joint permettra d'avoir une vision synthétique de cette classification, qui permet, à notre point de vue, d'avoir une vision tout aussi claire et réaliste des principaux types de régimes politiques que les autres classifications concernant les démocraties occidentales (et notamment celle de M. Duverger).

Suivant ces critères, on peut donc qualifier le *régime politique* Français de *régime parlementaire bireprésentatif moniste* (ou simplement de régime parlementaire moniste si l'on ne considère pas que l'élection du chef de l'Etat est un critère de distinction important, ou si l'on ne se résigne pas à utiliser les termes trop inélégants que l'on a proposé pour désigner ces régimes (102). Cette classification a-t-elle une prétention normativiste ?

## 2) De la qualification du régime au principe d'interprétation.

Puisque l'on admet généralement que la cohabitation impose le retour à la lettre de la Constitution, et puisque l'on considère, avec la majeure partie de la doctrine, que la Ve

---

(100) P. LAVAUX estime qu'il n'est pas indispensable que le droit de dissolution soit organisé pour que l'on soit en présence d'un régime parlementaire, et précise les modalités de la dissolution : cf. *La dissolution des assemblées parlementaires*, Economica, 1983, p. 50. Dans le même sens, cf. J.C. COLLIARD, *Les régimes parlementaires contemporains*, préc., p.19.

(101) Intervention au colloque *Les régimes semi-présidentiels*, préc, p. 84.

(102) On notera que certains auteurs soulignent qu'en cas de cohabitation, on revient au régime parlementaire moniste (notamment P. VIALLE, cf. supra), et que C. LECLERCQ considère que le texte de la Constitution de 1958 organise un régime parlementaire moniste rationalisé, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Litec, 5e ed, 1987, p. 513.



République est un régime parlementaire (103), à l'heure de la cohabitation, une nouvelle lecture semble s'imposer, qui dicterait un nouveau principe d'interprétation : il ne serait plus présidentieliste, mais parlementariste. C'est à dire, essentiellement, que l'on devrait considérer que les compétences du chef de l'Etat autres que celles qui sont dispensées du contreseing ministériel sont des compétences nominatives, formelles. En suivant ce raisonnement, on s'exposerait à la critique de Michel Troper, qui dénigre tout intérêt aux classifications traditionnelles des régimes politiques (104), et s'oppose à la conception selon laquelle la fonction de la science du droit constitutionnel serait de poser des normes, et les classifications des régimes un instrument de cette fonction (105). Que l'on considère ou non que les classifications puissent avoir une fonction normative, on doit reconnaître qu'elles ont tout d'abord un intérêt pratique, c'est à dire qu'elles devraient permettre de savoir rapidement quelles sont les caractéristiques essentielles de tel ou tel régime, ou de tel ou tel système. Ensuite, et surtout, les classifications des régimes politiques permettent d'une part d'éclairer l'intention des constituants (ce qui est un des éléments servant à l'interprétation du régime) ( a ), et d'autre part elles permettent de bien connaître les écarts entre la lettre d'un texte et son application effective, et surtout l'évolution de ces écarts en fonction de la conjoncture politique, de l'évolution des variables déterminantes. En effet, puisque ces classifications sont le fruit d'une longue expérience constitutionnelle, elles permettent pour le moins de nous aider à prévoir dans quel sens peut évoluer un régime en fonction de telle ou telle situation ( b ).

**a) La qualification du régime, élément révélateur de l'intention des constituants.**

32 " Mesdames, Messieurs, le 28 septembre 1958, le peuple français a voté la Constitution d'un régime parlementaire. Sans doute, certains de ses articles portaient-ils en eux-mêmes condamnation de ce régime; sans doute, le contexte juridique de l'époque rendait-il peu vraisemblable la consolidation en France d'un système de cette sorte; sans doute, des altérations successives devaient-elles rapidement en détruire la signification. Mais aussi bien les juristes qui s'attachent à la teneur des textes que des millions de citoyens qui firent foi à la pétition de principe officielle avaient toutes les raisons de croire que si certaines réformes modifiaient les institutions traditionnelles en vigueur sous la IIIe

(103) Cf. toutes les références citées dans ce paragraphe, notamment dans le A, 1),; et en outre : J. PETOT, *Les débuts de la Ve bis*, RDP 1982, p. 1524.

(104) M. TROPER, *les classifications en Droit Constitutionnel*, RDP, 1989, p. 945-956, il conclut ainsi son article : " La classification traditionnelle comporte donc toutes sortes de faiblesses : elle heurte la logique; elle n'enseigne rien; elle repose sur le présupposé absurde que les régimes purs sont des êtres réels et malgré tout cela, elle ne sert de fondement à l'argumentation que lorsqu'il existe un doute sur leur réalité et leur substance "; et cf. M. TROPER, *Les classifications en droit constitutionnel*, RDP 1989, p. 945-956.

(105) Préface à la thèse de R. MOULIN, *Le présidentielisme et la classification des régimes politiques*, Paris, LGDJ, 1978, cité par O. DUHAMEL : "Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel", préc., p. 589.

et sous la IV<sup>e</sup> République, la Ve n'en demeurait pas moins, dans son essence et dans ses caractères principaux, à l'instar de ses devancières, un régime parlementaire ", clamait solennellement F. Mitterrand en 1964 (106), rappelant ainsi que le Peuple, qui détient seul le pouvoir constituant, avait donné sa valeur juridique à la Constitution du 4 octobre 1958, qui lui avait été présentée comme établissant un régime parlementaire. " Pas de régime conventionnel, pas de régime présidentiel : la voie devant nous est étroite, c'est celle du régime parlementaire. A la confusion des pouvoirs dans une seule assemblée, à la stricte séparation des pouvoirs avec priorité du chef de l'Etat, il convient de préférer la collaboration des pouvoirs - un chef de l'Etat et un Parlement séparés, encadrant un Gouvernement issu du premier et responsable devant le second, entre eux un partage des attributions donnant à chacun une semblable importance dans la marche de l'Etat et assurant les moyens de résoudre les conflits qui sont, dans tout système démocratique, la rançon de la liberté " (107). Ce célèbre discours de Michel Debré devant le Conseil d'Etat, le 27 août 1958 montre clairement que l'intention, au moins affichée des rédacteurs de la Constitution (108), était d'établir un régime parlementaire, conformément aux impératifs de la loi du 3 juin 1958. Mais de quel type de régime parlementaire s'agissait-il ?

Celui qui est décrit dans ce discours par Michel Debré est le régime parlementaire classique tel qu'il est défini en France dans la première moitié du siècle par la doctrine : un régime d'équilibre et de collaboration des pouvoirs. Il est moniste puisque le Gouvernement n'est responsable que devant le Parlement. L'intention des constituants est extrêmement claire sur ce point, puisqu'au Comité Consultatif constitutionnel, le 8 août 1958, lorsque Paul Reynaud demanda au général de Gaulle si le Président de la République pourrait révoquer le Premier ministre, ce dernier lui répondit on ne peut plus clairement : " Le Gouvernement est responsable devant le Parlement, il n'est pas responsable devant le chef de l'Etat qui, lui, est un personnage impartial, qui ne se mêle pas de la conjoncture politique et qui ne doit pas s'en mêler. Il est là simplement (...) pour que les Pouvoirs publics fonctionnent normalement, régulièrement, comme il est prévu dans la Constitution. Il est un arbitre, il n'a pas à s'occuper de la conjoncture politique, et c'est la raison pour laquelle, entre autres, le premier ministre et le Gouvernement n'ont pas à être responsables devant lui " (109). Il n'y a pas l'ombre d'un doute sur le fait que l'on créait un régime parlementaire moniste, car il est clair que la politique gouvernementale ne

---

(106) F. MITTERRAND, *Quest. Or. Ass. Nat.*, 24 AVRIL 1964, (J.O. du 25), il définit ensuite ce régime comme celui dans lequel la politique de la Nation est déterminée et conduite par le Gouvernement responsable devant le Parlement, et non par le Président de la République qui, lui, est irresponsable.

(107) Cf. D. MAUS, *Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République*, D.F., 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1982, p. 2.

(108) Sur les problèmes posés par la recherche de l'intention du constituant, cf. *infra*, n° 185.

(109) Cf. D.F. Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol.II, p. 300.

doit pas être définie et contrôlée par deux autorités, mais par le seul Parlement, puisque seule l'Assemblée législative peut renverser le Gouvernement. Mais ce n'est pas un régime moniste de type Britannique, dès lors que le Président de la République n'est pas dépourvu de tout pouvoir, puisqu'on lui reconnaît des pouvoirs propres, afin qu'il puisse assurer sa fonction d'arbitre, mais il est clair qu'il ne doit pas définir la politique gouvernementale. On a pu dire que l'hypothèse de la cohabitation n'avait pas été prévue par les constituants. Or, il ressort clairement des travaux préparatoires qu'elle avait été envisagée. Au Comité consultatif constitutionnel, le 31 juillet au matin, M. Barrachin interrogeait Raymond Janot, Commissaire du Gouvernement : " Admettons un Président de la République qui soit de droite, avec un Parlement axé à gauche : vous aurez là, inévitablement, des sources de conflits. Il s'agit de savoir (...) si nous aurons un président qui préside ou un président qui gouverne. Le Premier ministre dépendra-t-il de la confiance de l'Assemblée ou de celle du Président ? " (110). L'après-midi, Raymond Janot répondit à la question de M. Barrachin, qui lui avait demandé : " Mais ne pensez-vous pas que le texte initial constitue un véritable bicéphalisme gouvernemental ? Ne sommes-nous pas en présence d'un exécutif à deux têtes, et n'y a-t-il pas là la source d'un grand nombre de conflits possibles ? " L'esprit de ce document n'est certainement pas d'instituer un bicéphalisme. Le chef du pouvoir exécutif, c'est le Premier ministre, le Président de la République ayant un rôle différent, le rôle d'homme qui veille au respect de la Constitution (...) Encore une fois, la direction de l'exécutif n'est pas partagée entre deux personnes (...) il n'y a pas une double responsabilité du Gouvernement devant le Parlement et devant le Président de la République " (111). "Officiellement, c'est un vrai régime parlementaire que notre équipe de constituants entendait nous donner ", souligne le Doyen Vedel (112). Le choix de ce type de régime avait un sens et des conséquences bien précises dans l'esprit, ou du moins dans l'intention déclarée des rédacteurs de la Constitution. Ainsi, les compétences du Président de la République, dans un régime parlementaire sont des compétences formelles, à l'exception de celles qui sont dispensées de contreseing. Aussi, toujours devant le Comité consultatif constitutionnel, le commissaire du Gouvernement, Raymond Janot précisait-il : " Pourquoi l'absence du contreseing dans un certain nombre de cas ? Parce que les rédacteurs de cette disposition ont pensé qu'un certain nombre d'actes étaient la chose du président de la République et non pas la chose du contresignataire. Car il n'est pas douteux que, lorsqu'un acte du président de la République est contresigné, le contreseing est l'expression, dans le texte, de la responsabilité ministérielle et, par conséquent, par le contreseing, l'acte signé par le président devient, je ne dirai pas

---

(110) *Documents pour servir...* D. F., préc., vol. II, p. 89.

(111) *Documents pour servir...*, préc., p. 95. et 96.

(112) *Les sources idéologiques de la Constitution de 1958, Etudes Juridiques*, 1958, p. 5-8, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ 1980, T. I. p. 493-494.

totalement, mais pour la plus large part, l'acte du contresignataire. C'est le principe même de la responsabilité ministérielle" (113).

Peut-on en déduire que les classifications ont une valeur normative ? Dans une optique kelsénienne, on répondrait que rien ne permet de l'affirmer avec certitude aussi longtemps qu'une juridiction compétente ne l'a pas précisé. Dans l'absolu, cette idée paraît en effet difficile à admettre. Pourquoi tous les régimes politiques devraient-ils se plier à la logique et à la rigueur de l'interprétation donnée par des professeurs de droit à des classifications qu'ils ont établies en observant la pratique (114) ? La seule chose que l'on puisse affirmer c'est que les rédacteurs de la Constitution de 1958 ont déclaré à maintes reprises qu'ils établissaient la Constitution d'un régime parlementaire, et qu'ils entendaient tirer toutes les conséquences classiques de ce principe; ils interprétaient ce texte dans cette optique. On sait ce que le général de Gaulle a fait de ces principes par la suite, mais cette pratique, si elle a modifié le système politique de la Ve République, n'en a en rien modifié le régime politique. Certains observeront que, le Général de Gaulle a expliqué par la suite : " Si, en 1958, j'avais dit qu'il fallait que le président de la République gouverne, mais personne ne l'aurait voulu ! Or il y a longtemps depuis Bayeux que je pensais cela. Evidemment, dans la réalité, c'est ce que je faisais. Mais je ne pouvais pas le dire. Alors, progressivement, on y est arrivé, avec des précautions, avec des détours, mais en définitive sans trop de difficultés " (115). On ne saurait mieux dire ! La révision de 1962 n'a pas non plus bouleversé le texte de la Constitution, qui reste celle d'un régime parlementaire moniste, puisqu'en 1962 on a seulement modifié le mode de désignation du Président de la République, on ne lui a pas donné le pouvoir de révoquer le Gouvernement. Ce régime est ainsi resté moniste, et s'il a donné lieu à un système dualiste jusqu'en 1986, la qualification du système devrait rejoindre celle du texte en période de cohabitation. La classification des régimes politiques, en tant que résultat d'une longue évolution constitutionnelle, peut également contribuer à prévoir comment peut évoluer un régime en fonction de la conjoncture politique.

**b) La classification des régimes politiques, moyen de prévision de l'évolution d'un système politique ?**

**33** C'est à l'issue de l'épreuve de la cohabitation entre un monarque constitutionnel et une Assemblée qui lui était opposée, que le régime dualiste s'est transformé progressivement en régime moniste. Et c'est pour essayer de remédier aux inconvénients

---

(113) D.F., *Documents pour servir...*, préc., p.68.

(114) Cf. L. HAMON, *Multitude et bon usages des vaches sacrées dans Méli.* DUVERGER, PUF 1987, p 613.

(115) Propos recueillis par A. PASSERON et cités dans *Le Monde*, 13 nov. 1970.

du monisme que, durant l'entre deux guerres, lors du mouvement de réforme de l'Etat, que l'on a essayé de rationaliser certains régimes monistes, en renforçant la position du chef de l'Etat (par exemple par l'élection, sous la République de Weimar), créant ainsi des régimes parlementaires bireprésentatifs monistes. En tant que résultat d'une évolution historique, la classification des régimes politiques révèle comment l'interprétation d'un régime peut évoluer selon la conjoncture politique. Or, l'éternelle controverse entre Thiers et Guizot a toujours été tranchée, à l'issue de tous les conflits graves entre chef de l'Etat et majorité parlementaire par une évolution du système puis du régime vers, soit un régime autoritaire, soit, le plus souvent, à terme, un régime moniste (116). Peut-on en déduire que selon la tradition républicaine, un chef de l'Etat qui entre en conflit avec une Assemblée est tenu, juridiquement, de se soumettre ou de se démettre ? Un kelsénien convaincu en douterait. Mais l'intérêt de cette classification, en tant qu'elle se confond avec l'histoire constitutionnelle, est de montrer que la cohabitation est un des éléments déterminants qui peut conduire à l'évolution d'un système politique, voire d'un régime politique. Toutes les classifications qui sont fondées non pas sur le régime politique mais sur le système politique (et l'interprétation de la classification traditionnelle est souvent allée en ce sens) ont également l'avantage de montrer quelles sont les évolutions possibles, et surtout les éléments déterminants des systèmes politiques (on pense en particulier à celles qui ont été proposées par Maurice Duverger, dont on ne partage pas pourtant les conclusions normativiste, et par Jean-Claude Colliard (117)). " Un principe veut que " chaque disposition particulière d'un texte juridique s'interprète à la lumière des principes généraux auxquels ce texte se réfère plus ou moins implicitement. A cet égard, l'article 8 alinéa deux (relatif) la démission du Premier Ministre) doit se lire dans la *perspective parlementaire* de la Constitution de 1958 ", rappelle Maurice Duverger en 1965 (118). Il semble qu'à l'heure de la cohabitation, le chef de l'Etat ne pouvant plus tirer argument d'une forte légitimité populaire (entendue comme l'adhésion de la majorité du peuple à son projet politique), il sera contraint de procéder à une telle lecture de la Constitution. Mais qui le contraindra à le faire ?

Si l'on veut pouvoir mesurer et expliquer l'efficacité, la force des normes constitutionnelles (119), il est indispensable de distinguer d'une part le texte de la Constitution, tel qu'il a été rédigé et présenté au peuple qui l'a adopté, et d'autre part la pratique de ce texte; afin de comprendre le pourquoi et le comment de la distance qui les

---

(116) cf. introduction.

(117) Sur les notions de régime politique et de système politique, cf. supra n° 27, et infra, n° 140 et s, et n° 213 et s..

(118) *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 8<sup>e</sup> éd, 1965, p. 509.

(119) Sur la notion de norme constitutionnelle, cf infra, n° 191 et s.

sépare. Or, dans cette optique, les classifications des régimes et des systèmes politiques, nous paraissent être un outil précieux (parmi d'autres, et dans les limites que nous avons précisées), pour essayer de comprendre quelles normes ont voulu établir les rédacteurs d'un texte, et quelles sont les raisons qui ont conduit le système politique à évoluer dans un sens contraire à leurs prévisions.

Les fondements de la Ve République semblent sérieusement ébranlés par la cohabitation. Alors que ce système politique se caractérisait jusqu'en 1986 par la suprématie du chef de l'Etat sur tous les autres pouvoirs, voilà qu'il ne peut plus s'appuyer sur une majorité docile, voilà que la combinaison des éléments qui déterminaient la présidentialisation du régime est bouleversée, voilà que, par conséquent, on ne peut plus imposer une " lecture " de la Constitution, justifiée par un " esprit " et confortée par une pratique constante, qui consistait souvent à mépriser le texte de la Constitution. Voilà qu'il va falloir appliquer ce texte à la lettre. Voilà que l'on va découvrir une nouvelle pratique de la Constitution. La cohabitation n'opère pas un changement de Constitution, ni de régime politique au sens strict, mais elle bouleverse notre régime politique au sens large, c'est à dire notre système politique, et va nous permettre d'en découvrir un nouveau.

## Chapitre II LA RECOMPOSITION

Au soir du 16 mars 1986, les fantômes de la IV<sup>e</sup> République, de l'anarchie et de l'impuissance à laquelle elle avait conduit, hantent plus que jamais les esprits. Le système politique de la Ve République est en effet sérieusement menacé par la cohabitation, qui se traduit par une nouvelle répartition des pouvoirs ( Section I ), et l'on redoute - ou l'on espère - qu'elle n'y survira pas, qu'elle succombe aux vices des républiques d'antan, ou qu'elle disparaisse pour faire place à un nouveau système (c'est à dire à un nouveau régime si l'on entend ce terme au sens large) ( Section II ).

### Section I UNE SEPARATION INEDITE DES " POUVOIRS "

**33'** Après que la doctrine traditionnelle eût enseigné pendant des décennies que la théorie de la séparation des pouvoirs, attribuée à Montesquieu, prônait d'une part la stricte spécialisation des organes investis chacun exclusivement de l'une des trois fonctions principales de l'Etat que sont la fonction de faire la loi (puissance législative), celle de l'appliquer (puissance exécutive), et, éventuellement (selon les auteurs), celle de régler les litiges que suscite son application (puissance de juger), et d'autre part l'égalité et l'indépendance des pouvoirs (qui se traduisent par l'impossibilité pour l'un d'eux de

mettre fin à l'existence de l'autre, et donc par l'absence de droit de dissolution et de responsabilité du Gouvernement devant le Parlement); Duguit (1), Eisenmann (2) et Michel Troper (3) montrèrent que Montesquieu était totalement étranger à cette vision puisque, loin de préconiser l'isolement des pouvoirs, il estime qu'il faut les enchaîner les uns aux autres, afin qu'ils collaborent : " Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutive, qui le sera elle-même par la législative. Ces trois puissances devraient former un corps au repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert " (4). Les impératifs d'isolement et d'égalité des pouvoirs sont ainsi totalement étrangers à la théorie de celui en qui Auguste Comte, Durkheim et Louis Althusser allaient reconnaître le fondateur de la science politique (5). Selon Michel Troper, ce que Montesquieu et les autres auteurs du XVIIIème siècle entendaient par séparation des pouvoirs signifie seulement que les fonctions législative et exécutive doivent être distinguées, ce que Rousseau explique ainsi : " Toute action libre a deux causes qui concourent à la produire, l'une morale, savoir la volonté qui détermine l'acte, l'autre physique savoir la puissance qui les exécute. (...) Le corps politique a les mêmes mobiles, on y distingue de même la force et la volonté, celle-ci sous le nom de puissance législative, l'autre sous le nom de puissance exécutive " (6). Le principe de la séparation des pouvoirs, principe essentiellement négatif, selon lequel aucun organe ne doit cumuler tous les pouvoirs, ne se confond ainsi nullement avec celui de spécialisation. " Certes, s'il y a deux autorités

(1) Cf. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T.II, Paris, 1928, p. 666 et suiv. L'auteur estime que les constituants de 1791 avaient voulu, en faisant une interprétation fautive du principe de la séparation des pouvoirs, non pas distribuer les fonctions entre des organes distincts - pour garantir la liberté -, dont la collaboration permettrait le bon fonctionnement des institutions (comme le préconisait MONTESQUIEU), mais considérer que chaque " pouvoir " était titulaire d'une partie de la souveraineté, ce qui est impossible et contradictoire avec le principe même de souveraineté. Sans doute est-ce parce qu'il définit un *pouvoir* (comme) un élément fractionné de la souveraineté, incorporé en un organe, lequel exerce une fonction correspondante " (p. 669), et considère qu'il résulte de cette conception des *Pouvoirs* que " chaque organe investi par représentation d'un élément de la souveraineté est souverain dans son domaine, que le parlement doit avoir tout le législatif, le roi tout l'exécutif et seulement l'exécutif, l'ordre judiciaire tout le judiciaire et seulement le judiciaire, enfin que chacun de ces organes doit rester isolé et indépendant " (p. 673-674) qu'il estime que " pour éviter une confusion, au lieu de séparation des pouvoirs, il faut dire collaboration des organes " (p. 686) pour distinguer entre, d'une part, la séparation absolue des pouvoirs préconisée par les constituants de 1791 et, d'autre part, la collaboration des pouvoirs préconisée tant par MONTESQUIEU que par l'Assemblée de 1789.

(2) *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, Mém. CARRE DE MALBERG, 1933, p. 190 s.

(3) *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, thèse, Paris, LGDJ, 1973. (contrairement à DUGUIT, M. TROPER estime que l'intention des constituants de 1791 n'était pas d'organiser l'isolement et l'indépendance des pouvoirs, et que la conception de la séparation rigide des pouvoirs date du milieu du XIXème siècle).

(4) *De l'Esprit des Lois*, Chap. VI du livre XI : "De la Constitution d'Angleterre".

(5) Cf. L. ALTHUSSER *MONTESQUIEU, la politique et l'histoire*, PUF, Paris, 5ème ed. 1981.p. 15 : " Si MONTESQUIEU n'est pas le premier qui conçoit l'idée d'une physique sociale, il est le premier qui voulut lui donner l'esprit de la physique nouvelle, partir non des essences mais des faits, et de ces faits dégager leurs lois ".

(6) *Le Contrat social*, Livre III, chap. I, cité par G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER, *Manuel de droit constitutionnel*, LGDJ 1988, p. 131.



spécialisées, l'une dans la fonction législative et l'autre dans la fonction exécutive, l'interdiction du cumul sera respectée, mais elle le sera également si l'on adopte un autre mode de répartition, si par exemple, on donne à une autorité une partie d'une fonction et une partie d'une autre " (7).

Or, depuis le discours du général de Gaulle à Bayeux, à travers la Constitution de 1958, et jusque dans la réforme de 1962, semble se faire jour une acception de la séparation des pouvoirs qui emprunte à la conception rigide enseignée par une partie de la doctrine au début du siècle en ce que l'on prône une certaine indépendance et l'équilibre des pouvoirs, mais qui ne tire pas toutes les conséquences de ces principes, puisque la Constitution de 1958 admet, par ses articles 34 et 37 en particulier, de larges empiétements du pouvoir exécutif sur la fonction législative, ainsi redéfinie. Mais bientôt il n'en reste plus rien, tous les pouvoirs sont soumis à la tutelle du Président de la République, qu'aucun pouvoir ne vient limiter. Même dans son acception la plus étroite, selon laquelle il faut " que le pouvoir arrête le pouvoir ", le principe libéral dit de la séparation des pouvoirs semble n'être plus appliqué; et il est même parfois dénoncé comme un principe " qui a pour fonds la séparation et l'antagonisme des classes" et qui " ne trouve plus argument que dans la démophilie ", car il " n'a d'autre visée que combattre (...) l' " absolutisme démocratique " (8).

Le fait est que certains auteurs estiment qu'il n'y a plus aujourd'hui de séparation des pouvoirs au sens où on l'entendait au siècle dernier, et qu'il est préférable de parler de pouvoir d'action et pouvoir de contrôle (9), ou de pouvoir majoritaire et pouvoir

(7) G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER, *Manuel de droit constitutionnel*, LGDJ, 1988, p. 132.

(8) P. DUJARDIN 1946, *le droit, mis en scène. Propositions pour une analyse matérialiste du droit*, Presses universitaires de Grenoble, coll. Critique du droit, 1977. L'auteur s'exprime ici à propos du projet de Constitution de 1956. Cette vision n'est pas sans rappeler les critiques émises par ROUSSEAU à l'endroit de la théorie de la séparation des pouvoirs, à laquelle il semblait reprocher de vouloir diviser la souveraineté qui n'est pas plus divisible que la volonté générale. " Cette erreur vient de ne s'être pas fait des notions exactes de l'autorité souveraine, et d'avoir pris pour des parties de cette autorité ce qui n'en était que des émanations " (*Du contrat social*, Livre II, chap. II : "Que la souveraineté est indivisible").

(9) Ainsi, ALAIN parlait-il de " pouvoir contrôleur "; R. PELLOUX constate que le Parlement a surtout un pouvoir de contrôle, et que les institutions communautaires sont également construites selon ce schéma (dans *Remarques sur le mot et la notion d'exécutif*, *Mél.* ROUBIER, Dalloz 1916, p. 375); Cf. J. PETOT *La notion de régime mixte*, *Mél* EISENMANN, Cujas, Paris, 1977, p. 113 et s.; et P. GAUDEMET (*La séparation des pouvoirs, mythe et réalité*, D. 1961, Chr., p.121) : " Ainsi la distinction n'est plus aujourd'hui entre une assemblée qui légifère et un gouvernement cantonné dans une tâche exécutive. Elle est bien plutôt entre un pouvoir d'action qui dirige l'Etat et doit pour ce faire, non seulement disposer de l'administration, mais aussi posséder le pouvoir d'édicter des règles législatives indispensables à la politique décidée. En face de ce pouvoir d'action, il peut exister un " pouvoir de contrôle " qui pourra être confié à une assemblée représentative. Il lui incombe de surveiller l'action gouvernementale, d'en signaler les faiblesses, d'en sanctionner éventuellement les erreurs ".

d'opposition (10), Mais la confusion des pouvoirs en les mains du parti majoritaire n'est-elle pas le lot de la plupart des régimes démocratiques dans lesquels il existe un phénomène majoritaire, qu'il prétendent adopter une séparation rigide des pouvoirs (comme les Etats-Unis, qui pratiquent en réalité la collaboration des organes (11)), ou une séparation dite souple (comme la Grande-Bretagne) ? Pour d'autres encore ou encore qu'il faut élargir la notion de " pouvoirs ", en particulier aux contre-pouvoirs, qu'il s'agisse des médias, du pouvoir financier, du pouvoir économique, de l'administration - centrale et locale - , des groupes de pression, voire de la religion. Ainsi M. F. Mitterrand insiste-t-il sur la nécessité d'organiser le quatrième pouvoir (12) : " Il faut que le pluralisme l'emporte sur le conformisme, sur le pouvoir politique et sur le pouvoir de l'argent... Nous avons besoin de définir la véritable séparation des pouvoirs. Le législatif et l'exécutif se connaissent et s'éprouvent depuis toujours. La séparation des pouvoirs dans le domaine de l'information est un droit nécessaire à construire " (13).

Ces critiques, ces observations, révèlent deux difficultés. Tout d'abord, faut-il entendre le mot " pouvoirs " au sens large de puissance, autorité, prérogative, dans une conception réaliste, en appliquant la maxime de Montesquieu " pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que , par la disposition naturelle des choses, le pouvoir arrête le pouvoir " à tous les pouvoirs réels (financier, économique, religieux etc..) ? On pourrait penser que Montesquieu ne pouvait qu'ignorer, à son époque, l'influence de tels pouvoirs, c'est pourquoi il n'aurait pas songé à étudier leur organisation. Ce raisonnement ne semble acceptable qu'à propos du pouvoir de la presse, dont on peut estimer qu'il n'est devenu un réel pouvoir en France qu'à partir de la Révolution (14) et à propos de l'influence des partis politiques sur la concentration des pouvoirs. Mais comment croire que Montesquieu ne connaissait pas l'influence de la religion, des armées, du commerce, du monde financier, quand il consacre des chapitres entiers à l'étude du rapport des lois avec ces éléments ? (15). Il est donc tout à fait possible d'évoquer les relations entre ces pouvoirs et la législation (comme le faisait déjà Montesquieu dans de nombreux cas), mais à condition de préciser la définition que l'on donne au mot pouvoir. En effet, lorsque le Baron de la Brède écrit dans le célèbre chapitre VI du Livre XI de l'Esprit des Lois qu' " il y a dans

(10) Cf. *infra* n° 34-35.

(11) Cf. *supra*, introduction (l'absence de discipline de vote atténue les effets de l'existence d'une majorité), et DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel* T. II, p. 801; G. VEDEL *Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français*, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ, T.II, p. 453.

(12) Expression couramment employée pour désigner le pouvoir de la presse. Cf. *Le Monde* 19 août 1989 *La naissance du quatrième pouvoir*.

(13) *Entretien à l'Express*, le 4-9 1987, et devant le *Conseil de l'Europe*, cité dans CCF. *Pouvoirs*, n° 44, 1988, p. 195.

(14) Cf. *Le Monde* 19 août 1988, *La naissance du quatrième pouvoir*.

(15) Cf. *De l'Esprit des lois*, sur la religion : Livre XXIV, sur l'armée Livres IX et X, sur le commerce Livre XX, sur l'usure Livre XXII et défense de l'Esprit des lois.

chaque état trois sortes de pouvoir; la puissance législative ", (...) " par laquelle le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours " et qui est (...) " la volonté générale de l'état ", (...) " la puissance exécutive de l'état ", (...) qui n'est que " l'exécution de cette volonté générale " (...) par laquelle il " fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit les ambassadeurs, établit la sûreté, prévient les invasions ", (...) c'est à dire " exécute les résolutions publiques " (...) et la puissance de juger, par laquelle " il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers; et qu'il précise que " tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs ", Montesquieu entend par " pouvoirs " ou " puissance ", des fonctions, qui doivent être réparties entre divers organes.

Ensuite, la seconde difficulté vient d'une confusion entre deux choses bien distinctes : d'une part la séparation des fonctions législative et exécutive (c'est à dire la répartition de ces fonctions entre plusieurs organes), et d'autre part, l'organisation interne du pouvoir législatif. Rousseau et Montesquieu sont en effet d'accord pour considérer que l'organe qui fait la loi doit être distinct de celui qui l'exécute. Là où leurs positions divergent, c'est sur l'organisation interne du pouvoir législatif. Pour Montesquieu, le pouvoir législatif doit être divisé entre deux chambres, qui représentent chacune une partie de la volonté générale, la chambre basse, qui représente le peuple, la chambre haute, qui représente la noblesse. De plus, le Roi pourra arrêter les entreprises du corps législatif par sa faculté d'empêcher. La loi, résultant de l'accord entre ces trois forces, garantira nécessairement l'équilibre de la société. Ainsi obtiendra-t-on un régime mixte, qui, par la combinaison de la démocratie, de l'aristocratie, et de la monarchie, permettra d'obtenir la paix sociale. Cette théorie de la balance des pouvoirs <sup>(16)</sup> doit donc être nettement distinguée de celle de la séparation des pouvoirs, puisqu'elles se situent à deux niveaux différents. Au contraire, Rousseau estime que la loi est l'expression de la volonté générale, qui est exprimée par la majorité (et non par l'accord des principaux corps qui composent la société) et qu'elle n'est pas plus divisible que la souveraineté dont elle est l'expression. " Par la même raison que la souveraineté est inaliénable, elle est indivisible. Car la volonté est générale ou elle ne l'est pas; elle est celle du corps du peuple, ou seulement d'une partie. Dans le premier cas cette volonté déclarée est un acte de souveraineté et fait loi. Dans le second, ce n'est

---

(16) Il convient de souligner que la conception américaine des *Checks and balances* peut également en être distinguée. Ainsi, selon A. E. DICK HOWARD, *Le concept mécaniste de Constitution* (communication au colloque *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, 2-4 mars 1989) la limitation du Pouvoir est obtenue aux Etats-Unis grâce à la combinaison de quatre principes complémentaires : la séparation des pouvoirs (séparation organique et fonctionnelle); les *checks and balances*, traduit par contrôles et équilibres, qui sont les mécanismes permettant aux pouvoirs de collaborer, et ainsi de se contrôler et se faire contrepoids, par exemple le droit de veto présidentiel et le droit pour le Congrès de surmonter le veto; le fédéralisme; et enfin l'influence des factions (partis, groupes d'intérêts) qui, s'ils s'expriment librement, se font contrepoids, et interviennent de manière équilibrée sur les autres pouvoirs. Sur l'intervention du pouvoir judiciaire pour maintenir l'équilibre des pouvoirs cf. *infra*, Livre II.

plus qu'une volonté particulière, ou un acte de magistrature : c'est un décret tout au plus " (17). Dans la logique rousseauiste, puisqu'il est impossible d'obtenir l'unanimité, on admet que la majorité doit dicter la loi, qui exprime la volonté générale. Il en résulte une dictature de la majorité, et tous ceux qui sont d'une opinion contraire à celle de la majorité ont nécessairement tort, mais ils se soumettront bien vite à la loi, puisqu'ils reconnaîtront leur erreur. La loi n'est donc pas le fruit d'un compromis entre plusieurs parties de la société, entre plusieurs volontés contraires, mais elle est l'expression de la majorité (et à terme de l'unanimité, puisque la minorité disparaît le jour où elle reconnaît son erreur). Le schéma ci-joint permettra de clarifier cette distinction entre d'une part, la séparation des pouvoirs, et, d'autre part, la balance des pouvoirs chez Montesquieu, et l'unité du pouvoir législatif, expression de la souveraineté populaire, chez Rousseau.

Quel rapport tout cela peut-il avoir avec la cohabitation ? Que le lecteur inquiet se rassure, on ne prétendra pas démontrer qu'il y a une cohabitation entre Rousseau et Montesquieu ! On entend simplement démontrer deux choses. Premièrement, qu'avant comme après 1986, il y a bien une séparation des pouvoirs en France - au sens étroit de distribution des fonctions -, puisque la fonction législative est distinguée de la fonction exécutive, et cela malgré le fait que la fonction législative (définie comme la faculté d'adopter des mesures générales et impersonnelles) soit partagée entre deux organes, le Parlement, et le Gouvernement. Cette condition est nécessaire et suffisante pour qu'il y ait séparation des pouvoirs selon cette conception étroite, telle qu'elle a été définie par Rousseau. Le fait qu'un homme ou qu'un parti politique domine en pratique tous ces pouvoirs ne fait pas obstacle au fait qu'il existe une répartition des fonctions entre plusieurs organes (dans la mesure, et dans la mesure seulement où ce parti est sensé représenter l'ensemble de la société, et non pas seulement un corps particulier (18)). Deuxièmement, nous considérons que ce qui peut être bouleversé par la cohabitation, c'est le processus de formation de la loi (la loi devant ici être conçue dans le sens où l'entendaient les auteurs du XVIII<sup>e</sup> Siècle, c'est à dire de règle générale et impersonnelle exprimant la volonté générale, et non dans le sens à la fois formel et matériel qui résulte des articles 34 et 37 de la Constitution, selon laquelle ne sont des lois que les actes adoptés par le Parlement dans le domaine défini par l'article 34). Si l'on se place dans la logique rousseauiste, la cohabitation doit se traduire par une soumission totale du chef de l'Etat à la majorité parlementaire, sinon elle est aberrante, car elle permet à un pouvoir qui ne représente pas la majorité d'intervenir dans le processus de formation de la loi. En effet, lorsque le Président de la République s'arroge un droit de veto (fût-il suspensif) contre les décisions de la majorité, c'est bien qu'il dispose en cette matière de la faculté d'empêcher,

---

(17) *Du contrat social*, Livre II, chap. II : *Que la souveraineté est indivisible*.

(18) En effet, toujours au chapitre VI du Livre XI de *L'Esprit des Lois*, MONTESQUIEU souligne qu' " à Venise, le grand-conseil a la législation, le pré-gardi l'exécution, les quaranties le pouvoir de juger. Mais le mal est que ces tribunaux différents sont composés par des magistrats du même corps; ce qui ne fait guère qu'une même puissance" (tous font partie de l'aristocratie héréditaire).

## RAPPORTS ENTRE LES POUVOIRS LEGISLATIF ET EXECUTIF CHEZ MONTESQUIEU ET ROUSSEAU

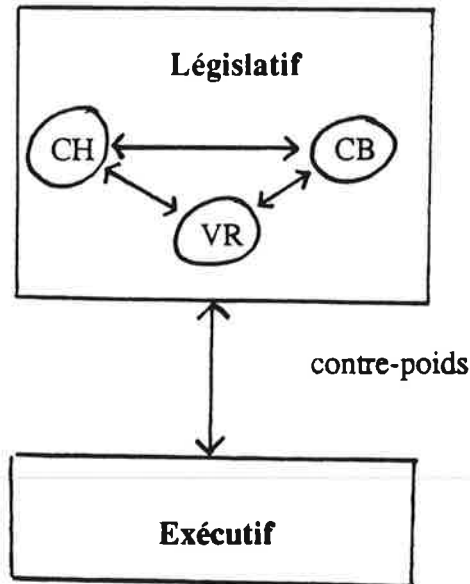
ACCORD : Distinction des fonctions

Législatif

Exécutif

DESACCORD : Contenu du pouvoir législatif et relations entre les rapports :

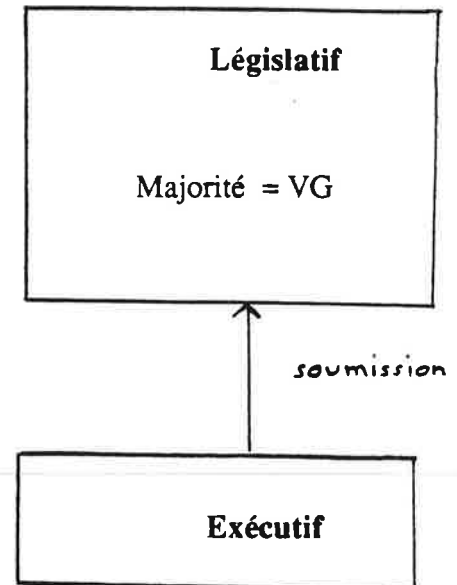
*MONTESQUIEU*



CH = chambre haute,  
CB = chambre basse,

Le pouvoir doit arrêter le pouvoir à l'intérieur de la fonction législative (la loi étant le résultat d'un compromis) et entre les deux puissances (législative et exécutive).

*ROUSSEAU*



VG = Volonté générale  
VR = Vêto royal

La loi déterminée par la majorité étant l'expression de la volonté générale, le pouvoir législatif est indivisible. L'exécutif est distinct du législatif, mais doit lui être soumis



et donc qu'il participe à l'exercice du pouvoir législatif (19). Puisque, dans la logique de ce système, l'exécutif doit être soumis au législatif, toute tentative du chef de l'Etat pour aller à l'encontre de la volonté de la majorité parlementaire peut être analysée comme antidémocratique. Ses interventions dans le domaine gouvernemental sont tout aussi contraires à la logique démocratique ainsi conçue, puisqu'elles consistent à freiner l'exécution de l'expression de la volonté générale. Dans la logique rousseauiste, si le Président de la République n'est pas d'accord avec la majorité, c'est qu'il a tort, et qu'il doit se rendre compte de son erreur et se soumettre à l'expression de la volonté générale, c'est à dire de la majorité. Si l'on se place dans la logique de Montesquieu, on peut au contraire concevoir que le chef de l'Etat ait un pouvoir de décision durant la cohabitation. Mais ce résultat ne peut être obtenu qu'après une modernisation de la théorie du Baron de la Brède. En effet, on ne saurait prétendre qu'aujourd'hui la France soit divisée en corps de façon à ce qu'une division du pouvoir législatif entre monarchie, aristocratie et démocratie soit nécessaire, ou même possible. (Althusser a d'ailleurs fort bien montré le caractère relatif de la théorie de Montesquieu, c'est à dire le poids de sa situation sociale sur l'Esprit des lois (20)). Par contre, en 1986, on ne peut contester que la France soit coupée en deux entre droite et gauche, entre majorité et opposition (monobstant les progrès du consensus). En instaurant un partage du pouvoir législatif entre les représentants de la majorité et de l'opposition, on peut espérer instaurer la paix sociale, puisque chacune des deux forces de la société aura collaboré à l'élaboration de la loi. Dans cette optique, les pouvoirs du chef de l'Etat doivent être importants. Sans doute, certains objecteront -ils que l'opposition participait déjà à la confection de la loi avant 1986, soit parce qu'elle avait la majorité au Sénat (mais chacun sait que la rationalisation de la procédure législative permet au Gouvernement de donner le dernier mot à l'Assemblée nationale - sauf pour les lois organiques relatives à l'organisation du Sénat-), soit par sa minorité à l'Assemblée nationale. Mais cette minorité n'ayant ni la faculté d'empêcher ni la faculté de statuer, elle n'intervient que de manière accessoire dans la formation de la loi.

Nous entendrons ici la séparation des pouvoirs d'abord dans un sens large, , pour voir dans quelle mesure la cohabitation va permettre une nouvelle répartition des " pouvoirs " entre les partis, et peut-être permettre l'avènement d'une nouvelle forme de pouvoir, un pouvoir modérateur au dessus des partis ( I ), puis dans l'acception plus étroite qui était

---

(19) Cf. M. TROPER, *thèse préc.*, p. 25 et suiv.. p. 25 : " Le veto apparaît donc comme un droit accordé à l'organe exécutif de participer également à la fonction législative " (à propos de la Constitution de 1791). p. 34 : " On peut donc considérer que le monarque participe à la décision, au minimum en ce qui concerne la date d'édiction ". Dans la Constitution de 1791, le roi est ainsi " organe partiel de législation " (p.35). L'auteur recherche l'intention des Constituants, et il constate que les rédacteurs de la Constitution estimaient que le Roi est représentant en ce qu'il participe à la fonction législative, en ce qu'il a la sanction sur les décrets du corps législatif (p. 32-33).

(20) Cf. L. ALTHUSSER *MONTESQUIEU, la politique et l'histoire*, PUF, quadrige, 5e ed. 1981.

celle des auteurs du XVIIIème siècle, à savoir le principe de distinction ou de distribution des fonctions, le principe de leur non-cumul, pour savoir quelle sera l'influence de la cohabitation sur les relations tant organiques que fonctionnelles entre les organes investis des fonctions législative, exécutive, et juridictionnelle ( II ). Ne reste-t-il rien du principe énoncé par Montesquieu ? On peut en douter lorsque l'on constate que l'objectif de sa théorie était de contraindre les puissances à aller de concert. En effet, les institutions ont fort bien contraint le chef de l'Etat et la majorité parlementaire à collaborer, à " aller de concert " (21).

## **I UNE NOUVELLE REPARTITION DES " POUVOIRS "**

### **ENTRE LES FORCES POLITIQUES**

La cohabitation opère d'une part une nouvelle répartition des organes entre les forces politiques ( A ), mais d'autre part elle semble permettre la création d'un nouveau " pouvoir ", le pouvoir modérateur, qui serait situé au dessus des partis ( B ).

---

#### **A UNE REDISTRIBUTION PARTISANE DES POUVOIRS**

Jusqu'en 1986, les partis majoritaires successifs avaient envahi la plupart des centres de pouvoir (au sens large du terme). Dès lors que la cohabitation impliquera une nouvelle forme de séparation entre pouvoir majoritaire et pouvoir d'opposition ( 1 ), on peut penser que l'Etat-partisan va disparaître ( 2 ).

---

(21) Cf. M. DUVERGER *Le Monde* du 6 octobre 1971, et *Le Monde* du 30 mai 1985.



1) Une nouvelle forme de séparation du pouvoir majoritaire et du pouvoir d'opposition.

Le Doyen Vedel souligne que dès l'élaboration de la Constitution de 1946, " on commença à s'apercevoir que la séparation des pouvoirs n'était guère plus qu'un mot dans un système où l'on enseignait depuis longtemps que le cabinet n'est qu'un " comité de la majorité ", et il apparaissait que la séparation de la majorité et de l'opposition était, beaucoup plus que celle du législatif et de l'exécutif, une donnée fondamentale du régime parlementaire " (22). " Dans le régime parlementaire britannique, le cabinet et la majorité ne sont que deux sections d'un même organisme, le parti; le cabinet et l'opposition sont deux " pouvoirs " constitutionnels assumant chacun une fonction propre " (23). En France, la répartition de ces fonctions a beaucoup changé lors de l'avènement de la cohabitation, le pouvoir majoritaire ( a ) devant concéder une large place au pouvoir d'opposition ( b ).

a) Le pouvoir majoritaire ne maîtrise plus tous les principaux centres de pouvoir.

34 Le déséquilibre entre pouvoir majoritaire et pouvoir d'opposition avait toujours été très fort jusqu'en 1986, puisque le Président de la République disposait de la majorité à l'Assemblée nationale, ce qui lui permettait de désigner un Gouvernement de sa convenance (s'il ne lui convenait pas, on changeait non pas le Gouvernement, mais l'Assemblée, pour mieux conserver le même Premier Ministre), et de faire adopter par le Parlement (dont il s'était en réalité assuré la direction par l'intermédiaire de son vassal le Premier Ministre) les lois qu'il désirait, quand bien même le Sénat ne partageait pas ses opinions. En 1986, la nouvelle majorité a une couleur identique dans les deux chambres du Parlement, et bientôt elle sera dirigée par un Gouvernement qui regroupera les principaux dirigeants des partis dont elle est la coalition. Si l'on part du principe idéaliste selon lequel le pouvoir juridictionnel est censé être indépendant, il ne manque à la coalition RPR-UDF qu'un organe essentiel, la Présidence de la République. Suivant les pouvoirs qui seront reconnus au chef de l'Etat, la cohabitation bouleversera ou non les rapports de force entre majorité et opposition. Et, puisque le chef de l'Etat se reconnaîtra des pouvoirs de décision et de veto dans divers domaines, l'équilibre des pouvoirs sera

(22) *Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français*, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ 1980, T.II, p.448.

(23) G. VEDEL *Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français*, préc. , p. 452; Cf. aussi J. PETOT : *La notion de régime mixte*, Mém. EISENMANN, Cujas, Paris 1977, p. 99-124.

profondément modifié en période de cohabitation : la majorité ne peut plus tout faire, et en particulier, elle ne peut plus dire à l'opposition " vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires ", selon l'expression célèbre de M. Laignel.

b) le pouvoir d'opposition est plus important que jamais.

35 Pour Maurice Duverger, " Dans les démocraties d'Occident où le Gouvernement dispose d'une base parlementaire stable, la séparation des pouvoirs a pris une forme nouvelle. Elle ne se fait plus entre l'exécutif et le législatif : le premier ayant les moyens de plier le second à sa volonté, par son autorité sur le plus grand nombre des députés. Ainsi se trouvent réunies les deux branches de la puissance politique autrefois divisée par Locke, Montesquieu et leurs commentateurs. Pour que sa concentration ne la rende pas oppressive, elle doit se " heurter à un ensemble d'institutions établissant " un pouvoir d'opposition capable de contenir le pouvoir majoritaire. Car l'un des fondements de la liberté demeure invariable : il faut toujours que " le pouvoir arrête le pouvoir " (24). Si l'on en croit cet auteur, l'opposition peut, avant 1986, remplir sa mission de contre-pouvoir grâce à sa minorité à l'Assemblée nationale (mais faiblement puisque la rationalisation de la procédure législative donne de larges pouvoirs au Gouvernement pour vaincre les réticences de la minorité, grâce au Sénat (qui était majoritairement hostile au Gouvernement avant 1986, mais là encore, le Gouvernement peut intervenir pour donner le dernier mot à l'Assemblée nationale (sauf cas exceptionnel (25)), enfin et surtout grâce au Conseil Constitutionnel, depuis que la saisine en a été élargie à soixante députés ou soixante sénateurs en 1974, et dont M. Duverger regrette le recrutement partisan. En réalité, ce sont là de bien piètres armes, qui ne sont en rien comparables au pouvoir d'opposition tel qu'il est organisé en Grande Bretagne. Mais le 16 mars 1986, l'opposition détient la clef de voûte des institutions, l'autorité qui a dominé tous les autres pouvoirs jusqu'à présent. Certes, la présidence de la République sort très affaiblie de l'échec du parti socialiste aux élections législatives, mais elle conserve de nombreuses cartes dans son jeu, dont on découvrira toute l'importance en étudiant le déroulement de cette partie au sommet. Cette autorité était confortée par celle du parti dont le Président de la République était, et reste en réalité le chef. Le parti ne disposant plus de la majorité parlementaire, va-t-on assister à la disparition de l'Etat partisan ?

---

(24) M. DUVERGER *Pouvoir majoritaire et pouvoir d'opposition*, *Le Monde* 29-1-1982. Dans le même sens voir aussi M. DUVERGER, *L'expérience française du régime semi-présidentiel*, dans *Les régimes semi-présidentiels*, sous sa direction, PUF, 1986, p 51.

(25) Par exemple en permettant au Gouvernement de donner le dernier mot à l'Assemblée nationale, ce qui n'est cependant pas possible lorsqu'il s'agit de lois organiques relatives au sénat (art. 46 C.).

## 2) Fin ou mutation de l'Etat partisan ?

On peut observer avec le Doyen Vedel que l'évolution du régime parlementaire anglais vers le régime moniste, " c'est à dire fondé sur l'unité entre la majorité de la Chambre élue au suffrage universel et l'équipe gouvernementale ", conduisit à la transformation " des grandes théories classiques : la séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif n'avait plus de réalité, mais la séparation entre la majorité et l'opposition devenait un élément essentiel du système; la responsabilité politique fondamentale est celle du parti majoritaire devant le peuple, les élections comportent une large dose de référendum et d'élection présidentielle ..." (26). Au fil des années, et en particulier depuis 1981, on assiste au développement de l'Etat-partisan, tel qu'il est défini par M. Waline, " le régime dans lequel les décisions qui incombent à l'Assemblée des représentants du pays... sont l'oeuvre, non des députés exprimant en toute indépendance leur intime conviction personnelle..., mais des organes directeurs du parti, de sorte que ces décisions et ces votes sont en fait l'oeuvre de ces organes directeurs " (27). Il est en effet bien difficile de distinguer entre le pouvoir d'un parti et le pouvoir de l'homme qui le dirige, qu'il soit président de la République ou Premier Ministre. Jusqu'en 1986, le parti présidentiel avait progressivement - surtout à partir de 1981 dans la mesure où il était plus structuré que les précédents groupements majoritaires - réalisé une très large confusion des pouvoirs, entendus cette fois dans un sens très large ( a ). En 1986, le " socialisme monopoliste d'Etat " ne disparaîtra que pour faire place à une nouvelle forme d'Etat-partisan ( b ).

### a) Quelques actions et rétroactions des institutions et des partis jusqu'en 1986.

**36** " Le parti, c'est ce qu'il y a aujourd'hui d'essentiel pour nous. Le Président de la République, le Gouvernement, la majorité de gauche - en ce qui concerne les socialistes, la majorité absolue des députés socialistes - cela forme un bloc, le pouvoir. C'est le résultat de la conquête du pouvoir d'Etat. Et pour que ce bloc ne s'endorme pas, ne se fossilise pas, il faut qu'il y ait le parti, qui a un rôle fondamental à jouer : d'abord un rôle de réflexion, un rôle idéologique. Il n'y a pas de parti de gauche sans idéologie...Le parti a ensuite pour rôle de veiller à ce que le programme soit appliqué, d'être le gardien du programme...Par ailleurs, le parti doit empêcher que le pouvoir politique ne s'isole...Et

(26) *Postface à un exercice de rétrofiction*, Mél. M. DUVERGER, PUF 1987, p. 223.

(27) M. WALINE, *les partis contre la République*, 1948, p.59, cité par D. TURPIN *Crise de la démocratie représentative*, R.A. 1985 n° 226, p. 334.

(il) doit exercer à travers le groupe parlementaire son contrôle de l'action gouvernementale " Ainsi Louis Mermaz, président de l'Assemblée nationale, pensait-il pouvoir assurer une totale confusion des pouvoirs entre Etat et parti, à l'issue du célèbre congrès de Valence (28). Certains n'avaient alors pas manqué d'observer que cette confusion des pouvoirs, loin de se cantonner aux principaux organes de l'Etat, atteignait la plupart des secteurs importants de la société, qu'il s'agisse des médias et de l'administration (par le système dit des dépouilles (29)), du monde des entreprises (à la fois par le biais des nationalisations et par les rapports du parti avec certains syndicats), du monde des finances (par le procédé de la nationalisation toujours), et dans une certaine mesure, des collectivités locales où le parti socialiste est bien implanté (30). C'est ainsi que, durant la première session parlementaire, le parti socialiste interviendra pour arbitrer certains conflits entre des membres du groupe socialiste ou avec le Gouvernement (31). Mais, réciproquement, Hugues Portelli avait pu observer dès avant 1981 que les institutions de la Ve République avaient contribué à transformer le parti Socialiste, en présidentialisant ses structures (32). " En réalité, - estime M. Dominique Turpin - le " parti dominant " fait plus souvent figure de " parti dominé " par le Président qu'il soutient " (33). M. Jean-Louis Quermonne poursuit cette analyse pour constater qu'après 1981, cette présidentialisaiton s'accroît à un tel point que " le pouvoir présidentiel, colonisé par le premier secrétaire du parti, paraît de plus en plus recouvrir la physionomie du pouvoir régalién ", mais qu'ainsi, le pouvoir du parti " semble être déjà équilibré par un pouvoir présidentiel ancré dans la permanence de l'Etat " (34). Aussi conclut-il que " tout dépend de la personnalité du Président, ce ne serait pas la première fois depuis Jules César que, par un phénomène de choc en retour, un pouvoir colonisé aurait fait aussi rapidement la conquête de son colonisateur " (35). Une analyse très comparable semble pouvoir être faite pour la période postérieure à 1986.

#### b) De l'Etat monopartisan à l'Etat bipartisan.

37 A son arrivée au pouvoir en 1986, la coalition RPR-UDF ne s'empara pas des pouvoirs avec le même empressement que la gauche en 1981. Elle ne procéda pas à une "

(28) Déclaration après le Congrès de Valence au club de la presse d'Europe n° 1, cité par J.L. QUERMONNE *Un gouvernement présidentiel ou un gouvernement partisan ?*, Pouvoirs n° 20, 1982, p. 80.

(29) Cf. A. PASSERON, *Comment ils ont placé leurs amis*, Pouvoirs n°40, 1987, p.25; et F. BLOCH-LAINE et B. TRICOT, *Le Monde* 6 février 1986.

(30) Cf. BELA FERAGO, *Vers la confusion des pouvoirs ? Commentaires*, automne 1981, cité par J.L. QUERMONNE, *art. préc.*; et *Le Monde*, 14 nov. 1981.

(31) Cf. J.L. QUERMONNE, *Un gouvernement présidentiel ou un gouvernement partisan ?* préc.

(32) Cf. *Le socialisme français tel qu'il est*, PUF, 1980.

(33) D. TURPIN *Crise de la démocratie représentative*, R.A., 1985, n°226, p. 335.

(34) *Un gouvernement présidentiel ou un gouvernement partisan ?*, préc., p. 86.

(35) *Un gouvernement présidentiel ou un gouvernement partisan ?*, préc. p. 86.

chasse aux sorcières " aussi radicale que à celle à laquelle on avait assisté en 1981 (que ce soit dans les médias, les entreprises publiques, ou l'administration en général (36)) afin de se donner une image libérale, ce qui lui permit sans doute d'éviter bon nombre de conflits avec le Président de la République qui veilla jalousement au bon reclassement de ses anciens hommes-lige. Néanmoins, la gauche reprocha vivement au RPR d'avoir placé les " noyaux durs " des entreprises dénationalisées dans les mains de ses amis politiques, et le chef de l'Etat fit grief au leader de ce parti, le Premier ministre, de n'avoir pas exigé de ses ministres qu'ils démissionnent de leurs fonctions de direction dans leurs partis respectifs. Sans doute, sans doute M. R. Barre leur avait-il montré la voie en dénonçant haut et fort, et non sans succès, " l'Etat-RPR ". On pourrait appliquer ici le raisonnement de J.L. Quermonne à propos de M. F. Mitterrand. : s'agit-il d'un Etat partisan ou d'un Etat dominé par la personnalité du leader de la majorité parlementaire devenu premier ministre ? Une nuance importante mérite cependant d'être apportée, puisque M. J. Chirac dominait non pas seulement son parti, mais une coalition de partis, et les déclarations de M.R. Barre suffirent à montrer l'imperfection de cette domination. Si l'Etat de la cohabitation est bi-partisan c'est parce qu'à côté du pouvoir de la coalition RPR-UDF, se dresse le pouvoir du parti socialiste, dont le véritable leader n'est certainement pas son secrétaire général en exercice, mais le chef de l'Etat, dans lequel tous les espoirs socialistes de reconquête du pouvoir sont concentrés. Sans doute a-t-il pris quelque hauteur par rapport au parti, mais il a besoin de lui pour gagner les élections présidentielles de 1988 et les élections législatives qui suivront. En attendant l'heure de la campagne électorale dans laquelle il ne se lancera que le plus tard possible, en particulier pour montrer que des " circonstances exceptionnelles " l'obligent à présenter sa candidature, malgré son âge et son absence de désir de gouverner; il semble se présenter comme un pouvoir modérateur, au dessus des partis.

## **B L'AVENEMENT D'UN POUVOIR MODERATEUR ?**

Selon Benjamin Constant " Le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire sont trois ressorts qui doivent coopérer chacun dans sa partie au mouvement général : mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s'entrechoquent et s'entravent, il faut une force qui les remette à leur place. Cette force ne peut pas être dans l'un des ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres. Il faut qu'elle soit en dehors, qu'elle soit

---

(36) Cf. infra n° 86.

neutre, en quelque sorte, pour que son action s'applique où elle doit être appliquée, et pour qu'elle soit préservatrice, réparatrice, sans être hostile. La monarchie constitutionnelle crée ce pouvoir neutre dans la personne du chef de l'Etat...Quelle est l'utilité du pouvoir supérieur au ministère ? Dans une monarchie, c'est d'empêcher que d'autres s'en emparent, et d'établir un point fixe, inattaquable, dont les passions ne puissent approcher " (37). La théorie du pouvoir neutre, ou modérateur connaît un important regain de popularité en période de cohabitation (38). Une nouvelle question se pose, la Constitution de 1958 organise-t-elle, en la personne du Président de la République, un pouvoir modérateur, en dehors et au dessus des partis, qui serait chargé de protéger les libertés fondamentales contre les vellétés tyranniques de la majorité ? La conception gaullienne de la séparation des pouvoirs semble parfois le laisser penser, bien que sa pratique des institutions infirme cette conception ( 1 ). Le Président de la République, M. F. Mitterrand peut sembler avoir enfin réussi à pratiquer ce pouvoir modérateur, détaché des contingences et des luttes partisans. Cette vision idyllique est séduisante, certes, mais elle ne fait pas grand cas de la réalité, car ni l'origine du pouvoir du président de la République, ni son objectif premier (la reconquête du pouvoir par son parti) ne lui permettent d'être totalement neutre politiquement. Peut-on alors admettre l'idée d'un pouvoir modérateur partisan ? Ces deux termes ne sont-ils pas antinomiques ? ( 2 ).

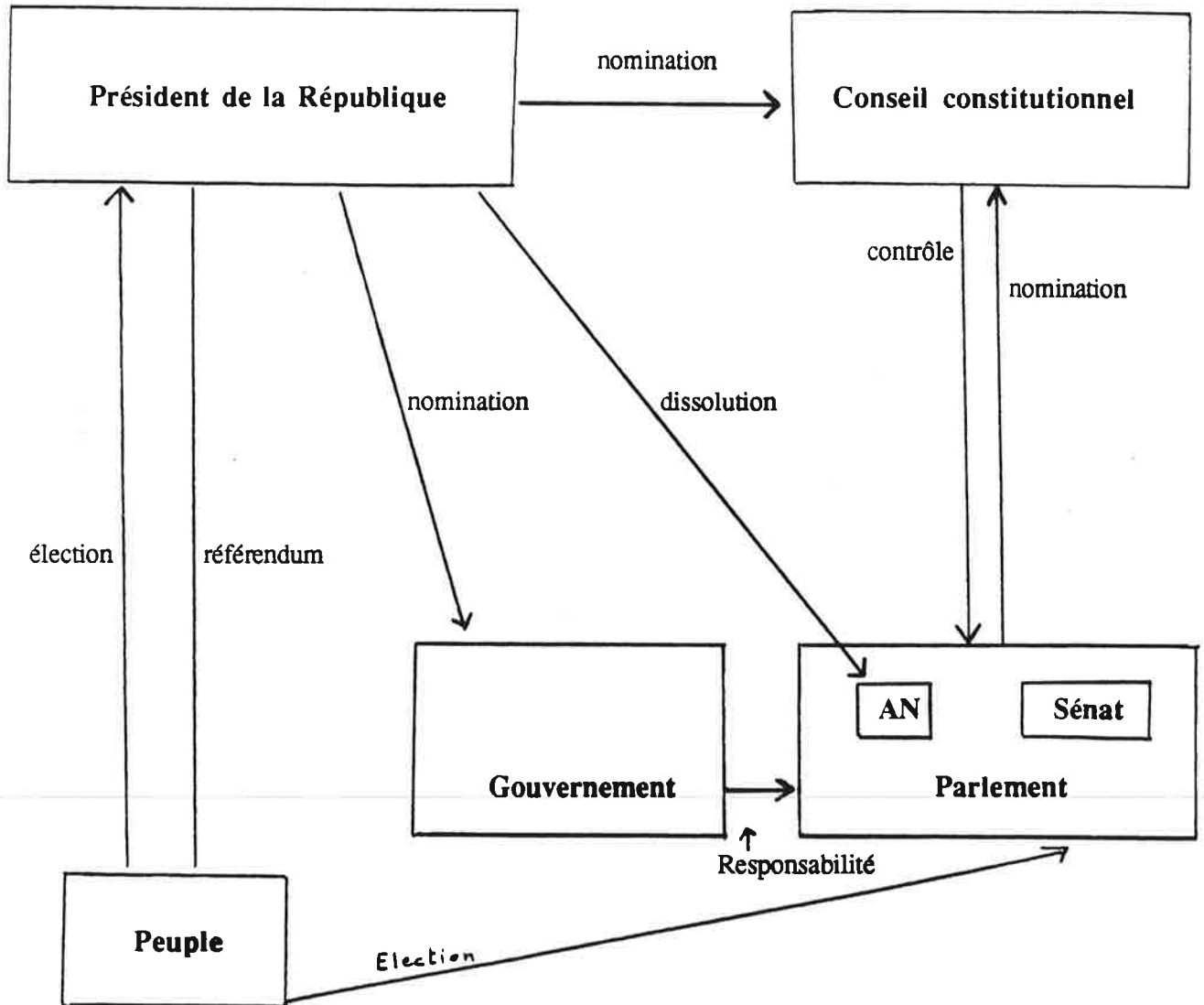
**1) La conception gaullienne de la séparation des pouvoirs : vers un pouvoir modérateur ou directeur ?**

**a) La conception gaullienne de la séparation des pouvoirs.**

**38** Dès 1946, Léon Blum avait souligné la nécessité d'un contrôle des citoyens sur un Président de la République doté de pouvoirs importants : " Le discours de Bayeux se déduit tout entier du principe de la séparation des pouvoirs, c'est à dire du *partage de la souveraineté* entre un exécutif et un législatif *également délégués du peuple*, bien qu'à des titres différents. Dans ce système, le président de la République ne serait pas seulement le chef symbolique de l'Etat, le président du Conseil se trouvant, par contre, réduit au rôle d'un fondé de pouvoir, d'un homme de confiance, d'un porte-parole vis-à-

(37) BENJAMIN CONSTANT *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs*, 1815. OEUVRES, ed de la Pléiade, p. 1113 et 1119.(cité par M. DUVERGER, préc.)

(38) Elle est en effet invoquée par M. DUVERGER pour légitimer les pouvoirs du chef de l'Etat : . *Bréviaire de la cohabitation*, PUF, 1986, p. 79-80.

RAPPORTS ENTRE LES POUVOIRS PUBLICS SOUS LA 5<sup>e</sup> REPUBLIQUE

*Nota bene* : La position du Conseil constitutionnel en haut du tableau ne signifie pas que l'on entendait lui donner un rôle primordial dans le fonctionnement des institutions, mais seulement qu'il est en mesure de contrôler les actes du Parlement (et non de l'exécutif).





vis du Parlement.(...) J'ajoute que, pour un chef de l'exécutif ainsi conçu, l'élargissement du collège électoral ne saurait suffire. Toute souveraineté émanant nécessairement du peuple, il faudrait remettre l'élection du président de la République au suffrage universel direct " (39). Un an après, dans sa conférence de presse du 12 novembre 1947, le général de Gaulle disait en effet que " la base de la Constitution telle que nous la voulons pour la République, c'est la séparation des pouvoirs. Nous ne voulons pas admettre que les pouvoirs publics appartiennent à ces féodaux qui s'appellent les partis. Nous voulons que les pouvoirs publics procèdent du peuple, aussi bien le pouvoir exécutif que le pouvoir législatif et ne procèdent pas des partis. Et nous voulons qu'ils soient séparés, car gouverner est une fonction, légiférer en est une autre. Elles ne se confondent pas." Ces déclarations posent deux problèmes majeurs : d'abord, que doit-on entendre par " pouvoirs ", et ensuite, quelles doivent être les relations entre ces pouvoirs ?

Que doit-on entendre par " pouvoirs " ? Alors que " Montesquieu (...) avait en vue une répartition des fonctions entre plusieurs organes, sans penser aucunement à diviser la souveraineté en plusieurs éléments " (40), certains auteurs lui ont reproché de vouloir diviser ainsi la souveraineté (Rousseau en particulier (41)). C'est qu'ils entendaient par " pouvoirs " non pas les organes chargés de la fonction d'élaborer ou d'appliquer la loi, mais des " organes investis de l'exercice d'un élément déterminé de la souveraineté ou de toute la souveraineté ", des " éléments constitutifs de la volonté nationale souveraine, en tant qu'elle est fractionnée " (42). Car " jamais Montesquieu n'a pensé que les organes investis de ces trois fonctions de l'Etat seraient trois organes représentant le souverain, investis d'une partie de la souveraineté, absolument indépendants l'un de l'autre et sans action l'un sur l'autre " (43). Or, il est clair que Léon Blum et le général de Gaulle entendent par pouvoir une délégation de la souveraineté, puisque le premier dit que la séparation des pouvoirs signifie le partage de la souveraineté, et le second déclare dans sa conférence de presse du 31 janvier 1964 que " l'autorité indivisible de l'Etat est confiée tout'entière au Président par le peuple qui l'a élu " (44). Or qu'est ce que l'autorité indivisible de l'Etat, qui appartient originellement au peuple, sinon la *summa potestas*, la souveraineté ? Toute la pratique gaullienne s'explique par cette conviction que le peuple délègue sa souveraineté au Président de la République. N'a-t-il pas " le pouvoir de commander et de contraindre sans être ni commandé ni contraint " (45) ? Longtemps

---

(39) LEON BLUM, *Le Populaire*, 21 juin 1986, dans *Oeuvres, 1945/1947*, éd. Albin Michel, p.217, 218. (cité par C. PIERRET *Quel consensus pour un régime présidentiel ?* RPP, sept-oct. 1985, p. 6. Certains mots ont été soulignés par nous.

(40) DUGUIT *Traité de droit constitutionnel*, T.II, 1928, p. 668.

(41) Cf. *Du contrat social*, Livre II, chap. II.

(42) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*", T.II, 1928,p.669.

(43) DUGUIT *Traité de droit constitutionnel*, T.II, 1928, p.665

(44) Souligné par nous.

(45) Rappelons que c'est la définition que Jean Bodin donne de la souveraineté.

après que Le Play ait affirmé que la souveraineté (du monarque) n'est " pas plus divisible que le point en la géométrie ", Rousseau, pour qui la souveraineté est la volonté générale, souligne également l'indivisibilité de la souveraineté. Le Général de Gaulle l'entend bien ainsi, la souveraineté lui est confiée par le peuple (qui peut la lui reprendre lorsqu'il ne lui accorde plus sa confiance). Il estime que lui seul incarne la légitimité nationale, la volonté nationale. Il ne peut donc y avoir de séparation des pouvoirs entre lui et ceux-là, qui ne sont que le résultat de multiples compétitions locales, ceux-là, les membres du Parlement, qui ne représentent que de multiples intérêts particuliers, alors que lui-même représente l'intérêt national.

Dans ce discours, il évoque en réalité deux sortes de séparation des pouvoirs, la séparation entre le pouvoir des partis et les pouvoirs publics d'une part, et la séparation entre la fonction législative et la fonction exécutive d'autre part. Mais pour lui elles sont intimement liées. Il veut tout d'abord rendre impossible la souveraineté des partis qu'il avait observée sous la III<sup>e</sup> République (et dont il prévoit qu'elle se reproduira sous la IV<sup>e</sup> République). C'est parce qu'il y a eu une confusion des pouvoirs législatif et exécutif que les multiples partis qui faisaient régner l'anarchie au Parlement ont pu devenir souverains en s'emparant du pouvoir exécutif. Les partis avaient ainsi accaparé la souveraineté du peuple, et il s'agit de la lui rendre, en organisant les institutions de telle sorte que les pouvoirs publics procèdent du peuple, et non des partis. C'est essentiellement au Gouvernement que pense le général. " Il faut trouver aux pouvoirs publics d'autres bases que les clans politiques, périmés et malfaisants " (46) Pour lui comme pour Michel Debré, l'objectif essentiel est donc de restaurer la stabilité gouvernementale par la fin de la confusion entre l'exécutif et le législatif " (47). Mais ce que le général de Gaulle entend par législatif et exécutif, ce n'est nullement le pouvoir de faire la loi d'une part, et celui de l'exécuter d'autre part. Il faut plutôt entendre par législatif l'organe législatif, ce qu'il appelait en 1915 le " Parlement odieux et bête ", où les ministres doivent répondre aux " injonctions les plus saugrenues du premier marchand de vin que la politique a changé en député " (48). L' " exécutif " ne se contente pas d'exécuter la loi contrairement à ce que son nom semble indiquer, il signifie ici la détermination et l'application de la politique de la nation, qui incombe au chef de l'Etat et au Gouvernement, car le chef de l'Etat incarne seul l'unité nationale. On retrouve ici sous-jacente la " séparation " opérée par Guizot entre " pouvoirs publics " qui doivent être unis et " société civile " qui, elle, est plurielle, et qui sera représentée dans sa diversité au Parlement (49). La logique gaullienne ne réside donc pas dans l'idée d'une quelconque " séparation des pouvoirs " mais bien dans une

(46) *Lettre au duc de CHOISEUL-PRASLIN*, du 1<sup>er</sup> sept. 1951, *Lettres, notes et carnets*, Plon.

(47) O. RUDELLE, *Les écrivains de la Constitution*, communication au colloque sur *L'écriture de la Constitution*, Aix-en-provence, 8-10 septembre 1988, p.22.

(48) *Lettre du 23 décembre 1915 à sa mère*, Dans *Lettres, notes et carnets*, Plon, Tome I, 1905-1919, p. 473.

(49) Cf. O. RUDELLE *Les écrivains de la Constitution*, communication au colloque sur *L'écriture de la Constitution*, préc., p. 21

distinction essentielle entre l'intérêt général et les intérêts particuliers, le continu et le contingent, le Politique et la politique, le pur et l'impur " (50). Cette conception de la " séparation des pouvoirs " implique nécessairement la suprématie du chef de l'Etat.

b) Le Président de la République dans la Constitution de 1958, un pouvoir neutre ?

39 Par séparation des pouvoirs, Michel Debré ne semble pas entendre exactement la même chose que le général de Gaulle. Il estime en effet que " pour les grands auteurs du XVII<sup>e</sup> et du XVIII<sup>e</sup> siècle, il fallait établir la séparation des pouvoirs pour limiter le pouvoir, assurer l'indépendance de la justice, que l'on délibère publiquement de la loi, les élus devant revenir régulièrement devant les électeurs. Dans le monde du XX<sup>e</sup> siècle, il faut que le pouvoir ait de l'autorité. Le pouvoir ne se partage pas. Il doit être garanti par la justice et l'Assemblée. Avant tout, ce qui est important, c'est la notion d'autorité qui tranche, d'autorité capable de décider, de trancher à long terme " (51). Certes, il est bien d'accord avec le général de Gaulle pour considérer que la séparation des pouvoirs, entendue comme limitation des pouvoirs, ne peut être utilisée que pour limiter le pouvoir du Parlement, le pouvoir des partis, mais que l'autorité suprême, la direction de la politique gouvernementale, elle, est indivisible. Pour le général de Gaulle, la séparation des pouvoirs est " l'instrument qui assure l'indépendance organique de l'exécutif en faisant procéder le Gouvernement du Président de la République, lequel se trouve ainsi à sa source, sans cependant se confondre avec lui, et dispose de prérogatives arbitrales. Bref, elle sert à opposer la caution de Montesquieu au spectre du " pouvoir personnel " (52). Ainsi, dans la Constitution de 1958, il y a bien une séparation organique des pouvoirs, mais la séparation fonctionnelle des pouvoirs n'a rien de rigide, puisque la fonction de légiférer est partagée entre le Gouvernement et le Parlement, mais de façon inégale puisque le Gouvernement la domine très largement. En effet, pour les constituants de 1958, " gouverner, c'est édicter des dispositions de portée générale, c'est donc, au sens matériel du terme, légiférer " (53). Si tous deux estiment que le Gouvernement doit avoir le pouvoir d'action, et le Parlement le pouvoir de contrôle (ce qu'on observe à l'heure actuelle dans la plupart des démocraties occidentales à structure partisane majoritaire, et qui revient à inverser l'ordre des compétences défini par la Constitution de

---

(50) D. CHAGNOLLAUD, *La conception gaullienne de l'Etat : une monarchie Républicaine*. Mél. M. DUVERGER, PUF, 1987, p. 46.

(51) M. DEBRE, communication à la conférence-séminaire sur *les leçons de la cohabitation*, Fondation pour la démocratie, Paris, A.N., 6 nov. 1986.

(52) P. AVRIL *La séparation des pouvoirs aujourd'hui*, communication au colloque *1789 et l'invention de la Constitution*, AFSP, Paris, 2-4 mars 1989, p. 4.

(53) *Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative*, probablement rédigée par SOLAL-CELIGNY, D.F. *Documents pour servir*, T.I., p. 333.

1791 (54). leurs conceptions divergent lorsqu'il s'agit de déterminer qui va conduire la politique gouvernementale.

En forçant à peine le trait on pourrait dire que c'est un peu comme si Thiers et Guizot avaient rédigé ensemble cette Constitution . Pour Guizot (dont Odille Rudelle a souligné l'importance déterminante sur la pensée du général (55)), le trône n'est pas un fauteuil vide, c'est à dire que c'est le chef de l'Etat qui gouverne, par l'intermédiaire d'un gouvernement qui lui est soumis. Pour Thiers, le Républicain (et Michel Debré était profondément attaché à la tradition républicaine (56)), le roi règne et ne gouverne pas. C'est, comme dans le régime britannique tant admiré par Michel Debré, le Gouvernement qui détermine et conduit la politique de la nation, le Président de la République n'étant qu'un arbitre qui n'a d'autre pouvoir que de solliciter l'arbitrage d'une autre autorité, et en particulier du peuple, en cas de conflit entre le Gouvernement et le Parlement. Son rôle est ainsi de garantir l'équilibre des pouvoirs et le respect de la Constitution (qui avait été tellement ignorée sous les Républiques précédentes). Dans la conception de Michel Debré, et dans la lettre de la Constitution on peut donc considérer que le chef de l'Etat sous la Ve République doit être un pouvoir modérateur, c'est à dire un pouvoir neutre qui n'intervient que pour saisir un arbitre lorsque l'équilibre des pouvoirs est menacé.

Le général de Gaulle pensait-il qu'il serait un pouvoir neutre au dessus des partis ? Il l'espérait sans doute, puisqu'il considérait qu'il représentait la *res publica*, la chose publique, alors que les partis ne représentaient que les intérêts particuliers. Voulut-il être un pouvoir modérateur, c'est à dire une autorité qui n'intervient pas pour Gouverner, mais seulement pour veiller à ce que le Gouvernement ne soit pas tyrannique ? Certaines de ses déclarations peuvent permettre de le penser. Mais, même lorsqu'il dit qu'il n'intervient que pour définir les grandes orientations de la politique, cela consiste bien à définir cette politique, fût de loin. En toute hypothèse, la pratique du pouvoir lui montra bientôt qu'il ne pouvait distinguer entre la Politique et la politique, l'affaire des barricades d'Alger l'obligeant - ou lui permettant - d'intervenir très tôt personnellement dans la direction des affaires. Mais, les circonstances exceptionnelles, dans lesquelles il est normal qu'intervienne le Chef de l'Etat selon la Constitution de 1958, étant passées, il continua à diriger personnellement toute la politique, de façon seulement plus ou moins précise selon l'intérêt qu'il portait aux divers domaines de l'action gouvernementale.

Même s'il avait pensé être un monarque républicain exerçant surtout une fonction d'arbitre, il n'exerça pas un pouvoir modérateur, mais un pouvoir directeur.

---

(54) Cf. P. AVRIL *La séparation des pouvoirs aujourd'hui*, communication au colloque *1789 et l'invention de la Constitution*, AFSP, Paris, 2-4 mars 1989.

(55) Cf. *Les écrivains de la Constitution*, préc.

(56) Cf. O. RUDELLE *Les écrivains de la Constitution*, préc.

Que reste-t-il de la séparation des pouvoirs ? Selon la conception qu'il en a, elle existe toujours, puisque lui, le pouvoir souverain, est au-dessus de tous les autres pouvoirs, qui ne peuvent être conférés ou maintenus autrement que par lui. Il s'agit d'une séparation verticale des pouvoirs, où il n'y a en réalité qu'un pouvoir, celui qui est délégataire de la souveraineté, les autres n'étant que des fonctions incarnées dans des organes dépendants du pouvoir souverain. Entre ces organes, il y a bien une division des fonctions, puisque si le Gouvernement participe largement à la fonction législative ( en particulier du fait de la nouvelle définition du domaine de la loi, de la direction de la procédure législative par le Gouvernement, et des délégations législatives), le Parlement, lui, ne doit aucunement intervenir dans le domaine dit " exécutif ". Le peuple veut-il mettre fin à cette délégation ? Alors, le Président de la République rend sa délégation, et s'en va. Et il s'en alla en 1969. Car tout ce bel édifice repose exclusivement sur la légitimité du Président de la République. Vient-elle à faire défaut, et tout s'effondre, le " Chef de l'Etat-directeur " le premier. Peut-on en conclure que, dans la Constitution de 1958, le général de Gaulle et Michel Debré avaient voulu instaurer un pouvoir modérateur, au sens où l'entendait Benjamin Constant ? Si l'on peut en douter pour le premier, pour le second, cette thèse ne paraît pas insoutenable. C'est à partir de la cohabitation qu'on va la voir se développer.

## 2) L'avènement d'un nouveau pouvoir, le pouvoir modérateur ?

Maurice Duverger en appelle à la théorie du pouvoir modérateur, ou plutôt en réalité du pouvoir neutre selon Benjamin Constant, pour trouver un fondement légitime à l'intervention du Président de la République dans l'action des autres pouvoirs, législatif et gouvernemental en période de cohabitation. Etant donné son engagement personnel sans équivoque dans la campagne des élections législatives en faveur du parti socialiste, et l'échec de ce parti aux élections, sa légitimité démocratique semble en effet insuffisante pour justifier de telles prétentions en période de cohabitation. Il semble que la cohabitation permette l'avènement d'un nouveau pouvoir, d'une nouvelle fonction, distincte de la fonction législative et de la fonction exécutive, la fonction modératrice, dont l'objet serait de tempérer les velléités tyranniques de la majorité gouvernementale, et qui serait confiée au chef de l'Etat, capable de l'exercer réellement - contrairement à ce qui se passait jusqu'en 1986 - puisqu'il n'est plus le leader de cette majorité (a). Mais puisqu'il reste le chef de l'opposition, peut-il réellement être un pouvoir modérateur (b)?

## a) Le chef de l'Etat, un pouvoir modérateur ?

40 On reprocha beaucoup à Benjamin Constant d'avoir successivement été membre du tribunal à l'issue du coup d'Etat du 18 brumaire, puis de s'être opposé à Napoléon premier, d'avoir soutenu les Bourbons (en condamnant les tendances rétrogrades qui devaient bientôt leur faire perdre le pouvoir), d'avoir juré de ne jamais s'allier à Napoléon premier puis d'avoir accepté de rédiger l'acte additionnel à la Constitution de l'empire, d'avoir proposé ses services à Louis XVIII et d'être rentré dans l'opposition l'année suivante, pour enfin devenir l'un des deux cents vingt et un députés qui donnèrent la couronne à Louis Philippe. Derrière ces palinodies, il y a une grande continuité dans sa pensée, qui est la recherche d'une conciliation entre la détermination de la loi par la majorité, et le respect des libertés fondamentales par un pouvoir modérateur. Si, tout comme Rousseau, il considère la représentation comme inéluctable, et identifie la volonté générale au consensus majoritaire, contrairement à l'auteur du contrat social, il estime que les droits de l'homme ne peuvent pas être garantis par la souveraineté de la volonté générale, mais doivent être définis a priori (57) et protégés contre la dictature de la majorité, de l'extérieur : " La Souveraineté du peuple n'est pas illimitée; elle est circonscrite dans les bornes que lui tracent la justice et les droits des individus " (58). Il opère ainsi une véritable remise en cause de la théorie de la loi telle qu'elle avait été définie par Rousseau, puisqu'il estime que si la loi doit être déterminée par la majorité, le pouvoir majoritaire doit être limité pour que l'on garantisse le respect des droits de l'homme. Ainsi, il remet en cause " ce qui faisait sans doute le sens le plus profond de la doctrine du contrat social : l'exigence d'une réconciliation entre l'individu et l'Etat, comme entre l'Etat et la société; si la représentation est inéluctable, l'Etat est nécessairement séparé de la société; si la volonté générale se réduit à la règle majoritaire, elle n'est plus l'intégrale qui synthétise la totalité des volontés particulières et il ne m'est plus possible de reconnaître toujours ma volonté dans la volonté générale " (59). Tocqueville développe également cette idée lorsqu'il dénonce la " tyrannie de la majorité " : " Je regarde comme impie et détestable cette maxime, qu'en matière de gouvernement la majorité d'un peuple a le droit de tout faire, et pourtant je place dans les volontés de la majorité l'origine de tous les pouvoirs. Suis-je en contradiction avec moi-même ? " (60). Pour Constant comme pour Tocqueville, la majorité

---

(57) Ainsi " La liberté individuelle, la liberté religieuse, la liberté d'opinion, dans laquelle est comprise la publicité, la jouissance de la propriété, la garantie contre tout arbitraire " (*Principes de politique*, Genève, Droz, 1980, cité par P. RAYNAUD *Le libéralisme français à l'épreuve du pouvoir*, dans P. ORY (dir.) *Nouvelle histoire des idées politiques*, Hachette, 1987, p. 170.

(58) B. CONSTANT *De la liberté des modernes*, Livre de poche, coll. Pluriel, 1980, p.276.

(59) P. RAYNAUD, *Le libéralisme français à l'épreuve du pouvoir* P. ORY (dir.) *Nouvelle histoire des idées politiques*, Hachette, 1980, p. 169.

(60) A. De TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, T. I. Deuxième partie, chap. VII. Ed G. Flammarion, 1981, p. 348.

doit gouverner, mais le respect du droit, des Droits et libertés fondamentaux, est la meilleure garantie contre les excès de la majorité, et doit servir de " contrepoids à la démocratie " (61). Pour Tocqueville, le gouvernement mixte est une chimère (62), et c'est dans les associations et l'exercice de la démocratie locale, mais surtout dans la puissance et l'indépendance de la justice que l'on va trouver des freins au pouvoir majoritaire. Pour lui, le droit forme la plus puissante barrière contre les écarts de la démocratie. " Armé du droit de déclarer les lois inconstitutionnelles, le magistrat américain pénètre sans cesse dans les affaires politiques " (63). De même, pour Constant, la Constitution est le moyen essentiel par lequel la liberté est assurée (64). Il écrit vingt ans avant Tocqueville, et n'a sans doute pas mesuré tout de poids de l'arrêt *Marbury versus Madison* (65), aussi remet-il entre les mains du Roi constitutionnel la charge de garantir ces droits, car la monarchie constitutionnelle lui paraît seule à permettre le fonctionnement du " pouvoir neutre ". " La marche de concert des pouvoirs que Montesquieu attendait de la nature des choses, Constant en charge l'homme placé par sa naissance en situation éminente, le Roi, qui " être à part..., ne peut jamais rentrer dans la condition commune " " (66).

Or c'est bien cette conception là qui semble se développer en période de cohabitation : certes, la politique générale doit être définie par la majorité, mais le chef de l'Etat doit intervenir pour limiter ses excès, pour garantir les libertés. Pour qui ne manque pas de sens de l'humour, il est assez cocasse de constater que c'est pour légitimer les pouvoirs - de droit ou de fait - d'un président de la République socialiste que certains représentants de la doctrine doivent aller vanter les vertus des théories monarchistes et libérales, auxquelles le mystère de la cohabitation a donné un charme, une puissance, un intérêt subits (67). Pour soutenir cette vision, on peut faire appel à l'article 5 de la Constitution qui prévoit que " le Président de la République veille au respect de la Constitution . Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, du respect des accords de Communauté et des traités ". Il ressort nettement des travaux préparatoires et de la présentation officielle de la Constitution par Michel Debré dans son discours au Conseil d'Etat le 27 août 1958, que le Président de la République " comme il se doit, n'a pas d'autre pouvoir que de solliciter un autre pouvoir : il sollicite le Parlement, il sollicite le comité constitutionnel, il sollicite le suffrage universel " (68). Ses pouvoirs propres, qui sont, dans l'esprit des rédacteurs de la Constitution, les seuls pouvoirs du chef de l'Etat,

(61) *De la démocratie en Amérique*, préc. T.II, p. 362.

(62) *De la démocratie en Amérique*, préc. T.II, p. 349.

(63) *De la démocratie en Amérique*, préc., T.II., p. 369.

(64) Cf. M. PRELOT et G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*", Dalloz, 5è ed., 1975, p. 449.

(65) Rendu par la Cour Suprême des Etats-unis en 1803, cf infra.

(66) M. PRELOT et G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, 5è ed, 1975, p. 449.

(67) Cf. M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, PUF 1986, p. 79-80.

(68) Cité par D. MAUSS, *Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République*, D. F., 2ème ed. 1982, p. 7.

ne lui attribuent aucune autre prérogative, sauf en période exceptionnelle. Le pouvoir d'arbitrage du Président de la République, qui résulte non seulement de cet article, mais de l'ensemble des dispositions de la Constitution, peut très bien être regardé comme un pouvoir neutre, un pouvoir modérateur, et l'on aurait pu espérer qu'il serait enfin exercé dans les limites étroites qui sont prévues par la Constitution au moment de la cohabitation. R. de Lacharrière conseille d'ailleurs d'appliquer la Constitution pour en dégager la théorie du pouvoir neutre de Benjamin Constant, le chef de l'Etat devant se cantonner dans une neutralité active, à la manière d'un Vincent Auriol (69). M. Duverger abonde en ce sens et décrit " la nouvelle séparation des pouvoirs " en faisant la part belle au Président (70). Mais on pourra constater que M. F. Mitterrand a eu une conception très extensive de ses pouvoirs et qu' à l'instar de ses prédécesseurs, il a pris prétexte de l'article 5 de la Constitution pour élargir considérablement ses prérogatives, alors même qu'il avait justement pour objet de les limiter (71). Ni les circonstances, ni le contenu des interventions de M. F. Mitterrand durant la période de cohabitation ne peuvent être, en toute objectivité, assimilées à un véritable pouvoir modérateur au sens où l'entendait Benjamin Constant, en ce qu'elles ne pouvaient pas toujours prétendre à la neutralité politique, malgré la très grande intelligence avec laquelle elles ont été présentées.

#### b) Un pouvoir modérateur partisan ?

41 Benjamin Constant estimait qu'un régime républicain ne pourrait pas permettre l'existence d'un pouvoir modérateur. En effet, seule, selon lui, la monarchie pouvait permettre de garantir la neutralité absolument indispensable à ce pouvoir, parce qu'elle en est l'essence même. " Cette force ne peut pas être dans l'un des ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres. Il faut qu'elle soit en dehors, qu'elle soit *neutre* en quelque sorte, pour que son action s'applique où elle doit être appliquée, et pour qu'elle soit *préservatrice*, réparatrice, *sans être hostile* " (72). On ne saurait être plus clair, cette conception du pouvoir neutre exclut indubitablement la cohabitation, car nul ne saurait prétendre honnêtement que le Président de la République n'était pas opposé politiquement à la majorité parlementaire, et il manifesta à plusieurs reprises son hostilité à la politique gouvernementale (73). Le pouvoir modérateur devrait permettre de tempérer, de réguler les excès des autres pouvoirs. Peut on concevoir qu'un pouvoir modérateur soit partisan, ou

---

(69) Cité par J. PETOT *Faut-il réviser la Constitution de 1958* RDP 1985, p. 1481.

(70) *Le Monde* du 30 mai 1985.

(71) Cf. P. ARDANT, *L'article 5 et la fonction présidentielle*, *Pouvoirs* n° 41, *Le Président*, 1987, p. 49-60.; et infra.

(72) BENJAMIN CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs*, 1815, dans *Oeuvres*, ed de la Pléiade, p.1113.

(73) Cf. infra, n° 112-113.



doit-on considérer que ces termes sont antinomiques ? Peut-on être un modérateur entre les partis si l'on est soi-même le chef d'un parti ? Certes, le Président de la République une fois élu est censé ne plus être le chef d'un parti. Mais qui croira qu'une fois qu'il a été désigné par le suffrage universel pour appliquer un programme politique dont l'orientation politique est claire, il se comportera toujours de façon neutre politiquement, sans chercher à satisfaire la majorité qui l'a élu, sans chercher à contribuer à la victoire de son parti aux prochaines élections ? Personne. Et l'on doit souligner avec Prévost-Paradol que le chef de l'Etat ne pourrait être un pouvoir neutre que s'il était totalement indépendant des partis : " Placé au dessus des partis, n'ayant rien à espérer ni rien à craindre de leurs rivalités et de leurs vicissitudes, son unique intérêt, comme son premier devoir, est d'observer avec vigilance le jeu de la machine politique afin d'y prévenir tout grave désordre...Ce surveillant général de l'Etat doit rester l'arbitre des partis et n'appartenir à aucun. Il ne doit montrer de préférence pour aucun ministère, pour aucune personne, et, si cela était possible, pour aucune opinion. Mais comme on ne peut attendre ni exiger d'un homme cette abstention complète de l'esprit et cette réserve absolue de jugement, il suffira qu'on sache le souverain incapable de faire fléchir devant ses inclinations et ses sympathies personnelles le grand devoir de sa charge...Il ne perdra jamais de vue la nation, juge définitif des majorités et des ministères, et, au moindre soupçon d'un dissentiment entre l'opinion et le pouvoir, il enverra les partis en présence se pourvoir devant ce tribunal suprême afin qu'une prompt décision dissipe toute incertitude " (74). Il est frappant de voir combien dans ces lignes se retrouve le caractère original, et fondamental pour le général de Gaulle comme pour les autres rédacteurs de la Constitution, de l'organisation des pouvoirs publics, à savoir l'existence d'un pouvoir légitime placé au dessus et en dehors de partis, et dont le rôle n'est pas de diriger la politique, mais de veiller à chaque instant à ce que le pouvoir corresponde à l'opinion, à ce que le gouvernement agisse toujours en harmonie avec la volonté générale. Le seul rôle, mais oh combien important, de ce pouvoir, est de contraindre les majorités et les ministères à se présenter devant le tribunal suprême qu'est le peuple, et c'est parce que ce pouvoir dispose d'une forte légitimité qu'il aura la force nécessaire pour remplir cette mission. Pour Prévost-Paradol comme pour Constant, seul un monarque peut jouer un tel rôle de régulateur. Le général de Gaulle en avait-il conscience, puisqu'il semble qu'il envisagea un rétablissement de la monarchie en France ? Mais, en 1958, la légitimité monarchique n'était plus assez forte pour garantir la réalité d'un tel pouvoir, et seul le sacre d'un suffrage élargi puis universel pouvait lui permettre de faire contre-poids aux partis. N'écrivait-il pas " ce que j'ai essayé de faire, c'est d'opérer une synthèse entre la Monarchie et la République " ? (75). Mais puisque " le diable est entré dans le confessionnal " (76), tout l'édifice s'écroule en perdant

---

(74) M. PREVOST-PARADOL *La France nouvelle*, 1868 (d'après la 2<sup>e</sup> éd., 1869), cité par M. DUVERGER *Bréviaire de la cohabitation*, PUF, 1986, p. 80-81.

(75) DE GAULLE, cité par A. PEYREFITTE, *Le mal français*, Plon, 1976, p.56.

(76) Cf. supra, introduction au n° 1.

son âme. Le principe de cette construction réside entièrement dans la neutralité du chef de l'Etat, et Benjamin Constant l'avait fort bien prévu lorsqu'il écrit que " l'utilité du pouvoir supérieur au ministère (...) c'est d'empêcher que d'autres ne s'en emparent, et d'établir un point fixe, inattaquable, dont les passions ne puissent approcher " or " Cette force ne peut pas être dans l'un des ressorts car elle lui servirait à détruire les autres " (77). Dans l'optique de Benjamin Constant, ou de Prévost-Paradol on ne peut pas admettre que le pouvoir modérateur soit un pouvoir partisan car - et l'expérience de la Ve République le démontre remarquablement - soit il sera du même parti que la majorité, et il ne garantira pas l'équilibre des pouvoirs et le respect des droits fondamentaux; soit il sera opposé au parti gouvernemental, et il cherchera non pas à contribuer au bon fonctionnement de la machine gouvernementale, mais au contraire à " lui mettre des bâtons dans les roues ". Son objectif ne sera pas de veiller à l'harmonie entre le peuple et son Gouvernement, mais au contraire d'essayer de dresser le peuple contre le Gouvernement qu'il vient de désigner par le biais de la majorité parlementaire, afin que ses amis politiques (et lui-même à leur tête) emportent les prochaines élections. Dans la perspective de Benjamin Constant, l'objectif du pouvoir modérateur est d'intervenir essentiellement pour protéger les droits fondamentaux contre les excès de la majorité. C'est ce que M. F. Mitterrand déclara faire à plusieurs reprises, par exemple lorsqu'il mit en garde le Gouvernement contre un usage abusif des procédures contraignantes (telles que l'article 49. 3) à l'égard du Parlement. En réalité, nul n'ignorait que son objet était davantage de diviser la majorité, de favoriser la rébellion de la majorité contre son leader, que d'assurer le respect des droits du Parlement - qu'il avait lui même autant malmené que ses prédécesseurs - .Le propre du pouvoir modérateur est de calmer les excès en sens contraire, donc de contribuer à l'équilibre des pouvoirs, et non de favoriser les excès de l'un contre l'autre. Or, dans certaines de ses interventions (presque chaque fois qu'il émit des critiques à l'endroit du Gouvernement, et en particulier, lorsqu'il apporta son soutien aux grévistes de la SNCF, ou qu'il déclara qu'il se sentait sur " la même longueur d'ondes " que les étudiants (78), il apparaissait davantage comme un pouvoir chargé de semer la zizanie entre le peuple et majorité parlementaire qu'il avait désignée que comme un pouvoir dont l'objet est de garantir le bon fonctionnement de la machine gouvernementale et le respect des libertés. Ni le Gouvernement, qui réagira vivement (79), ni le peuple, dont une partie croyait que la cohabitation permettrait la réconciliation nationale, et qui portait M.F.Mitterrand au pinacle des sondages lorsqu'il apparaissait comme un arbitre au dessus de la mêlée, ne seront dupes, la côte de popularité du Président s'effondrant chaque fois qu'il sort trop

---

(77) BENJAMIN CONSTANT *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs*, 1815, préc., p. 1113 et 1119.

(78) Le 9 déc. 1986.

(79) En particulier lorsque M.F. Mitterrand reçut au fort de Brégançon une délégation de cheminots en grève, le 1er janvier 1987, pour leur exprimer sa compassion (Cf. *Le Monde* du 3/1/1987, et *Pouvoirs*, n° 42, 1987, CCF, p. 188.)

manifestement de son rôle de pouvoir neutre (80). Enfin, un pouvoir modérateur ne devrait dans cette optique intervenir que pour garantir l'équilibre des pouvoirs et le respect des droits de l'homme, et non à des fins partisans. Or toutes les interventions de M. F. Mitterrand ne sont pas dépourvues d'intentions partisans, par exemple lorsqu'il se présente, au lendemain de la formation du Gouvernement Chirac, comme le "garant des acquis sociaux", et qu'il annonce qu'il ne signera pas d'ordonnances qu'en nombre limité et, en matière sociale, seulement si elles représentent un progrès par rapport aux acquis sociaux; ou lorsqu'il "déploie" plusieurs mesures contenues dans le texte concernant le projet de réforme du code de la nationalité qui "s'inspirent d'une philosophie qu'il ne partage pas" (81), ou lorsqu'il exprime, à de nombreuses reprises son désaccord avec la politique du Gouvernement en Nouvelle Calédonie (82). Il ne se contente pas de traduire le Gouvernement devant le tribunal suprême du peuple, devant ce tribunal il se fait procureur.

Non, résolument non, on ne peut pas faire appel à Benjamin Constant ou à Prévost-Paradol pour légitimer les interventions du chef de l'Etat en période de cohabitation. Certes, il fut un "surveillant général" de l'Etat, sermonnant le Gouvernement : "Il y a eu vingt quatre remontrances ou réserves à l'égard de la politique du Gouvernement...Il y en aura peut-être moins en 1987 et 1988", distribuant les bons et les mauvais points, donnant des avertissements, décidant de ce qui est bien et ce qui est mal. Il fut un censeur, non un pouvoir modérateur. En eût-il été autrement, pourrait-il en être autrement avec un autre président ? C'est très improbable, et l'expérience de la cohabitation portugaise, avec son Président battant les campagnes pour dénoncer les vices de la politique gouvernementale (alors même qu'il n'était pas le chef d'un parti), est là pour le montrer. Sans doute, l'exercice du pouvoir, l'expression de l'antipathie présidentielle eussent-elles revêtu d'autres formes, ou revêtiraient-elles dans l'avenir un aspect différent. Mais un tel pouvoir neutre ne peut être exercé, d'après Benjamin Constant que par "un être à part, ...(qui) ne peut jamais rentrer dans la condition commune" (83) en réalité pour un Dieu, ou un ange, mais les hommes ne deviennent pas des anges simplement parce qu'ils ont été élus à la Présidence de la République.

Par contre, si l'on renonce à invoquer les théories monarchistes du siècle passé, si l'on renonce aux impératifs de neutralité politique de la théorie de Benjamin Constant ou de Prévost-Paradol, on peut considérer que la cohabitation a permis le développement d'un "

---

(80) Cf. J.L. PARODI *La France de la cohabitation, profil de l'année politique 1986-1987*, *Pouvoirs* n° 44, 1988, p. 168 et s.

(81) *Conseil des ministres* du 12 nov. 1986.

(82) Notamment au *Conseil des ministres* du 18 février 1987.

(83) BENJAMIN CONSTANT, cité par M. PRELOT et G. LESCUYER *Histoire des idées politiques*, Dalloz, 5e éd., 1975, p.449.

pouvoir modérateur partisan " au sommet de l'Etat. Il semble en effet que le Président de la République ait, à plusieurs reprises, contraint le Gouvernement à une modération qu'il n'aurait pas eue sans ses interventions (84)." Un Président d'origine socialiste fera contrepoids à un gouvernement et une assemblée de droite. Le pouvoir partagé est la forme républicaine du pouvoir neutre " - écrit M. Duverger. On ne saurait le suivre dans ses conclusions, puisque ce n'est pas parce que le pouvoir du Président de la République tend à neutraliser les excès de la politique gouvernementale qu'il devient lui-même un pouvoir neutre. En réalité, il s'agit d'un " contre-pouvoir " (85) politique au sommet, qui semble avoir été efficace, puisque le Président de la République ne se limite pas à un simple pouvoir de contrôle ou d'arbitrage neutre (comme le pouvoir d'opposition) lorsqu'il intervient directement dans la politique du Gouvernement, par sa faculté de statuer ou par sa faculté d'empêcher selon les domaines. Il modère, il tempère les pouvoirs de la majorité, mais de manière partisane. Si l'on recherche un pouvoir modérateur plus neutre, c'est plutôt du côté du Conseil constitutionnel qu'il faudra se tourner (86) Mais que l'on n'aille pas invoquer outre-tombe la mémoire des monarchistes libéraux du siècle passé pour trouver un fondement légitime aux pouvoirs du Président de la République durant la cohabitation (87).

---

(84) Cf. *L'Événement du Jeudi*, du 3 au 9 avril 1986.

(85) Cf. J.L. QUERMONNE *La Présidence de la République et le système des partis*, *Pouvoirs* n° 41, 1987, p. 110-111.

(86) Cf. *infra*, n° 264.

(87) CHATEAUBRIAND *De la monarchie selon la charte*, 1ère partie, Chap. XV, *Oeuvres complètes*, Paris, 1827, p. 37 et 38 (cité par DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T.II, 1928, p. 820.): " Les ministres (...) doivent être " maître des chambres par le fond et leurs serviteurs par la forme. Quel moyen conduit à cet heureux résultat ? Le moyen le plus simple du monde : le ministère doit disposer de la majorité et marcher avec elle; sans cela point de gouvernement ".

## II UNE NOUVELLE SEPARATION ORGANIQUE ET FONCTIONNELLE DES POUVOIRS.

" Depuis vingt ans, toutes les lignes d'évolution de nos institutions, tant politiques qu'administratives, concourent à montrer une concentration du pouvoir - le vrai pouvoir - entre les mains du chef de l'Etat " - observait B. Chenot, s'inquiétant du fait que l'absence de séparation des pouvoirs se traduise par l'absence de limites au pouvoir présidentiel (1). Mais la découverte de la Constitution qui est provoquée par la cohabitation bouleverse totalement la pratique des relations organiques ( A ) et fonctionnelles entre les pouvoirs (B).

### A UNE SEPARATION INEDITE DES ORGANES

Avant comme après 1986, le pouvoir juridictionnel est théoriquement indépendant, et donc à l'abri des deux autres pouvoirs. Par contre, en période de cohabitation, la possibilité offerte à chacun des pouvoirs de mettre fin à l'existence de l'autre est plus importante que jamais, car la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement et, en

---

1 B. CHENOT *L'institution présidentielle séance publique annuelle de l'académie des sciences morales et politiques*, le 1er déc. 1980.

pratique, devant le chef de l'Etat ( 1 ) et le droit de dissolution ( 2 ) sont des armes dissuasives, qui peuvent permettre de demander l'arbitrage du peuple en cas de crise.

### **1) Evolution de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement et le Président de la République.**

#### **a ) Le Gouvernement n'est plus responsable devant le Président de la République.**

42 Bien que l'article huit de la Constitution de 1958 dispose que le Président de la République met fin aux fonctions du Premier ministre " sur la présentation par celui-ci de la démission de son Gouvernement ", nous verrons que le système politique de la Ve République jusqu'en 1986 était caractérisée par la responsabilité de fait du Premier ministre devant le chef de l'Etat, établie par une pratique généralisée, selon laquelle le Premier ministre, ne tenant sa légitimité que du Président de la République, était tenu de lui donner sa démission lorsqu'il la lui demandait. Dès lors que M. F. Mitterrand a accepté de choisir M. J. Chirac comme Premier ministre, la lettre de la Constitution retrouvant, en période de cohabitation, sa prééminence sur la pratique, il lui est impossible de le révoquer, sinon indirectement, en dissolvant l'Assemblée nationale. Mais, réciproquement, certains membres de la nouvelle majorité n'ont pas exclu l'idée de révoquer indirectement le Président de la République en renversant systématiquement tous les Gouvernements qu'il proposerait.

#### **b) Evolution de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement.**

43 La responsabilité du Gouvernement devant le Parlement, élément caractéristique du régime parlementaire, est plus importante que jamais en période de cohabitation. C'est en effet essentiellement grâce à cette responsabilité que l'on va assister pour la première fois sous la Ve République, au développement d'un véritable Gouvernement de majorité. Jusqu'alors, le Gouvernement dépendait avant tout du chef de l'Etat, qui s'assurait seulement - et de façon plus ou moins nette selon le soutien que lui apportait la majorité - que l'Assemblée ne renverserait pas le Gouvernement. La situation est fondamentalement différente en 1986, puisque le Gouvernement ne tient plus sa légitimité que du seul

Parlement. Mais, alors que la responsabilité du Gouvernement est essentiellement *une arme aux mains du Parlement* (ou du moins de la chambre basse en France, malgré les termes non ambigus de la loi du 3 juin 1958), qui doit lui permettre de contrôler que le Gouvernement exécute correctement les lois qu'il a votées, elle peut devenir, dans un régime parlementaire où il existe une majorité stable, une arme aux mains du Gouvernement et du Parlement contre le Président de la République et/ou une arme aux mains du Gouvernement contre sa propre majorité. La responsabilité gouvernementale était déjà *une arme contre le Président de la République* bien avant la cohabitation. C'était même le seul moyen de défense des parlementaires contre l'autoritarisme présidentiel. En 1986, cette arme devient en ce sens à la fois plus puissante et moins redoutable. Plus puissante, car pour la première fois elle joue son rôle fondamental en contraignant le chef de l'Etat à choisir le Premier ministre prédésigné en fait par la majorité parlementaire (2). Moins redoutable en fait, car selon la logique classique du régime parlementaire, la majorité risque de se perdre en renversant le Gouvernement, mais elle risque aussi de perdre le Premier Ministre qui est son chef et de le voir remplacé par un autre qu'elle approuverait moins encore. Moins redoutable encore, car, dès lors que le Président de la République a admis de nommer un Gouvernement dont il n'approuve pas la politique, la mise en jeu de la responsabilité gouvernementale ne peut plus guère être analysée comme une mise en jeu indirecte de la responsabilité du chef de l'Etat, contre lequel les parlementaires sont dès lors totalement démunis. Ceci est logique dans un système parlementaire moniste, c'est à dire dans lequel le chef de l'Etat n'intervient pas du tout dans la politique, mais ce ne sera pas vraiment le cas durant la cohabitation. Le contrôle des actes du Président de la République par les parlementaires disparaît ainsi, (après la nomination du Gouvernement) sauf en cas de crise très grave. Cette responsabilité est également *une arme aux mains du Gouvernement* (et pas seulement du Parlement) contre le Président dans la mesure où elle lui permet d'affirmer sa légitimité contre celle du chef de l'Etat. Chaque fois que le Gouvernement Chirac a engagé sa responsabilité devant l'Assemblée nationale, ou demandé l'approbation du Sénat sur une déclaration de politique générale, il renforçait ou pour le moins affirmait sa légitimité face au Président de la République. Le Général de Gaulle avait très bien compris que l'engagement de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement serait un moyen pour lui d'affirmer sa légitimité, et que cela risquait de porter ombrage à la légitimité présidentielle, puisqu'il refusa, très probablement pour ce motif, la proposition de Michel DEBRE de permettre au Gouvernement de demander un vote de confiance annuel au Parlement : " ma proposition gêne le général qui n'apprécie guère la perspective de ce rendez-vous annuel extérieur au Président de la République ", confie-t-il (3). Cependant, l'article 49, dans ses alinéas 1 et 3, *permettra surtout au Premier ministre de forcer la main de sa majorité*, comme cela se

2 Cf. infra, n° 52.

3 Cf. M. DEBRE : "Trois républiques pour une France", A. Michel, T. II 1988, p.380, cité par O. RUDELLE "Les écrivains" de la Constitution, préc., p. 25.

faisait depuis le début de la Ve République. Mais il y a une différence importante, c'est que, désormais, ce sera la seule arme dissuasive qui permettra au Gouvernement de faire marcher le Parlement " à la baguette " puisqu'il ne dispose plus du droit de dissolution, qui appartient désormais exclusivement au Président de la République.

## 2) L'évolution du droit de dissolution.

En période de cohabitation, le Premier ministre ne peut plus demander au Président de la République de faire usage de son droit de dissolution ( a ), qui reste, de surcroît, la seule arme importante du Président de la République ( b ).

### a) Le chef du Gouvernement ne dispose pas du droit de dissolution.

44 A l'exception de la Norvège et d'Israël, tous les régimes parlementaires contemporains permettent à l'exécutif de dissoudre la chambre basse, en contre partie de la responsabilité du Gouvernement. Ce droit appartient, en toute logique, au Gouvernement dans la plupart de ces régimes, à l'exception de l'Italie, où le droit de dissolution est confié au Président de la République, mais exercé en fait sur l'avis du Gouvernement ou des principaux partis de la majorité; de la Finlande, où ce droit appartient en fait au Président de la République; et de la France surtout, la Constitution de 1958 étant la seule parmi ces régimes à dispenser cette prérogative présidentielle du contreseing du Premier ministre (4). La quasi- désuétude dans laquelle était tombé ce droit à la suite de la crise du 16 mai 1877, (car elle était regardée comme une atteinte à la souveraineté parlementaire), a été considérée comme une des causes principales de l'anarchie des IIIe et IV Républiques. Aussi, le mouvement de réforme de l'Etat, Tardieu en tête, fit-il, dans les années trente, de la restauration du droit de dissolution un des éléments clef de l'équilibre des pouvoirs en régime parlementaire. Michel Debré avait lui-même insisté, dès 1943, sur la nécessité de rendre au Président de la République un droit de dissolution qui, combiné avec le scrutin majoritaire, permettrait de mettre fin à l'instabilité ministérielle (5). Mais il ne prévoyait pas pour autant que cette prérogative serait totalement discrétionnaire, puisque dans le deuxième avant-projet de constitution qu'il avait rédigé, il proposait dans la première

4 Cf. J.C. COLLIARD "Les régimes parlementaires contemporains", presses de la FNSP, 1978, p. 59; et P. LAUVAUX : "La dissolution des assemblées parlementaires", Economica, Paris, 1980.

5 Cf. O. RUDELLE : "Les écrivains" de la Constitution, préc., p. 21.



version que le Président de la République puisse dissoudre l'Assemblée " sur proposition du Premier ministre " , alors que dans la seconde version c'était seulement " après avis " (6), et dans le texte définitif de l'article 12 " après consultation du premier ministre et des présidents des assemblées ". Lors des travaux du comité interministériel, lorsque Guy Mollet suggéra que la dissolution ne soit possible que sur proposition du Gouvernement, le général lui répondit qu'il ne voyait pas d'inconvénient à la proposition, pourvu que le chef de l'Etat fût " seul maître de la décision " (7). Jusqu'à la cohabitation, le droit de dissolution appartenait, certes, au Président de la République, mais on pouvait considérer que, si le Premier ministre lui proposait une dissolution, le Président pourrait accéder à sa demande, bien que le général de Gaulle ait refusé, par deux fois au moins, la proposition de dissoudre l'Assemblée que lui avait faite Michel Debré, Premier ministre, à des moments que celui-ci estimait favorables (8). Par contre, la dissolution de 1968, souvent qualifiée de référendaire, fut en fait réalisée à l'initiative du Premier ministre, G. Pompidou, qui eut de grandes difficultés à convaincre le Président d'y recourir (9). Entre 1986 et 1988, le droit de dissolution appartient moins que jamais au chef du Gouvernement, et certains considéraient à la veille de la cohabitation qu'un Premier ministre dépourvu du droit de dissolution serait dans une situation très inconfortable face au Parlement. En pratique, cela n'a pas joué un grand rôle, en partie, sans doute, à cause de la brièveté de cette expérience, et parce que la majorité avait conscience de sa fragilité face au Président de la République, qui faisait planer cette menace sur la tête tant du Gouvernement - qu'il ne pouvait plus renverser que par ce biais - que de l'Assemblée nationale.

#### **b) Le droit de dissolution, seule arme importante du chef de l'Etat.**

**45** — Alors que dans l'esprit des rédacteurs de la Constitution, la dissolution devait être une des prérogatives du pouvoir neutre qu'était sensé être le chef de l'Etat, elle fut utilisée jusqu'en 1986, et son emploi fut envisagé pendant la cohabitation, dans une optique nettement partisane." Le droit de dissolution a donc été attribué au chef de l'Etat seul, et non pas au Premier ministre, afin de situer l'exercice de ce pouvoir sans la perspective d'un arbitrage dépassant les contingences politiques et non pas dans celle des conflits entre le gouvernement et l'Assemblée ", pour empêcher que la dissolution n'apparaisse comme une arme " de celui-là contre celle-ci. L'idée des rédacteurs de la Constitution est conforme à celle de la *dissolution royale* selon Prévost-Paradol, qui

6 Cf. P. LAUVAUX : "La dissolution des assemblées parlementaires", *Economica*, Paris, 1983, p. 165.

7 Cf. J.L. DEBRE : "La Constitution de la Ve République", Paris, PUF, 1975, p. 47.

8 Cf. P. LAUVAUX, "La dissolution des assemblées parlementaires", *préc.*, p. 172.

9 Cf. P. LAUVAUX : "La dissolution des assemblées parlementaires", *préc.*, p. 175.

procède d'un arbitrage neutre, et non pas de la doctrine constitutionnelle britannique, pour laquelle il s'agit d'une dissolution " forcée ", à caractère antimajoritaire et qui implique le chef de l'Etat dans un conflit politique " (10). Dans l'esprit du général de Gaulle, c'est plutôt cette dernière conception de la dissolution royale de l'Angleterre pré-victorienne qui l'emporte, puisqu'elle doit permettre au chef de l'Etat d'en appeler à la nation contre la Chambre qui refuse son soutien aux ministres, c'est une dissolution présidentielle " de combat " très comparable à celle de l'Allemagne de Weimar (11). Dès 1962, après avoir remplacé Michel Debré (pour qui le droit de dissolution devait être utilisé comme dans l'Angleterre contemporaine pour permettre au Gouvernement de choisir le moment le plus propice pour les élections législatives) par G. Pompidou, le général de Gaulle prononce une dissolution-sanction contre l'Assemblée qui, par la censure votée contre son gouvernement, fait éclater le conflit qui l'oppose au chef de l'Etat. La dissolution, loin d'être " l'acte neutre " envisagé par le constituant, devient un moyen pour le Président de la République de renforcer sa légitimité - contre celle du Parlement -, " un succédané de référendum de nature plébiscitaire " (12). Ce trait sera également très marqué dans la dissolution de 1968, mais la victoire électorale qui suivra sera autant celle du Premier ministre que celle du Président de la République, ce qui provoquera leur divorce, le général ne prisant guère la légitimité de son premier adjoint, susceptible de porter ombrage à la sienne. Enfin, la dissolution qui suivit la victoire de M. F. Mitterrand aux élections présidentielles en 1981, permit également d'assurer la pérennité de la suprématie présidentielle, en même temps que l'identité de vues entre Chef de l'Etat et majorité parlementaire.

C'est seulement en période de cohabitation que l'originalité du droit de dissolution organisé par la Constitution de 1958, à savoir son caractère discrétionnaire, apparaît comme essentiel. Jusqu'alors, quelle importance cela avait-il que le droit de dissolution soit dispensé du contreseing ministériel, puisque ce contreseing était toujours accordé ? (étant entendu que c'était notamment parce que le Président disposait du droit de dissolution qu'il pouvait s'assurer la soumission du Premier ministre). La seule limite à l'usage de la dissolution présidentielle est l'interdiction d'une seconde dissolution dans l'année suivante. Cette limite devient ici très importante, puisqu'elle contraint le chef de l'Etat à une grande prudence dans l'usage de cette faculté d'en appeler au peuple pour sanctionner le Gouvernement. Si M. Mitterrand a pu faire planer cette menace sur la majorité gouvernementale, les sondages ne lui ont jamais laissé l'espoir d'une nette victoire de son parti à l'issue d'une dissolution, c'est pourquoi il préféra ne pas y recourir. C'est en effet une arme à double tranchant, puisque la doctrine était unanime pour considérer que si le Président dissolvait l'Assemblée et se voyait renvoyer par le peuple

10 P. LAUVAUX : "La dissolution des assemblées parlementaires", préc., p. 167.

11 Cf. P. LAUVAUX : "La dissolution des assemblées parlementaires", préc. p. 169.

12 P. LAUVAUX : "La dissolution des assemblées parlementaires", préc., p. 174.

une chambre hostile, il devrait se soumettre totalement à la majorité, à l'instar de Mac Mahon. En effet, " en prononçant la dissolution, le Président lie, délibérément ou non, sa situation au résultat politique des élections " (13). Si le Président s'obstinait à résister, l'Assemblée " aurait, en effet, la possibilité de mettre en cause - directement ou indirectement - son existence " (14). Bien que le droit de dissolution n'ait pas été utilisé en période de cohabitation, la façon dont le Président de la République a menacé de l'employer montre qu'elle était, une fois encore sous la Ve République, conçue avant tout comme une arme de combat partisan entre les mains du chef de l'Etat contre le Gouvernement, et non pas comme un pouvoir neutre accordé à un arbitre impartial pour donner la parole au peuple (15).

## B UNE REPARTITION ORIGINALE DES FONCTIONS

Pour Kelsen, " La théorie des trois pouvoirs ou fonctions de l'Etat traite des différentes étapes dans le processus de création des normes juridiques. Les organes de l'Etat n'ont pas d'autres fonctions que de créer et d'appliquer des normes juridiques et la forme de l'Etat indique seulement comment ces normes se forment ou, pour employer une expression imagée, comment se crée la " volonté de l'Etat "(16). Alors que dans le texte de la Constitution de 1958 le Président de la République est un arbitre qui ne doit pas, en temps normal, intervenir dans l'exercice des fonctions législative, exécutive, ou judiciaire, et alors que la pratique antérieure à 1986 en fait un directeur suprême de tous les pouvoirs, en période de cohabitation il réussira à se placer dans une situation intermédiaire, en s'arrogeant, ou en négociant - implicitement ou explicitement - avec le Premier Ministre, une certaine participation à la fonction exécutive ( 1 ) et à la fonction législative ( 2 ). Par ailleurs, l'indépendance du chef de l'Etat par rapport à la fonction juridictionnelle posera quelques problèmes ( 3 ).

---

13 P. ALBERTINI : "Le droit de dissolution et les systèmes constitutionnels français", Paris, 1977, p. 132.

14 P. ALBERTINI : "Le droit de dissolution et les systèmes constitutionnels français", préc., p. 131.

15 Cf. infra, n° 70 et s.

16 H. KELSEN : "Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit". Ed. de la Baconnière, Neuchâtel, 1953, p. 160.

### 1) Un partage original de la fonction " exécutive " .

" J'appelle *faculté de statuer*, le droit d'ordonner par soi-même, ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre. J'appelle *faculté d'empêcher*, le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre " . La célèbre distinction opérée par Montesquieu (17) a un intérêt nouveau en période de cohabitation, puisqu'elle peut permettre d'expliquer la nouvelle pratique de la répartition des pouvoirs qui en résulte (18). Si, lorsque la majorité lui est soumise, le Chef de l'Etat a, en pratique, une faculté de statuer presque souverainement dans tous les domaines, durant la cohabitation, il ne semble avoir conservé cette faculté que dans les domaines de la politique extérieure et de la défense ( a ), alors qu'il ne dispose plus que de la faculté d'empêcher dans les autres domaines de l'action gouvernementale ( b ).

#### a) Le partage du pouvoir fédératif.

46 En 1690, dans son " Essai sur le gouvernement civil ", John Locke distingue entre trois pouvoirs : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, et le pouvoir fédératif. Le pouvoir législatif doit être distingué du pouvoir exécutif, car " la tentation de porter la main sur le pouvoir serait trop grande, si les mêmes personnes qui ont le pouvoir de faire les lois avaient aussi entre leurs mains le pouvoir de les exécuter car elles pourraient alors se dispenser d'obéir aux lois qu'elles font et accommoder la loi à leur avantage privé, à la fois en la faisant et en l'exécutant, et, par conséquent, arriver à avoir un intérêt distinct du reste de la communauté, contraire à la fin de la société et du gouvernement (...) Et ainsi le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif arrivent souvent à être séparés " (19). Au contraire le pouvoir fédératif, qui est " le droit de faire la guerre ou la paix, et les traités " est habituellement joint au pouvoir exécutif et les deux pouvoirs se séparent malaisément " (20). Car " tous deux requérant pour leur exercice la force de la société, il est tout à fait impraticable de remettre la force de la république aux mains de personnes distinctes et non subordonnées, ou que le pouvoir exécutif et le pouvoir fédératif soient placés en des

17 MONTESQUIEU, "De l'Esprit des Lois", Livre XI, chap. VI.

18 Cf. P. AUVRET : "La faculté d'empêcher du Président de la République", RDP 1.1986, p. 141-168.

19 J. Locke, "Essay on the civil government", cité par C. DEBBASCH et alii, " Droit constitutionnel et institutions politiques ", préc., p. 145.

20 J. Locke " Du gouvernement civil", chap XI, cité par DUGUIT : "Traité de droit constitutionnel", préc.. T. II, p. 663.

personnes qui puissent agir séparément, car alors la force publique serait sous différents commandements, ce qui pourrait entraîner le désordre ou la ruine " (21). Locke qui, comme Montesquieu, prétend seulement décrire la Constitution anglaise, établit en réalité une distinction des fonctions (22), dont l'une est supérieure aux autres, la fonction législative. Quand " le pouvoir exécutif est remis à une seule personne qui a sa part aussi du pouvoir législatif (il) est visiblement subordonné et doit *rendre compte à ce pouvoir législatif* " (23).

Contrairement aux apparences, la division du pouvoir exécutif qui a été réalisée pendant la période de cohabitation ne correspond donc pas au schéma dressé par Locke, puisque le chef de l'Etat a prétendu s'arroger un pouvoir de direction de la politique étrangère et de la défense. Néanmoins, le pouvoir de décision dans ces domaines a largement été partagé entre chef du Gouvernement et chef de l'Etat, l'accord du Parlement étant en outre requis pour le vote des lois (24). Locke avait dès le XVII<sup>e</sup> siècle souligné la difficulté, les risques qu'il y avait à séparer le pouvoir exécutif du pouvoir fédératif. La répartition des compétences entre le Président de la République et le Premier ministre en matière de politique extérieure et de défense sera en effet le point crucial de la cohabitation, le domaine le plus explosif (25). Durant la cohabitation, Président de la République et Premier ministre se sont livrés à une véritable guérilla dans laquelle chacun prétendait avoir la suprématie dans ce domaine. Le spectacle de ces dyarches se disputant la direction de la politique étrangère et de la défense nationale peut paraître tragique, ou franchement comique, selon que l'observateur est - ou non - doté d'un solide sens de l'humour, et aussi longtemps que la situation n'est elle-même pas trop inquiétante (ce qui ne fut pas toujours le cas, en particulier dans l'affaire des otages au Liban). Que l'on estime que la direction effective de la politique dans ces domaines a appartenu au chef de l'Etat ou au Premier ministre, le Président de la République a pour le moins partagé la direction de ces domaines avec le chef du Gouvernement, et l'on peut estimer que chacun avait une faculté de statuer, de sorte qu'il y avait une dyarchie relativement égalitaire de la fonction fédérative.

---

21 J. Locke : "Essay on the civil government", 1690, cité par C. DEBBASCH, op. préc., p. 146.

22 Cf. M. TROPER, thèse préc., p. 110, note 2.

23 Idem, chap. XII, cité par DUGUIT, op. préc., p. 664. (souligné par DUGUIT).

24 Cf. infra, n° 100 et s.

25 Cf. infra, n° 100 à 107.

## b) Un partage original de la fonction gouvernementale.

47 Les dispositions de la Constitution sont claires et sans équivoque : " Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation " (art. 20), " le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement " (art. 21). Ces articles étaient presque restés lettre morte jusqu'en 1986 puisque la politique gouvernementale était en réalité dirigée par le chef de l'Etat. La cohabitation opère un bouleversement dans la répartition des compétences dans ce domaine, puisque la politique de la Nation sera désormais définie par le Gouvernement, qui a ainsi la faculté de statuer. Mais le Président de la République refuse d'être réduit à son rôle constitutionnel d'arbitre, et estime qu'il a un certain droit de veto sur l'action gouvernementale. Le Gouvernement et la majorité parlementaire contestent l'existence de ce droit de veto mais, pour des raisons que nous examinerons ultérieurement, ne vont pas jusqu'à provoquer une crise politique pour cela. Sans qu'il soit nécessaire de s'interroger dès à présent sur le caractère constitutionnel ou non du recours à ce droit de veto, observons seulement dans quels domaines il a été utilisé pour démontrer que la cohabitation s'est traduite par une nouvelle répartition de la fonction gouvernementale (26). Le Président de la République peut intervenir dans la politique gouvernementale en choisissant le Premier ministre. Il peut, par la suite, contrôler que son action n'est pas manifestement contraire à la Constitution - pour pouvoir, le cas échéant, en appeler au Parlement (par le droit de message), au Peuple (par le référendum ou la dissolution), ou au Conseil Constitutionnel (qu'il pourra saisir lorsqu'une loi qui lui paraît inconstitutionnelle aura été votée) - en nommant les ministres, présidant le Conseil des ministres, en nommant certains hauts fonctionnaires, et en signant les décrets délibérés en Conseil des ministres.

La seule *faculté de statuer* que conserve, conformément à la Constitution, le Président de la République en matière de détermination de la politique gouvernementale, est la faculté de choisir, en toute liberté, le Premier ministre. Cette compétence, très logiquement dispensée de contreseing, n'est enfermée dans aucune restriction juridique par l'article 8 alinéa 2 de la Constitution. Néanmoins, elle est en réalité très restreinte du seul fait de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement. Par contre, dans tous les autres domaines de l'activité gouvernementale, le Président de la République n'a pu s'octroyer qu'une *faculté d'empêcher*. Il n' a effectivement utilisé cette possibilité que dans un nombre de cas relativement restreint.

Dès la *désignation des membres du Gouvernement*, il a mis son veto au choix de M. Lecanuet et de Léotard. Le second domaine de prédilection de ce droit de veto a été

---

26 Cf. R. PELLOUX "Remarques sur le mot et la notion d'exécutif", Mém. ROUBIER, Dalloz, 1961, p. 24.

l'article 13, qui dispose que " le Président de la République signe les décrets et les ordonnances délibérés en Conseil des ministres. Il nomme aux emplois civils et militaires de l'Etat..." A plusieurs reprises, M. F. Mitterrand a en effet refusé de signer les *ordonnances* que le Parlement avait habilité le Gouvernement à prendre dans des matières qui relèvent normalement du domaine de la loi, en application de l'article 38 de la Constitution (27). Enfin, le Président de la République a estimé qu'il avait le pouvoir de refuser d'insérer à l'*ordre du jour du Conseil des ministres* le remplacement ou la mutation de certains agents de l'Etat (28), ou de signer le décret portant leur mutation. Cette prérogative pourrait aboutir à paralyser totalement le Gouvernement, puisque " s'il décidait de ne pas signer les décrets de *nomination* qui lui sont soumis, c'est l'ensemble des responsables des plus hautes fonctions à l'intérieur de l'administration d'Etat ou dans les entreprises publiques qui ne pourraient plus faire l'objet de désignations de la part du Gouvernement " (29). Il a ainsi pu freiner le renouvellement de ce personnel, en allant jusqu'à différer parfois de plusieurs semaines certaines nominations, et veiller au bon reclassement de ses anciens collaborateurs (30). Cette attitude suscite parfois de vives réactions du Gouvernement qui lui reproche de miner son autorité (31). Par contre, il ne s'est pas arrogé de droit de veto pour la signature d'autres décrets, ou pour l'inscription d'autres actes à l'ordre du jour du Conseil des ministres. Néanmoins, il est très possible que des négociations entre les services de l'Elysée et ceux de Matignon aient eu lieu, qui auront permis d'éviter que des divergences sur certains points ne soient portées à la connaissance du public.

Certains auteurs avaient en effet estimé que le Président de la République dispose d'un large droit de veto. Ainsi, Maurice Duverger considère-t-il que le Président de la République dispose d'un droit de veto à l'égard des nominations et révocations de fonctionnaires (32), mais aussi à l'endroit non seulement des décrets pris en Conseil des ministres, mais encore, ce qui est particulièrement original, des décrets réglementaires qui relèvent de la seule compétence du Premier ministre, mais que le Président de la République a pris l'habitude de signer avant la cohabitation, lorsqu'ils interviennent dans

---

27 Cf. *infra*, n° 83-84.

28 Par exemple, il refuse d'inscrire à l'ordre du jour du CDM le remplacement d'Eric Rouleau, ambassadeur à Tunis (le 19 mai 1986, il sera nommé ambassadeur itinérant par le décret du 5 juil. 1986), de même pour le remplacement de M. J. P. Huchon à la tête du Crédit agricole, sans un remplacement convenable (le 26 mai, il sera remplacé le 4 juin 1986), et il refusera de signer le décret de mutation du procureur de Valence G. Apap (qui avait contesté publiquement la politique répressive contre la drogue engagée par M. Chalandon) (une procédure disciplinaire sera engagée).

29 J. Fournier : "Politique gouvernementale : les trois leviers du Président" *Pouvoirs* n° 41, 1987, p. 68.

30 Cf. J. Fournier : "Politique gouvernementale : les trois leviers du Président", *Pouvoirs* n° 41, 1987, p. 69.

31 Ainsi M. Baudouin, porte-parole du Gouvernement, déclare-t-il que le refus par M. Mitterrand du décret de mutation de M. Apap est une décision " minant l'autorité du Gouvernement " Cf. *Pouvoirs* n° , 1987, CCF, p. 188.

32 M. DUVERGER : "Bréviaire de la cohabitation", PUF, Paris 1986, p. 96.

le domaine de la justice (dont le chef de l'Etat est le garant), de la diplomatie, ou de la défense. En effet, l'arrêt Sicard, par lequel le Conseil d'Etat s'est élevé contre cette pratique le 27 avril 1962, en déclarant que " la circonstance que le décret attaqué ait été signé par le chef de l'Etat n'est pas de nature à l'entacher d'illégalité dès lors que le Premier ministre, investi du pouvoir réglementaire par l'article 21 de la Constitution, y a lui-même apposé sa signature " est jugé " impertinent " par l'auteur (33). Enfin, il estime que le Président de la République a un droit de veto sur les révisions constitutionnelles, mais qui n'a pas eu l'occasion d'être utilisé en période de cohabitation. D'après J. Fournier, " l'ordre du jour (du Conseil des ministres) est proposé par le Gouvernement mais il est arrêté par le Président et il est hors de doute que celui-ci pourrait s'il le voulait refuser d'inscrire un point à l'ordre du jour ", mais constate qu'il n'a pas utilisé ce pouvoir " sauf parfois à reporter de quelque temps la communication de tel ou tel ministre ou le choix à faire pour telle ou telle nomination " (34). Basant son analyse sur l'examen de la pratique antérieure qu'il semble assimiler au Droit, P. Auvret reconnaît une très large " faculté d'empêcher " au Président de la République. Il la définit, plus largement que Montesquieu, comme " la possibilité de rejeter une proposition, de refuser d'avaliser une décision, de ne pas consentir à signer un acte. Davantage, le droit de renvoyer à un autre organe ou d'en paralyser le fonctionnement doit être regardé comme un aspect de la faculté d'empêcher envisagée dans son expression la plus absolue " (35), et il distingue entre la faculté d'empêcher implicitement et explicitement prévue par la Constitution, cette dernière, justifiée par la mission d'arbitrage et par la présidence du Conseil des ministres étant très étendue. La faculté d'empêcher par inaction permettrait en effet au chef de l'Etat non seulement de refuser de signer les décrets ou les ordonnances, de s'opposer à des nominations, de bloquer une révision de la Constitution (par l'article 89 de la Constitution), de refuser de convoquer le Parlement en sessions extraordinaires, mais aussi de refuser la démission du Premier ministre, voire de le révoquer, et de refuser au Gouvernement l'utilisation de l'article 49.3. L'auteur va jusqu'à affirmer qu'il " faut classer parmi les pouvoirs propres du Président de la République toutes les décisions qui se manifestent par son inaction " (36). Cette conception ne semble pas très conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat qui ne manque pas de condamner l'administration dans le contentieux de la responsabilité en cas d'inaction fautive, ce qui montre bien que l'administration ne se voit pas arroger une compétence discrétionnaire chaque fois qu'elle peut bloquer l'action des administrés (ou d'un autre service administratif) par son inaction (37). Durant la cohabitation le chef de l'Etat a renoncé à utiliser de tels pouvoirs et, lorsque, par exemple, il regrettait l'emploi de l'article 49.3, il le clamait haut et fort en

---

33 "Bréviaire de la cohabitation", préc., p. 94.

34 J. Fournier : "Politique gouvernementale : les trois leviers du Président", *Pouvoirs* n° 41, mai 1987, p. 65-66

35 P. AUVRET : " La faculté d'empêcher du Président de la République ", *RDP* 1986, p. 143.

36 P. AUVRET, art. préc., p. 160.

37 Sur le contrôle juridictionnel des actes négatifs, cf. *infra*, n° 267 et 280



Conseil des ministres, mais n'en interdisait pas l'usage (on peut d'ailleurs se demander si le Gouvernement l'aurait accepté). Par exemple, après qu'il eût refusé de signer l'ordonnance sur le découpage électoral, M. F. Mitterrand mit en garde le Premier ministre, qui l'a transformé en projet de loi, sur l'utilisation de l'article 49.3. Mais le Gouvernement y recourra tout de même (38).

Il résulte de cette expérience de cohabitation que si, dans le texte de la Constitution de 1958, aucune disposition ne semble attribuer expressément au Président de la République un pouvoir de co-décision (à part la nomination du Gouvernement) dans la fonction exécutive mais seulement une fonction de contrôle qui lui permet d'en appeler à un arbitre, deux pratiques se sont développées jusqu'à présent : lorsque la majorité est soumise au chef de l'Etat il dirige en réalité toute l'activité gouvernementale (à l'intérieur comme à l'extérieur, et avec des nuances qui tiennent à la personnalité des Présidents), et en période de cohabitation, le Président s'est attribué la co-direction de la fonction fédérative, et la faculté non seulement de freiner, mais aussi d'empêcher en matière de détermination de la politique intérieure (puisqu'il s'est reconnu le pouvoir de rendre nulles les ordonnances gouvernementales qu'il jugeait inopportunes). Les vetos présidentiels étaient cependant difficilement contestables politiquement, dès lors que M. Mitterrand laissait au Gouvernement la possibilité de recourir à la voie législative, même s'il se reconnaissait, là encore, un pouvoir de " freinage ".

## **2) Un partage inédit de la fonction législative.**

Le renversement de la situation est ici très comparable à celui que l'on vient d'observer à propos du pouvoir exécutif, puisque la fonction législative n'est plus, en réalité dirigée par le chef de l'Etat, mais par le Gouvernement ( a ). Or, ici aussi, le chef de l'Etat parvient à s'arroger des prérogatives qui ne sont pas toujours prévues par la Constitution ( b ).

### **a ) Gouvernement et Parlement ont la faculté de statuer.**

**48** La Constitution de 1958 partage la fonction législative (telle qu'elle a été définie par Rousseau, c'est à dire la faculté d'édicter des mesures générales et impersonnelles qui sont l'expression de la volonté générale) entre le Gouvernement et le Parlement, puisque,

---

38 Cf. R. CHIROUX : "La cohabitation : le rythme de croisière enfin atteint ?" R.A. 1986, n° 233, p. 512.

d'une part elle redéfinit en le restreignant le domaine de la loi (mais les décrets pris au titre de l'article 37 sont en réalité des " lois " adoptées par le Gouvernement), en donnant la possibilité au Parlement de déléguer sa compétence législative au Gouvernement pour un objet et un temps déterminés (par la procédure des ordonnances prévues à l'article 38), et parce que la rationalisation de la procédure législative permet au Gouvernement de diriger très énergiquement tous les travaux des assemblées (par l'inscription à l'ordre du jour, le vote bloqué, l'article 49. 3 etc..). Puisqu'en période de cohabitation le Gouvernement tient uniquement sa légitimité du Parlement (et non plus du Président de la République) et puisqu'il n'a pas la faculté de dissoudre l'Assemblée nationale, alors qu'elle peut renverser le Gouvernement, beaucoup craignaient que la coexistence ne se traduise par l'omnipotence du Parlement, et l'impuissance du Gouvernement. Mais nous pourrions constater que le pouvoir législatif a été partagé entre l'Assemblée nationale, le Sénat et le Gouvernement. Pourtant, le Président de la République n'est pas dépourvu de tout pouvoir en matière législative, même en période de cohabitation.

**b) Le Président de la République s'arroge un pouvoir de proposer et un pouvoir de freiner l'action du Parlement.**

49 Le seul cas dans lequel la Constitution prévoit la participation directe du Président de la République à l'élaboration de la loi est celui de la *révision constitutionnelle* (39). La prérogative la plus importante dont dispose le chef de l'Etat pour agir sur le pouvoir législatif est évidemment le *droit de dissolution*, qui lui permet de le supprimer. S'agissant d'une compétence discrétionnaire, son utilisation ne pose gère de problème juridique, à condition du moins qu'on n'assiste pas à plus d'une dissolution par an. Parmi ses autres pouvoirs dispensés de contreseing relevons que le recours au référendum de l'article 11 pourrait également lui permettre d'intervenir dans le domaine législatif, si l'exigence d'une proposition parlementaire ou gouvernementale n'en rendait pas l'usage improbable. Par ailleurs, on peut considérer que la Constitution reconnaît au Président de la République une possibilité d'intervenir dans l'activité du Parlement lorsqu'elle prévoit qu'il peut, *avant de promulguer la loi, demander une seconde lecture* au Parlement, qui ne peut être refusée<sup>40</sup>. D'après le Conseil d'Etat, la promulgation n'est que le moyen de rendre une loi exécutoire (41). Elle reste néanmoins d'une sorte de droit de veto suspensif

39 Cf. P. AVRIL et J. GICQUEL *Droit parlementaire*, 1988, p. 188 et 201.

40 Sur les pouvoirs présidentiels en ce domaine, et sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cf. infra, n° 90-91

41 C.E.Ass 8 fév. 1974, Commune de Montory et autres, Rec., p. 93; concl. ROUGEVIN-BAVILLE, RDP 1974, p. 1511; AJDA 1974, chron. Franc et BOYON, JCP 1974, II. 17703, note LIET-VAUX.

(42), qui peut être analysé comme une forme de participation à la fonction législative (43), (monobstant les affirmations contraires de Carré de Malberg (44)). Il s'agit, pour le moins, d'une faculté d'empêcher (45), même provisoirement, d'un pouvoir de contrôle de l'activité du Parlement (46). Cette prérogative aurait pu être un moyen efficace de retarder l'application de la loi, surtout si le Président se prononçait juste avant l'expiration du délai de 15 jours qui lui est imparti pour publier la loi, et si cela se produisait à la fin d'une session parlementaire, puisque le Parlement devrait attendre la session suivante pour se prononcer. Mais M. Mitterrand a préféré ne pas utiliser ce pouvoir, tout d'abord parce que cela aurait probablement été inutile (le Parlement aurait très probablement confirmé son vote), et ensuite parce que cet échec probable aurait souligné l'impuissance d'un Président qui tenait à montrer qu'il demeurait tout puissant (47). De même, la faculté qui lui est reconnue de *saisir le Conseil Constitutionnel* - et qui est dispensée de contreseing - lui permet-elle de contrôler l'exercice de la fonction législative (48). En combinant l'usage des ces deux armes, et en particulier en provoquant un embouteillage aux portes du Conseil Constitutionnel (puisque le Gouvernement peut faire accélérer la seconde lecture de la loi en demandant l'urgence et en engageant sa responsabilité sur la base de l'article 49.3), le Président de la République aurait pu freiner considérablement le travail législatif (49); mais, sans doute parce que cette attitude aurait été mal comprise des électeurs, il ne l'a pas fait. Tout cela est organisé par la Constitution, et la pratique de la cohabitation est sur ce point un peu étonnante : on aurait pu croire que le Président de la République utiliserait souvent ces prérogatives, mais il n'en fit rien. Sans doute préféra-t-il que le Conseil Constitutionnel soit saisi par soixante députés ou soixante sénateurs socialistes, pour éviter que le Conseil Constitutionnel ne puisse déclarer haut et fort que les doutes

---

42 M. R. SIMONNET : "la faculté offerte au Président de la République de demander une seconde lecture de la loi au Parlement est sorte de droit de veto comparable à celui qu'avait le Roi dans la Constitution de 1791" (Cours de DEA de droit constitutionnel, Lyon III, 1986). DUGUIT parle également de "veto suspensif des lois" ("Traité de droit constitutionnel", T.II, 1928, p. 828.(à propos de la Constitution de la IIIe République).

43 A propos de la Constitution de 1791, alors que Carré de MALBERG estime que le veto suspensif " n'implique pour le monarque aucune participation effective à la puissance législative ", M. TROPER estime qu'il résulte du droit de veto accordé au roi que " la fonction législative est partagée entre le corps législatif et le roi " (cf. "La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française", préc., p. 33 et 35).

44 CARRE de MALBERG considère que le droit de demander une deuxième délibération n'est pas un veto parce que le Président de la République ne participe pas à la fonction législative ("Contribution à la théorie générale de l'Etat", Sirey, Paris, 1920, réed CNRS, tome 1, p. 401). Contra : DUGUIT, qui emploie l'expression "droit de veto" ("Traité de droit constitutionnel", préc. T.II, p. 446 s.).

45 Cf. P. AUVRET, "La faculté d'empêcher du Président de la République", préc., p. 144-145.; cf. aussi J.Y. PLOUVIN " Le droit présidentiel de demander une nouvelle délibération de la loi ", RDP 1980, p. 1563 et s.

46 Cf. B. BAUFUME "Le droit présidentiel de demander une nouvelle délibération de la loi : le précédent du 13 juillet 1983 (loi sur l'exposition universelle de 1989)", RDP 1985, p. 1239 à 1262.

47 J.Y.PLOUVIN estime que c'est en période de cohabitation que cet article pourrait être utilisé : " Le droit présidentiel de demander une nouvelle délibération de la loi ", RDP 1980, p.1589.

48 P. AUVRET estime qu'il s'agit également d'une faculté d'empêcher du Président : cf. art. préc., p. 146.

49 Cf. J. ROBERT : "De la cohabitation", D. Chr. XXX, p. 181.

présidentiels sur la constitutionnalité des lois votées par la majorité n'étaient pas fondés. Pourtant, si l'on admet que le Président de la République est, sous la Ve République, un arbitre, un modérateur chargé de veiller au respect de la Constitution, une de ses missions essentielles est de saisir le Conseil Constitutionnel, juge du respect de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen. Mais, ici encore, il est possible que la seule menace d'une saisine du Conseil des neuf sages, parfois énergiquement formulée (50), ait suffi à rendre le Gouvernement plus prudent qu'il ne l'aurait été sans cela.

Par contre, il ne semble pas résulter de la Constitution que le Président de la République ait le droit de refuser de signer les *ordonnances*, exerçant par là un droit de veto non seulement sur le Gouvernement, mais également sur le Parlement, puisque la loi d'habilitation qu'il a adoptée se trouve privée d'effets. Il ne s'agit pas là d'un veto suspensif en droit, mais en fait, puisque le Parlement a pu adopter toutes les lois qu'il désirait en suivant la procédure législative<sup>(51)</sup>. Néanmoins le retard ainsi apporté à l'adoption de ces lois, cumulé à un risque de retard d'autant plus grand que le Président de la République s'est octroyé le droit de *refuser de convoquer le Parlement en session extraordinaire* (52), montre que le Président de la République s'est donné les moyens de freiner considérablement l'exercice de la fonction législative. De même, selon les termes de la Constitution, le Président de la République ne dispose pas de l'*initiative des lois*, puisque " l'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement. Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat et déposés sur le bureau de l'une des assemblées " ..(art. 34). Lorsque la majorité et, par voie de conséquence, le Gouvernement sont soumis au Président de la République, il peut, sans aucune difficulté, imposer les projets de loi qu'il souhaite. On aurait pu penser qu'en période de cohabitation, cette faculté lui serait refusée. Certes, il pouvait obtenir qu'un député ou un sénateur membre de son parti dépose une proposition de loi. Mais le Gouvernement dispose d'un pouvoir de direction sur le Parlement qui est tel que ce projet avait fort peu de chances d'aboutir car, même s'il avait été inscrit à l'ordre du jour d'une des chambres du Parlement, il y avait peu de chances pour que la majorité de droite, à l'Assemblée nationale comme au Sénat, adopte un texte proposé par un parlementaire socialiste (53). Mais le Président de la République saura très habilement contraindre - non pas juridiquement, mais politiquement - le Gouvernement à

---

50 Par exemple, de manière préventive, le Président de la République a affirmé qu'il pourrait saisir le Conseil Constitutionnel si, par la loi, la réglementation restreignait trop le droit de grève affirmé par la Constitution de 1946 (cf Le Monde 25 nove. 1987, et infra, 3)).

51 Cf. infra, n° 83-84

52 Cf. infra, n° 92-93.

53 Le Gouvernement peut proposer l'irrecevabilité au titre des articles 40 ou 41, le texte pouvait être profondément modifié en commission et par les amendements, l'ordre du jour des assemblées est fixé par le Gouvernement...

proposer l'adoption d'une loi sur le financement des partis. Le Président de la République parvient à s'attribuer un droit d'initiative législative (54).

Il est assez étonnant de pouvoir constater que M. F. Mitterrand n'a pas utilisé les prérogatives qui lui étaient accordées pour intervenir dans la fonction législative - si ce n'est par son droit de message, qui lui permet de faire connaître ses idées au Parlement -, mais qu'en obtenant un droit d'initiative des lois, en refusant de signer les ordonnances, et en refusant de convoquer le Parlement en session extraordinaire, il s'est attribué un " *pouvoir de freinage* " de l'activité législative nettement supérieur à celui qui lui était reconnu par la Constitution.

Néanmoins, il n'est pas allé jusqu'à exercer tous les *pouvoirs de blocage* que la doctrine avait envisagés. Jacques Robert estimait en effet que si le Président de la République ne pouvait refuser de promulguer une loi (et la doctrine est unanime sur ce point), sans commettre un véritable " coup d'Etat " , il lui serait possible de ralentir le processus législatif : " il pourrait (...) retarder la phase de conception de la loi en refusant de discuter le texte en *Conseil des ministres*. Maître de l'ordre du jour, le Président peut en effet ajourner sans délai toute loi à laquelle il est opposé. Le Gouvernement aurait - certes - toujours la possibilité de surmonter cette inertie en demandant aux députés de sa majorité de présenter le texte refusé, sous la forme d'une proposition de loi. Le Gouvernement étant, cette fois-ci, maître de l'ordre du jour de l'Assemblée nationale, le Président de la République ne pourrait plus s'opposer à l'examen par le Parlement de cette proposition de loi " (55). On peut considérer d'une part qu'une telle attitude aurait été non conforme à la Constitution puisqu'elle va directement à l'encontre de l'article 39 qui prévoit que le Gouvernement a l'initiative législative, et d'autre part, on ne voit pas très bien à quelle logique obéit ce raisonnement, puisque l'auteur ne semble pas étendre la faculté de blocage par le Président de l'ordre du jour aux décrets autres qu'individuels (56). Si le chef de l'Etat a le pouvoir d'empêcher l'inscription des décrets individuels et des projets de loi à l'ordre du jour du Conseil des ministres, pourquoi ne peut-il également l'exercer pour tous les décrets (en particulier réglementaires) ? Seuls des arguments stratégiques et non juridiques peuvent expliquer cette distinction. En effet on peut prévoir que si le Gouvernement dispose d'une voie détournée pour faire adopter les textes qu'il souhaite, il aura l'air d'un semeur de zizanie face à l'opinion s'il cherche à provoquer une crise, alors que son indignation paraîtrait légitime si son pouvoir réglementaire était totalement paralysé par le chef de l'Etat. Or à l'heure de la cohabitation il paraît plus indispensable que jamais de distinguer entre les règles juridiques et la pratique, qui est largement

54 Cf. *Le Monde*, nov. 1987.

55 J. ROBERT : "De la cohabitation", D. Chr. XXX, p. 181.

56 J. ROBERT : "De la cohabitation", préc., p. 182.

déterminée par la stratégie des acteurs. Il semble donc que Jacques Robert désignait plutôt ici une pratique possible qu'une règle juridique.

Le fondement de ce " droit de veto coutumier que s'est octroyé M. F. Mitterrand " (57) demeure incertain" Pour Jean-Louis Quermonne, il serait tentant de le fonder sur la notion de contre-pouvoir (58). Il est d'ailleurs assez amusant de constater que la question du droit de veto qui, à l'heure de la Révolution française, a permis d'établir la distinction entre la gauche et la droite au Parlement, est aujourd'hui envisagée en des termes inverses par les héritiers de ces illustres hommes politiques (59).

### **3) Le déséquilibre persistant des pouvoirs par rapport à la fonction juridictionnelle.**

Si nous employons l'expression de fonction juridictionnelle et non de fonction judiciaire, c'est que nous n'entendons pas limiter cette étude aux rapports des juridictions judiciaires avec les autres pouvoirs mais parce qu'il paraît intéressant d'étendre la notion de troisième pouvoir à l'activité de toutes les juridictions, qu'il s'agisse des juridictions administratives, ou du Conseil Constitutionnel. Durant la cohabitation, quelques polémiques se sont développées autour de la question de l'indépendance du pouvoir juridictionnel, qu'il convient d'évoquer ( a ) avant de voir comment les autres pouvoirs publics constitutionnels restent dans une situation très inégale par rapport au contrôle du Conseil constitutionnel ( b ).

#### **a) Controverses sur l'indépendance du pouvoir juridictionnel.**

**50** **Aucun des trois ordres de juridiction n'a été épargné par de vifs échanges au sommet sur la question de l'indépendance de la justice. Bien sûr ces controverses existent depuis toujours, mais elles prennent un aspect nouveau avec la cohabitation puisque les**

57 J.L.QUERMONNE : "La présidence de la République et le système des partis ", Pouvoirs n° 41, 1987, p. 110-111. La notion de droit " coutumier " ne nous paraît personnellement pas adéquate (cf. Livre II).

58 J.L.QUERMONNE : "La présidence de la République et le système des partis", Pouvoirs n° 41, 1987, p. 110-111. L'auteur propose que l'on en recherche le fondement dans la notion de " pouvoir d'Etat ".

59 Sur la discussion du droit de veto en août-septembre 1789, cf.M. WINOCK, *Le monde*, 18 août 1988. D'après Mme de STAEL "on parlait du veto dans les rues de Paris, comme d'une espèce de monstre qui devait dévorer les petits enfants".

échanges de critiques qui ont lieu entre la majorité et l'opposition retentissent parfois au sommet de l'Etat entre le Président de la République et le Gouvernement.

L'indépendance du Conseil d'Etat a été mise en cause par M. J. Toubon, président de la commission des lois à l'Assemblée nationale et secrétaire général du RPR, à l'occasion de l'examen du projet d'ordonnance en matière de délimitation des circonscriptions électorales (60). Mais cet incident a été clos assez rapidement puisque le garde des Sceaux a adressé une lettre au vice-président pour lui rappeler la confiance qu'il porte à la Haute Assemblée tant par la qualité de ses travaux que par l'impartialité de ses membres dans l'exercice de leurs fonctions (61). De même, il a vivement critiqué certaines décisions du Conseil Constitutionnel, comme la gauche l'avait fait lorsqu'il avait freiné le mouvement des nationalisations (62).

Plus vifs furent les conflits à propos de l'indépendance des juridictions judiciaires. Dans l'affaire Gordji, le Président de la République a rappelé son attachement à l'Etat de droit, : " Dans notre pays, nous appliquons les lois : il doit être entendu. Le juge d'instruction est pressé de l'entendre au palais de justice, sans que l'on soit en quoi que ce soit conduit à observer des règles particulières. C'est la loi, et un Iranien, comme un autre, doit s'y soumettre " (63). S'adressait-il au Premier ministre, pressé de trouver une solution pour faire libérer les otages au Liban ? L'échange de coups fut plus net encore à propos de l'inculpation, dans le cadre de l'affaire des irlandais de Vincennes, de l'un des collaborateurs du Président de la République, le préfet Prouteau, auquel il devait témoigner son estime. Le chef de l'Etat déclara à la télévision que lorsque le Ministre de la justice lui avait rendu visite à propos de cette affaire, il lui avait répondu " Je ne comprends absolument pas ce que vous dites là ! Votre devoir est de laisser le juge d'instruction faire ce qu'il a envie de faire...Il ne doit y avoir aucun frein de la part du pouvoir exécutif, ce n'est pas son rôle. S'il sortait de ce rôle-là, il commettrait une faute majeure " (64). Le lendemain, le Ministre de la justice répliquait par un communiqué disant qu'il " tient à rappeler la règle républicaine selon laquelle il convient, pour tout responsable politique, de s'exprimer avec la plus grande réserve sur une affaire soumise à la justice. Cette règle s'impose avec encore plus de force au président de la République, président du Conseil supérieur de la magistrature et garant, à ce titre, de l'indépendance des magistrats. Le garde des Sceaux souhaite que l'éloge appuyé de M. Prouteau, qui risque d'être prochainement inculpé (..) ainsi que la version suggérée des circonstances de

60 Le 3 sept. 1986 à Europe 1, cf. Le Monde du 5.9.1986.

61 Cf. Pouvoirs n° 40, 1987, CCF, p. 162.

62 Sur les critiques adressées contre le Conseil constitutionnel durant la cohabitation, cf. L. FAVOREU, La politique saisie par le Droit, Economica, 1988, et infra, n° 277

63 Cf. Le Monde 16 juillet 1987.

64 Sur TF1 le 17 sept. 1986, Le Monde 19.9.1986.

l'affaire n'apparaissent pas comme une pression de nature à influencer sur l'appréciation des magistrats qui auront à en connaître..." (65). Le Président de la République, dont l'article 64 de la Constitution fait le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire (et qui préside le Conseil de la magistrature (art. 65)), s'inquiète de l'indépendance des juges, à la suite de l'affaire Michel Droit (66). " Qu'on les laisse travailler... Quand les juges se rebellent contre des interventions politiques, ils ont raison, il faut qu'on les aide et moi je veux les aider...Je peux et je devrai, s'il le faut, consulter le Conseil supérieur de la Magistrature pour qu'il me donne son avis sur telle ou telle action qui viserait à enrayer la liberté, l'indépendance des juges d'instruction..." Ultérieurement, le syndicat de la magistrature demanda au Président de saisir le Conseil supérieur de la magistrature pour qu'il " vérifie les conditions de respect de l'indépendance des magistrats " (67). Si le chef de l'Etat veille à ce que le Gouvernement ne porte pas atteinte à l'indépendance de la justice, le Gouvernement surveille aussi très étroitement les actes et les déclarations du Président de la République. Le chef de l'Etat a réagi très vivement lorsque le tribunal de Bobigny a déclaré illicite le préavis de grève déposé par les pilotes de ligne d'Air Inter (68) : " Tout principe constitutionnel prévaut sur les autres expressions du droit ". La réglementation de ce droit, annoncée par le préambule de la Constitution de 1946 " a pour objet d'accompagner le principe et non de le contredire. (...) S'il devait arriver que, par la loi, la réglementation finisse par nier le principe dont elle serait censée s'inspirer, je pense que les pouvoirs désignés à cet effet, et en particulier le mien, ne manqueraient pas de demander raison au Conseil Constitutionnel " (69). Le Garde des Sceaux s'indigna de la pression ainsi exercée sur la justice (70). De même, lorsque M. Mitterrand s'exprima à propos de l'incarcération d'un dirigeant indépendantiste en Nouvelle-Calédonie, le Garde des Sceaux déclara que " Tout commentaire public de la part des autorités publiques ne peut être interprété par les juges de Nouméa que comme une pression sur le cours normal de la justice " (71). On aurait pu s'imaginer que la cohabitation multiplierait par deux la garantie de l'indépendance de la justice, mais comme elle contribue également à doubler les atteintes qui lui sont portées, le résultat est globalement le même. La situation des pouvoirs publics est, par contre, nettement moins égalitaire par rapport au contrôle de constitutionnalité.

---

65 Le Monde 20-21 sept. 1987, et Pouvoirs n°44, 1988, CCF, p. 192

66 Cf. Pouvoirs n° 45, 1988, CCF p. 170.

67 Cf. Le Monde 18 déc. 1987.

68 Cf. Le Monde 23 nov. 1987, et Pouvoirs n° 44, 1988, CCF p. 186.

69 Le Monde 25 nov. 1987.

70 Le Monde 25 nov. 1987.

71 Le 23 déc. 1987, Le Monde 25 déc.1987.



**b) L'inégalité persistante des pouvoirs par rapport au contrôle de la constitutionnalité de leurs actes.**

**51** Si l'indépendance des autorités juridictionnelles est ainsi théoriquement assurée et garantie par le chef de l'Etat à l'égard de tous les pouvoirs, par contre tous les pouvoirs ne sont pas également soumis au contrôle de la légalité ou de la constitutionnalité de leurs actes. Les Lois peuvent être soumises au contrôle de constitutionnalité du Conseil Constitutionnel. L'activité du législateur est ainsi soumise au juge (si l'on admet que le Conseil constitutionnel est une juridiction, étant entendu qu'il existait sur ce point une controverse dans laquelle nous n'entrerons pas ici (72)).

Les actes administratifs du Président de la République et des membres du Gouvernement sont en principe soumis au contrôle du Conseil d'Etat. Mais la théorie dite des " actes de Gouvernement " permet en réalité à la haute juridiction de ne pas se prononcer sur la Constitutionnalité des actes du chef de l'Etat ou du chef du Gouvernement, dès lors qu'ils concernent ses relations avec les autres pouvoirs ou les domaines de la défense et de la diplomatie(73). Le Conseil constitutionnel s'est également déclaré incompétent lorsqu'il lui fut demandé de fournir une interprétation de la Constitution en dehors des cas dans lesquels cette compétence lui est expressément attribuée par la Constitution. Certes, la quasi-totalité de la doctrine admet que la violation manifeste de la Constitution par le Président de la République pourrait autoriser les Parlementaires à le traduire devant la Haute cour de justice. Mais l'appréciation par la doctrine des violations de la constitution est dans certains cas tellement fluctuante, que l'on peut légitimement douter que les Parlementaires disposeraient d'une autorité morale suffisante pour recourir à une telle procédure, sauf en cas de violation manifestement monstrueuse de la Constitution (74). Il en résulte qu'aucune juridiction ne contrôle certains actes particulièrement importants du Président de la République, avant comme après 1986. Or nous verrons que la cohabitation souligne la gravité de cette carence, dont il résulte un important déséquilibre entre les pouvoirs publics. Car, même en période de cohabitation, la limitation des pouvoirs du Président de la République demeure largement une auto-limitation, ce qui paraît antinomique avec l'Etat de droit auquel M. F. Mitterrand a si souvent rappelé son attachement. Car, enfin, le véritable pouvoir modérateur, le pouvoir neutre auquel songeait Benjamin Constant n'est-il pas aujourd'hui le Conseil Constitutionnel, plutôt que le Président de la République ? Si l'on se place dans la logique rousseauiste, il ne doit point exister de limites à l'expression de la volonté générale, et l'on

72 Cf. F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ?* RDP 1979, p. 27-52.

73 Sur la nécessité et la possibilité d'un contrôle des actes de Gouvernement par le Conseil constitutionnel, cf. *infra*, n° 275 et 284 à 287.

74 Sur la responsabilité du Président de la République, cf *infra*, n° 118-119.

doit par conséquent refuser tout contrôle de constitutionnalité. Si, au contraire, comme on semble vouloir le faire en période de cohabitation, on admet avec Benjamin Constant et Tocqueville qu'il faut qu'un pouvoir soit en mesure de protéger la minorité contre la tyrannie de la majorité, alors il faut remettre également à tous les pouvoirs publics la possibilité de saisir la Cour constitutionnelle de tous les actes des autres pouvoirs publics. Dans le système admiré par Tocqueville, lorsque le juge Marshall démontra que la supériorité de la Constitution imposait un contrôle de constitutionnalité, il parvint à faire du pouvoir judiciaire l'égal du Congrès et de la Présidence. Mais la timide réception de ce système en France en fait un système boiteux, qui ne sera jamais équilibré, tant que le pouvoir législatif sera soumis au contrôle du Conseil constitutionnel, alors que les actes du chef de l'Etat, qui, surtout, se voit reconnaître en fait - et non en droit à notre point de vue - un pouvoir d'interprétation de la Constitution, seront affranchis de tout contrôle (75). En adoptant ce système, on pourrait, dans une vision mécaniste de l'ordre constitutionnel, considérer que deux principes peuvent se faire contrepoids, le processus démocratique, et le contrôle de constitutionnalité (76).

La cohabitation a provoqué une nouvelle répartition des pouvoirs entre les partis, et entre les organes de l'Etat, qui est profondément différente de celle qui existait (ou qui, justement, n'existait pas - selon la définition que l'on donne de la séparation des pouvoirs -) jusqu'en 1986, mais qui ne semble pas correspondre parfaitement à celle qui est prévue par le texte de la Constitution. Quel nouveau système politique en résultera ?

---

75 Sur l'extension des compétences du Conseil constitutionnel à ce niveau, cf. *infra*, n° 261 et s.

76 Cf. A.E. Dick HOWARD *La conception mécaniste de la Constitution* communication au colloque *1789 et l'invention de la Constitution*, AFSP, Paris, 2-4 mars 1989.

## Section II LA DECOUVERTE DU REGIME PARLEMENTAIRE

Jean-Claude Colliard rappelle qu' " il y a un mécanisme fondamental dans la Ve République qui fonde la spécificité du système, c'est le fait très simple que le parti majoritaire jusqu'à 1974 ou 1976, dise " mon chef, c'est le Président de la République et ce n'est pas le Premier ministre " - c'est cela qui fait l'originalité de la Ve République par rapport aux autres systèmes politiques, et cela existe depuis 1958. Je pense que le jour où le parti majoritaire, par hypothèse, dirait " mon chef, c'est le Premier ministre et si le Président de la République le renvoie, je voterai contre tous les autres " (...) et bien ce jour là cette originalité de la Ve République disparaîtrait et malgré l'élection au suffrage universel, on retournerait vers le type parlementaire..." (1). Le 16 mars 1986, l'élection d'une majorité parlementaire hostile au chef de l'Etat va permettre l'application du régime parlementaire prévu par la Constitution du 4 octobre 1958. Mais nombreux sont les cris d'alarme qui s'élèvent pour dénoncer le risque de retour à la IVe République, qui résulterait de la toute puissance du Parlement ( I ). En réalité, la coexistence se traduira par l'établissement d'un gouvernement de cabinet, tel qu'on peut en observer dans la plupart des régimes parlementaires à système majoritaire ( II ), même si celui-ci reste original en ce qu'il fonctionne sous la tutelle du Président de la République (2).

### I L'ILLUSION D'UN RETOUR A LA IVe REPUBLIQUE

" Dans la pratique parlementaire de la Ve République les députés sont essentiellement des agents recruteurs, des barnums électoraux, des médiateurs populaires, et, dans la meilleure hypothèse, des assistants socio-économiques de circonscription. On les réunit à Paris pour leur permettre d'écouter des déclarations d'investiture qu'on ne leur demande

---

1 J.C.COLLIARD, participation à la table ronde sur le bilan constitutionnel du septennat, RPP sept.oct. 1985, p.10.

2 Cf. infra, T. II.

plus d'approuver, de voter des budgets dont ils commentent à perte de temps les innombrables lignes sans en pouvoir modifier une seule; enfin de donner force légale aux projets déposés par le gouvernement, sauf à les modifier sur des points de détails dans la limite de ce que celui-ci veut bien tolérer (...). Sans doute, cette sujétion n'est pas seulement, ni directement, l'effet de la coutume constitutionnelle qui place le Gouvernement dans la dépendance absolue du Président. Elle tient à une situation de fait, qui fait dépendre les députés de la majorité de l'appui qu'ils reçoivent des Pouvoirs publics pour les affaires de leur circonscription (...). Mais, en réalité, ces différents aspects sont complémentaires. C'est parce que les députés sont les perpétuels obligés du gouvernement qu'ils ne peuvent pas s'opposer à l'exercice du droit de révocation, même quand ils ont récemment et avec éclat proclamé leur confiance au Premier ministre sortant ou plutôt " sorti " (cas de M. Chaban-Delmas)(...). Dès lors la logique ne conduit elle pas à prévoir que, par le jeu de l'alternance, une nouvelle majorité obtiendrait plus aisément, sans briser le cadre juridique, une relative libération ? (...). Les députés de la nouvelle majorité n'admettront pas que le Président puisse révoquer le Premier ministre, mais ils ne reconnaîtront pas davantage qu'il puisse réellement le choisir. L'objectif avéré des opposants est de revenir à un régime parlementaire reposant sur le contrat de législature, et dans lequel disparaîtrait de pouvoir singulier que la Ve accorde au Président de la République. Celui-ci serait donc obligé de se cantonner dans un rôle assez comparable à celui que tenait le Président de la IVe ". C'est en 1977 qu'Edgard Faure s'opposait en ces termes à la perspective de la cohabitation entre M. V. Giscard d'Estaing et un majorité parlementaire de gauche, estimant qu'elle conduirait à " la disparition de la Ve République " (3). On observera que si la cohabitation avait eu lieu à cette époque, le Président de la République n'aurait dû affronter qu'une chambre hostile, le Sénat étant alors majoritairement orienté à droite.

Puisque les Parlementaires n'avaient jusqu'à présent accepté des limitations à leurs pouvoirs que par soumission au Chef de l'Etat avec lequel ils entretenaient un rapport d'allégeance dès lors qu'ils devaient surtout leur élection au Président de la République, il semblerait logique qu'en période de cohabitation le Parlement retrouve tous ses droits jadis tellement méprisés. Il devrait être d'autant plus puissant que le Gouvernement, qui ne tiendra plus sa légitimité que de lui, ne disposera même pas du droit de le dissoudre. Mais, paradoxalement, si le Parlement semble tout puissant ( A ), le Gouvernement le maintient toujours sous une tutelle étroite. Néanmoins, les raisons de cette domination sont inédites sous la Ve République ( B ).

---

3 E.FAURE L'alternance ou la noix creuse Pouvoirs, 1, 1977, p. 12-13.

## A VERS L'OMNIPOTENCE DU PARLEMENT ?

Michel Jobert exprimait une opinion largement répandue lorsqu'il disait que " La règle d'or de la Ve République (est que) le pouvoir exécutif procède du Président, qui doit en avoir la responsabilité et accessoirement la gloire " (4). Le général de Gaulle n'avait-il pas affirmé dans le discours de Bayeux que " Du Parlement (...) il va de soit que le pouvoir exécutif ne saurait procéder, sous peine d'aboutir à cette confusion des pouvoirs sans laquelle le Gouvernement ne serait bientôt plus qu'un assemblage de délégations (...). En vérité, l'unité, la cohérence, la discipline intérieure du Gouvernement de la France doivent être des choses sacrées, sous peine de voir rapidement la direction même du pays impuissante et disqualifiée. Or comment cette unité, cette cohésion, cette discipline seraient-elles maintenues à la longue si le pouvoir exécutif émanait de l'autre pouvoir auquel il doit faire équilibre, et si chacun des membres du Gouvernement (...) n'était, à son poste, que le mandataire d'un parti ? C'est donc du Chef de l'Etat, placé au-dessus des partis (...) que doit procéder le pouvoir exécutif " (5). En période de cohabitation, si c'est toujours le Président de la République qui, formellement, désigne les membres du Gouvernement, en réalité la majorité parlementaire va lui imposer ses choix ( 1 ) et elle seule contrôlera son action, qui devrait être libérée de la tutelle présidentielle ( 2 ).

### 1 ) Le Parlement détermine la composition du Gouvernement.

" La principale fonction de la Chambre des Communes est bien connue, quoique notre Constitution n'en parle pas. La chambre des communes est un collège électoral. C'est l'Assemblée qui choisit notre Président ", écrivait Bagehot (6). " Créer le pouvoir gouvernemental, le créer continûment, c'est-à-dire le maintenir, telle est bien la *première fonction, fondamentale, clandestine au regard des textes, de l'institution parlementaire* " ,

4 M. JOBERT Le partage du pouvoir exécutif, Pouvoirs n°4, 1978, rééd 1982, p. 13.

5 De GAULLE, Discours de Bayeux, 16 juin 1946 Doc. d'études, D.F. n° 1.04, fév. 1987.

6 Cité par J.L. PARODI, Les parlements aujourd'hui, mythes et réalités , dans Les Parlements aujourd'hui, Cahiers français, D.F., n° 174, 1976, p. 4.

souligne Jean-Luc Parodi (7). " Dans un premier temps, le Parlement, et d'abord sa Première Chambre, fixe par le rapport de forces que traduit sa composition au lendemain des élections, le ou les partis auxquels revient, du fait de leur victoire, la détention du pouvoir. Dans un second temps, le Parlement détermine le titulaire du pouvoir exécutif (...). C'est bien le Processus parlementaire, c'est à dire représentatif, qui fabrique le pouvoir gouvernemental et c'est encore lui qui, l'ayant " fabriqué ", en assure le maintien " (8). Mais l'auteur estime qu'il faut distinguer entre ce que nous avons appelé les régimes monoreprésentatifs et les régimes bireprésentatifs, c'est à dire entre les systèmes dans lesquels " le Parlement a le monopole du circuit électoral qui relie le suffrage universel et les pouvoirs publics " et ceux dans lesquels il existe " un second circuit électoral constitué par l'élection présidentielle ", comme aux Etats-Unis, en Autriche, en France ou en Finlande. Il observe que dans les seconds, le Parlement est plus ou moins déchargé de sa fonction proprement électorale de création du pouvoir gouvernemental, et il conclut en considérant que " Mis à part le cas complexe de la Ve République, les Parlements occidentaux remplissent, aujourd'hui comme hier, cette fonction fondamentale " (9). En effet jusqu'à la cohabitation, le Parlement Français devait subir les choix du Président de la République qui, certes, n'étaient pas indépendants de la composition du Parlement, mais qui étaient largement personnels, et dont l'objet était davantage de procurer au chef de l'Etat un second qui, s'il était capable de réunir une majorité gouvernementale (10), n'en devait pas moins rester fidèle et soumis au Président. M.Charles Debbasch souligne que, même lorsque le Président de la République dispose d'une majorité réelle dans l'Assemblée, il n'a pas une liberté totale dans le choix du Premier ministre, surtout au début de son mandat : " Si, en général, le premier Premier ministre du septennat est un politique choisi pour récompenser un service rendu, le second Premier ministre est, en général, plus technocrate car le chef de l'Etat se rend compte qu'un chef de gouvernement politique devient vite un concurrent " (11). Néanmoins, " la liberté du choix présidentiel est telle que l'opinion publique est souvent surprise, soit que le nouveau Premier ministre ait été assez éloigné des affaires politiques (M. Pompidou en 1962), soit qu'il n'y ait joué qu'un rôle très spécialisé (...) " (12). Pour attester du caractère secondaire des élections législatives et bien marquer combien le Premier ministre " devait être tenu pour une

7 J.L.PARODI, *Les Parlements aujourd'hui : mythes et réalités*, préc., p. 4. Jean-Luc PARODI relève que les cinq fonctions d'un parlement sont la création du pouvoir gouvernemental, la représentation, la délibération, la législation et la sélection et formation des gouvernants.

8 J.L.PARODI *Les Parlements aujourd'hui : mythes et réalités*, précité, p. 4. (souligné par l'auteur).

9 Idem.

10 H. PORTELLI constate que c'est à partir de 1962 que le Président de la République a dû tenir compte de la majorité parlementaire " Dès cet instant, le Premier ministre devient leader de cette majorité parlementaire et - indirectement - du Parti gaulliste qui en est la composante essentielle " Dans *Les partis et les institutions Pouvoirs* n° 49, 1989, p. 59; Cf. aussi J.C. COLLIARD *Un régime hésitant Pouvoirs* n° 4, p. 121.

11 C. DEBBASCH *Président de la République et Premier ministre dans le système politique de la Ve République. Duel ou duo ? RDP* 5, 1982, p. 1182.

12 J. MASSOT *Les rapports du Président de la République et du Premier ministre de 1958 à 1982*, dans M. DUVERGER (dir.) *Les régimes semi-présidentiels*, PUF 1986.

créature du Président " (13), les Présidents de la Ve République prenaient soin, jusqu'en 1986, de ne pas changer de Premier ministre à la suite des élections législatives (à l'exception, bien particulière, de 1968), mais en cours de législature (14). Le soir du 16 mars 1986, le Président de la République semble avoir perdu la possibilité de choisir le Premier ministre ( a ), mais il parviendra à intervenir dans la formation du Gouvernement , dans laquelle les partis ont cependant joué un rôle majeur ( b ).

a ) La désignation du Premier ministre : le " diktat " de la majorité.

52 " Toute personnalité appartenant à la nouvelle majorité qui serait sollicitée par le Président de la République pour exercer la fonction de Premier ministre s'assurera, avant d'accepter, que la mise en oeuvre de la politique nouvelle choisie par le pays bénéficiera du soutien nécessaire de l'ensemble des forces politiques composant la majorité " Tel est l'*avertissement solennel* par lequel l'UDF et le RPR vont imposer au Président de la République le choix du Premier ministre, par un communiqué diffusé dès le 17 mars en fin de matinée (15). Le soir même à vingt heures, M.F. Mitterrand déclare sur les trois chaînes de télévision : " Vous avez élu dimanche une majorité nouvelle de députés à l'Assemblée nationale. Cette majorité est faible numériquement mais elle existe. C'est donc dans ses rangs que j'appellerai demain la personnalité que j'aurai choisie pour former le Gouvernement selon l'article huit de la Constitution ". Le lendemain, il appela J. Chirac pour " procéder à un tour d'horizon au sujet de la formation d'un gouvernement", et ce n'est que le 20 mars qu'est désigné officiellement le Premier ministre de la cohabitation, en même temps que son gouvernement (16).

*M. Mitterrand avait-il le choix, aurait-il pu nommer une autre personnalité ?* Juridiquement, cela ne fait pas l'ombre d'un doute, puisque l'article 8 de la Constitution, qui est dispensé du contreseing, ne soumet la nomination du Premier ministre par le Président de la République à aucune condition; mais politiquement, son choix semblait très restreint. " Si on veut comprendre vraiment la cohabitation, il faut bien voir qu'il s'agit de la cohabitation entre un président battu et une nouvelle majorité victorieuse, qu'il n'y aura donc pas énormément de marges de négociation. (...) Toutes les simulations

13 O. DUHAMEL Cinq innovations de l'alternance *Le Monde* 26 mars 1986.

14 O. DUHAMEL, Cinq innovations de l'alternance *Le Monde* 26 mars 1986, : "En 1962, le Gouvernement Pompidou 2 succède au gouvernement Pompidou 1. En 1967, Pompidou 4 à Pompidou 3. En 1973, Messmer 2 à Messmer 1. En 1978, Barre 3 à Barre 2. En 1981 Mauroy 2 à Mauroy 1 ". Il en sera de même en 1988, où le gouvernement Rocard 1 succèdera au gouvernement Rocard 2.

15 Communiqué de l'UDF et du RPR, le 17 mars 1986, en fin de matinée. Cf. presse du 18 mars 1986.

16 Sur le récit de la formation du Gouvernement, voir notamment *Le Nouvel Observateur* La longue nuit des cohabitants, 21-27 mars 1986.

institutionnelles montrent qu'il est obligé de nommer, immédiatement ou presque, celui qu'elle lui impose ou l'un de ceux qu'elle ne repoussera pas " (17). S'il n'y avait pas eu de majorité claire à l'Assemblée, ce qui était l'objectif visé par le recours au scrutin à la proportionnelle (18), on aurait pu imaginer la désignation d'un gouvernement " apolitique " (19) ou d'un gouvernement de coalition, comme on semble l'avoir envisagé au lendemain du succès de M. F. Mitterrand aux élections présidentielles de 1988. Dès lors qu'il y avait une majorité, le Président de la République était contraint d'y recruter son Premier ministre, sous peine de voir le gouvernement immédiatement renversé, puisque la coalition RPR-UDF disposait de la majorité absolue des voix requise pour adopter une motion de censure, aux termes de l'article 49.2. Mais au sein de cette majorité, était-il libre de choisir M. Jacques Chirac ? Les noms de Mme Simone Veil, de M. V. Giscard d'Estaing, ou de M. Jacques Chaban-Delmas furent beaucoup prononcés durant les premiers jours de mars (20). " Ce n'est pas la majorité qui va imposer au Président de la République un Premier ministre. Ca, ce n'est plus la Constitution, c'est la IVe République ", s'indignait le maire de Bordeaux quelques jours avant les élections (21), lui qui avait si bien retenu la leçon donnée par Georges Pompidou : " la différence fondamentale entre la IVe République et l'actuelle, c'est que le Gouvernement ne procède plus de l'Assemblée nationale et des accords ou des désaccords des groupes, mais du Président de la République qui nomme le Premier ministre et les membres du Gouvernement (...) Le Président de la République tient compte de la composition de l'Assemblée nationale mais il n'en est pas l'esclave " (22). M. Raymond Barre, qui ne pouvait évidemment pas devenir Premier ministre puisqu'il avait été l'adversaire le plus farouche de la cohabitation, condamnait tout aussi vivement les prétentions de la majorité : " Nous entendons par exemple, c'est un exemple de ces élucubrations constitutionnelles, nous entendons par exemple que " le Président de la République ne doit plus choisir le Premier ministre, que ce sont les partis qui doivent le désigner et le Président n'a qu'à le nommer " (...) Nous entrons dans un système extraordinairement paradoxal, puisque c'est le Président qui viendra d'être désavoué par le suffrage universel, le leader de la gauche vaincue, qui aura le pouvoir de choisir le leader de la droite victorieuse " (23). Selon certains observateurs, la courte victoire de l'opposition et le fait que la nouvelle majorité soit composée de deux partis, donnent une marge de

17 J.L. PARODI *Les carrefours de la cohabitation* RPP sept. oct. 1985, p. 23-24.

18 Cf. *supra*, n° 5-6.

19 J. CHAPSAL *La vie politique sous la Ve République* PUF, *Thémis*, T.II, oct. 1987, p. 531.

20 Cf. Notamment *L'Express* du 28 fév. au 6 mars 1986 Chirac à Matignon, p. 22 *Ministres et ministrables*.

21 J.Chaban-Delmas, le 4 mars 1986 sur Europe 1, cf. *La course à Matignon trouble l'opposition* par J.Y.LHOMEAU, *Le Monde* 5 mars 1986.

22 Conférence de presse en qualité de Président de la République le 21 sept. 1972.

23 R. Barre, discours à Lyon, Eurexpo, le 15 déc. 1985, p. 14. J.L.PARODI avait également souligné ce paradoxe : " F. Mitterrand, leader de la Gauche (...) va, par le choix du Premier ministre entériné par la nouvelle majorité de droite, en quelque sorte donner à la Droite le leader qu'elle ne se sera pas donné toute seule " : dans *L'alternance en question ou les trois paradoxes de la Cinquième République*, conférence prononcée le 25 fév. 1985 au cours du débat organisé par l'Ares-po, *Alternances*, n° 1, 1986, p. 11., et dans *Les carrefours de la cohabitation*, RPP sept. oct. 1985, p.22.



manoeuvre non négligeable au Président de la République (24). Pourtant, l'ultimatum lancé par la coalition RPR-UDF semble clair. Mais M. François Mitterrand avait déjà rétorqué à M. Jacques Chirac qui, le 26 février, lui avait posé quatre conditions à propos de la désignation du futur premier ministre (25) : " Je fais le sourd à ce moment là. (...) Je crois que mon devoir, c'est de tenir compte de la volonté populaire (...) Le Président de la République nomme qui il veut comme premier ministre, et le Premier ministre s'organise avec les différentes formations de sa majorité pour savoir comment il peut gouverner... Personne ne désignera le Premier ministre à ma place. (Mais) bien entendu, il faut désigner quelqu'un qui ait toutes les chances d'avoir la majorité à l'Assemblée nationale tout aussitôt " (26).

En réalité M. Edouard Balladur explique en 1989 que *dès avant le 16 mars 1986, M. François Mitterrand avait commencé à négocier* (indirectement) les conditions de la cohabitation avec M. Jacques Chirac : " Ses émissaires indiquaient qu'il insistait sur la dignité de sa fonction; qu'il souhaitait continuer à jouer son rôle constitutionnel normal en matière de politique étrangère et de défense, que les ministres responsables de ces deux secteurs devraient être nommés avec son plein agrément. Pour les autres, il souhaitait un " droit de regard ", formulation ambiguë, propre à toutes les interprétations " (27). Il ne semble pas que les associés politiques de M. Jacques Chirac aient été informés de ces négociations, mais peut-être le Président de la République négociait-il parallèlement avec eux ? M. Edouard Balladur poursuit ainsi : " La veille des élections, M. Bianco (...) me téléphona chez moi pour me dire qu'en cas de victoire, le lendemain soir, mieux vaudrait éviter les déclarations tonitruantes mettant M. Mitterrand devant le fait accompli. " Il est très probablement décidé à nommer Jacques Chirac ", me dit-il. Il était clair que M. Mitterrand ne voulait pas paraître s'incliner devant la force des choses, mais conserver encore l'apparence d'une certaine liberté de choix. Il n'en avait aucune : ne pas nommer Jacques Chirac aurait immédiatement ouvert une crise politique grave " (28). Il semble donc que M. François Mitterrand n'ait guère eu le choix de celui qui serait non plus " son " mais " le " Premier ministre, pas plus que M. Valéry Giscard d'Estaing n'aurait eu le choix si la gauche avait obtenu la majorité aux élections législatives de 1978, car elle lui avait lancé un ultimatum non moins impératif que celui-ci : " quand le suffrage universel aura dit que la gauche doit gouverner, M. Giscard d'Estaing devra s'incliner ", avait déclaré M. Mitterrand (29) si vous désignez quelqu'un d'autre (que M. François Mitterrand), ce sera la

24 Cf. Notamment O. DUHAMEL Cinq innovations de l'alternance *Le Monde* 26 mars 1986, et J. CHAPSAL, *ouvr. préc.*, p. 532.

25 Cf. *Le Monde* du 28.2.1986.

26 Déclaration sur TF1 le 2 mars 1986, cf. *Pouvoirs CCF* n° 38, 1986, p. 160.

27 E. BALLADUR *Passion et longueur de temps*, Fayard, 1989, p. 58.

28 E. BALLADUR, *op. cité*, p. 60.

29 F. Mitterrand cf. *Le PS, le PC et l'alternance au pouvoir*, *Le Monde* 11 nov. 1975., M. Mitterrand : M. Giscard d'Estaing doit reconnaître à la gauche le droit d'appliquer le programme commun; et *Le Monde* 4 mars

grève générale, donc l'insurrection et vous ne serez plus libre du jeu ", avait renchéri M. Cavaillet (30).

Mais M. François Mitterrand ne s'est soumis à ce " diktat " (31) qu'après avoir négocié la formation du Gouvernement. M. Olivier Duhamel note que " pour ce faire, il a imposé à M. Jacques Chirac un petit *écart par rapport à la lettre de l'article 8* " (32), qui dispose dans son premier alinéa que " le Président de la République nomme le Premier ministre..", et, ensuite, dans son second alinéa que " sur la proposition du Premier ministre, il nomme les autres membres du Gouvernement ...". Il faut donc que le Premier ministre ait été nommé pour qu'il puisse, en cette qualité, proposer la nomination des ministres et contresigner cet acte du Président de la République. Si cette procédure est originale sous la Ve République, elle n'est cependant pas totalement inédite, puisque le général de Gaulle procéda de la même façon pour désigner le premier gouvernement de la Ve République : " le Général de Gaulle, Président de la République a convoqué à 16 h M. Michel Debré (...) et s'est entretenu avec lui de l'ensemble des affaires du pays. Au terme de l'entretien, le général de Gaulle a chargé M. Michel Debré de lui faire des propositions au sujet de la composition éventuelle du gouvernement. A 19 h. 30 M. Michel Debré a été de nouveau à l'Elysée. Il a soumis à l'approbation du général de Gaulle ses conceptions en ce qui concerne la politique générale et les noms des personnalités qui deviendraient, le cas échéant, ses collaborateurs au gouvernement. Le Président de la République a nommé Premier ministre M. Michel Debré; sur les propositions du Premier ministre, il a nommé les membres du gouvernement " (33) Ce communiqué diffusé par l'Elysée le 9 janvier 1959 ressemble étonnamment à celui qui marqua la naissance de la cohabitation (34). " Ce n'est que parce qu'il approuvait les principes généraux et les noms des personnalités qui deviendraient le cas échéant membres du gouvernement que le Général de Gaulle a nommé Michel Debré Premier ministre, de même la nomination à cette fonction du chef de la nouvelle coalition majoritaire par le Président de la République en place serait par là même sinon l'approbation, tout au moins l'acceptation résignée des objectifs généraux que le nouveau Premier ministre entendrait poursuivre et des personnalités qui deviendraient ses

---

1978 M. Mitterrand : si la gauche l'emporte, M. Giscard d'Estaing restera président de la République, " nous cohabiterons dans le même pays ".

30 M. Cavaillet, au ministre de l'intérieur, colloque réuni sous sa présidence par l'Union pour une sociale démocratie le 4 déc. 1976.( voir également son intervention au Sénat, quest. or. avec débat Difficultés constitutionnelles en cas de succès électoral de la gauche, Sénat, 4 mai 1976, J.O. p. 818.

31 H. PORTELLI , Les partis et les institutions Pouvoirs n° 49, 1989, p. 62.

32 O. DUHAMEL Cinq innovations de l'alternance Le Monde 26 mars 1986.(souligné par nous).

33 Cf. D. MAUS Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République, D.F. 2e ed 1982, p. 103.

34 Le 18 mars 1986 : " Le Président de la République a appelé M. Jacques Chirac pour procéder à un tour d'horizon au sujet de la formation du gouvernement. M. Chirac apportera sa réponse dans les meilleurs délais " (Le Monde 20 mars 1986, p. 7.)

collaborateurs au gouvernement " (35). En avril 1988, M. François Mitterrand souligne qu'il s'est demandé, en nommant Premier ministre le leader de la majorité, s'il ne créait pas un précédent discutable, mais il considère que " ce choix, c'était la sagesse " (36).

Le fait, pour M. François Mitterrand, de nommer Premier ministre non pas une personnalité avec laquelle il serait susceptible de collaborer, mais un ennemi politique de toujours, lui permet de souligner que, contrairement à ce qui se passait jusqu'en 1986, où il affirmait assumer toute la responsabilité de la politique nationale; il en sera désormais totalement détaché (37). Cela n'empêchera pas l'Humanité de titrer " La Sainte alliance Mitterrand-Chirac " (38), ni M Marchais de considérer que " des millions de français constatent avec amertume qu'ils ont été trahis " (39). Mais le Premier ministre a également " posé ses conditions " en exigeant de pouvoir diriger effectivement la politique de la nation et, notamment, de pouvoir recourir aux ordonnances pour l'exécution de son programme (40). Il résulte de ces négociations, de ces accords plus ou moins secrets, que, dès sa naissance, la cohabitation apparaît ainsi comme un contrat, une convention au sommet. " Mariage blanc " (41), " mariage forcé " (42), " mariage pluvieux " (43) " mariage de raison " (44) ", " somptueux mariage " (45) " Pacte de non-agression " (46), traité " avec une majorité ennemie " (47), tous les qualificatifs imaginés par la presse soulignent les caractères à la fois intime, inamical et officiel de ce contrat entre les deux têtes de l'Etat (48).

---

35 J.L. PARODI Le cas français : les données d'un conflit éventuel entre le Président de la République et la majorité parlementaire issue des nouvelles élections législatives ", France-Forum n° 155-156, avril-mai 1977, p.31-32; cf. aussi J. GICQUEL, Essai sur la pratique institutionnelle de la Ve République, préc., p. 92.

36 F.Mitterrand Sur les institutions Interview accordée à O. DUHAMEL, Pouvoirs n° 45, 1988, p.133.

37 Cf. F. LUCHAIRE et G. CONAC Le droit constitutionnel de la cohabitation, Economica, Paris, 1989, p. 75; et J. CHAPSAL, op. cité, T.II, p. 534-535.

38 L'humanité, 21 mars 1986.

39 L'Humanité, 21 mars 1986.

40 Cf. Le Monde 20 mars 1986 et infra.

41 J.M. COLOMBANI et J.Y. LHOMEAU : "Le mariage blanc : Mitterrand-Chirac ", Grasset, Paris, 1986.

42 Le Point n° 705, 24 mars 1986.

43 L'humanité, 21 mars 1986, p. 2.

44 S. JULY, Libération 20 mars 1986, p. 3.

45 Newsweek, cité par Le Figaro du 25 mars 1986.

46 L'événement du Jeudi, 20 au 26 mars 1986.

47 M. Mitterrand devra " traiter avec une majorité ennemie " précise l'agence " Tass " Le 17 mars 1986, citée dans Le Monde du 18.

48 Sur les aspects contractuels de la cohabitation et sur la notion de convention de la Constitution, cf. infra, n° 201.

**b ) L'influence du Président de la République et des partis dans la domination des partis dans la formation du Gouvernement**

53 La presse souligne presque unanimement le " parfum de IVe République " qui émane de la formation du Gouvernement (49). Pour la première fois sous la Ve République, la composition du Gouvernement, qui se fait habituellement dans le plus grand secret, est négociée publiquement avec les partis politiques. Du mardi 18 au jeudi 20 mars 1986, ce fut un défilé incessant de ministrables qui se déroula sous le regard vigilant des journalistes. " Vous attendez ? - leur demande le Président - Moi aussi " (50). Les français ont dû " se demander si nous ne changions pas de République en voyant, mardi 18 mars, M. Chirac recevoir M. Jacques Chaban-Delmas, puis les élus du RPR, puis négocier avec M. Jean Lecanuet, président de l'UDF, M. François Léotard, président du PR, M. Jean-Claude Gaudin, président du groupe UDF, M. Pierre Méhaignerie, président du CDS, M. André Rossinot, président du Parti radical. (...) Le nouveau n'est pas que ce genre de négociations ait lieu, mais qu'il s'affiche " (51). Ces tractations avaient " l'allure de ces tours de piste des " pressentis " de la IVe République, qui, sur mandat du chef de l'Etat, consultaient ce que le général de Gaulle appelait les " comités Gustave, Théodule, Hyppolyte " avant de donner leur réponse " (52). M. Raymond Barre, qui avait dénoncé la cohabitation comme étant le retour à la IVe République, c'est à dire au " régime des partis (...) qui se caractérise par des négociations et des combinaisons opportunistes et précaires entre des appareils et des états-majors " (53), ne s'exprime plus publiquement sur la cohabitation, notamment à cause de son échec électoral (54). Ces négociations sont d'autant plus difficiles que le Président de la République, voulant dès le début de la cohabitation marquer l'importance de ses prérogatives, a récusé certaines candidatures. " Au Chef de l'Etat la charge d'accorder l'intérêt général quant au choix des hommes, avec l'orientation qui se dégage du Parlement; à lui la mission de nommer les ministres " - avait en effet déclaré le Général de Gaulle (55). On peut considérer avec Olivier Duhamel que la " dyarchie dans la fabrication du Gouvernement " est inversée, puisque, jusqu'en 1986, les ministres étaient choisis par le Président, le Premier ministre n'ayant qu'un droit de veto pour écarter ses ennemis, et la disposition de quelques postes pour placer ses amis. En mars 1986, le Président ne peut plus choisir les membres du Gouvernement, mais il

49 Cf. Notamment L'Express du 20 au 27 mars 1986, p.22; Le Monde 20 mars 1986; La Tribune-Le Progrès 20 mars 1986.

50 Cf. Le Monde 26 mars 1986.

51 O. DUHAMEL Les cinq innovations de l'alternance Le Monde 26 mars 1986, p.7.

52 J.Y. LHOMEAU et A. PASSERON M. Jacques Chirac accepte de former le Gouvernement Le Monde 20 mars 1986.

53 R. Barre, discours à Lyon, Eurexpo, le 15 déc. 1985, et entretien sur les institutions, Faits et arguments n°33, fév. 1986, p. 2.

54 Cf. L'Express du 21 au 27 mars 1986, p. 29.

55 Discours de Bayeux, 16 juin 1946.

s'arroge un droit de veto dans les domaines où la Constitution lui confie des prérogatives particulières. C'est ainsi qu'il justifie son *refus de nommer des personnes* qui lui auraient manqué de respect, M. Lecanuet aux affaires étrangères (n'est-il pas " le garant de l'indépendance nationale ? (art. 5)), M. Léotard à la défense (comment " le chef des armées " (art. 15) pourrait-il " travailler en harmonie " avec lui ?) et M. Dailly à la justice (puisque le Président de la République est " le garant de l'autorité judiciaire " (art. 64)) (56).

Selon M. Jean Gicquel " ainsi, d'entrée de jeu, l'interprétation stricto sensu de la Constitution a prévalu " (57). Cette *interprétation présidentiale* paraît contestable, en ce qu'elle correspond à celle d'un régime parlementaire dualiste, alors que la Constitution de 1958 établit un régime moniste (bien qu'il soit bi-représentatif). C'est néanmoins celle qui sera admise en pratique. Au contraire, si l'on adopte la lecture parlementariste de la Constitution qui était celle de ses rédacteurs - en particulier de Michel Debré - il ne fait pas de doute qu'en intervenant dans la détermination de la formation du Gouvernement, le Président de la République sort de son rôle constitutionnel d'arbitre au-dessus des partis, puisque la nomination des membres du gouvernement n'est pas une prérogative dispensée du contreseing du Premier ministre (contrairement à la nomination du Premier ministre) (58). Le fait que le Premier ministre se soumette ainsi aux exigences présidentielles montre qu'il accepte que l'on ne fasse pas une lecture parlementariste de la Constitution, ce qui marquera toute la cohabitation, et créera un précédent redoutable (59). Il en va de même de l'acceptation qui résulte implicitement de l'intervention de M. François Mitterrand pour imposer des techniciens plutôt que des hommes politiques aux ministères de la défense et de la politique étrangère. Par le seul fait qu'il se soumet à ce droit de veto, le Premier ministre montre qu'il accepte que le Président de la République participe à la gestion des ces domaines - mais on sait à présent qu'il l'avait accepté explicitement avant même d'être nommé (60). Que le droit de veto ainsi reconnu en pratique au Président de la République ait permis un accord acceptable pour les deux parties en présence, on le concédera volontiers; mais on voit mal à quelle logique *juridique* (et non pratique) obéit le raisonnement qui l'autorise. En effet, puisque l'article 8 alinéa 2 de la Constitution n'opère pas de distinction entre les différents membres du Gouvernement, soit on admet que le chef de l'Etat a le droit de refuser de signer tous les actes qui sont soumis au contreseing ministériel (interprétation qu'on peut qualifier de dualiste), et alors on lui reconnaît la

56 Cf. S. JULY Le droit de veto, Libération 20 mars 1986.

57 J. GICQUEL De la cohabitation Pouvoirs n° 49, 1989, p. 72.

58 Cf. infra, n° 78-79.

59 D'abord pour les nominations, puisque lors du remaniement du 19 août 1986, le Président a refusé la nomination de M. A. Santini au rang de ministre (il est secrétaire d'Etat), mais il accédera à ce rang en septembre 1987; et il souligne qu'il a accepté la nomination de B. Bosson aux affaires européennes : " s'il ne m'avait pas convenu, il ne serait pas ministre puisque c'est une responsabilité, des compétences sur lesquelles j'ai des vues particulières " (Cité par J. GICQUEL, Pouvoirs n° 49, 1989, p. 72).

60 Cf. E. BALLADUR, op. cité, p. 58 et s.

possibilité de s'opposer à la nomination de n'importe quel ministre, soit on contraire on admet que sa compétence est liée dans tous les cas (interprétation moniste), et dans ce cas il ne peut refuser aucune nomination. En réalité, ce type d'interprétation présidentielle, que l'on retrouvera souvent durant la cohabitation, obéit davantage à des préoccupations d'ordre pragmatique que juridique, comme c'était souvent le cas avant 1986.

Le *protocole* qui a présidé à la nomination du Gouvernement est très révélateur. Le jeudi 20 mars 1986, à 17 h. 40, M. Bianco annonce froidement que " Le Président de la République décrète, Monsieur Jacques Chirac est nommé Premier ministre " (61). Quelques minutes plus tard, et non moins sèchement, M. Jacques Chirac prend la parole à l'hôtel de Ville pour faire sa première déclaration officielle de Premier ministre - en précisant bien qu'il en a fait connaître le contenu au Président de la République - par laquelle il définit les règles du jeu convenues avec le Président de la République, précisant qu'il respectera les prérogatives et les compétences " intangibles " du Président telles qu'elles sont définies par la Constitution, mais qu'il mettra en oeuvre " la politique choisie par le peuple français "..., et qu'il recourra à la procédure des ordonnances pour " les mesures économiques et sociales, la privatisation des sociétés nationalisées du secteur concurrentiel et le rétablissement du scrutin majoritaire " (62). Et c'est seulement à l'issue de cette déclaration, que fut donnée, à l'Élysée, la lecture du décret de nomination des membres du Gouvernement. La déclaration du Premier ministre " scellait les clauses du contrat de cohabitation " (63). La composition du Gouvernement révèle un savant dosage entre toutes les composantes de la majorité élue sur une plate-forme électorale commune, et dont les déclarations d'unité ont sans aucun doute largement contribué au choix du Premier ministre. Durant la cohabitation, à l'exception des ministères de la défense et des affaires étrangères, la composition du Gouvernement a reflété celle du Parlement, plus fidèlement que jamais sans doute, mais c'est le Premier ministre, et non plus le Président de la République, qui s'est chargé de veiller à cette harmonisation (64). Ce qui rappelle encore la IV<sup>e</sup> République, c'est que les composantes de la majorité sont représentées au Gouvernement par leurs chefs respectifs, qui conserveront leurs fonctions partisans, contrairement à la tradition gaullienne - que certains auteurs préfèrent qualifier de " tradition de la V<sup>e</sup> République " (65) - selon laquelle les ministres devaient renoncer à ces

61 On notera qu'il s'agit d'une formulation particulièrement froide : F. LUCHAIRE et G. CONAC, op. cité, 1989, p. 73. Sur la notion de convention constitutionnelle, cf. infra, n° 201

62 Cf. Le Point 24 mars 1986, p. 61.

63 F. LUCHAIRE et G. CONAC, Le droit constitutionnel de la cohabitation, préc., p. 73.

64 " le gouvernement Mauroy est le fruit d'un dosage que n'auraient pas renié les cadres de la IV<sup>e</sup> République.. " note en effet C. DEBBASCH Président de la République et Premier ministre dans le système de la V<sup>e</sup> République : duel ou duo ? RDP, 5. 1982, p. 1183.; et cf. H. PORTELLI Les partis et les institutions, préc., p. 61.; et J.L. PARODI Sur quelques enseignements institutionnels de l'alternance à la française, RPP, janv. fév. 1981, p. 43-44.

65 F. LUCHAIRE et G. CONAC Le droit constitutionnel de la cohabitation, préc., p. 75.

fonctions. Ce fut le cas d'André Rossinot, président du parti radical, Pierre Méhaignerie, Président du CDS, et André Santini, secrétaire général du PSD. M. François Mitterrand ne manquera pas de s'en indigner, publiquement, et à plusieurs reprises : " En rappelant dans son gouvernement des dirigeants de formations politiques décidés à le rester, le Premier ministre est retourné aux plus fâcheuses habitudes de la IV<sup>e</sup> République. Je l'avis pourtant, et avec insistance, alerté. Il lui était difficile, sans doute, d'interdire aux autres ce qu'il se permettait à lui-même. (...) Il eût mieux valu que M. Chirac se démit de ses fonctions de chef de parti (...) Ce n'est pas à recommencer.(...) " (66). M. Jean Gicquel en conclut que M.François Mitterrand " n'imposera pas le respect de l'incompatibilité *de facto* entre les qualités de ministre et celle de responsable national d'une formation politique " (67), mais on peut se demander si, en fait, il n'a pas été dans l'impossibilité de l'imposer (ce qui tendrait à montrer qu'il n'a pas de droit de veto sur la nomination de tous les membres du Gouvernement), puisqu'il semble avoir voulu que les membres du Gouvernement renoncent à leurs fonction partisanes. En réalité, ce cumul des fonctions ministérielles et partisanes n'est pas aussi inédit qu'on le prétend, puisque, d'une part, on ne semble évoquer ce problème que pour les responsables nationaux (et non locaux) des partis politiques (alors que, sur le fond, le problème est le même), et d'autre part puisque sous le septennat de M. Valéry Giscard d'Estaing, en 1974, le Gouvernement Chirac avait compté à des postes essentiels les chefs des partis de la majorité (68). Entre 1981 et 1986, M. François Mitterrand avait rétabli l'incompatibilité entre les fonctions ministérielles et partisanes (mais n'était-ce pas partiellement pour pouvoir contrôler lui-même directement et le Parti, et le Gouvernement, ou au minimum pour que le Parti ne le remplace pas dans la direction du Gouvernement ?). Le fait que le Président de la République se soit vu imposer un Premier ministre et, dans une très large mesure, la formation du Gouvernement, révèle une mutation profonde de la pratique de la Ve République, le Gouvernement émanant à présent du Parlement, et non de l'Élysée (69).

## 2 ) Le Parlement contrôle l'activité du Gouvernement.

Parmi les exigences fondamentales des rédacteurs de la Constitution, figurait celle de la limitation du pouvoir de contrôle du Parlement sur le Gouvernement. il faut " éviter la

---

66 F.MITTERRAND Sur les institutions interview accordée à O.DUHAMEL, Pouvoirs n°45, 1988, p. 113.(l'ordre des phrases a été ici inversé); et la déclaration du Président à la roche de Solutré, Le Monde 9 juin 1987, et Pouvoirs n° 43, 1987, p. 204.

67 J. GICQUEL De la cohabitation Pouvoirs n° 49, 1989, p. 72.

68 Cf. H. PORTELLI Les partis et les institutions, Pouvoirs n° 49, 1989, p.60.

69 Charles DEBBASCH, Le Dauphiné libéré, 21 mars 1986.

déviations du fécond et nécessaire contrôle parlementaire en une toute puissance du Parlement " - répétait à l'envi M. Michel Debré (70). La rationalisation du contrôle parlementaire en a, certes, réduit l'importance, mais c'est surtout l'avènement du fait majoritaire qui a modifié l'influence de ce contrôle. Les instruments classiques destinés à éclairer l'opinion du Parlement pour qu'il puisse éventuellement renverser le Gouvernement, deviennent, dans un système majoritaire, plutôt des éléments permettant de faire-valoir l'action du Parlement et du Gouvernement, que de véritables instruments de contrôle (71). Dans un tel système, la majorité contrôle seulement l'application effective du programme de gouvernement, mais sa mission première est en réalité de soutenir le Gouvernement qu'elle a désigné; tandis que la traditionnelle mission de contrôle parlementaire n'est plus guère remplie que par *l'opposition*..

Les moyens dont elle dispose pour assurer cette fonction de contrôle n'ont pas fondamentalement évolué durant la cohabitation, les *questions écrites* posées par les députés ont été très nombreuses (puisqu'en 1987, elles atteignent le record de 1984, en se situant dans l'ordre de 19.000 par an, alors qu'il n'y en avait que 6.000 par an en 1970 et 13.500 en 1981, en 1988 elles sont retombées à moins de 12.500 (72)) et les ministres se sont efforcés de répondre personnellement aux *questions orales*, et de réduire les délais de réponse aux questions écrites (73). Ce contrôle s'exerce encore par la *saisine du Conseil constitutionnel*, en particulier par 60 députés ou 60 sénateurs, qui a été utilisée de manière accrue durant la cohabitation, puisque le nombre annuel de décisions fut de l'ordre de 18 (contre 15 entre 1981 et 1986, et 9 entre 1974 et 81). Le pourcentage d'annulations est de l'ordre de celui que l'on observait sous la précédente législature (44 % sous la cohabitation contre 46 % entre 1981 et 1986, mais 25 % entre 1974 et 1981) (74). Sur les 36 décisions rendues durant la cohabitation, 10 le furent sur saisine obligatoire, et les 26 autres cas sont tous consécutifs à une saisine par l'opposition : 13 fois par les seuls députés socialistes, 6 fois par les seuls sénateurs socialistes, et 7 fois par les députés et sénateurs socialistes ensemble. Les autres formations de l'opposition (PC et front national) n'ont donc pas recouru à ce procédé de contrôle indirect de l'action gouvernementale, alors même que son efficacité était accrue par le développement de nouvelles modalités de contrôle, en particulier la déclaration de conformité sous réserve (75).

---

70 Cf. J.L. Debré, *La Constitution de la Ve République*, PUF, 1975, p. 19; sur la rationalisation du contrôle parlementaire lors de l'élaboration de la Constitution de 1958, cf. J.C.BECANNE *Le contrôle parlementaire*, communication au colloque sur le XXXe anniversaire de la Constitution, Aix-en-Provence, 8-10 sept 1988.

71 Cf. G. CARCASSONNE *Réhabiliter le Parlement*, *Pouvoirs* n° 49, 1989, p. 38.

72 Cf. G. CARCASSONNE, *art. préc.*, p.39.

73 Cf. C. BIGAULT *La pratique parlementaire sous la cohabitation*, D.F., *Regards sur l'actualité*, n°141, mai 1988, p. 14, texte et note 2 (chiffres).

74 Cf. C. BIGAULT, *art. préc.*, p. 16.

75 Cf. L. FAVOREU, *La politique saisie par le Droit*, *Economica*, 1988, et *infra*, Livre II.



Quant à *la majorité*, sa fonction de création du Gouvernement ne s'arrête pas à la création du cabinet, mais se poursuit durant toute la législature par le soutien du Gouvernement, qui s'exerce par le contrôle de l'activité gouvernementale. Cette fonction de contrôle, traditionnellement distinguée de la fonction législative, s'exerce par la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale, et par l'activité des commissions parlementaires. Seule cette première modalité de contrôle sera étudiée ici, car c'est surtout elle qui a fondamentalement évolué en période de cohabitation. Le Gouvernement ne tient plus sa légitimité que du Parlement ( a ) qui est désormais seul en mesure de le renverser directement ( b ).

**a) Le Parlement donne sa légitimité au Gouvernement.**

Dès L'ouverture de la session du Parlement, le Premier ministre annonça qu'il engagerait la responsabilité de son Gouvernement devant l'Assemblée nationale, ce qu'il fit le lendemain du message adressé par le président de la République au Parlement le 8 avril 1986. Il demandera également un vote de confiance au Sénat.

Devant *l'Assemblée nationale*, l'engagement de la responsabilité du Gouvernement par le Gouvernement " rappelle le débat d'investiture des précédentes républiques " (76), car le Gouvernement a plus que jamais besoin de la confiance du Parlement, et en particulier de l'Assemblée nationale, qui a seule la faculté de le renverser directement, car il ne tient plus sa légitimité que du Parlement (77). Le sens de cet acte est totalement nouveau. *Avant 1986, l'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou sur une déclaration de politique générale* avait pour objet de vérifier que le Gouvernement choisi par le Président de la République aurait les moyens d'appliquer la politique définie par le chef de l'Etat (et non par le chef du Gouvernement), et c'est justement pour montrer l'indépendance du Gouvernement - et à travers lui du chef de l'Etat - par rapport au Parlement, que l'alinéa premier de l'article 49 de la Constitution fut si souvent violé. Il dispose que " le Premier ministre, après délibération du Conseil des ministres, engage devant l'Assemblée nationale la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou éventuellement sur une déclaration de politique générale." La très grande majorité de la doctrine affirme en commentant cet article qu'en droit français, *l'indicatif vaut impératif* (78) - comme le Général de Gaulle l'avait lui-même précisé (79) et elle en déduit le plus

76 F. LUCHAIRE et G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation, préc.*, p. 234.

77 On observera qu'il en fut de même durant l'expérience de cohabitation portugaise, puisque Sa Carneiro prit soin d'engager la responsabilité de son Gouvernement sur son programme sans y être obligé constitutionnellement : cf. J. PETOT *Les débuts de la Ve Bis*, RDP 1982.

78 Notamment J.C. COLLIARD *Commentaire des articles 49, 50 et 51*, dans F. LUCHAIRE et G. CONAC *La Constitution de la République française*, Economica 1987, p. 969; M. DUVERGER *Le Système politique français*,

souvent que le Premier ministre est obligé d'engager la responsabilité de son Gouvernement sur son programme, c'est à dire sur toute la politique qu'il entend conduire durant la législature, dès sa nomination (80). Par contre, du fait de l'emploi de l'adverbe " éventuellement " il a la faculté, et non l'obligation, de faire, à n'importe quel moment, une déclaration d'ordre général, c'est à dire portant soit sur l'ensemble de sa politique, soit sur un de ses aspects - et donc pas nécessairement sur l'ensemble de son programme - sur sa politique.

Si les deux premiers Gouvernements de la Ve République, celui de M. Michel Debré et le premier gouvernement de M. Pompidou, ont respecté cette obligation en engageant leur responsabilité devant le Parlement sur leur programme respectivement sept jours et douze jours après leur nomination (81), seul le second gouvernement de M. Raymond Barre a, par la suite, respecté cette contrainte juridique (et non pas par juridisme, mais pour souder la majorité parlementaire au Gouvernement). Dans tous les autres cas, soit la question de confiance a été posée à propos d'une simple déclaration de politique générale (à partir du second Gouvernement Pompidou, puis gouvernements Chaban-Delmas - 88 jours après sa nomination - Messmer II, Chirac I, Barre III, Mauroy II et III, et Fabius I) soit elle n'a pas été posée du tout (Gouvernements Pompidou III et IV, Couve de Murville, Messmer I, Messmer III, Barre I - il y a eu une déclaration de politique générale, mais sans vote - Mauroy I, et, après la cohabitation, les gouvernements Rocard. En effet, dès 1966, G. Pompidou s'était érigé en pouvoir constituant en déclarant que " la lettre et l'esprit de la Constitution de 1958 veulent (...) que le Gouvernement soit entièrement libre de demander ou non un vote de confiance et qu'il appartient de préférence à l'Assemblée de mettre en jeu la responsabilité ministérielle (...) par la motion de censure. Si je tiens à mettre ainsi

---

PUF, 1985, p. 295; G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER, Manuel de droit constitutionnel, LGDJ 1988, p. 516; C. DEBBASCH et alii, Droit constitutionnel et institutions politiques Economica 1986, p. 798; ; M. PRELOT et G. BOULOUIS Institutions politiques et droit constitutionnel, Dalloz 1984, p. 844; P. PACTET Institutions politiques et droit constitutionnel Masson, 1985, p. 439; C. LECLERCQ Droit constitutionnel et institutions politiques, Litec 1987, p. 573; A. COCATRE-ZILGIEN A propos des articles 49 (alinéa 1) et 89 (alinéa 3) de la Constitution. Questions de langue, RDP 1974, p. 523.

79 M. DUVERGER Le système politique français, 1985, préc. p. 295.

80 En ce sens : Cf. P. AVRIL Un tournant du régime ? RDP 1973, p. 778; J.C. COLLIARD, idem; P. PACTET, idem; C. LECLERCQ, idem; A. COCATRE-ZILGIEN, idem; ne se prononcent pas clairement : M. PRELOT et G. BOULOUIS, idem; et estiment que malgré le caractère impératif de l'indicatif, il n'y a pas, pour le Gouvernement d'obligation d'engager sa responsabilité : G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER, idem (à cause de l'exigence d'une délibération en Conseil des ministres), C. DEBBASCH et alii, idem (p. 799 : "il s'agirait d'une obligation non-sanctionnée donc non juridique"); et M. DUVERGER, idem (à cause de l'absence de délai).

81 La Constitution ne prévoit aucun délai mais il ressort de la tradition républicaine, des travaux préparatoires de la Constitution (voir en particulier Documents pour servir...T.II, notamment p. 508 et 509), et de la déclaration de M. Debré à l'Assemblée nationale le 16 janvier 1959 ("Il n'est pas dit expressément qu'il doit le faire dès sa nomination, mais l'esprit de la Constitution est clair, et nous entendons l'appliquer - cité par D. MAUS Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République, D.F., 1982, p. 286 -), que le Gouvernement doit engager sa responsabilité sur son programme dès les premiers jours qui suivent sa formation par le chef de l'Etat.

l'accent sur les procédures (...) c'est parce qu'il me paraît important (...) de créer des précédents; on en connaît l'importance en matière institutionnelle, même en pays de droit écrit et il n'est pas inutile à la stabilité des pouvoirs publics elle-même de fixer clairement et en connaissance de cause des règles pour l'avenir " (82). M. François Mitterrand s'était vivement élevé contre cette violation de la Constitution à la tribune de l'Assemblée : " Le simple langage et la grammaire (...) démontrent de la façon la plus claire, que le Premier ministre doit engager la responsabilité du Gouvernement sur son programme et que l'obligation ainsi décidée s'impose à lui d'une manière formelle, tandis que, dans tous les autres cas, toute liberté lui est laissée d'apprécier ce qu'il convient de faire " (83) Il soulignait en particulier que si le projet de Constitution prévoyait que le Premier ministre *peut* engager la responsabilité du Gouvernement (disposition permissive), " le " peut engager " est devenu " engage dans la version soumise au peuple français " (84). La publication des travaux préparatoires de la Constitution montre en effet clairement que M. Michel Debré entendait, par cette modification, rendre l'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur son programme obligatoire, puisqu'il estimait que l'indicatif vaut impératif (85). Le refus de poser la question de confiance au Parlement avait pour objectif de bien montrer aux parlementaires que le Gouvernement est " la chose " du Président et non celle du Parlement (86), sauf depuis 1988, où elle est justifiée par l'absence de majorité au Parlement (puisque, dans le cadre de l'article 49.1, la majorité simple est requise, alors que dans le cadre des alinéas 2 et 3, la motion de censure doit recueillir la majorité absolue des sièges composant l'Assemblée). Quant au fait, pour le Premier ministre, d'engager sa responsabilité *non pas sur son programme, mais sur une déclaration de politique générale*, il a également pour objet de souligner la compétence discrétionnaire du Gouvernement. Car si, en pratique, le contenu d'une déclaration de politique générale n'est pas forcément différent de celui d'un programme, le fait que le Gouvernement choisisse de parler de déclaration de politique générale montre qu'il ne s'estime pas obligé d'engager sa

---

82 Déclaration de G. Pompidou à l'Assemblée nationale, le 13.4.1966, J.O. A.N. même date, position réaffirmée à l'A.N. le 18.4.1967, cité par D. MAUS Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République D.F., 1982, p. 286-287.

83 F. Mitterrand, A.N. 18.4.1967, cité par D. MAUS Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République, D.F. 1982, p. 287.

84 Discours à l'A.N. le 18.4.1967, préc.

85 Ceci nous a été confirmé par une interview de M. François GOGUEL (Paris, 18 nov. 1988), car cela ressortait clairement des lettres respectives de M. Debré à M.M. Mollet et PFLIMLIN, le 11 août 1958 (Cf. Documents pour servir... T.II, p. 700) et de M.F. GOGUEL à M. Monnerville, de la même date (idem p. 709); alors que le texte comportant les propositions de modifications adoptées par le CCC dispose que " Le Premier ministre peut engager.." (idem p. 592), le projet de Constitution adopté par le Comité interministériel et adopté par le peuple dispose "le Premier ministre engage " (idem p. 650).

86 En ce sens, Cf. notamment la déclaration de M. Messmer, pour se justifier d'un tel refus face à l'opposition qui s'était opposée à ce refus en déposant une motion de censure : " Le Gouvernement procède du chef de l'Etat, ce qui n'enlève rien au droit et au pouvoir de l'Assemblée de le contrôler, ni au devoir de ce Gouvernement d'informer celle-ci", cité par P. AVRIL, Un tournant du régime ? RDP 1973, p. 778.

responsabilité sur son programme, puisqu'il peut " éventuellement " - c'est à dire selon son bon plaisir - poser la question de confiance sur une déclaration de politique générale.

Alors que la cohabitation était sensée contraindre les acteurs au strict respect du texte, on ne peut manquer de s'étonner que le Premier ministre ait violé la Constitution en engageant la responsabilité de son Gouvernement non pas sur son programme, mais sur une déclaration de politique générale, le 9 avril 1986 (87). Car ici, si la violation de la Constitution est la même qu'avant 1986, elle semble plus inquiétante encore qu'avant, puisqu'elle ne peut même plus prétendre trouver de légitimation politique dans la situation du Gouvernement par rapport au chef de l'Etat. D'ailleurs, on peut également s'étonner de ce que celui qui est sensé veiller au respect de la Constitution aux termes de l'article 5 n'ait pas imposé le respect de sa lettre, qu'il connaissait pourtant bien puisqu'en 1967, il soulignait que l'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur son programme est obligatoire : " M. le Premier ministre (M. Pompidou) l'a si bien compris qu'au lieu de parler de programme, il s'est contenté de faire, selon ses propres mots, " une déclaration de politique générale " (88). Mais, puisque, abandonnant l'interprétation exégétique et donc parlementariste que la gauche avait eue de la Constitution globalement jusqu'à ce qu'elle accède au pouvoir, ses propres premiers ministres avaient eux-mêmes suivi cette " habitude délétère " (89), peut-être le Président de la République estima-t-il qu'il lui serait difficile de faire entendre raison à M. Chirac ?

Aurait-il eu le pouvoir de le faire ? La question peut être posée puisque s'il résulte clairement de l'article 49.1. que c'est le Premier ministre qui engage la responsabilité du Gouvernement, cela n'est possible qu'après la *délibération du Conseil des Ministres*, dont on sait qu'il est présidé par le chef de l'Etat (90). L'intérêt de l'exigence d'une délibération du Conseil des ministres est essentiellement d'éviter que la responsabilité du Gouvernement ne soit engagée par n'importe quel ministre à n'importe quel moment, comme c'était souvent le cas sous la III<sup>e</sup> République (91). Peut-on considérer que le Président de la République doit autoriser cet engagement de la responsabilité du Gouvernement (92) ? Il ne le semble pas, puisque la Constitution ne précise pas qu'il faut

87 A notre connaissance, ce point n'a pas été souligné. Sur cette déclaration, cf. Le Monde, 10 et 11 avril 1986, Le Figaro 10 avril 1986.

88 Discours à l'A.N. le 18.4.1967, préc.

89 F. Mitterrand, discours à l'A.N. le 18.4.1967, préc.

90 Cf. infra n° 80 et s..

91 C. DEBBASCH et alii Droit constitutionnel et institutions politiques, préc, p. 797. Sur l'efficacité très limitée de la constitutionnalisation de cette procédure sous la IV<sup>e</sup> République cf. J. SOLAL-CELIGNY Etude de la pratique de la question de confiance au cours des deux premières législatures de la IV<sup>e</sup> République, RDP 1960, p. 299 à 321.

92 J.C. COLLIARD note (dans commentaire des articles 49, 50 et 51, dans F. LUCHAIRE et G. CONAC La Constitution de la République française, Economica 1987, p. 968) que cette délibération permet la consultation du Président de la République " voire même, en raison des rapports établis sous la V<sup>e</sup> République, à l'autorisation de ce dernier ". Peut-on en déduire à contrario que, puisque sous la cohabitation ces rapports sont bouleversés, il

que le Premier ministre obtienne cette autorisation, ni même un décret présidentiel en Conseil des ministres, mais stipule seulement que la délibération doit avoir lieu (93). D'ailleurs, il est révélateur de constater que, sous la cohabitation, alors que le communiqué diffusé par le service de presse du Premier ministre lors du premier engagement de responsabilité du Gouvernement reprenait la formule habituellement employée sous la Ve République : " le Conseil des ministres a autorisé le Premier ministre à engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale : - conformément à l'article 49, alinéa 1, de la Constitution, sur sa déclaration de politique générale..." (94) lors de la seconde question de confiance, le compte-rendu du Conseil des ministres dispose au contraire que le Conseil des ministres a " délibéré de l'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur la déclaration de politique générale ", excluant donc toute autorisation présidentielle (95). M. Mitterrand ne semble jamais s'être opposé à la volonté de M. Chirac de demander la confiance du Parlement, ce qu'il fit à trois reprises, le 9 avril 1986 (96), le 7 avril 1987 (97), et enfin le 3 décembre 1987 (98), obtenant chaque fois une majorité de sept à treize voix. *Le but de ces questions de confiance* était de souligner que le Gouvernement, bien qu'opposé au Président de la République, était légitime, puisque malgré l'opposition de gauche et du Front national, il disposait de la majorité parlementaire; et de montrer au peuple et au Président de la République " la volonté sans faille de notre majorité de maintenir son union au service de la France " (99). Le Premier ministre demandait ainsi à la majorité - et en particulier aux députés barristes dès lors contraints de s'y rallier (100) - de s'engager " à défendre le Gouvernement " (101).

---

n'y a plus de possibilité d'autorisation présidentielle ? Cet auteur souligne que M. Chaban-Delmas a forcé la main au Président en mai 1972, et que le Président ne put trouver de parade qu'en indiquant que le Premier ministre était autorisé à utiliser la procédure "s'il le jugeait nécessaire".

93 Alors que G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER (dans Manuel de droit constitutionnel, 1988, préc, p. 516) estiment que l'exigence d'une délibération du Conseil des ministres avant l'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur son programme semble exclure tout automatisme et donc toute obligation d'engager cette responsabilité, M. PRELOT et J. BOULOUIS estiment que cette argumentation n'est pas probante, " cette exigence n'étant pas liée à l'absence d'obligation mais au caractère collectif de l'engagement de responsabilité " (dans Institutions politiques et droit constitutionnel, 1984, préc, p. 845).

94 Cf. Le Monde 11 avril 1986, p.16.

95 Le Monde 4.4. 1987, cité par P. AVRIL et J. GICQUEL, Pouvoirs n° 42, 1987, CCF, p. 192.

96 Le texte de cette déclaration est dans Le Monde du 11 avril 1986, ce texte avait été communiqué le jour même en fin de matinée à l'Elysée, 292 voix pour, (155 RPR, 131 UDF, 1 Front national, et 5 non-inscrits), 285 voix contre (212 PS, 34 FN, 35 PC et 4 non-inscrits). Comme M. Mermaz en 1981, M. Chaban-Delmas, président de l'Assemblée nationale, a participé au scrutin ( P. AVRIL et J. GICQUEL, Pouvoirs n° 38 1986 CCF p. 194)

97 Déclaration approuvée par 294 voix (les 159 RPR, les 130 UDF, 1 FN, et 4 non-inscrits), contre 282 (les 211 PS, les 35 PC, 32 FN et 4 non-inscrits) cf. P. AVRIL et J. GICQUEL Pouvoirs n° 42 1987, CCF p. 192.

98 Pour M. Chirac, dont cette initiative avait surpris certains membres de l'UDF, il s'agissait de réaffirmer l'union de la majorité autour du Gouvernement, cette déclaration a été approuvée par 295 voix (Les 157 RPR, les 132 UDF, 1 Front national, 5 non-inscrits), contre 282 (Les 214 PS, les 35 PC, 32 F.N. et 1 non-inscrit). Ici non plus il n'y eut pas d'abstention. (Cf. P. AVRIL et J. GICQUEL Pouvoirs n° 45 1988, CCF, p. 197).

99 Déclaration de politique générale de M. J. Chirac le 3.12.1987, cité par P. AVRIL et J. GICQUEL Pouvoirs n° 45 1988, CCF p. 197.

Pour la première fois sous la Ve République, il n'y a eu aucune abstention à l'occasion de ce premier vote de confiance parlementaire, mais il est vrai qu'il s'agissait de la majorité la plus courte qu'on eût connu sous ce régime (avant 1988) (102).

Par ailleurs, puisque la majorité du *Sénat* était également favorable au Gouvernement, le Premier ministre lui demanda aussi de lui apporter son soutien en application de l'article 49.4 de la Constitution, qui prévoit que " le Premier ministre a la faculté de demander au Sénat l'approbation d'une déclaration de politique générale ", renouant ainsi avec une pratique interrompue depuis 1981 (103), et qui tend à rendre une place importante au Sénat. On notera que l'emploi de l'expression " a la faculté " montre le caractère discrétionnaire de cette disposition et renforce, par à contrario, le caractère de l'impératif contenu dans l'alinéa premier. En outre, on n'évoque ici qu'une déclaration de politique générale, ce qui implique que cette déclaration peut se faire à n'importe quel moment, et renforce également à contrario l'interprétation de l'alinéa 1, car on voit mal pourquoi les rédacteurs de la Constitution (membres du Gouvernement et conseillers d'Etat) auraient employé deux termes différents (programme et déclaration de politique générale) s'ils étaient synonymes. Enfin, aucune délibération du Conseil des ministres n'est exigée ici, ce qui renforce encore le caractère discrétionnaire de l'emploi de cette faculté. Pendant la cohabitation, chaque fois que le Gouvernement engagea sa responsabilité sur une déclaration de politique générale, il demanda parallèlement, quelques jours plus tard, un vote de confiance du Sénat, sur une déclaration de politique générale dont le contenu n'était pas nécessairement rigoureusement identique à celui de la déclaration faite à l'Assemblée (104). Chaque fois, il reçut un soutien sans équivoque des Sénateurs. (105). Sur le plan de la procédure, observons que, le jour de l'engagement de la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale, le texte de la déclaration fut lu au Sénat, mais tandis que la seconde fois cette lecture donna lieu à un débat, la troisième fois elle ne fut suivie d'aucune

---

100 Bien que très hostile à la cohabitation, et bien qu'il ait plusieurs fois annoncé qu'il ne voterait pas la confiance à un gouvernement de cohabitation (cf. notamment Faits et arguments n° 33 fév. 1986 p. 4), M. Barre s'est résigné à voter la confiance au Gouvernement de M. Chirac pour ne pas pouvoir être accusé d'avoir fait échouer la cohabitation que les français semblaient avoir voulue (cf. *Le Monde* 11 avril 1986).

101 Déclaration de politique générale de M. Chirac le 7 avril 1987, le Premier ministre précise qu'il s'agit d'un "nouveau contrat" pour franchir "l'étape de 1988" à l'issue de laquelle l'Assemblée "qui a été élue pour cinq ans, pourra continuer sa tâche" (P. AVRIL et J. GICQUEL *Pouvoirs* n° 42, 1987, p. 192).

102 Cf. F. LUCHAIRE et G. CONAC *La Constitution de la République française*, préc. p. 980-981.

103 C'était la 4ème application de cette disposition que M. J. Chirac avait inaugurée le 10 juin 1975, la confiance fut accordée par 205 voix contre 98. Sur le rôle du Sénat sous la Ve République, cf. J.C. Villeneuve *L'évolution du rôle du Sénat depuis 1981, Après-demain* n° 271-272, fév. Mars 1985, p. 36-38.

104 Ainsi la déclaration faite au Sénat le 15 avril 1986 au Sénat reprenait-elle les points les plus importants de celle qui avait été faite à l'Assemblée, mais elle comportait certains éléments nouveaux (cf. *Le Monde* 17 avril 1986).

105 Le 15 avril 1986, le Gouvernement fut soutenu par 205 voix contre 98; le 15 avril 1987, cette déclaration de politique générale fut adoptée par 226 voix contre 84; le 9 décembre 1987, elle obtint 226 voix contre 68 (cf. *Le Monde* 11.12.1987).

discussion, en application de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui avait considéré en 1976 que cette lecture n'était qu'un " acte de simple information " qui " ne saurait donner lieu à une réponse d'un membre du Sénat " (106).

Relevons en outre que le Gouvernement prit l'initiative de faire des déclarations suivies de débat devant l'Assemblée nationale (sur la lutte contre le terrorisme le 7 octobre 1986, sur la politique étrangère le 16 juin 1987, les privatisations le 27 octobre 1987) ou devant le Sénat (sur la politique agricole le 23 juin 1987) pour informer les parlementaires des résultats de la politique gouvernementale.

**b) Un Gouvernement contrôlé par le seul Parlement.**

**55** " C'est bien le processus parlementaire, c'est à dire représentatif, qui fabrique le pouvoir gouvernemental, et c'est encore lui qui, l'ayant " fabriqué ", en assure le maintien. Cette fonction de création du pouvoir gouvernemental, le Parlement en effet ne cesse pas de la remplir durant toute la durée de la législature. Sa capacité constante de mettre un terme à l'existence du Gouvernement en place et le fait qu'il soit le seul à pouvoir juridiquement le faire renforcent encore l'importance primordiale de cette fonction ". On peut se demander, avec Jean-Luc Parodi, dans quelle mesure ce schéma s'applique bien à la France (107), au moins avant la cohabitation. D'abord parce que sa faculté de renverser le Gouvernement paraît largement hypothétique. En fait, l'auteur relève que cet argument ne tient pas, puisque même si le Gouvernement n'a été renversé qu'une fois sous la Ve République, on observe une situation comparable dans la plupart des régimes parlementaires, et cela signifie en réalité que le Parlement n'a pas jugé nécessaire d'aller jusqu'à cette extrémité (108). En effet, la fonction essentielle de la majorité parlementaire est de soutenir le Gouvernement, en contrôlant qu'il exécute le programme pour l'exécution duquel les députés ont été élus. En 1986, on réalise pour la première fois clairement que le Gouvernement n'est pas responsable devant le chef de l'Etat mais devant la seule Assemblée nationale (monobstant les dispositions de la Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 prévoyant que le Gouvernement doit être responsable devant le " Parlement ", la

---

106 Décision 76-64 du 2.6.1976, cité par P. AVRIL et J. GICQUEL, Pouvoirs n° 42, 1987, CCF, p. 192. et n° 45, 1988, p. 197.

107 J.L. PARODI Les parlements aujourd'hui : mythes et réalités, dans Les parlements aujourd'hui, Cahiers Français, D.F., 1976, p.4.

108 Cf. J.L. PARODI, Les parlements aujourd'hui : mythes et réalités, préc., p. 4.

Constitution du 4 octobre 1958 n'organise la responsabilité du Gouvernement que devant l'Assemblée nationale (109), et non devant le Sénat).

Le Gouvernement ne se considère plus responsable devant le Président de la République. L'article 8 de la Constitution prévoit-il que le Président de la République met fin aux fonctions du Premier ministre " sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement ", le Général de Gaulle a-t-il précisé explicitement devant le Comité consultatif constitutionnel que le *Gouvernement n'est pas responsable devant le Président de la République* (110)? Cela n'empêche pas le Général de Gaulle de déclarer que le chef de l'Etat " a la faculté de le changer " quand bon lui semble. Et s'il a remercié M. Michel Debré ou G. Pompidou au moment qu'il jugeait opportun, il semble qu'en réalité l'un comme l'autre ait souhaité démissionner avant que le général ne leur accorde cette faveur (111). Il s'en suivit qu'en pratique le Premier ministre s'estimait tenu de donner sa démission au Président de la République dès que celui-ci la lui demandait, considérant qu'il serait un " triste sire " s'il s'accrochait ainsi à son poste (M. J. Chaban-Delmas (112)), car " sans le double aval du Président de la République et de l'Assemblée nationale qui, tous deux, bénéficient de la légitimité conférée par le suffrage universel, le Premier ministre ne s'estimerait pas en situation de continuer à exercer ses fonctions " (M. P. Mauroy (113). Plus encore, il suffisait que le Premier ministre obtienne la confiance massive du Parlement pour que cela provoque sa disgrâce - ce qui fut le cas de M. Chaban-Delmas), ou que le Parlement les censure pour qu'ils soient reconduits dans leurs fonctions (ainsi pour G. Pompidou). " Les premiers ministres ne sont partis que victimes des combinaisons, des suspicions et de l'ingratitude du prince, jamais par la perte de la

109 Cf. D. MAUS, communication au colloque L'écriture de la Constitution, Aix-en-Provence 8-10 septembre 1988, *Le Sénat*, p.47.

110 Cf.D.F. Documents pour servir, T.II, p. 300.

111 Cf.en ce sens les témoignages apportés au colloque organisé par l'AFSP et l'Institut Charles de Gaulle sur Les rapports du Président de la République et du Premier ministre (1959-1969), Paris, 17-18 nov. 1988.

112 Réponse à M. F. Mitterrand à l'Assemblée nationale, le 15 octobre 1970 (J.O. du 16.10, p. 4339).

113 Réponse à une question écrite le 22 mars 1982, cité par J. MASSOT Les rapports du Président de la République et du Premier ministre de 1958 à 1982, dans M. DUVERGER (dir.) Les régimes semi-présidentiels, PUF, 1986, p. 288. Dans le même sens, cf. G. Pompidou, en qualité de Premier ministre, répondant à des questions orales avec débats à l'Assemblée nationale le 24 avril 1964 (J.O. du 25. 4. 1964, p. 941 et s.); J. Chirac, interview au Figaro (Figaro du 15-16 juin 1974 : "Il ne peut pas y avoir de divergences de vue entre le Président et le Premier ministre. C'est là un élément essentiel de nos institutions. Et si cela arrivait, le Premier ministre devrait donner sa démission", et interview à Antenne 2 le 16 juin 1975 à 20 h 30 : " si, pour une raison ou pour une autre, le Président de la République retire un tant soit peu de sa confiance au Premier ministre, l'esprit, pas la lettre, l'esprit de nos institutions, selon moi, impose au Premier ministre de se retirer. C'est ce que je ferais pour ma part instantanément ", de même dans sa déclaration à la presse ministérielle le 12 avril 1976 (cité par F. de BAECQUE Qui gouverne la France, PUF 1976, annexes); voir également les échanges de lettres entre Président de la République et Premier ministre lors de la démission de ce dernier, dans D. MAUS Les grands textes de la pratique institutionnelle de la Ve République, D.F., mise à jour 1987, p. 40 et§ suiv.



majorité parlementaire " (114) ce qui montre à quel point le Parlement avait perdu la maîtrise de la détermination du pouvoir gouvernemental . M. Mitterrand s'était vivement dressé contre cette pratique, avant de la suivre lui-même (115). A l'heure de la cohabitation, chacun admet avec M. Stéphane Rials que " d'une manière générale la nature des rapports Président-Premier ministre depuis vingt ans, et notamment le système de la " démission - révocation ", ne tiennent aucunement à une quelconque coutume en voie d'élaboration : il s'agit de simples pratiques fondées sur l'identité conjoncturelle des majorités présidentielle et parlementaire " (116). L'absence de droit de révocation du Premier ministre par le Président n'est plus contestée par personne, Constitution oblige. M. Jean Massot relève que " le Président pourrait seulement le contraindre à la démission, en refusant, en particulier, de signer les actes qu'il présenterait. Cela ouvrirait évidemment une crise grave " (117). On peut en effet se demander si, en refusant de signer certaines nominations ou ordonnances, le Président de la République ne voulut pas pousser M. J. Chirac à déclencher une crise institutionnelle, mais ses refus furent toujours assez limités pour ne pas donner l'impression qu'il déclenchait lui-même cette crise.

Enfin, on peut se demander si le Président de la République ne peut pas, en réalité, révoquer indirectement le Premier ministre, en dissolvant l'Assemblée nationale (puisqu'il s'agit d'une compétence discrétionnaire). Juridiquement, ce n'est pas certain, puisque la Constitution ne fait pas expressément obligation au Premier ministre de démissionner *à l'issue d'élections législatives* (alors que la Constitution de 1946 prévoyait explicitement que le Président de la République désignait un Premier ministre au début de chaque législature). Tous les Premiers ministres ont cependant cru devoir démissionner après l'élection d'une nouvelle assemblée (118). Cette question fut posée par M. Mitterrand à la fin de la cohabitation, qui observait que si, en " droit strict " la Constitution n'imposait pas la démission du Premier ministre *après une élection présidentielle*, la solution contraire reviendrait à paralyser l'exercice du pouvoir propre que le chef de l'Etat nouvellement élu tient de l'article 8 alinéa 1 de la Constitution (119). Mais M. Chirac le rassura en lui disant qu'il ne refuserait pas de démissionner (120), ce qu'il fit (121). Si l'on peut admettre avec Olivier Duhamel et Jérôme Jaffré que le maintien au pouvoir d'un Premier ministre à

114 J. PETOT *La Ve République et la continuité du pouvoir sous de Gaulle et Pompidou*, RDP 1974, p.1657.

115 Cf. Sa question orale à l'Assemblée nationale le 24 avril 1964, J.O. du 25.4. 1964).

116 S. RIALS, *Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle*, R.A. 1979, n° 189 p. 272; et cf. A. HOMONT, *La démission de J. Chaban-Delmas en juillet 1972 (Contribution à l'étude de la " démission-révocation " sous la Ve République)*, RDP 1972, p. 1479-1526.

117 J. MASSOT *La présidence de la République en France*, D.F., 1977, p. 118.

118 Cf. J. MASSOT *Les rapports entre le Président de la République et le Premier ministre de 1958 à 1982*, préc. p. 287.

119 P. AVRIL et J. GICQUEL *CCF Pouvoirs* n° 46 1988, p. 189.

120 Lors du débat sur TF 1 et A. 2 dans le cadre de l'élection présidentielle, le 28 avril 1988 (*Le Monde* 28.4.1988).

121 Le 10 mai 1988, J.O. p. 7013. On observera que le Gouvernement Rocard I donna également sa démission après les élections législatives, et que fut nommé le Gouvernement Rocard II.

l'issue d'élections présidentielles paralyse l'exercice du pouvoir propre du Président de la République de nommer le Premier ministre (122), la Constitution n'impose pourtant pas expressément la démission du Premier ministre à l'issue d'élections présidentielles ou législatives. Ce problème aurait pu se poser pendant la cohabitation - ou pourrait se produire dans une nouvelle hypothèse de coexistence - non pas après les élections présidentielles, mais à la suite d'élections législatives, si le Président de la République dissout une Assemblée hostile et se voit renvoyer une chambre qui soutient toujours le Premier ministre politiquement opposé au Président de la République. Par contre, dans tous les cas où la majorité nouvelle est hostile à l'ancien Premier ministre qui s'accroche au pouvoir, la question ne se pose pas vraiment puisque la nouvelle majorité - à condition qu'il y en ait une - peut renverser son Gouvernement. Juridiquement, l'Assemblée nationale est donc seule habilitée à renverser le Gouvernement, le Président ne pouvant indirectement parvenir à ce résultat par l'usage du droit de dissolution avec de bonnes chances de résultat que si le peuple lui renvoie une majorité hostile au Premier ministre. La cohabitation redonne ainsi toute son ampleur à la fonction parlementaire de création et de soutien du Gouvernement.

L'Assemblée peut renverser le Gouvernement de sa propre initiative, par le vote d'une motion de censure selon les conditions très rigoureuses de *l'article 49 alinéa 2* de la Constitution. Une seule motion de censure spontanée fut déposée pendant la cohabitation, et elle fut rejetée, - mais on sait qu'une seule motion de censure fut adoptée sous la Ve République, durant la crise de 1962 - toutes les autres ayant été consécutives à l'engagement de la responsabilité du Gouvernement. Le Premier ministre peut en effet engager la responsabilité du Gouvernement, soit sur son programme ou sur une déclaration de politique générale, comme on vient de le constater, soit sur le vote d'un texte, en application de *l'article 49.3* de la Constitution. Dans un cas comme dans l'autre, cette procédure permet au Gouvernement de contraindre la majorité parlementaire à lui apporter son soutien. Mais les risques pris par le Gouvernement sont beaucoup moins importants dans le cadre de *l'article 49.3* que dans celui de *l'article 49.1.*, puisque tandis que le décompte des voix se fait normalement, à la majorité simple des voix exprimées pour l'engagement de la responsabilité gouvernementale sur son programme ou sur une déclaration de politique générale, en cas d'engagement de la responsabilité sur le vote d'un texte, ce sont les dispositions de *l'article 49.2*, relatif à la motion de censure, qui s'appliquent. C'est à dire que la motion de censure doit recueillir la majorité absolue des sièges composant l'Assemblée, les votes blancs ou nuls étant présumés être en faveur du Gouvernement. Cet article, très vivement critiqué parce qu'il permet l'adoption d'une loi sans vote - puisque la loi est considérée comme adoptée si aucune motion de censure n'est

---

122 O. DUHAMEL et J. JAFFRE *Le nouveau Président* Seuil 1987, p. 240. Les auteurs observent que M. F. GOGUEL s'est également prononcé en ce sens.

déposée dans le délai de 48 h et si elle n'est pas adoptée, réduisant ainsi le pouvoir législatif du Parlement à un " simple droit de veto " (123) - a été imaginé avant la Ve République (124), pour permettre à un Gouvernement de surmonter une obstruction parlementaire, mais son emploi devait rester tout à fait exceptionnel selon M. Michel Debré, qui avait rassuré les très vives inquiétudes des membres du Comité consultatif constitutionnel à l'endroit de cette procédure : " je reconnais que l'application de ce paragraphe 3, répétée chaque mois et plusieurs années, serait la destruction non seulement du système mais de l'autorité gouvernementale " (125). Néanmoins, il fut largement utilisé sous la Ve République, et la cohabitation lui redonna " une belle vigueur " (126). Il avait été mis en oeuvre dix huit fois entre janvier 1959 et janvier 1980 (dont six fois au cours de la seule session d'automne 1979), onze fois sous la septième législature, sur six textes - monobstant la vive opposition que la gauche avait manifestée contre ce texte - (127). Il sera utilisé huit fois en deux ans pendant la cohabitation (128). Le recours à ce " marteau pilon " (129) est, comme auparavant, expliqué partiellement par l'obstruction parlementaire (130), et par la conviction qu'ont parfois les députés de la majorité que tout débat risque de gêner le Gouvernement (131). Mais elle revêt une signification nouvelle, car elle devient un moyen pour la majorité parlementaire de lutter contre le Président de la République, et en particulier de faire bloc derrière le Gouvernement pour adopter les textes pour lesquels M. François Mitterrand avait refusé de signer les ordonnances : en matière de privatisation, de

123 Selon l'expression très juste de Paul REYNAUD, dans questions au Président du Conseil, CCC, le 8 août 1958, cf. D.F. Documents pour servir, T.II, p. 303.

124 Sur les origines de l'article 49.3., notamment dans le mouvement de réforme de l'Etat, cf. A. MATHIOT Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français, reproduit dans Pages de doctrine, LGDJ, préc., p. 437.; et M. LASCOMBE Le Premier ministre, clef de voûte des institutions ? L'article 49, alinéa 3 et les autres...RDP 1981, p. 109.

125 Réponse à Paul REYNAUD, CCC, 13 août 1958, après-midi, Cf D.F. Documents pour servir... préc., T.II, p.505.

126 C. BIGAULT La pratique parlementaire sous la cohabitation, D.F. Regards sur l'actualité n° 141, mai 1988, p.5.

127 5 fois en 1982, 3 en 1984, 3 en 1985, d'après C. BIGAULT, art. préc., p. 8. Sur la pratique parlementaire entre 1981 et 1986, cf. notamment D. MAUS, rapport à Oxford, sept. 1986; J.C. MASLET La fonction parlementaire sous la Ve République, R.A. 1985, n° 226, p. 327.

128 13 mai 1986 Projet de loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, 20 mai 1986 projet relatif à l'élection des députés et autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales, 28 mai 1986 projet de loi de finances rectificative pour 1986, 24 juillet 1986 projet de loi relatif aux diverses dispositions d'ordre économique et social, 5 août 1986 projet relatif à la liberté de communication, 10 octobre 1986 Projet relatif à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, 22 octobre 1986 idem après CMP, 20 mai 1987, projet de loi relatif à la durée et à l'aménagement du temps de travail.

129 Selon l'expression d'Olivier DUHAMEL, dans l'émission Sommes-nous entrain de changer de Constitution ?, J. JULLIARD, France-Culture, préc.

130 Cf. F. GOGUEL, débat Sommes-nous entrain de changer de Constitution ? sur France-Culture, préc.; Communication de P. AVRIL Le Parlement sous la VIIIe législature 1986-1988, à la réunion de l'AFSP, GETUPAR, Paris, 4 nov. 1988, p. 2.; et Le Monde 26 avril 1986 Le Gouvernement veut rendre le PS responsable d'un éventuel recours à l'article 49.3.

131 O. DUHAMEL, Débat préc. sur France-Culture.

délimitation des circonscriptions pour les élections législatives, et d'aménagement du temps de travail. Cette nouvelle conception de l'article 49. 3. peut expliquer l'image assez " surréaliste " (132) d'une majorité de députés demandant au Gouvernement d'utiliser l'article 49.3. Néanmoins cette utilisation très fréquente de l'article 49.3 fut vivement critiquée, non seulement par l'opposition, mais par la majorité elle-même, en particulier par M. Raymond Barre : lorsque j'ai utilisé l'article 49, c'était " parce qu'un parti de la majorité, le RPR, refusait de (les) voter. Je n'ai jamais utilisé l'article 49.3 pour escamoter un débat, ni pour museler l'opposition. J'ai toujours engagé la responsabilité du Gouvernement après discussion du texte et en retenant des amendements des commissions compétentes ou des membres de l'Assemblée. Cela n'a rien à voir avec l'utilisation à répétition de l'article 49 alinéa 3 depuis avril 1986 " (133). Christian. Bigault note cependant qu' " aucune loi ( pendant la cohabitation) n'a été adoptée dans au moins un vote positif de l'une des deux assemblées, alors que cela avait été deux fois le cas sous la septième législature, et trois fois entre 1960 et 1967 (134). S'agissant des textes reprenant les ordonnances que le Président de la République avait refusé de signer, la majorité parlementaire fit valoir qu'elle en avait déjà délibéré lors de l'octroi de la loi d'habilitation.

Ici encore, se pose la question de la portée de l'obligation d'une *délibération du Conseil des ministres* et des prérogatives du Président de la République au sein de ce conseil (135). Interrogé par M. le Doyen Vialle sur la question de savoir quel raisonnement pourrait justifier un tel refus, M. Queyranne répondit que l'article 5 autoriserait le Président de la République à empêcher le recours à cette procédure si le Premier ministre en abusait - comme l'avait souligné G.Deferre -, relevant que le communiqué du Conseil des ministres stipulait que le Premier ministre est " autorisé " à l'utiliser (136). Mais l'article 5 n'est-il pas lui-même allégué pour justifier tous les abus de pouvoirs du Président de la République ? De plus, on voit mal pourquoi le chef de l'Etat devrait se faire le défenseur du Parlement, alors que les députés sont seuls habilités par la Constitution à renverser le Gouvernement (et même s'il n'y avait pas de majorité politique absolue à l'Assemblée nationale, une telle majorité pourrait être aisément réunie contre un Gouvernement qui abuserait manifestement de ses droits envers le Parlement). On doit au contraire estimer que la faculté d'engager la responsabilité du Gouvernement sur un texte appartient exclusivement au Premier ministre, seul juge de l'opportunité du recours à l'article 49.3. Cela résulte

---

132 O. DUHAMEL, débat préc. sur France-Culture.

133 R. BARRE, les institutions Faits et arguments n° 42, janvier 1987, p. 5.

134 Cela avait été le cas, sous la 7ème législature, des lois de 1982 sur le blocage des prix et des salaires et de 1986 sur l'aménagement du temps de travail, adoptées, l'une et l'autre, sans vote favorable d'aucune des deux chambres, et auparavant de la loi de programmation militaire de 1960, de la loi de finances rectificative de 1962, et de la loi d'habilitation en matière économique et sociale de 1967.

135 Cf. supra, n° 54

136 Cf. 4ème entretiens juridiques de la faculté de droit de Lyon III, 16-17 oct. 1986, La cohabitation, ed. Faculté de droit de Lyon, p. 179.

clairement de la rédaction de la Constitution, qui ne prévoit aucune sorte d' autorisation présidentielle pour l'exercice de cette prérogative, qui est une compétence discrétionnaire du Premier ministre, qu'il peut utiliser en toute liberté pourvu que soit remplie l'exigence d'une délibération du Conseil des ministres (dans laquelle la cohabitation a bien montré que le Président de la République ne peut imposer sa volonté)<sup>(137)</sup>. semble ressortir de l'évolution du communiqué officiel du Conseil des ministres, parallèle à celle que l'on a observée pour l'article 49.1, puisque si la formule traditionnelle " le Conseil des ministres a autorisé le Premier ministre ..." a été utilisée au début de la cohabitation, elle est corrigée à partir du 8 octobre 1986, le communiqué diffusé par le service de presse de Matignon précisant que " conformément l'article 49, alinéa 3 de la Constitution, et à la demande du Premier ministre, le Conseil des ministres a délibéré sur l'engagement..." (138).

Tous ces engagements de responsabilité donnèrent lieu à une motion de censure, qui fut repoussée chaque fois, sauf lors de l' examen du texte élaboré par la commission mixte paritaire sur le découpage électoral (une motion de censure avait été déposée en première lecture) (139). L'objet du dépôt de ces motions de censure vouées à l'échec était d'appeler l'attention du peuple sur la pratique autoritaire du Gouvernement, que l'on contraignait ainsi à s'expliquer sur des points sur lesquels il voulait éviter de faire durer les débats. L'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur le vote d'un texte paraît d'autant plus choquant en période de cohabitation qu'il est souvent couplé avec une autre procédure restrictive des droits du Parlement, comme le recours aux ordonnances ou au vote bloqué. Ainsi le Parlement n'est-il pas être devenu aussi puissant qu'on aurait pu l'imaginer.

---

137 Rappelons qu'aux termes de l'article 49.3 de la Constitution, " Le Premier ministre *peut*, après *délibération* du Conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement....." l'emploi du verbe *pouvoir* montre le caractère discrétionnaire de cette compétence, et le choix du terme *délibération* montre bien que la Constitution ne prévoit aucune autorisation, aucun accord du Président de la République. Sa présidence du Conseil des ministres ne lui donne pas les pouvoirs du Chef du Gouvernement, qui reste, aux termes de l'article 21 de la Constitution, le Premier ministre.

138 P. AVRIL et J. GICQUEL précisent que " cette nouvelle formulation fait suite aux divergences d'appréciation sur le recours à l'article 49.3 pour le découpage électoral (Le Monde 9 et 10 octobre 1986), qui évoque la controverse de 1979 et la lettre de M. G. Deferre au chef de l'Etat ainsi que la réponse de M.V.GISCARD d'Estaing (CCF, 13, p. 428)."(Pouvoirs n° 41, 1987, p.223).

139 Cf. C. BIGAULT La pratique parlementaire sous la cohabitation, préc., p. 8.

## B LE PARLEMENT RESTE UNE CHAMBRE D'ENREGISTREMENT

" La majorité est courte, la majorité est disparate, la majorité sera soumise. D'autant que la Constitution organise cette soumission . Le Président de l'Assemblée nationale ne choisit pas les députés, mais le Premier ministre choisit les ministres. La majorité parlementaire ne fixe pas l'ordre du jour des travaux gouvernementaux, mais le gouvernement fixe l'ordre du jour des travaux parlementaires. Le Parlement n'impose pas au gouvernement tel texte sous peine de dissolution, mais le Premier ministre impose au Parlement tel texte sous peine de censure. Bref, hors la défense et les affaires étrangères, la décision politique ne part plus de l'Elysée et n'y remonte pas, mais elle n'émane pas davantage de l'Assemblée. Il y a même quelque chose de stupéfiant dans ce cantonnement maintenu du pouvoir des députés alors qu'ils sont devenus la source de légitimité du nouveau pouvoir " (140). Pas plus que sa mission de contrôle, la fonction législative du Parlement ne semble en effet avoir connu de revalorisation pendant la cohabitation, car son activité est entièrement dirigée - on ne peut plus énergiquement - par le Gouvernement (1). Mais on doit observer que derrière ce paradoxe se dessine une signification nouvelle de la soumission du Parlement au Gouvernement ( 2 ).

### 1) Le Parlement marche " à la baguette " .

Pour mettre fin à l'instabilité ministérielle des précédentes Républiques, la Constitution du 4 octobre 1958 vise à rétablir l'équilibre des pouvoirs, par la restauration du droit de dissolution, le retour à un bicamérisme équilibré, la constitutionnalisation des délégations législatives; aussi rationalise-t-elle le travail parlementaire de façon drastique, en permettant la direction effective du travail législatif par le Gouvernement, en renforçant son autorité dans la fixation de l'ordre du jour, en accordant la priorité au texte gouvernemental lors de la discussion en séance publique, en donnant le libre-accès et la liberté de parole pour les ministres en commissions en et séance publique, en rénovant le

---

140 O. DUHAMEL Les premières élections législatives de la Ve République, dans E. DUPOIRIER et G. GRUNDBERG, op. préc.; Cf. aussi l'intervention de M. J.Y.de CARA La cohabitation, aux 4èmes entretiens juridiques de la Faculté de droit de Lyon, préc., p. 168.

système de commissions... (141). et ce, dans un large consensus (142). A l'épreuve de la cohabitation, la rationalisation de la Ve République révélera toute son efficacité. " Alors que la cohabitation aurait dû rendre son rôle au Parlement, on observe qu'elle conduit actuellement à une réduction considérable de ce rôle " s'indigne M. J.J. Queyranne (143). Cette affirmation est peut-être un peu excessive, puisque la cohabitation a marqué quelques progrès à certains égards dans l'exercice de la fonction législative ( a ), mais il est vrai qu'elle a parallèlement permis une régression de cette fonction ( b ).

a) Quelques progrès dans l'élaboration des lois.

56 La cohabitation a permis " une certaine revitalisation de l'institution parlementaire " (144) sur certains points, en particulier au niveau du bicamérisme et de l'initiative législative du Parlement.

" *Le bicamérisme* a incontestablement mieux fonctionné qu'auparavant. Il était d'ailleurs difficile d'avoir une situation plus détériorée que celle de la VIIe législature ", constate M. Pierre Avril (145). En effet, " entre 1981 et 1986, la détermination des sénateurs, alors majoritairement défavorables au Gouvernement, à fonctionner en véritable " chambre d'opposition " (146), conjuguée à la résolution des députés de la majorité de faire le minimum de concessions, avait sérieusement perturbé le bicamérisme. Le retour au Palais-Bourbon d'une majorité accordée à celle du Sénat a évidemment favorisé l'entente des deux assemblées sous la cohabitation " (147). Le Gouvernement a marqué sa confiance et sa reconnaissance à la Chambre haute en déposant 41 % des projets de loi en première lecture devant elle, ce qui permettait également de mieux répartir le travail entre les deux assemblées. Mais ce progrès n'est pas fondamental puisque sous la VIIe

141 On notera qu'ainsi, la plupart des propositions faites par M. F. GOGUEL à la Table ronde de l'AFSP en 1954, ont été reprises par la Constitution, à l'exclusion de la délégation législative aux commissions (cf. M. BONNARD *Le statut du Parlement et des parlementaires*, communication au colloque sur le XXXe anniversaire de la Constitution, Aix-en-Provence 8-10 sept. 1988., p. 7.).

142. J. LAPORTE souligne que la rationalisation du parlementarisme dans la Constitution de 1958 a fait l'objet d'un large consensus (dans *La procédure législative*, communication au colloque du XXXe anniversaire de la Constitution, Aix-en-Provence 8-10 sept. 1988.

143 Intervention aux quatrièmes entretiens juridiques de la Faculté de Droit de Lyon, 16-17 octobre 1986, préc., p. 174.

144 C. BIGAULT *La pratique parlementaire sous la cohabitation*, préc. p.10.

145 P. AVRIL *Le Parlement sous la VIIIe législature*, AFSP, GETUPAR, Paris, 4 nov. 1988, préc., p. 3.; Sur les pouvoirs du Sénat sous la Ve République, cf. le numéro 44, 1988 de la revue *Pouvoirs*, consacré au Sénat, et D. MAUS *Le Parlement Français, de l'alternance à la cohabitation (1981-1987)*, Maison française d'Oxford, 16-17 octobre 1987; J.P. Fourcade *A propos du rôle du Sénat dans Méli. M. DUVERGER*, PUF, 1987.

146 D. MAUS *Le Sénat, l'Assemblée nationale et le Gouvernement*, *Pouvoirs* n° 44, 1988.

147 C. BIGAULT, art. préc., p. 12.

législature, le taux des projets de loi déposés en premier lieu était resté d'environ 30% en moyenne (de 41 % en 1983). Bien plus éloquents sont les succès des commissions mixtes paritaires, puisqu'elles ont toujours permis de déboucher sur un accord, si bien que le Gouvernement n'eut pas à donner le dernier mot à l'Assemblée nationale, en application de l'article 49 alinéa 5 de la Constitution (148). En effet, alors que de 1959 à 1981, le dernier mot avait été donné à l'Assemblée nationale dans 19 % des cas (60 fois) , ce chiffre s'était élevé à 70 % entre 1981 et 1986 (soit 141 fois) (149). Ensuite, la première lecture après commission mixte paritaire a eu lieu au Sénat, et non à l'Assemblée nationale, dans 14 cas. De plus, M. Pierre Avril souligne " les pratiques sénatoriales originales, telles que par exemple les commissions mixtes paritaires à priori (privatisations) consistant pour le Sénat à faire inclure des amendements à l'Assemblée nationale de façon à pouvoir voter conforme le texte, ou la pratique de la question préalable positive, à propos de laquelle on peut s'interroger sur un éventuel détournement de procédure " (150).

Enfin, les deux chambres ont retrouvé *l'initiative des lois* dans des proportions inédites. Le record absolu de la Ve République a été battu sous la cohabitation : 18,9 % des lois, soit 33 lois, sont d'origine parlementaire, ce qui est nettement plus satisfaisant pour la fonction législative du Parlement que les 4,8 % de la VIIe législature (151). Certes, ces initiatives n'étaient peut-être pas toujours totalement spontanées, et elles avaient l'avantage d'éviter au Gouvernement d'éventuelles objections du Conseil d'Etat (qui n'est pas consulté pour les propositions de loi, alors qu'il l'est obligatoirement pour les projets de loi), ou les critiques du Président de la République en Conseil des ministres (152). Le nombre d'amendements d'initiative parlementaire adoptés a également été très important (24 %), même s'il marque un reflux par rapport à la période 1981-1986, cela montre un progrès au regard des années précédentes (153). Néanmoins, si l'on examine non pas le nombre *total* de ces amendements, mais le nombre *moyen* par loi de ces amendements à l'Assemblée nationale, la période de la cohabitation se caractérise par un recul très net du nombre d'amendements adoptés par rapport à la période 1981-1986, et par rapport à la pratique ultérieure à 1988 (154) et une situation peu différente de celle que l'on observait avant 1981. Cela s'explique par le fait que les tensions existant entre les

---

148 Cf. P. AVRIL, *Le Parlement sous la VIIIe législature, préc.*, et P. AVRIL et J. GICQUEL *Bilan de la VIIIe législature, Pouvoirs n° 47, 1988, p. 189.*

149 P. AVRIL *Le Parlement sous la VIIIe législature, préc.*, p. 3.; et, sur l'abus du recours à l'article 45 sous la 7ème législature, cf. M. Pierre Note sur la rationalisation de la navette parlementaire et l'équilibre des pouvoirs constitutionnels, RDP 1982, p. 1675-1679.

150 P. AVRIL *Le Parlement sous la VIIIe législature, préc.*, p.4.

151 Cf. P. AVRIL et J. GICQUEL *Bilan de la VIIIe législature, Pouvoirs n° 47, 1988, CCF, p. 189.*

152 O. DUHAMEL, A l'épreuve de la cohabitation, dans *La Constitution de la Ve République, préc.*, p. 549.

153 C. BIGAULT, *art. préc.*, p. 10-11.

154 Cf. G. CARCASSONNE *Réhabiliter le Parlement Pouvoirs n° 49, 1989, p. 43.*



deux Assemblées entre 1981 et 1986 avaient multiplié le nombre d'amendements, mais aussi largement par la rapidité avec laquelle les lois ont été adoptées durant la cohabitation.

b ) Un Parlement sommé d'avancer au pas de charge.

57 *Le nombre de lois adoptées* chaque année est en moyenne de 88 durant la cohabitation, alors qu'il était de 86 sous la VI<sup>e</sup> législature, et de 105 sous la VII<sup>e</sup>. Ce recul paraît moins net si l'on exclut les lois de ratification ou d'approbation des traités, accords ou conventions avec l'étranger (le nombre de lois proprement dites adoptées en moyenne par an s'établissant alors à 62 sous la VIII<sup>e</sup> législature contre 69 sous la VII<sup>e</sup>. La rapidité du travail parlementaire semble donc avoir été moindre durant la cohabitation que pendant la période précédente. En réalité, ces chiffres doivent être éclairés par d'autres indicateurs. Ainsi, le nombre d'heures de travail parlementaire a également été très réduit par rapport à la période 1981-1986, mais augmenté au regard des législatures antérieures. Cette diminution s'explique elle-même en partie par la réduction du nombre et de la durée des sessions extraordinaires (2 en moyenne par an, réparties sur 79 jours au total, contre 3 sessions courant chacune sur 65 jours par an sous la VII<sup>e</sup> législature (155). Si le Gouvernement n'a pas recouru à la *déclaration d'urgence* (qui permet au Premier ministre de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire après une seule lecture d'un texte par chacune des deux chambres, en vertu de l'article 45.2 de la Constitution) beaucoup plus souvent que les Gouvernements de la VII<sup>e</sup> législature (30 fois en moyenne par an sous la VIII<sup>e</sup> législature, contre 29 fois sous la VII<sup>e</sup>), par contre il a très massivement recouru au *vote bloqué*. " Si le Gouvernement le demande, l'Assemblée saisie se prononce par un seul vote sur tout ou partie du texte en discussion en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par le Gouvernement ", dispose l'article 44 de la Constitution. Monobstant les vives protestation que suscite une telle procédure, elle a été utilisée 68 fois pendant la cohabitation, alors qu'on n'y avait recouru que dix fois en cinq ans sous la VII<sup>e</sup> législature (les moyennes s'établissant environ 34 fois par an durant la cohabitation, 2 fois par an entre 1981 et 1986, et 15 fois par an entre 1958 et 1978). De tels chiffres peuvent largement expliquer la réduction du nombre d'amendements précédemment observée. Enfin, pour accélérer encore le travail législatif, le Gouvernement s'est fait lui-même législateur, en recourant aux *ordonnances* prévues à l'article 38 de la Constitution. Huit ordonnances furent ainsi publiées durant la cohabitation (trois autres n'ayant pas bénéficié de la signature présidentielle), en application de deux lois d'habilitation. L'accélération devait être d'autant plus grande lorsque le Gouvernement combinait les articles 38 et 49.3 de la Constitution, comme il le fit en engageant la responsabilité de son Gouvernement pour les lois d'habilitation l'autorisant à prendre des

---

155 Cf. C. BIGAULT, art. préc., p. 11.

ordonnances en matière économique et sociale et pour la délimitation des circonscriptions électorales. Le recours à ce *couplage* (qui avait déjà été utilisé en 1967), malgré les mises en garde adressées par le Président de la République dans son message au Parlement, est en partie justifié par l'obstruction parlementaire (156). Le nombre des ordonnances publiées durant la cohabitation est relativement peu important, mais il est vrai que l'intensification du contrôle de constitutionnalité des lois d'habilitation par le Conseil constitutionnel (157), et le refus présidentiel de signer les ordonnances diminuent grandement l'intérêt du recours à une telle procédure, surtout lorsque le Gouvernement dispose d'un Parlement qui marche au pas de course presque sans rechigner. (158). On peut ici encore se demander de quels pouvoirs dispose réellement le Président de la République pour s'opposer aux ordonnances, puisque M. Jacques Chirac avait négocié avec lui le recours aux ordonnances au moment de la formation du Gouvernement, et que, dans son message au Parlement le 8 avril 1986, le Président déclarait qu'il n'avait " pas cru devoir en refuser la faculté au Gouvernement ", à condition qu'elles ne reviennent pas sur les acquis sociaux. Le Président de la République s'est donc octroyé ici un droit de veto à priori et à posteriori (par le refus de signature) sur les ordonnances, veto dont nous verrons qu'il est très contestable (159).

## 2 ) Une soumission dont la signification est inédite ?

Si la soumission des parlementaires au Gouvernement est suffisamment importante pour qu'ils ne se rebellent pas en votant une motion de censure, elle n'est cependant pas totale, puisque dès les premiers mois de la cohabitation, certains députés de la majorité critiquèrent assez vivement l'usage abusif des procédures législatives contraignantes. L'équilibre du pouvoirs qui résulte de la cohabitation " entraîne un déclin de la fonction du Parlement. Le Premier ministre ne peut plus se permettre un conflit avec le Parlement, et il est ainsi contraint de recourir à des procédures d'urgence (...) L'utilisation de l'article 49.3 n'est pas dirigée contre l'opposition mais contre la majorité. Le pouvoir est ainsi concentré momentanément entre les mains du Gouvernement et l'on aboutit à ce paradoxe : nous sommes dans un système à orientation de plus en plus parlementaire, mais où les

---

156 Cf. P. AVRIL *Le Parlement sous la VIII<sup>e</sup> législature, préc.*, p. 2.

157 Cf. Louis FAVOREU *Le Conseil Constitutionnel et la cohabitation, D.F. Regards sur l'actualité n° 135*, nov. 1987, p.11 et 12.

158 Sous la VII<sup>e</sup> législature, le volume était en moyenne d'une loi d'habilitation et de 8 ordonnances par an.

159 Cf; *infra*, T.II.

pouvoirs du Parlement sont restreints " ( M. Charles Millon, député de l'Ain (160)). Derrière ce " séduisant paradoxe d'une Assemblée plus enchaînée que jamais par l'obligation de soutenir un gouvernement qui ne tire pourtant sa légitimité que d'elle " (161), se dessine une signification nouvelle de la majorité. Si la cohabitation n'a apparemment pas permis la revalorisation du rôle du Parlement qu'elle semblait induire, et que 34 % des français appellent de leurs vœux (162) cela est dû tout d'abord à des raisons qui tiennent au contrat de législature ( a ) et ensuite à des raisons conjoncturelles ( b ). Mais en toute hypothèse, la signification de cette soumission est tout à fait nouvelle, puisqu'elle n'est plus justifiée par un rapport d'allégeance entre le Parlement et le Président de la République, mais au contraire par l'hostilité de la majorité parlementaire au chef de l'Etat, auquel elle ne peut opposer sa volonté politique qu'en étant particulièrement unie autour du Gouvernement qu'elle a créé et qu'elle doit soutenir, à l'instar de la plupart des majorités parlementaires des démocraties occidentales.

a ) Une soumission inhérente au contrat de législature

58 " Le programme de gouvernement pour la réalisation duquel la majorité a été élue constituera le contenu politique du contrat de législature proposé au début de la législature par le Premier ministre dans les quinze jours qui suivront sa désignation par le Président de la République. Le contrat de législature comportera des engagements réciproques entre le Gouvernement et le Parlement et définira les objectifs de la majorité pour la durée de la législature, ainsi que les voies et les moyens pour les réaliser. L'Assemblée nationale, statuant à la majorité de ses membres, accordera sa confiance au Premier ministre et au Gouvernement qui deviendra le contrat de législature. En adoptant le contrat de législature, le Gouvernement prendra des engagements précis et datés et la majorité s'engagera à lui consentir les moyens législatifs et financiers nécessaires " Ce texte pourrait être extrait du " programme pour gouverner ensemble " adopté par l'UDF et le RPR à la veille de la cohabitation, tant il évoque clairement la pratique de la cohabitation, mais c'est en réalité un extrait du programme de gouvernement de la Gauche

160 Communication aux quatrièmes entretiens juridiques de la faculté de droit sur , 1 La cohabitation, 16-17 oct. 1986, p.172.

161 O. DUHAMEL A l'épreuve de la cohabitation, dans La Constitution de la Ve République, presses de la FNSP, 1988, p. 548-549.

162 Cf. E. DUPOIRIER, dans O. DUHAMEL et J. JAFFRE (dir) SOFRES Opinion publique 1986, p. 97-98 L'auteur souligne que parmi les fonctions du Parlement, les Français souhaitent surtout que se développe sa mission de contrôle du fonctionnement de l'administration ou des entreprises publiques (59 %), assurer la sauvegarde des libertés (39 %), contrôler l'action du Gouvernement (28 %), alors que le développement de la mission législative est beaucoup moins souhaité (17 %); mais, parmi les Pouvoirs publics constitutionnels, c'est avant tout au Parlement que les français souhaitent voir jouer un rôle plus important (34 % mais contre 44 % qui souhaitent le voir jouer le même rôle).

en 1972 (163). La cohabitation a contribué à ce que la droite, dont l'union était la seule chance de réussite en présence d'un Président de la République socialiste, s'engage, pour la première fois, à respecter un programme de gouvernement très comparable - dans la forme évidemment - à ceux que la gauche avait présentés jusqu'en 1981. La présentation de ce parallélisme permet de montrer combien, dans le cadre d'un contrat de législature, la notion de contrôle parlementaire par la majorité est particulière. Dans cette situation, la mission essentielle de la majorité parlementaire est, certes de vérifier que le Gouvernement qu'elle a désigné respecte bien le programme que les députés se sont engagés devant le peuple à respecter - bien la pratique parlementaire entre 1981 et 1986 ait montré que ce contrôle ne soit pas des plus rigoureux -, mais surtout de soutenir le Gouvernement, afin qu'il puisse l'appliquer le plus efficacement possible. Les observations faites par M. Dominique Turpin à propos de l'Etat-partisan en 1985 peuvent largement être reprises ici, puisque, dans un cas comme dans l'autre, la majorité parlementaire remplit trois fonctions : " soutenir l'action gouvernementale par ses votes au Parlement et son action explicative auprès de l'opinion; inspirer cette action par le rappel de sa doctrine, préexistante, et par son action quotidienne (...) (et) être un médiateur entre le pouvoir et le peuple, (...) ce qui constitue très exactement le rôle d'un représentant " (164)." A l'espèce de mandat indivis qui était remis par la Nation à chacun de ses représentants, a succédé un mandat collectif dont les partis sont les agents " (165). On retrouve ici le problème de la contradiction inhérente à la fonction parlementaire évoqué par Jean-Luc Parodi : " plus la fonction de représentation est assurée avec exactitude et fidélité, plus la fonction de délibération et de décision négociée devient impossible ", et inversement (166). D'ailleurs, au milieu du XIXe Siècle, Walter Bagehot ne conseillait-il pas au Premier ministre, auquel on reprochait l'inaction du Gouvernement, de répondre " le Parlement m'a maintenu au pouvoir et c'était ce qu'il avait de mieux à faire " (167).

Entre 1981 et 1986, on pouvait considérer que *le responsable de l'exécution du contrat de législature était non pas le Premier ministre, mais en réalité le Président de la République* (dont on notera qu'il s'est abstenu de veiller à ce que les révisions constitutionnelles envisagées dans les 110 propositions et visant à la réduction des pouvoirs présidentiels soient réalisées). Le problème est néanmoins que, justement, le Président de la République était et reste juridiquement irresponsable, et qu'il s'est également considéré irresponsable sur le plan politique. Au contraire, en période de cohabitation, la responsabilité gouvernementale devant le seul Parlement redonne à la

---

163 Programme commun de gouvernement du PS et programme commun de la gauche, présentation par F. Mitterrand, Flammarion, Paris, 1972.

164 D. Turpin Crise de la démocratie représentative, R.A. 1985, n° 226, p. 334-335.

165 P. AVRIL Les français et leur Parlement, Casterman, 1972, cité dans Les parlements aujourd'hui, D.F., 1972, préc.

166 J.L.PARODI Les parlements aujourd'hui : mythes et réalités, préc., p. 4.

167 Cité par O. DUHAMEL, art. préc., p. 5.

majorité tout son pouvoir de soutien et de contrôle effectif du Gouvernement. Dans une telle situation, la distinction entre la fonction législative du Gouvernement et du Parlement n'a pas beaucoup de sens, puisqu'ils se sont ensemble engagés à exécuter un programme précis, et la soumission parlementaire est ainsi relativisée. Mais on objectera à juste titre que le rôle législatif de la majorité - qui, dans le cadre d'un contrat de législature, ne peut guère s'exprimer que par le droit d'amendement - eût néanmoins pu être plus conséquent qu'il ne le fut entre 1986 et 1988. Mais cette insuffisance s'explique largement par des raisons conjoncturelles. Quant au contrôle qui devrait être le plus efficace dans une démocratie parlementaire, à savoir le contrôle parlementaire de l'opposition, on observera qu'il s'est exercé au sein du Parlement dans des conditions assez comparables à celles des législatures précédentes, mais que lui aussi a changé de sens, puisqu'il n'est plus dirigé contre le Président de la République, comme c'était souvent le cas avant la cohabitation (168), puisque M. F. Mitterrand fait en réalité lui-même partie de l'opposition (169).

**b ) Une soumission expliquée par des facteurs conjoncturels.**

59 Le facteur le plus important de cette soumission fut sans aucun doute le facteur temps. La cohabitation pouvait, au mieux, durer deux ans, et le Gouvernement comme la majorité vivaient sous la menace constante (quoique pas nécessairement très réelle) d'une dissolution de l'Assemblée nationale par le Président de la République. Sans cet étranglement dans des délais aussi brefs, on peut espérer que le Gouvernement aurait recouru beaucoup moins souvent aux ordonnances, à l'urgence, et surtout au vote bloqué, et l'on peut gager que la majorité parlementaire s'y serait soumise beaucoup moins volontiers qu'elle ne le fit. *L'étroitesse et la division de la majorité*, firent aussi, paradoxalement, sa force. Cette majorité, élue au scrutin proportionnel, ne tenait qu'à un fil, et elle était divisée entre deux grands partis, le RPR et l'UDF, le second étant lui-même très divisé. Les risques inhérents à cette dualité étaient d'autant plus grands que chaque formation allait présenter un candidat à l'élection présidentielle de 1988. La majorité eût-elle été plus large que l'on aurait vu les députés barristes s'en détacher nettement et critiquer l'action du Gouvernement plus haut et fort, et plus souvent qu'ils ne le firent. Sans doute les partis dont elle est composée se seraient-ils affrontés plus vivement. Le recours très fréquent à des procédures contraignantes s'explique largement par la faiblesse de la majorité, et c'est un phénomène dont on peut, avec le Doyen Vialle, observer la constance sous la Ve République : lorsque la majorité est solide (de 1962 à 1967, de 1968

---

168 Cf. J. MASSOT Les rapports du Président de la République et du Premier ministre de 1958 à 1982, dans M. DUVERGER (dir) *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986, p.305-306.

169 Sur la participation du Président de la République à la fonction législative, cf supra, la séparation des pouvoirs.

à 1973 et entre 1981 et 1986), le Gouvernement n'a pas besoin d'user de mécanismes autoritaires, mais lorsqu'elle est incertaine (entre 1958 et 1962, sauf pour l'Algérie, entre 1967 et 1968, et sous la cohabitation), les gouvernements sont obligés de " forcer la main " au Parlement (170). Cette soumission est enfin et surtout expliquée par *l'opposition de la majorité parlementaire et de son gouvernement au Président de la République*. Inlassablement, des premiers jusqu'aux derniers jours de la cohabitation, M. François Mitterrand mit en garde le Gouvernement contre le mépris des droits du Parlement. Le Parlement, " pouvoir législatif, (...) garde et doit garder la plénitude de ses droits. (...) Je pense donc que les ordonnances dont j'ai déjà dit qu'elles ne pourraient revenir sur les acquis sociaux, devront être peu nombreuses et les lois d'habilitations suffisamment précises pour que le Parlement et le Conseil constitutionnel se prononcent en connaissance de cause. (...) la combinaison des ordonnances et de l'article 49, troisième alinéa de la Constitution risquerait en fin de compte de réduire à l'excès la délibération des assemblées " prévient-il lors de son message au Parlement (171). " Un Parlement omnipotent, et c'est l'impuissance du pouvoir, donc la perte de l'autorité de l'Etat au-dedans comme au-dehors...Mais un Parlement faible, encadré par des procédures trop strictes et un exécutif sans contrôle, et voilà que s'affirme de nouveau la tentation toujours présente de contraindre les assemblées, de leur arracher des décisions insuffisamment délibérées, de freiner leur velléité de contrôle...Trop de Parlement menace l'Etat. Pas assez de Parlement menace la démocratie. Il faut rechercher le point d'équilibre " renchérit-il en septembre 1987 (172). Cela lui permit de commencer à semer la zizanie à l'intérieur de la majorité dès le début de la cohabitation. Mais le Parlement ne l'entendit guère, qui répondit à son refus de signer l'ordonnance relative au découpage électoral au motif qu'une telle procédure ne serait pas assez respectueuse des droits du Parlement, en ne délibérant pas sur les principes de ce texte, sur lesquels il avait déjà délibéré lors du vote de la loi d'habilitation.

Ainsi, les recours aux procédures législatives contraignantes " n'étaient qu'en apparence l'expression de la tutelle du Gouvernement sur une Assemblée sommée d'avancer au pas de charge. Ils étaient en réalité dirigés contre le Président et ses velléités de jouer des possibilités du Parlement " (173). On peut donc observer que " si la constitutionnalisation, parce qu'elle limite la déprésidentialisation, renforce la présidentialisation, le moindre mouvement présidentialiste accentue aussitôt la majoritarisation " (174). La soumission de l'Assemblée au Gouvernement doit ainsi être

---

170 Intervention aux 4èmes entretiens juridiques de la Faculté de Droit de Lyon, préc., p. 181.

171 Le 8 avril 1986, reproduit en annexe de l'ouvrage de F. LUCHAIRE et G. CONAC *Le droit constitutionnel de la cohabitation*.

172 Déclaration devant le Conseil de l'Europe, le 28.9. 1987 *Le Monde* 30 sept. 1987. Il réaffirma, dans son interview à O. DUHAMEL (*Pouvoirs* n° 45, 1988, p.134) qu'il aurait souhaité que les relations entre le Gouvernement et le Parlement soient " plus respectueuses des droits de ce dernier".

173 O. DUHAMEL (qui évoque ici seulement le recours à l'art. 49.3), *A l'épreuve de la cohabitation*, dans *La Constitution de la Ve République*, préc., p. 548.

174 O. JAFFRE, *idem*, p. 548.

relativisée. Prétendre que la cohabitation n'a permis aucune revalorisation du rôle du Parlement est excessif, puisque la coexistence a opéré un rééquilibrage des pouvoirs au profit du Gouvernement, et donc par ricochet de l'Assemblée, qui a désigné le Premier ministre et dicté la composition du Gouvernement, puisqu'elle seule soutient et contrôle l'activité du Gouvernement. Il paraît plus réaliste de souligner l'insuffisance de cette revalorisation, due à l'existence de contraintes telles que l'existence d'une majorité absolue de députés hostiles au Président. C'est le phénomène majoritaire lui-même qui conduit à une apparente réduction des droits du Parlement. Elle n'est qu'apparente puisque le critère essentiel du pouvoir de la majorité doit être sa capacité à assurer l'exécution de son programme, et, à cet égard, on a bien assisté, pendant la cohabitation, à une revalorisation du pouvoir de la majorité parlementaire (175). En fait, c'est surtout le Gouvernement qui va voir son pouvoir s'accroître considérablement entre 1986 et 1988.

---

175 Depuis 1988, c'est essentiellement parce que les députés de la nouvelle législature ont été élus sans programme précis - à l'image du Président - et qu'ils ne réunissent qu'une majorité relative à l'Assemblée, qu'on a pu observer une revitalisation de l'activité d'un Parlement dont l'action n'est pas enfermée dans des délais étroits (Cf. G. CARCASSONNE Réhabiliter le Parlement, Pouvoirs n° 49, 1989, p. 37 et s, l'auteur estime que c'est largement à cause de la volonté du Gouvernement).

## II L'INSTAURATION D'UN SYSTEME GOUVERNEMENTAL

" La Chambre n'exerce plus le pouvoir législatif, c'est le Cabinet, l'exécutif qui légifère avec la sanction de la majorité. L'initiative en matière de législation est presque retirée aux députés. La Chambre n'est pas la maîtresse de son ordre du jour, c'est le Chef du Cabinet qui l'établit. Le contrôle du Parlement sur les actes du Gouvernement est nul. La Chambre n'a pas le moyen matériel d'examiner, même à l'occasion du vote du budget la gestion des départements ministériels. Il ne reste aux députés que les simples questions auxquelles les ministres répondent ce qu'ils veulent et s'ils le veulent. La chambre ne peut pas provoquer le changement du ministère, si elle ne veut pas le payer de sa propre vie.."  
 (1). Ce n'est pas en France, à propos de la cohabitation, que furent écrites ces lignes, mais en Angleterre, en 1912, à propos de ce régime qu'on qualifie de modèle du régime parlementaire, et dont on dit que le pouvoir y est passé de la couronne au Parlement, puis du Parlement au cabinet, et enfin du cabinet au Premier ministre. Une évolution comparable a eu lieu en France entre 1986 et 1988. L'essentiel du pouvoir gouvernemental n'est-il pas, en effet, passé du Président de la République au Parlement, puis du Parlement au Gouvernement ( A ), dans lequel il est largement dominé par le Premier ministre ( B ) ?

### A LE GOUVERNEMENT DETERMINE ET CONDUIT LA POLITIQUE DE LA NATION

Dans son célèbre ouvrage " le Coup d'Etat permanent ", M. Mitterrand s'indignait de ce qu'il y a en France des ministres. on murmure même qu'il y a encore un Premier ministre. Mais il n'y a plus de Gouvernement. Seul le Président de la République ordonne et décide..." La cohabitation va enfin permettre au Gouvernement de déterminer et conduire la politique de la Nation, en application de l'article 20 de la Constitution. Mais certains objecteront que le Président de la République peut être regardé comme faisant

---

1 OSTROGORSKI, cité par P. AVRIL, participation à la table ronde sur le bilan constitutionnel du septennat, RPP sept.oct 1985, p. 48-49.



partie du Gouvernement, puisqu'il préside le Conseil des ministres. C'est en particulier le raisonnement de M. Barre : " Je n'ai jamais compris l'interprétation que l'on donnait du fameux article 20 " le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation ". Sous la Ve République, le Gouvernement ce n'est pas le Premier ministre et les ministres face au Président de la République; c'est le Président de la République, le Premier ministre et les ministres siégeant ensemble dans le Conseil des ministres, que seul peut réunir le Président de la République et dont l'ordre du jour est fixé par lui " (2). Il n'y aurait donc aucune distinction entre Conseil des ministres et Gouvernement ? On voit mal pourquoi les rédacteurs de la Constitution auraient alors employé deux concepts différents. Mais, surtout, cette vision est inacceptable puisque l'article 20 poursuit que le Gouvernement est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50, ce qui signifie bien qu'il est seulement composé du Premier ministre et des ministres et secrétaires d'Etat, à l'exclusion du chef de l'Etat, puisque nul ne conteste que le Président de la République n'est pas responsable devant l'Assemblée nationale. On ne saurait donc prétendre qu'il fait partie du Gouvernement, monobstant sa qualité de Président du Conseil des ministres (3). Cela résulte en outre très clairement de l'article 8 de la Constitution. On notera de surcroît que, pour la première fois dans notre histoire constitutionnelle, la Constitution du 4 octobre 1958 consacre un titre entier au Gouvernement, alors qu'en 1946, les dispositions qui le concernaient étaient placées sous le titre " Du Conseil des ministres " (4). Jusque là on pouvait considérer avec J. Massot que c'était le Président de la République qui déterminait la politique de la Nation, le Gouvernement se contentant de la conduire : " le Président de la République détermine la politique de la Nation. Le Gouvernement la conduit conformément aux orientations du chef de l'Etat et sous le contrôle du Parlement " (5). La distinction entre la détermination et la conduite de la politique de la Nation est un peu artificielle (le Petit Robert les donne pour synonymes), mais on considérera ici que l'on entend par " déterminer ", orienter, diriger, fixer, préciser les objectifs et les moyens ( 1 ), et par conduire, assurer l'application de la politique ainsi définie ( 2 ).

---

2 R. BARRE, entretien sur les institutions, Faits et arguments n° 42, janvier 1987, p.3. Sur la fixation de l'ordre du jour en Conseil des ministres, cf. infra, °80.

3 En ce sens, cf. J. PLOUVIN, " Le Conseil des ministres, une institution seconde, R.A. 1980, n° 197, p. 486, et infra, n° 80 et s.

4 Cf. C. EMERI, Le Gouvernement communication au colloque du XXXe anniversaire de la Constitution, Aix-en-Provence 8-10 sept. 1988, p. 1.

5 Cf. J. MASSOT "Direction du Gouvernement" et "conduite de la politique de la Nation", RA 1980, n° 194, p. 126. L'auteur estime que la conduite de la politique de la Nation par le Gouvernement consiste pour le Premier ministre à diriger l'action du Gouvernement, préparer les décisions arrêtées par le Président de la République et veiller à leur aboutissement législatif devant le Parlement et à leur exécution par l'administration..(p. 128).

## 1) Le Gouvernement détermine la politique de la Nation.

En 1986, la monarchie républicaine est abolie, le temps n'est plus où celui que la Constitution n'appelle jamais le chef de l'Etat décidait de tout, dans tous les domaines - pour le moins chaque fois qu'il le désirait -, tous les autres organes de l'Etat n'ayant apparemment pour fonction d'assurer l'exécution de son bon plaisir. Pour déterminer la politique de la France dans presque tous les domaines ( a ), le Gouvernement utilise désormais dans un sens inédit les moyens qui lui sont reconnus par la Constitution, et se forge de nouveaux outils ( b ).

### a ) Un Gouvernement presque omniprésent.

60 " Le Gouvernement gouverne et il n'y a pas de problèmes " (6) se réjouit haut et fort le Premier ministre, qui entend bien faire taire tous ceux qui lui reprochent d'avoir accepté la cohabitation parce qu'elle l'empêcherait d'appliquer avec toute la rigueur et la rapidité requises la politique choisie par le peuple lors des dernières élections législatives (7). L'article 20 de la Constitution prévoyant que " le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation ", sans exclure explicitement certains domaines, on doit entendre par là " *toute* la Politique de cette nation. Intérieure et extérieure : économique, sociale, éducative, industrielle, sanitaire, militaire, étrangère...Et de cette politique, le gouvernement est seul responsable devant l'Assemblée nationale. Or là où est la responsabilité, là est le véritable pouvoir " (8). Le Gouvernement a-t-il pu déterminer et conduire la politique de la Nation dans tous les domaines aussi librement qu'il l'aurait fait s'il n'y avait pas eu de cohabitation ? On ne saurait le prétendre puisqu'il a dû cogérer la politique de la défense et des affaires étrangères avec le Président de la République (aussi ne traiterons-nous de cet aspect que dans le chapitre suivant afin de bien souligner les difficultés qu'il y a eu pour séparer les compétences dans ce domaine). Dans les autres domaines, il est indéniable que M. F. Mitterrand a freiné certaines actions du Gouvernement (par exemple en refusant de signer des ordonnances, en refusant de convoquer le Parlement en session extraordinaire, en ralentissant certaines nominations ou

6 Intervention à l'émission télévisée " l'heure de vérité ", le 23 avril 1986.

7 Sur les signes de ralentissement, voire de recul de la politique gouvernementale, cf. L'Express du 4 au 10 avril 1986 p. 29 et s. : la libération des prix ne se fera que progressivement, la suppression de l'autorisation administrative de licenciement est retardée par le refus présidentiel de signer l'ordonnance, les dénationalisations sont freinées.

8 J. ROBERT De la cohabitation, D. 1986, Chr., p. 182.

sanctions, ou en critiquant publiquement l'action du Gouvernement). En outre, certains facteurs psychologiques indispensables à la réussite de l'action gouvernementale, par exemple la confiance en la stabilité et la solidité de la politique financière et économique du Gouvernement, ont certainement été amoindris du fait de l'incertitude sur la durée du Gouvernement et du risque de crise politique inhérents à la cohabitation.

M. J. Chirac affirme néanmoins qu'il peut exécuter avec une très grande liberté l'essentiel de son programme gouvernemental. De même, M. E. Balladur déclare encore aujourd'hui sans hésitations, que la cohabitation n'a pas empêché le Gouvernement de déterminer la politique de la Nation dans tous les domaines, sauf ceux de la diplomatie et de la défense, qu'il s'agisse notamment des dénationalisations (freinées par la crise boursière et non par M. F. Mitterrand), de la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, du retour au scrutin majoritaire et de la redéfinition des circonscriptions électorales, de la privatisation de TF1, de la libération des otages au Liban (9), de la suppression de l'impôt sur les grandes fortunes de la recodification du statut de la Nouvelle-Calédonie, du droit d'entrée et de séjour des étrangers en France, du contrôle des changes, ou encore du droit de la concurrence, ...A-t-il dû renoncer au projet Devaquet relatif au statut des universités ? Ce sont les étudiants, et la mort de Malik Oussékine qui l'y ont contraint, non le chef de l'Etat (même s'il a stimulé ce mouvement en faisant part de sa compréhension aux étudiants). L'autorité était alors centralisée à Matignon, et non plus à l'Elysée (10). " Ce gouvernement a fait, diront ses partisans, défait diront ses adversaires, plus que la plupart de ses prédécesseurs en un temps des plus brefs, et malgré les objections du tribun de l'Elysée. Quelle preuve plus flagrante que la majoritarisation est le trait dominant de la Ve République, le principe majoritaire la première règle de dévolution du pouvoir ? " (11). Maintes fois, le Président de la République a vivement critiqué la politique du Gouvernement, dont il tenait à se démarquer, à montrer qu'il n'en était pas responsable. Telle est la mutation fondamentale de la cohabitation : c'est la majorité parlementaire, qui, par l'intermédiaire de son gouvernement, détermine et conduit la politique de la Nation, qui en assume la responsabilité dans la plupart des domaines, et non plus le Président de la République.

---

9 Sur ce point il est difficile de connaître avec certitude la répartition des compétences entre le Président de la République et le Premier ministre, mais elle a été présentée à l'opinion comme étant un domaine dont le Premier ministre prend la responsabilité, mais en informant en permanence l'Elysée de son action. Ainsi, lors de la libération des otages, l'Elysée a-t-il été tenu informé de cette évolution ultime du processus (cf. Pouvoirs n° 45, 1988, CCF p. 181.)

10 Cf. Valeurs actuelles, 7 avril 1986.

11 O. DUHAMEL et J.L. PARODI A l'Epreuve de la cohabitation, dans La Constitution de la Ve République, Presses de la FNSP 1988.

**b ) Les moyens de la détermination de la politique nationale : des conseils de cabinet à la maîtrise du pouvoir normatif.**

61 " Dans le monde moderne, qu'on le veuille ou non, gouverner cela signifie non seulement prendre des décisions individuelles, non seulement orienter une politique mais même, pour définir une politique, prendre des textes de portée générale, c'est à dire réglementer " (12).

Dès le samedi 22 mars 1986, M. J. Chirac réunit à l'hôtel Matignon les membres du Gouvernement avant le Conseil des ministres que devait présider M. F. Mitterrand à l'Elysée en fin de matinée. Cette réunion, qui ne manque pas de rappeler les *Conseils de cabinets* de la IV<sup>e</sup> République, puisqu'il s'agit de réunir tous les membres du Gouvernement sous la présidence du Premier ministre, a pour objet de préparer le premier Conseil des ministres, qui n'est destiné qu'à inaugurer formellement la cohabitation, et de préparer l'ordre du jour du second Conseil des ministres, qui se tiendra le mercredi (13). De telles " réunions de ministres " - formule employée par le service de presse de Matignon - avaient presque disparu sous la Ve République. " Alors que Michel Debré, inspirateur des aspects les plus " parlementaires " de la Constitution, avait réuni à douze reprises ses ministres autour de lui en conseil de cabinet jusqu'en août 1961, cette instance tomba en désuétude, à l'exception d'une seule utilisation sous Georges Pompidou lors de sa nomination en 1962 et des brèves périodes de " cohabitation " avec un Président de la République par intérim de sensibilité politique de celle du Gouvernement en 1969 et 1974 " (14). Certes, jusqu'en 1986, les Conseils des ministres étaient-ils précédés par des *conseils interministériels* sous la présidence du chef de l'Etat, ou des *comités interministériels* réunis sous la présidence du Premier ministre (15), mais ils se distinguent des Conseils de cabinet en ce que, d'une part, ils ne se composent que d'un nombre limité de ministres (et non de l'ensemble du Gouvernement) et en ce que, d'autre part, leur objet était limité à la préparation de certaines décisions - qu'il s'agisse de

12 R. JANOT, (Documents pour servir..T.II, p. 53) cité par C. Emeri Le Gouvernement, communication au colloque du XXX<sup>e</sup> anniversaire de la Constitution, Aix-en-Provence 8-10 sept. 1988, p. 18.

13 Cf. Le monde 23-24 mars 1986.

14 D. TURPIN, La présidence du Conseil des ministres, RDP 1987, p. 883. On notera que M. Chirac réunit en outre un conseil de cabinet le 25 août 1976 pour expliquer à tous les autres membres du Gouvernement les raisons de sa démission (J. Y. PLOUVIN, Le Conseil des ministres, institution seconde, R.A., 1980, n° 197, p. 489. et cf. F. BORELLA Les lieux du Pouvoir Le Monde 19 mars 1986.

15 Le pourcentage de conseils interministériels présidés par le Président de la République, par rapport aux comités présidés par le Premier ministre n'a cessé d'augmenter, en particulier sous de Gaulle et V. Giscard d'Estaing. (38 % sous le Gouvernement Chirac, 26,5 % sous le Gouvernement Barre, 10 à 12 % sous les Gouvernements CHABAN et MESSMER. Sous la première présidence de F. Mitterrand avant 1986, leur nombre décroît parallèlement à la multiplication des " réunions interministérielles ", avec ou sans la présence des collaborateurs de l'Elysée (source : D. TURPIN, La présidence du Conseil des ministres, RDP 1987, p. 883).

conseils ou comités permanents ou restreints (16) -, ils n'avaient pas pour but de mettre au point toutes les décisions qui seraient prises en Conseil des ministres (17). Les "réunions de ministres", qui regroupent tout ou partie du Gouvernement, selon les circonstances, vont se multiplier durant la cohabitation. Il s'agit d'une "institution nouvelle, typique de la de la coexistence" (18) dans la mesure où elles ne regroupent pas toujours tous les ministres (c'est seulement lorsque l'ensemble du Gouvernement est réuni sous la Présidence du Premier ministre que l'on peut parler "de Conseils de cabinet", expression qui sera d'ailleurs employée à plusieurs reprises, en particulier le 22 mars, le 10 juin et le 12 décembre 1986 (19)). Il est en effet fréquent que seulement certains ministres soient réunis par le Premier ministre, mais il ne s'agit pas pour autant de comités interministériels, car ces réunions se situent au niveau politique et non administratif, et sans la présence de fonctionnaires (20).

En période de coexistence, les Conseils de cabinet permettent au Premier ministre de préparer la politique gouvernementale en l'absence du Président de la République, afin qu'il ne puisse assister aux discussions des ministres, ce qui lui permettrait éventuellement d'en connaître les divergences et d'en stimuler les conflits. Lorsque se réunit le *Conseil des ministres*, seul organe juridiquement habilité à prendre les décisions gouvernementales, toutes les décisions ont déjà été arrêtées, et cette réunion qui était autrefois "la clef de voûte du pouvoir présidentiel" (21), devient un lieu de ratification des décisions gouvernementales, et l'endroit privilégié d'expression des réserves ou de l'opposition du Président à la politique définie par M. J. Chirac et son équipe. Dès le tout

---

16 Les conseils ou comités interministériels restreints ou ponctuels sont des organismes collégiaux créés pour résoudre une question particulière, et n'ont pas de structure fixe, tandis que ceux qui sont permanents sont créés, en principe par décret, qui fixe leur composition et leurs attributions. Cf. A.G. DELION Les conseils et comités interministériels AJDA juin 1975, Doctr., p. 268.

17 Cf. J. MASSOT Les rapports du PR et du PM de 1958 à 1982, dans M. DUVERGER (dir.) Les régimes semi-présidentiels, PUF, 1986.

18 P. AVRIL et J. GICQUEL CCF Pouvoirs n° 39; 1986, p. 166.

19 Exemple de réunion de tous les ministres sous la présidence de M. J. Chirac : Le 22 mars avant le premier conseil à l'Élysée, la réunion du 13 AVRIL 1986 et le 10 juin sur le projet de budget pour 1987 (Le Monde 12 avril 1986). Le Premier ministre a également réuni l'ensemble des membres du Gouvernement le 19 mai 1987 pour "faire le point sur la situation politique, économique et sociale", il s'agissait de la sixième réunion de ce type depuis le début de l'année 1987 (Le Monde 17-18 mai 1987) (Pouvoirs n° 43, 1987, CCF, p. 204).

20 Exemple de réunions partielles : Le 1er mai 1986 et plusieurs fois en septembre en raison des attentats sur les questions de sécurité intérieure (Le Monde 3.5. 1986), Le 9 mai, M. J. Chirac a présidé à l'hôtel Matignon deux réunions de ministres consacrées aux questions de sécurité et de justice, puis à l'industrie, le 13 une autre consacrée à l'audiovisuel, et le 15 une autre relative au problème du logement (cf. Le Monde du 11-12 mai 1986, p. 7), sur la famille le 19.6.1986, sur l'emploi le 15.7.1986, sur la drogue le 22.7 et le 23.9. 1986, sur les satellites le 29.7.1986, sur Disneyland le 27.8.1986, le 10.7. 1986 sur les questions de défense, une réunion de la quasi-totalité du Gouvernement a eu lieu le 17 juin 1987 sur les arbitrages budgétaires; de même une la réunion s'est tenue autour du Premier ministre à l'occasion de la libération des otages français au Liban (Libération de 28/29-11-1987);

21 J. MASSOT "Direction du Gouvernement" et "conduite de la politique de la Nation", préc., p. 129.

premier Conseil des Ministres, M. F. Mitterrand avait d'ailleurs précisé que le Conseil des ministres ne pourrait plus être un lieu d'élaboration de la politique du Gouvernement, mais seulement le lieu d'aboutissement du processus de décision (22).

Ainsi, " les conseils interministériels excluant le Président de la République ont illustré la nouvelle réalité politique, et le Président n'a pu donner son sentiment sur l'action législative (et éventuellement son veto) qu'à l'occasion du Conseil des ministres " (23). En outre, elles ont permis de " court-circuiter " le Conseil des ministres, dont l'intervention " n'est obligatoirement prévue que dans un nombre limité de matières : les délibérations des projets de loi, l'adoption des ordonnances, certains décrets de nomination, ou certaines décisions politiques comme l'engagement de la responsabilité politique du Gouvernement " (24).

En outre, M. J. Chirac organise tous les mardis des déjeuners qui regroupent les responsables de la majorité, afin de veiller à l'identité de vues entre la majorité et le Gouvernement qui en émane (25). Ces réunions révèlent un des aspects partitocratiques de la cohabitation, système qui n'est pas sans rappeler le système politique italien. Entre 1981 et 1986, les déjeuners du premier secrétaire du PS, tous les mardis matin, et la convocation des hiérarques du parti par le Président de la République à l'issue du Conseil des ministres manifestaient également les liens entre les partis et l'Etat. Le " comité de liaison " des partis de la majorité instauré dès le 28 mars 1986 et réunissant les présidents des partis et des groupes parlementaires a pour objet de faciliter ce que M. F. Léotard appelle " la seconde cohabitation ", c'est à dire celle des différentes familles de la majorité (26). " Le comité de liaison devient ainsi une instance obligatoire dans le circuit du pouvoir, notamment à la veille de l'examen d'un projet important ou d'un engagement de responsabilité du Gouvernement " (27). Ce système est imposé à la fois par la division de la majorité et par le fait que le Gouvernement ne tire sa légitimité que d'elle. Par ailleurs, on notera que le Président de la République a pu réunir lui-même un comité interministériel contre le terrorisme (28).

---

22 Cf. *Le Monde* du 25 mars 1986.

23 H. PORTELLI *Les conquêtes tranquilles du Premier ministre*, Projet nov-déc. 1986, p 50.

24 Cf. J. ROBERT *De la cohabitation D.*, 1986, Chr. XXX, p. 183.

25 Cf. *Le Monde* 30-31 mars 1986, et 11-12 mai 1986.

26 Cf. H. PORTELLI *Cohabitation et représentation proportionnelle*, D.F. *Regards sur l'actualité*, n° 139, 1988, p.41.

27 H. PORTELLI *Cohabitation et représentation proportionnelle*, D.F., *Regards sur l'actualité* n° 139, 1988, p.42.

28 Cf. G. CONAC, *Le droit de cohabitation*, préc., p. 90-91.

Une fois que les grandes lignes de la politique ont été fixées en " réunion de ministres ", et arrêtées en Conseil des ministres (29) le Gouvernement peut déterminer sa politique de façon précise, par son *initiative législative et par sa domination du travail parlementaire* - pour les projets comme pour les propositions de loi -, depuis la fixation de l'ordre du jour du Parlement jusqu'à la procédure de vote de la loi. C'est en effet au Gouvernement que la Constitution reconnaît le pouvoir de recourir aux ordonnances (article 38), d'opposer l'irrecevabilité aux propositions ou aux amendements (articles 40 et 41), d'imposer au Parlement de délibérer en premier lieu sur le texte qu'il a présenté (article 41), de saisir des commissions spéciales (article 43), le droit de proposer certains amendements et d'en refuser certains ainsi que d'imposer le vote bloqué (article 44), de déclarer l'urgence, de choisir dans quelles conditions le texte élaboré par une commission mixte paritaire sera présenté aux assemblées, ou de demander à l'Assemblée de statuer définitivement (article 45), d'intervenir pour faire accélérer le vote des projets de lois de finances (article 47), ou encore de fixer l'ordre du jour du Parlement (article 48). Nous avons pu constater quelle était l'importance des pouvoirs ainsi reconnus en propre au Gouvernement, à l'exclusion du Président de la République (30) Mais sa participation à la fonction législative est plus importante encore lorsqu'il intervient par voie d'ordonnances dans le domaine de la loi, bien que le recours à ce procédé ait été d'un intérêt limité durant la cohabitation (31). Les relations entre Gouvernement et Parlement sont en outre facilitées par le droit reconnu aux membres du Gouvernement par l'article 31 de la Constitution d'accéder aux deux assemblées et d'y être entendus quand ils le désirent, alors que, depuis les discours trop éloquents de Thiers, le Président de la République n'a plus le droit de communiquer avec les Parlementaires qu'au moyen de messages qu'il fait lire et qui ne donnent lieu à aucun débat (article 18 de la Constitution).

Enfin, avant comme après 1986, le Gouvernement précise l'orientation de cette politique par les *règlements autonomes*. M. Balladur souligne que la plupart des textes qui ont été présentés au vote des parlementaires, ou qui ont été adoptés par le Gouvernement en application de l'article 37 de la Constitution étaient en réalité déjà rédigés depuis plusieurs mois, c'est à dire qu'ils avaient été mis au point avant même la cohabitation, ce qui permet leur exécution dans des délais très brefs.

---

29 Sur le Conseil des ministres cf. infra Titre II, chap I.

30 Cf.n° 60 à 63.

31 Cf. infra, n° 83-84.

## **2) Le Gouvernement conduit la politique de la Nation.**

Une fois la politique nationale définie par le Gouvernement, et précisée par les textes législatifs ou réglementaires, le Gouvernement conduit l'exécution de cette politique en usant des moyens normatifs ( a ) et matériels ( b ) importants qui lui sont reconnus.

### **a) Moyens normatifs de l'exécution de la politique gouvernementale.**

62 Le Pouvoir réglementaire appartient, à l'intérieur du Gouvernement, au seul Premier ministre. Les ministres ne disposant du pouvoir réglementaire qu'en tant que chefs de services, pour organiser le fonctionnement de leur administration (C.E. 7 février 1936, Jammart (32)). Il leur appartient en outre de contresigner les décrets du Président de la République ou du Premier ministre pris dans les domaines qui relèvent de leur compétence. (articles 19 et 22 de la Constitution). Nous constaterons que le pouvoir d'action du Gouvernement en matière réglementaire est essentiellement exercé par le Premier ministre, qui dispose d'une compétence générale en ce domaine, alors que le Président de la République n'a qu'une compétence d'attribution. Par ailleurs, l'article 21 prévoit que le Gouvernement assure - c'est à dire qu'il doit assurer - l'exécution des lois. A une époque où le Gouvernement oublie parfois " bien malencontreusement " d'appliquer les lois, l'unité du Gouvernement et du Parlement est particulièrement importante. Ainsi la fonction législative est-elle presque totalement " verrouillée " par le Gouvernement depuis les projets et propositions de lois jusqu'à l'exécution des textes votés par l'administration.

### **b) Moyens matériels de la politique gouvernementale.**

63 Le Gouvernement " dispose de l'administration et de la force armée ", précise l'article 20 de la Constitution. Chaque ministre est le supérieur hiérarchique de toute l'administration qui dépend de son ministère. Jusqu'en 1986, le Président de la République était en mesure d'intervenir directement au sein d'un ministère ou se tenir informé de ce qui s'y passait, les collaborateurs de l'Elysée pouvant demander des informations aux services des ministères, et participer aux réunions interministérielles. Toutes ces facultés disparaîtront durant la cohabitation, les ministères ayant reçu la



consigne de ne plus communiquer d'informations à l'Elysée, à l'exception des services de la défense et des affaires étrangères, dans lesquels le Président de la République aura non seulement un droit de regard, mais un large pouvoir de décision (33). La maîtrise de l'administration par le Gouvernement aurait pu être un instrument de lutte contre le Président de la République dans une hypothèse de cohabitation très conflictuelle. En tant que chef de l'administration, l'hôte de Matignon dispose de moyens en hommes et en matériel infiniment plus étendus que ceux de l'Elysée. S'il le désirait, le chef du Gouvernement pourrait d'ailleurs réduire considérablement les effectifs de fonctionnaires mis à la disposition du Président de la République, et réduire par ce biais ses moyens d'action. Sur les 711 personnes que comptait l'Elysée au premier septembre 1985, 20 seulement étaient payées sur le budget de la présidence, les autres étant mises à sa disposition par d'autres ministères. Par ailleurs, les fournitures de bureau de l'Elysée sont financées par le ministère de la culture, et les voyages par le ministère des relations extérieures (34). Néanmoins, le Premier ministre a déclaré ne pas vouloir prendre de mesures restreignant nettement les moyens matériels du Président, pour montrer qu'il respectait sa fonction de représentant de la France. Mais l'évolution de la Ve République vers la pratique d'un régime parlementaire se traduit encore et surtout par le fait que c'est le Premier ministre, et non le Président de la République, qui dirige l'action du pouvoir gouvernemental.

## B " LE PREMIER MINISTRE DIRIGE L'ACTION DU GOUVERNEMENT "

" Monsieur le Premier ministre, en vertu de l'article 20 de la Constitution, le Gouvernement " détermine et conduit la politique de la Nation "; " il est responsable devant le Parlement ". Si je constate que ces formules sont, dans la réalité, vides de sens, n'ai-je pas le droit de vous demander, à vous, Premier ministre qui, d'après l'article 21 de la Constitution, dirigez l'action du Gouvernement, non seulement comment et pourquoi, par le transfert continu de vos attributions au Président de la République qui, lui, est irresponsable devant le Parlement, vous abandonnez l'essentiel de vos prérogatives, mais encore comment et pourquoi, ce faisant, vous vous autorisez à priver progressivement le Parlement du droit fondamental de contrôle et de décision politique, hors duquel ce régime

---

33 Cf. infra, n° 100 à 107

34 Cf. entretien avec R. de la CHARRIERE, Valeurs Actuelles, 24 mars 1986, p. 22 et s.

parlementaire ne serait plus que l'alibi d'un pouvoir personnel ? " Il faudra attendre la cohabitation pour que M. F. Mitterrand, qui s'exprimait en ces termes à l'Assemblée nationale en 1964, soit largement entendu. Pour la première fois sous la Ve République le Premier ministre dirige seul l'action du Gouvernement ( 1 ), ce qui permettra de mesurer l'autonomie de ses pouvoirs, autrefois confusément enfouis sous la suprématie présidentielle ( 2 ).

### **1 ) Un Gouvernement dominé par le Premier ministre.**

Le huit juillet 1987, M. Chirac rappelle que ce n'est pas au Président de la République mais au Premier ministre qu'il appartient de diriger l'action du Gouvernement, et il affirme que les ministres doivent se soumettre à l'autorité du chef du Gouvernement : " Il est normal que chaque ministre ait des idées personnelles, et qu'il ait à coeur de défendre les intérêts qui sont les siens. Mais la décision gouvernementale incombe au Premier ministre et à lui seul. Il entend, il arbitre, et quand il l'a fait, c'est la position du Gouvernement ", déclare Jacques Chirac le 8 juillet 1987. Ce sont des mots que l'on n'aurait pu trouver auparavant que dans la bouche du chef de l'Etat. Ainsi, " l'aspect le plus visible du nouvel équilibre institutionnel est sans conteste la concentration des pouvoirs qui s'est opérée autour du Premier ministre " (35). M. J. Chirac a su s'assurer une large soumission du Gouvernement aussi bien au niveau de sa formation ( a ) que de son fonctionnement ( b ).

#### **a ) Le Premier ministre maîtrise les rouages de la machine gouvernementale.**

**64** Sans doute la composition du Gouvernement reflète-t-elle celle du Parlement, sans doute les postes y sont-ils répartis assez équitablement entre les deux principales formations de la majorité. Sans doute, M. Léotard, membre de l'UDF voit-il son ministère, celui de la culture et de la communication promu à un rang plus élevé que jamais sous la Ve République (au quatrième rang derrière le Premier ministre). Mais qui pourrait nier que le chef du RPR s'est assuré la maîtrise des ministères les plus importants ? On a pu qualifier M. J. Chirac de " président bis " (36), expression sans doute un peu excessive, mais dont la formation du Gouvernement révèle qu'elle n'est pas dénuée de

35 H. PORTELLI Les conquêtes tranquilles du Premier ministre, Projet nov. déc. 1986, p.60.

36 Cf. Le point n° 710, 28 avril 1986.

tout fondement. M. J. Chirac établit en la personne de M. Balladur une sorte de " vice-Premier ministre " (37). D'une soumission et d'une fidélité sans faille à M. J. Chirac, il a en outre l'avantage d'être un gage de coexistence pacifique - n'est-ce pas lui qui a entraîné le Premier ministre dans cette aventure, en déclarant dès le mois de septembre 1983 que la cohabitation était viable ? (38) -, et enfin il apparaît un peu comme le " Monsieur Barre " de M. Chirac. Même embonpoint rassurant, même sérieux, même rigueur, même réserve, même compétence en matière économique. Il occupe une place très particulière dans le Gouvernement. Il est tout d'abord le véritable " patron " du secteur économique, les ministres délégués auprès de lui, MM. Alain Juppé au Budget, Michel Noir au commerce et Camille Cabana aux privatisations, formant un groupe dont il assure la cohésion. Mais de surcroît, il participe à toutes les réunions auprès de M. Chirac, et ses avis sont très écoutés dans de nombreux domaines, notamment en matière de politique étrangère. Deux autres secteurs essentiels de l'activité gouvernementale sont dominés par des bras droits de M. J. Chirac : les affaires sociales avec M. Philippe Seguin, lui aussi très favorable à la cohabitation, et le secteur de la sécurité, organisé autour de M. Pasqua, ministre de l'intérieur à poigne, secondé par un ministre de la sécurité également très proche de M. J. Chirac, M. Robert Pandraud. Les Dom-Tom sont aussi placés sous le contrôle d'un chiraquien convaincu, M. Bernard Pons. Puisqu'il n'a pu nommer à la tête du ministère des affaires étrangères et de celui de la défense des hommes politiques, M. F. Mitterrand n'acceptant que la désignation de techniciens, M. Jean-Bernard Raimond (diplomate pondéré très cohabitationniste) et M. André Giraud (qui n'appartient à aucun parti, mais est proche de l'UDF), à l'intérieur de son propre cabinet, le Premier ministre a procédé à une innovation importante en créant une cellule diplomatique et militaire particulièrement étoffée, montrant que, contrairement aux précédents premiers ministres de la Ve République qui se considéraient jusque là pratiquement déchargés de ces domaines, il entendait y intervenir activement (39). Au total, le 26 mars 1986 (après que furent nommés les " oubliés du 20 mars"), le Gouvernement compte quarante et un membres, vingt postes étant attribués au RPR, dix-huit à l'UDF (Huit PR, sept CDS, deux radicaux, un PSD), trois membres du Gouvernement n'étant membres d'aucun parti (40). Le CDS dit avoir préféré des ministères " techniques " à des ministères " politiques " (41), et les

---

37 On notera que M. Valéry Giscard d'Estaing avait également placé à côté du Premier ministre un ministre d'Etat à la tête d'un domaine éminent, ce qui rappelait alors la technique de la polycéphalie ministérielle très prisée de Louis-Philippe (cf. C. PIERRET Quel consensus pour un régime présidentiel, RPP, sept. oct. 1985, p. 8.). Au contraire, ici, M. Balladur fait fonction de second du Premier ministre (et non de contre-pouvoir).

38 Cf. G. BALLADUR, *Passion et longueur de temps*, préc. L'hypothèse d'une nouvelle cohabitation pour 1993 se rapprochant, M. Balladur se présente de plus en plus comme le Premier ministre potentiel de cette nouvelle coexistence, alors que M. Chirac ne semble guère disposé à renouveler personnellement cette expérience (cf. son émission télévisée " Ma cohabitation, le 7 déc. 1990).

39 Cf. infra, n° 100 à 107.

40 Cf. *Le Monde* 27 mars 1986.

41 Cf. *Le Monde* 9 avril 1986.

dirigeants de l'UDF évitent de manifester publiquement leur amertume, bien qu'ils signifient à M. J. Chirac qu'ils acceptent mal sa soumission au Président de la République, en particulier pour l'éviction de M. J. Lecanuet du ministère des affaires étrangères (42), qui, pour s'en consoler, jettera son dévolu sur la présidence de la commission des affaires étrangères à l'Assemblée nationale.

A l'Hôtel Matignon même, " l'ambiance de travail est tout à fait différente de celle des précédents gouvernements de la Ve République" (43) , le cabinet du Premier ministre " possède plus de pouvoirs et est plus serein " - selon M. Denis Baudouin (44)- , le chef du Gouvernement et ses collaborateurs ne redoutant plus d'être " court-circuités " par le cabinet du Président, si ce n'est dans les domaines de la politique étrangère et de la défense (45) " Les membres des cabinets ministériels ont pour consigne de ne pas communiquer avec les conseillers spécialisés du Président de la République. Dès les premiers jours de la cohabitation, de son côté, le Président de la République a fait savoir à ses conseillers sectoriels, chargés de suivre les questions tenant à la politique intérieure qu'ils ne devaient pas s'immiscer dans les rouages gouvernementaux de la haute administration " (46).

#### **b ) La mutation du Premier ministre : l'exécutant devient dirigeant.**

65 " Le Gouvernement ne gouverne pas, il exécute ", observait P. Coste-Floret en 1964 (47). " Le gouvernement gouverne et le Président préside," déclare la majorité à l'heure de la coexistence. " J'ai bien l'intention de déterminer et de conduire la politique de mon Gouvernement. J'en assume la totale responsabilité, avec une équipe unie et déterminée ", déclare M. J. Chirac dès les premières semaines de la cohabitation (48). Celui-là même qui avait claqué la porte de l'Hôtel Matignon en 1976 parce que le Président de la République ne lui accordait pas assez de moyens pour remplir sa politique, estime qu'en période de cohabitation, il a " davantage de moyens, sans aucun doute " (49). " Je

42 Cf. *Le Monde* 9 avril 1986.

43 P. JARREAU et A. PASSERON, *Le Monde* 11-12 mai 1986.

44 *Le Monde* 11-12 mai 1986, p. 7.

45 Sur la composition du cabinet du Premier ministre cf. *L'express* 28 mars-3 avril 1986.

46 G. CONAC Commentaire de l'article 21 de la Constitution, dans *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, Economica 1989, p. 159.

47 Question orale avec débat du 24 avril 1964, J.O. 25.4.1965, p. 941 s.

48 A l'émission " l'heure de vérité " sur Antenne 2, le 23 avril 1986, Cf. *Le Figaro* du 24 et *Le Monde* du 25 avril 1986.

49 Intervention à " l'Heure de vérité", le 23.4. 1986., *Le Figaro* du 24.4.1986.

suis un chef de Gouvernement heureux " renchérit-il bientôt (50). Si l'article 21 de la Constitution, sorti des oubliettes du système présidentiel à l'heure de la cohabitation, prévoit que le Premier ministre " dirige l'action du Gouvernement ", il ne lui est pas reconnu pour autant un pouvoir hiérarchique sur les membres du Gouvernement (51). Or la division politique de la majorité parlementaire, représentée par la composition du Gouvernement, posera de réels problèmes. Sans doute M. J. Chirac est-il le chef du Gouvernement, mais ses alliés ne reconnaissent pas en lui le " chef de la majorité " (52), ce qui aura des inconvénients de plus en plus nets au fur et à mesure que l'on se rapprochera de l'élection présidentielle, puisque certains membres du Gouvernement soutiendront la candidature de M. R. Barre et non celle de M.J. Chirac. L'autorité du Premier ministre en souffrira rapidement. Somme-t-il M. F. Léotard de choisir entre ses fonctions de membre du Gouvernement et de chef de parti parce qu'il a annoncé publiquement qu'il ne soutiendrait pas M. J. Chirac aux élections présidentielles (53) ? Celui-ci lui " réplique, au congrès de son parti, qu'il persiste et signe, contraignant ainsi le Premier ministre à abandonner ses exigences " (54). La division du gouvernement, causée aussi par le scrutin proportionnel, pose également certains problèmes au Premier ministre lorsque M. Alain Madelin déclara qu'il préférerait que le Gouvernement renonce au Projet de loi Devaquet plutôt que de s'obstiner, alors qu'il savait pertinemment que M. J. Chirac comptait ne pas céder aux pressions estudiantines, et que de vives controverses avaient lieu à ce sujet au sein du Gouvernement. M. Chirac parvint à freiner cette expression publique des divergences gouvernementales en affirmant son autorité sur le Gouvernement : " Si, au Gouvernement, on met en exergue certaines déclarations inévitables, ce qui compte au total, c'est que je décide...le Gouvernement est parfaitement discipliné...les arbitrages sont rendus à Matignon, et j'assume ce que je fais " (55) Voeu pieu ou description de la réalité du fonctionnement de son gouvernement par M. J. Chirac ? Il multiplie les rappels à l'ordre, à la discipline gouvernementale (56), et il déploie une énergie considérable pour assurer la cohésion de l'action gouvernementale, réunissant de nombreux conseils de cabinet et - d'une manière générale - des réunions de ministres sous sa présidence, rendant les arbitrages en cas de conflits (57), recueillant en particulier les

50 Conférence de presse du 21 juillet 1986, *Le Monde* du 23.7.1986.

51 C.E. 11 déc. 1965, Compagnie marchande de Tunisie, *AJDA* 1966, p. 197, concl.N. QUESTIAUX.

52 Cf. H. PORTELLI Cohabitation et représentation proportionnelle, D.F. Regards sur l'actualité n° 139, 1988, p. 41.

53 Cf. *Le Monde* 18 avril 1986.

54 H. PORTELLI, Cohabitation et représentation proportionnelle, préc. , p. 41.

55 Déclaration de M. J. Chirac sur TF1, le 23 juin 1987, *Libération*, le 24 juin 1987. On observera qu'avant 1986, 80 % des arbitrages interministériels étaient effectués par le Premier ministre ou son cabinet (Cf. J. FEVRE Les institutions : un équilibre introuvable ? Après-demain fév.-mars 1985, p. 4.

56 Par exemple lorsqu'il déclare avoir modérément apprécié que M. Léotard divulgué à la presse le texte qu'il a élaboré, et dont Matignon souligne qu'il ne s'agit que d'un préprojet ( Cf. *Le Monde* du 9 mai 1986.

57 Ainsi, M. Chirac déclare vouloir arbitrer lui-même, au cours de réunions de ministres, les principaux points du projet de loi relatif à la communication audiovisuelle. Cf. *Le Monde* 9 mai 1986.

doléances des ministres qui souffrent de la rigueur budgétaire mise en oeuvre par le vice-Premier ministre; il multiplie les rapports avec les partis de la majorité, notamment par les déjeuners de ministres du mardi. " L'action législative, inspirée de Matignon est caractérisée par l'intervention directe du Premier ministre, dont la tutelle sur les autres ministères est d'autant plus efficace qu'elle peut s'appuyer sur la toute-puissance du ministre de l'Economie, des Finances et de la Privatisation, Edouard Balladur, qui a su rapidement mettre au pas les ministres qui tentaient de s'émanciper de cette conception très hiérarchique de la collégialité (François Léotard en a fait la cruelle expérience) " (58). " Cette affirmation de la prééminence du Premier ministre et de son gouvernement vise, à l'évidence, la nouvelle majorité parlementaire, trop courte et trop divisée pour être sûre. Elle vise aussi le chef de l'Etat, trop grand stratège pour ne pas susciter la méfiance des nouveaux gouvernants " (59).

## 2 ) La " découverte " des pouvoirs du Premier ministre.

Jusqu'en 1986, on pouvait observer que " L'action du Premier ministre est plutôt, malgré les termes de l'article 20, celle d'un administrateur en chef que d'un leader politique de la Nation. On ne voit pas de quelle manière la politique gouvernementale pourrait être conçue de façon distincte et indépendante par rapport aux grandes missions nationales confiées par la Constitution au Président de la République; on voit moins encore comment cette politique pourrait être menée si n'étaient pas mis en oeuvre les grands moyens dont le Président dispose...Le pouvoir gouvernemental est une simple expression du pouvoir présidentiel. On dira plus exactement que le Président de la République détient le pouvoir gouvernemental dont le Premier ministre est l'organe exécutif " estimait ainsi Marcel Prélot (60). La lettre de la Constitution devant retrouver ses droits, la cohabitation remet en question cet équilibre - ou plutôt ce déséquilibre - des pouvoirs et permet de découvrir l'étendue des pouvoirs personnels ( a ) et des pouvoirs partagés ( b ) du Premier ministre.

---

58 H. PORTELLI "Les conquêtes tranquilles du Premier ministre", Projet nov-déc 1986, p. 60.

59 O. DUHAMEL Les cinq innovations de l'alternance, Le Monde 26 mars 1986.

60 M. PRELOT Le Centurion, cité par Le MONG NGUYÉN, La Constitution de la Ve République, théorie et pratique, Ed des sciences et techniques humaines, 2è ed. 1983, p. 120 et suiv.

### a ) Les pouvoirs personnels du Premier ministre.

66 On serait tenté de parler de pouvoirs propres du chef du Gouvernement, mais puisqu'ils peuvent être soumis au contreseing des ministres responsables de leur exécution, on préférera parler de pouvoirs personnels, qui ne sont pas pour autant des pouvoirs autonomes, puisque certains ne consistent qu'à permettre ou prescrire l'intervention d'un autre organe.

Pour la première fois sous la Ve République, le Premier ministre peut exercer en toute autonomie le considérable *pouvoir réglementaire* qui lui est reconnu, tant par l'article 37 de la Constitution, qui attribue une compétence de droit commun au pouvoir réglementaire pour intervenir dans tous les domaines qui n'ont pas été expressément attribués au domaine de la loi (même si la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat réduit l'autonomie de ces règlements<sup>61</sup> -, que par le pouvoir réglementaire qui lui est attribué par l'article 21 pour assurer l'exécution des lois. L'habitude prise par le Président de signer les actes qui ne relèvent pas de sa compétence mais seulement de celle du Premier ministre disparaît fort logiquement durant la coexistence, révélant la mesure des pouvoirs du chef du Gouvernement, le Premier ministre pouvant modifier seul des actes comportant inutilement la signature du Président de la République, monobstant la règle du respect du parallélisme des formes, puisque, du fait de son caractère superfétatoire, la signature du Président ne pouvait comporter aucune conséquence juridique (62). De même, le Premier ministre peut-il modifier seul, en " court-circuitant " le Conseil des ministres, des décrets pour lesquels cette formalité n'est pas requise, et sur lesquels la signature présidentielle n'avait été apposée que de manière superfétatoire, pour des considérations d'opportunité (63). Le pouvoir réglementaire du Premier ministre pourrait être utilisé, en cas de cohabitation conflictuelle, pour réduire les pouvoirs du Président de la République, par exemple pour mettre fin au décret du 14 janvier 1964 qui

---

<sup>61</sup> Cf. L. FAVOREU, les règlements autonomes existent-ils ?, Mél. BURDEAU, Paris, LGDJ, 1977, p. 417; Les règlements autonomes n'existent pas, RFDA §\_1987, et à propos de la cohabitation : La politique saisie par le Droit, *Economica* 1988,; et infra, n° 67.

<sup>62</sup> Le Conseil d'Etat avait sanctionné cette pratique dans le célèbre arrêt Sicard, considérant que la signature du Président étant superfétatoire, elle n'emportait aucune conséquence juridique. Avant 1986, le Conseil d'Etat avait déjà déduit de l'arrêt Sicard que des décrets portant la signature superfétatoire du Président de la République pourraient être modifiés par le Premier ministre, sans la signature du Président de la République : C.E. 23 juin 1965, syndicat des conseillers aux affaires administratives, Rec. p. 381, AJDA, 1966, p. 121, et cf. P. AVRIL, Les décrets réglementaires du Président de la République non délibérés en Conseil des ministres, AJDA, Mars 1976, Doctr., p. 120.

<sup>63</sup> Cf. P. AVRIL, Les décrets réglementaires du Président de la République non délibérés en Conseil des ministres., AJDA, 1976, Doctr., p. 120.

attribue au Président de la République le pouvoir de déclencher le feu nucléaire (64). Mais la coexistence sera relativement pacifique.

L'article 21 de la Constitution prévoit encore que, sous réserve des dispositions de l'article 13 (qui dispose que le Président de la République " *nomme aux emplois civils et militaires de l'Etat* "), le Premier ministre " *nomme aux emplois civils et militaires* ". On doit donc considérer avec le Doyen Vialle que le chef du Gouvernement bénéficie d'une compétence générale, alors que le Président de la République ne dispose que d'une compétence d'attributions (65). Toutes les nominations qui ne sont pas conférées à la compétence présidentielle (assortie du contreseing du Premier ministre) par l'article 13 de la Constitution (dont les dispositions ont été précisées par l'ordonnance portant loi organique du 28 novembre 1958), relèvent donc de la seule compétence du Premier ministre. Mais M. Mitterrand a pris soin de faire élargir considérablement le nombre de nominations attribuées au Président de la République quelques mois avant la cohabitation. Le Premier ministre aurait pu déjouer cette manoeuvre en faisant à nouveau modifier cette liste par une loi organique (66). Malgré l'élargissement de la compétence présidentielle, la plupart des nominations dépendent du seul Premier ministre ou des ministres.

Le Premier ministre a en outre des *pouvoirs consultatifs*, mais qui ne sont pas susceptibles de jouer un rôle majeur en période de cohabitation, puisque l'avis du Premier ministre, qui a, par hypothèse, de fortes chances de ne pas être favorable au Président, ne lie pas ce dernier. Le Président de la République doit obtenir cet avis (qui n'est soumis à aucune condition de forme) lorsqu'il veut dissoudre l'Assemblée nationale, ou mettre en oeuvre l'article 16, sans quoi cet acte serait entaché d'un vice de forme substantiel (67).

Par contre, le Premier ministre dispose d'une véritable faculté d'empêcher qui n'a pas eu l'occasion de s'appliquer explicitement durant la cohabitation (mais peut-être a-t-elle joué de manière dissuasive) lorsque la Constitution lui reconnaît, concurremment avec le Parlement - dont la majorité partage nécessairement son opinion durant la coexistence - le *pouvoir de proposer* au Président de la République un référendum au titre de l'article 11, ou une révision de la Constitution au titre de l'article 89. A défaut de pouvoir disposer d'une telle proposition, le Président de la République ne put recourir à ces articles, même si l'on imagina qu'il pourrait peut être " forcer la main " du Premier ministre comme il le fit pour la loi sur le financement des partis politiques, par exemple pour un référendum sur un sujet très populaire ou, pour proposer une réduction du mandat présidentiel (puisque,

---

64 En ce sens, cf. M. DUVERGER, *Echec au Roi*, préc., p. 224.

65 P. Vialle *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L'hermès, 1984, p. 645; M. DUVERGER souligne au contraire le caractère résiduel de la compétence du Premier ministre (*Bréviaire de la cohabitation*, préc., p. 99).

66 M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, préc., p. 96-97.

67 C. DEBBASCH et *alii*, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Economica 1986, p. 649.



depuis longtemps, on sait que cette révision de la Constitution recueille l'assentiment d'une très large majorité de français; ou encore, ce qui était constitutionnellement beaucoup plus douteux, il aurait pu essayer de reprendre cette procédure en l'état où l'avait laissé M. Pompidou (68). Le Premier ministre, allié à la majorité de chacune des chambres et au peuple, pourrait d'ailleurs imposer au Président de la République une révision constitutionnelle à laquelle il serait hostile. Le Premier ministre pourrait également empêcher la convocation du Parlement en session extraordinaire par le Président (en *refusant son contreseing* au décret présidentiel). Mais la logique du système et l'ironie du sort de la cohabitation ont voulu que ce soit le Président de la République qui s'arroge un tel droit de veto (69).

Par ailleurs, le Premier ministre a la faculté de *provoquer l'intervention de certains organismes*, par exemple du Conseil économique et social, mais surtout du Conseil Constitutionnel - qu'il est obligé de saisir pour les lois organiques -, et qu'il a la faculté de saisir pour les lois ordinaires, partageant ainsi la fonction présidentielle de gardien de la Constitution. Il ne l'a pas saisi durant la cohabitation, et il ne pourrait d'ailleurs le faire que dans des hypothèses très marginales puisqu'il domine largement l'activité parlementaire.

Le caractère personnel des compétences qui lui sont reconnues dans ses *relations avec le Parlement* est plus important que jamais en période de cohabitation, puisqu'il garantit son autonomie par rapport au Gouvernement et surtout par rapport au Président de la République. Lui sont reconnus en propre l'initiative des lois (concurrentement avec les membres du Parlement, article 39), la faculté de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire (article 45) et celle d'engager la responsabilité du Gouvernement au titre de l'article 49. Toutes les autres compétences relatives à la conduite des travaux parlementaires sont remises au Gouvernement dans son ensemble. Certes, il en dirige l'action, mais cette distinction montre que ses pouvoirs sont discrétionnaires dans la première hypothèse, alors que dans la seconde, c'est le Gouvernement dans son ensemble qui est compétent, le Premier ministre ne pouvant agir sans son assentiment.

---

68 Cf. *infra*, n° 95.

69 Cf. *infra*, n° 92-93.

**b) Les pouvoirs formels du Chef de l'Etat, pouvoirs réels du Premier ministre?**

67 Aux termes de l'article 19 de la Constitution, les actes du Président de la République autres que ceux qu'il énumère sont contresignés par le Premier ministre et le cas échéant par les ministres responsables. Les pouvoirs propres du Président de la République, dispensés de contresigning constituent donc l'exception à la *règle de l'exigence du contresigning*. Nous étudierons bientôt le sens et la portée du contresigning, évoquons seulement les grandes lignes de cette question<sup>(70)</sup>.

Trois conceptions de cet article sont imaginables. Soit on considère que ce sont avant tout des compétences présidentielles, et que le Premier ministre dispose seulement d'un pouvoir de bloquer l'action du Président, d'un droit de veto qu'il exercera ou non selon la conjoncture politique, et dont le domaine de prédilection devrait être la cohabitation; soit on considère qu'il s'agit de compétences partagées, dans quel cas l'exercice de ces pouvoirs manifeste le consentement des deux têtes du pouvoir dit exécutif; soit encore on estime que, puisque l'on est en régime parlementaire, la compétence du Président de la République est seulement formelle, ces prérogatives appartenant en réalité au Premier ministre, le Président de la République ne jouant que le rôle d'un notaire, c'est à dire d'une personne qui n'intervient pas sur la détermination du fond de l'acte, mais seulement pour vérifier sa conformité au droit. En toute hypothèse, le contresigning du Premier ministre, formalité substantielle, lui donne au minimum un droit de veto la plupart des actes du Président de la République, notamment en matière de politique extérieure ou de défense.

La première conception est celle qui s'est imposée de 1958 à 1986, le Premier ministre, féal du Président de la République, ne faisant pas usage de son droit de veto, sauf à être aussitôt révoqué. La seconde conception semble être celle qui a prévalu durant la cohabitation, mais la pratique a en réalité été tellement emprunte de pragmatisme à défaut de logique juridique, que seule l'étude approfondie des pouvoirs présidentiels durant la coexistence nous permettra de savoir si ces compétences, appartiennent ou non principalement, ou totalement au Premier ministre, comme la lecture des travaux préparatoires le montre, et comme il se doit dans un régime parlementaire moniste. Mais le seul fait que le Président de la République se soit reconnu un droit de veto pour certains de ces pouvoirs (en particulier les ordonnances ou certains décrets délibérés en Conseil des ministres), montre que si la cohabitation a permis, pour la première fois sous la Ve République, l'instauration d'un système parlementaire, il ne s'agit pas pour autant d'un système parlementaire de type britannique, puisque le Président de la République se voit

---

<sup>70</sup> Sur l'évolution et le sens de la règle du contresigning, cf. infra, n° 67'

reconnaître, en outre de ses pouvoirs dispensés du contreseing, des compétences qui ne sont pas formelles.

Le bloc formé par la majorité parlementaire et le gouvernement est plus indépendant que jamais du Président de la République, dont il n'était guère que le comis avant 1986. Néanmoins, il faut observer avec le Doyen Favoreu que son pouvoir normatif, qui devrait être immense, est considérablement limité par la conjugaison de plusieurs facteurs. Les " circuits normatifs " sont en effet verrouillés par l'intervention combinée du Conseil constitutionnel et du Président de la République. Cet auteur considère qu' " en période de cohabitation, la " canalisation " des réformes contribue à donner au Président de la République un rôle qu'il n'aurait pas eu sans l'existence et l'intervention du Conseil constitutionnel, et peut conduire à un blocage normatif au détriment de la majorité gouvernementale et parlementaire " (71) . Du fait du rétrécissement de la voie réglementaire (à cause de la jurisprudence combinée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat qui réduit ce domaine(72)), et de l'impraticabilité relative de la révision constitutionnelle (du fait de la conjoncture politique(73)), il existe dès avant 1986 un " phénomène d'entonnoir ", qui oriente la plupart des réformes vers la voie législative. Or, par un " phénomène de défilé ", la voie législative est elle-même rétrécie. En effet, le goulot de cet entonnoir est de plus en plus étroit et de plus en plus encombré. De plus en plus étroit parce que la jurisprudence croissante du Conseil constitutionnel étend les exigences auxquelles sont soumises les lois, notamment au regard du " bloc de constitutionnalité " qui étend les normes de référence (74), et du fait des nouvelles méthodes employées par le Conseil constitutionnel De plus en plus encombrée, car chaque nouvelle majorité qui arrive au pouvoir, en 1981 comme en 1986, veut adopter un grand nombre de réformes. Mais ce phénomène est accentué durant la cohabitation car l'espérance de vie de cette majorité est de deux ans (au lieu de cinq), et parce que le Président de la République va pouvoir empêcher la convocation du Parlement en session extraordinaire (75). Si cette voie est plus encombrée que jamais entre 1986 et 1988, c'est aussi parce que les " voies de détournement " sont également obstruées par l'opposition du Président de la République. D'une part, il dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour

71 L. FAVOREU, La politique saisie par le droit, Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel, *Economica* 1988, p. 81.

72 Cf. L. FAVOREU, Les réglemens autonomes n'existent pas, RFDA, 6-1987; le domaine de la loi et du règlement, PUAM, 2e ed. 1981, et L. FAVOREU, La politique saisie par le droit, préc., p. 82 et s.

73 Cf. L. FAVOREU, La politique saisie par le droit, préc., p. 83 et s. Néanmoins, nous constaterons que, durant la cohabitation, cette impraticabilité n'était pas totale puisque la Constitution permettrait au Parlement, allié au peuple, d'imposer au Président de la République une révision de la Constitution à laquelle il serait hostile (cf. infra n° 94).

74 Cf. L. FAVOREU, La politique saisie par le droit, préc., p. 85 et s.

75 Cf. infra, n° 92-93.

recourir au référendum de l'article 11 (76). Et d'autre part, il s'arrogera un droit de veto sur les ordonnances (77), le recours à cette dernière procédure devenant d'autant plus difficile que le contenu et le contrôle de constitutionnalité des lois d'habilitation sont de plus en plus pointilleux (78). L'action réformatrice de la nouvelle majorité parlementaire sera donc tempérée par le pouvoir modérateur juridique qu'exerce le Conseil constitutionnel, et par le pouvoir modérateur politique et partisan, c'est-à-dire le contre-pouvoir qu'utilise le Président de la République, et donc nous allons pouvoir constater à présent qu'il s'agit d'un pouvoir de tutelle.

Le nouveau système mis en place sous la cohabitation montre la soumission du Parlement au Gouvernement et celle du Gouvernement au Premier ministre. Mais ce sont des phénomènes que l'on observe dans la plupart des régimes parlementaires à système majoritaire contemporains, et qui sont dans la logique du gouvernement de législature, même si l'on peut regretter la brutalité de cette domination. L'instauration du scrutin proportionnel avait pour objet de diviser la majorité afin d'éviter la concentration du pouvoir entre les mains de ceux qui en seraient l'émanation, le Gouvernement et le Premier ministre. La cohabitation " n'aurait pu aboutir à cet accroissement du rôle du Parlement que s'il n'y avait pas eu de majorité dans la nouvelle assemblée (...) A partir du moment où, malgré la proportionnelle, il y a eu une majorité nette, il était inévitable que l'on aboutisse à la situation présente, dans laquelle, effectivement, une grande part du pouvoir est passée de l'Elysée à l'Hôtel Matignon "... (79).

Le système de la Ve République, tel qu'il a été pratiqué de 1958 à 1986, a été totalement bouleversé par la cohabitation. Le changement de situation politique, c'est à dire l'avènement d'une majorité parlementaire hostile au chef de l'Etat, a ébranlé les fondements du système, et en particulier la suprématie présidentielle qui le caractérisait. Il résulte de la nouvelle " lecture " de la Constitution, l'instauration d'un nouveau système, d'une nouvelle pratique de la Constitution, beaucoup plus proche du régime parlementaire prévu par la lettre de la Constitution. Pourtant, l'originalité du système antérieur ne disparaît pas totalement avec la cohabitation. A l'épreuve de la cohabitation, la Ve République que l'on croyait si gravement menacée, n' pas péri, mais au contraire a été découverte, révélée.

---

76 Cf. infra, n° 69 et 74 à 77.

77 Cf. L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, préc. p. 87 et s. infra, n° 83-84

78 Cf. L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, préc., p. 93 et s.

79 F. GOGUEL, *débat avec J. JULLIARD Sommes-nous entraînés à changer de Constitution*, automne 1986 préc.

## **Titre II LA CINQUIEME REPUBLIQUE**

### **REVELEE.**

Suprême paradoxe, et mystère suprême du droit constitutionnel, c'est le retour à la lettre de la Constitution, le régime parlementaire moniste, qui paraît menacer l'existence de la Ve République. En réalité, la coexistence a bouleversé le système politique et la pratique qu'avaient connus la Ve République jusqu'en 1986, et non pas le régime politique lui-même, puisque la coexistence a conduit à un respect de la Constitution plus grand que jamais. Cette épreuve a ainsi révélé qu'il s'agit d'un régime parlementaire moniste, c'est-à-dire d'un régime dans lequel la politique gouvernementale est déterminée et conduite par le Gouvernement, dirigé par le Premier ministre et responsable devant le seul Parlement. Mais la cohabitation a aussi et surtout rappelé qu'il s'agit d'un régime parlementaire dont la particularité est soulignée par ses deux traits les plus originaux : c'est un régime dans lequel le Président de la République dispose de pouvoirs importants ( chapitre I ), et qui semble pouvoir donner lieu à des pratiques très variables, beaucoup de commentateurs se réjouissant de la prétendue souplesse de la Constitution ( chapitre II ).

## CHAPITRE I LA SAUVEGARDE DE

### LA CLEF DE VOUTE

En 1986, M. Barre est l'adversaire le plus farouche de la cohabitation : " Pour moi qui ai connu l'impuissance de la IV<sup>e</sup> République et qui ai servi les présidents de la Ve république, il n'y a pas de danger plus grand pour l'avenir de la France que le retour à une conception du fonctionnement des institutions qui aboutirait à l'effacement du Président de la République et au retour au néfaste régime des partis " (1). Nombreux sont les français qui redoutent avec lui que le régime ne s'effondre en même temps que les pouvoirs du Président. " Une seule hypothèse permettrait à la rigueur une cohabitation provisoire : celle où le Président de la République accepterait de se soumettre totalement. Je ne peux pas envisager cependant une telle éventualité car elle me paraît à la fois injurieuse pour le Président de la République et dangereuse pour l'avenir de nos institutions dont le Président cesserait d'être la clef de voûte " (2). En réalité, M. R. Barre adopte ainsi la vision gaullienne des pouvoirs présidentiels, et non celle de l'auteur original de cette expression, qui était Michel Debré, présentant en ces termes le projet de Constitution au Conseil d'Etat le 27 août 1958 : " Si vous me permettez une image empruntée à l'architecture, je dirai qu'à ce régime parlementaire neuf (...) il faut une clef de voûte. Cette clef de voûte, c'est le Président de la République ", déclarait-il dans son discours au Conseil d'Etat le 27 août 1958. Ce qu'il entend par là, c'est que le Président de la République dispose non seulement des pouvoirs traditionnels d'un chef d'Etat en régime parlementaire, mais en outre de pouvoirs propres importants qui lui donnent la possibilité de solliciter le Parlement, le suffrage universel ou le Conseil Constitutionnel, afin que le Gouvernement dispose du soutien qui lui est nécessaire, et qui lui fait défaut en France à cause de " l'état de notre opinion, en fonction de nos querelles historiques ". M. Michel Debré veut instaurer un régime parlementaire, c'est à dire un régime dans lequel c'est le

---

1 R. BARRE Faits et arguments fév. 1986, cf. Le Monde 29 janvier 1986, p.8.

2 R. BARRE Allocution aux journées parlementaires de Divonne, le 27 sept. 1983.

Gouvernement responsable devant le Parlement qui détermine et conduit la politique de la nation. Mais la stabilité du Gouvernement est assurée, en Grande Bretagne, par le soutien de la majorité parlementaire au Cabinet. Or la plupart des rédacteurs de la Constitution du 4 octobre 1958 estiment qu'à l'instar de la IIIe ou de la IVe République, le nouveau régime risque de périr de l'absence de majorité stable à l'Assemblée nationale. C'est donc ailleurs qu'il recherchent une garantie de la stabilité du Gouvernement, et par conséquent du régime : dans le pouvoir donné au Président de la République de solliciter un arbitre.

La publication des travaux préparatoires de la Constitution, soigneusement maintenus dans l'ombre pendant trente ans, montre de façon éclatante, si tant est que le doute ait encore été permis, que la Constitution de 1958 établit un régime parlementaire moniste, dans lequel le pouvoir gouvernemental appartient au Gouvernement, et non au chef de l'Etat, qui n'est qu'un arbitre (3). Mais on sait combien fut extensive la conception gaullienne de l'arbitrage, et comment il devint non plus un arbitre au dessus des partis, mais le chef de la majorité, et donc de tous les pouvoirs de l'Etat. Selon le général de Gaulle, c'est cette soumission hiérarchique de tous les pouvoirs au chef de l'Etat qui fonde l'originalité du système : " La clef de voûte de notre régime, c'est l'institution nouvelle d'un Président de la République désigné par la raison et le sentiment des français pour être le chef de l'Etat et le guide de la France... Cependant, pour que le Président de la République puisse porter et exercer effectivement une charge pareille, il lui faut la confiance explicite de la Nation "(4). Cette conception gaullienne du régime s'est incontestablement effondrée le 16 mars 1986, M. François Mitterrand ne pouvant plus prétendre bénéficier de la confiance explicite de la Nation pour diriger la politique gouvernementale. Par contre, si l'on se place dans la perspective de M. Michel Debré, la cohabitation a révélé que la clef de voûte du régime, c'est à dire le fait que le Président de la République dispose de pouvoirs propres importants, a permis à la Ve République de résister à la crise la plus grave qu'elle ait jamais connu, contrairement à ce qui s'était passé sous la IIIe République, où les expériences de cohabitation s'étaient traduites par une réduction considérable des pouvoirs présidentiels. L'épreuve de la coexistence a permis l'instauration d'un système qui, s'il est beaucoup plus proche de la lettre de la Constitution de 1958 que ne l'était le précédent, n'y est cependant pas totalement conforme. En effet, M. François Mitterrand n'a pas été un arbitre doté du seul pouvoir de solliciter un autre pouvoir. Il a été bien plus que cela, sa conception de l'arbitrage présidentiel étant tout aussi élastique que celle de ses prédécesseurs, ainsi que sa conception de ses pouvoirs,

---

3 Sur la vision du régime par ses fondateurs, voir notamment les Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Ve République, D.F. et O. DUHAMEL Les logiques cachées de la Constitution de la Ve République dans La Constitution de la Ve République, presses de la FNSP, 1988, p.14.; et J.L. PARODI Les carrefours de la cohabitation, RPP sept-oct.1985, p. 25.

4 DE GAULLE, allocution du 20 septembre 1962.

qu'il impose avec une facilité à priori déconcertante à la majorité et au Gouvernement qui lui sont hostiles.

L'intérêt majeur de cette épreuve est de montrer non pas seulement l'écart entre la lettre et la pratique de la Ve République dans un système ou dans un autre, mais surtout quels sont les facteurs qui déterminent cet écart, et donc de mesurer la force du droit, l'efficacité des règles constitutionnelles. Or avant comme après 1986, la démarche des acteurs est avant tout pragmatique. Ils vont, selon l'expression de Thucydide chère à M. François Mitterrand jusqu'au bout de leur pouvoir, et c'est seulement en fonction du champ d'action qui leur est offert par la Constitution dans un système politique donné qu'ils exercent leurs pouvoirs. C'est à dire qu'ils ne se demandent pas à priori ce que le texte de la Constitution leur prescrit de faire, mais ce que la conjoncture politique combinée avec les contraintes institutionnelles leur permet de faire, en se ménageant le plus de pouvoirs possibles pour l'avenir. Et c'est seulement à partir de ces données qu'il vont construire l'image de leur fonction, en légitimant leur action par référence à la Constitution (cette image devenant elle-même un des éléments leur permettant d'imposer leur vision de leurs pouvoirs). C'est ce pragmatisme, cette pratique opportuniste de la Constitution, de la part de tous les "joueurs " qui explique le caractère profondément illogique sur le plan juridique de la répartition des pouvoirs opérée durant la cohabitation, et le fait que M. François Mitterrand se soit octroyé des pouvoirs beaucoup plus importants que ceux qu'il reconnaissait à M. Valéry Giscard d'Estaing dans une hypothèse très comparable en 1978. Si les pouvoirs du Président de la République ont été considérablement restreints par la nouvelle situation politique, ils sont demeurés beaucoup plus importants que la lettre de la Constitution ne le prévoit (Section I), et cette pratique est légitimée par une redéfinition de la fonction présidentielle, qui se trouve également dans une position intermédiaire entre la pratique antérieure et la lettre de la Constitution ( Section II ).



## Section I LE TRONE N'EST PAS UN FAUTEUIL VIDE.

67' " Les actes du Président de la République autres que ceux prévus aux articles 8 (1er alinéa), 11, 12, 16, 18, 54, 56 et 61 sont contresignés par le Président de la République et le cas échéant par les ministres responsables ". L'article 19 de la Constitution opère en ces termes une distinction fondamentale entre les actes du Président de la République qui lui appartiennent en propre, ses pouvoirs de solliciter un autre pouvoir, qui sont originaux en régime parlementaire et qui sont strictement délimités par la Constitution; et ses pouvoirs normaux de chef d'Etat parlementaire, qui sont soumis à contreseing. La question cruciale est de savoir ce que signifie ce contreseing, pourquoi il a été exigé, et ce qu'il implique.

On sait qu'à l'origine, le contreseing a pour raison d'être l'authentification de l'acte du signataire par le contresignataire. Les pouvoirs du Parlement se développant, il change de sens et acquiert une signification politique : la signature du Premier ministre auprès de celle du Roi signifiant qu'il endosse la responsabilité de cet acte face au Parlement, devant lequel le chef de l'Etat est irresponsable. Dans les régimes parlementaires dualistes, les actes soumis à contreseing manifestent l'accord de volonté entre le chef de l'Etat et le Premier ministre. Mais, puisque " là où est la responsabilité là est le pouvoir ", les compétences du chef de l'Etat qui sont généralement toutes soumises à contreseing du fait de son irresponsabilité, deviennent purement formelles. " le Président du Conseil est tout maintenant - se plaindra l'impératrice Eugénie - l'Empereur ne compte pour rien, ce n'est qu'une machine à signer " (5). Dans la plupart des régimes parlementaires des démocraties occidentales contemporaines, les pouvoirs du chef de l'Etat soumis à contreseing sont en fait devenus de simples compétences formelles, nominales, dont l'exercice appartient en

---

5 Impératrice Eugénie, épouse de Napoléon III, en 1870, durant la cohabitation de l'empereur avec Emile Olivier, Citée par D. AMSON La cohabitation politique en France, la règle de deux, PUF, Paris, 1985, p. 119

réalité au Premier ministre responsable devant le Parlement. Aussi les rôles sont-ils inversés : c'est le chef de l'Etat, investi nominalelement de ces prérogatives qui joue le rôle de notaire, qui authentifie les actes de son premier ministre. Le contreseing n'a pas perdu toute raison d'être, car même dans les pays où les pouvoirs du chef de l'Etat sont extrêmement réduits, le fait que sa signature soit requise sur ces actes lui permet d'en prendre connaissance, et éventuellement de s'y opposer, ne serait-ce que par son autorité morale, lorsqu'ils sont manifestement anticonstitutionnels (6).

Qu'en est-il en France, sous la Ve République ? *Dans la pratique qui s'est imposée jusqu'en 1986*, il n'y a pas véritablement de distinction entre les pouvoirs soumis à contreseing et les pouvoirs propres (7), puisque le Président de la République les exerce tous discrétionnairement. La signature du chef de l'Etat est loin d'être une pure formalité, " au contraire, compte tenu de l'interprétation présidentialiste retenue par le régime, c'est sur la signification du contreseing que l'on peut s'interroger, car un ministre qui refuserait de contresigner un acte du Chef de l'Etat risquerait fort d'être révoqué " (8). Dans ce système, on peut considérer que ces pouvoirs sont concédés par le Premier Ministre au Président de la République (9). Aussi, la plupart des auteurs estiment-ils que le contreseing manifeste l'accord de volonté entre le Président de la République et le Premier ministre, qu'il s'agit de véritables pouvoirs partagés entre eux (10). Mais cette argumentation étant fondée essentiellement sur la pratique présidentialiste du régime, sur l'interprétation dualiste qui a été imposée jusqu'en 1986, on peut considérer qu'elle est remise en cause par la cohabitation qui impose un retour à la lettre de la Constitution, c'est à dire au régime parlementaire moniste (bien que bireprésentatif) (11).

*La publication des travaux préparatoires de la Constitution* montre clairement que ses rédacteurs estimaient que la distinction entre ces pouvoirs était fondamentale, et que les pouvoirs présidentiels soumis à contreseing ne devaient être, comme dans les régimes parlementaires qui leur servaient de modèle, que des compétences formelles, qui

---

6 Par exemple, sur l'évolution de ces pouvoirs en Belgique, cf. F. DELPEREE et B.DUPRET, *Le Roi des Belges, Pouvoirs*, n° 54.

7 Cf. J.P. PAYRE *Pouvoirs discrétionnaires et compétences liées du Président de la République*, RDP 1981, p. 1613-1644.; et J. MASSOT *La présidence de la République en France* D.F. 1977, p. 108.

8 P. VIALLE *Institutions politiques et droit constitutionnel* L'Hermès, Lyon, 1984, p. 644; dans le même sens : C. DEBBASCH et alii *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Economica, Paris, 1986, p. 618.

9 J. GICQUEL *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, , 1987, p. 668.

10 Par exemple M. PRELOT et J. BOULOUIS *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz 1984, p. 686; P. PACTET *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Masson, Paris, 1985, p.383.

11 Ainsi, C.LECLERCQ distingue-t-il entre la République présidentielle d'avant 1986, durant laquelle la seule fonction du contreseing est de certifier l'authenticité de la signature du Président, et la République parlementaire qui lui succède à partir du 16 mars, dans laquelle " l'institution du contreseing, quand il existe, est le signe même du parlementarisme par le transfert de responsabilité des actes contresignés du Président de la République au Gouvernement." (dans *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Litec, 1987, p. 585-586.

appartiendraient en réalité au Premier ministre. " En ce qui concerne l'article 17 (devenu l'article 19) relatif au contreseing, un certain nombre d'orateurs, et en particulier M. Coste-Floret, ont contesté cette absence de contreseing pour certaines décisions. Et M. Coste-Floret a fait valoir qu'il y avait deux sortes de contreseings : des contreseings d'authentification et des contreseings qui impliquent la prise de responsabilité de l'acte. L'analyse est incontestablement exacte. Mais ce qui est extrêmement difficile, c'est de décider que, dans tel cas, le contreseing aura telle valeur, dans tel autre cas, telle autre valeur. Et c'est pourquoi il a paru beaucoup plus simple de supprimer le contreseing pour celles de ces attributions qui paraissaient devoir être données au Président de la République, en raison de son rôle fondamental d'homme qui doit veiller au fonctionnement des pouvoirs publics " (12). A contrario pour tous les actes pour lesquels le contreseing est exigé la signature du Premier Ministre signifie qu'il endosse la responsabilité de l'acte, qui devient par conséquent une compétence formelle du Président de la République, comme c'était le cas en pratique sous la IIIe et la IVe République (13). L'article 19 est présenté comme étant " une disposition capitale. Pourquoi l'absence du contreseing dans un certain nombre de cas ? Parce que les rédacteurs de cette disposition ont pensé qu'un certain nombre d'actes étaient la chose du Président de la République et non pas la chose du contresignataire. Car il n'est pas douteux que , lorsqu'un acte du Président de la République est contresigné, le contreseing est l'expression, dans le texte, de la responsabilité ministérielle et, par conséquent, par le contreseing, l'acte signé par le Président devient, je ne dirai pas totalement, mais au moins pour la plus large part, l'acte du contresignataire. C'est le principe même de la responsabilité ministérielle " (14). Cette interprétation est confortée par les réponses apportées par les membres du Gouvernement ou son commissaire aux questions des membres du Comité consultatif constitutionnel, par exemple lorsque le général de Gaulle déclare lui-même que : " le premier ministre étant désigné, il lui appartient de former son gouvernement. *Le président de la République signe les décrets que le premier ministre contresigne. Par conséquent, les ministres sont nommés, en fait, par le premier ministre*, et, ensuite, le premier ministre n'est pas responsable devant le président de la République. Celui-ci ne peut pas le révoquer. Si le premier ministre demande la révocation d'un ministre, le président de la République signe le décret comme il l'a signé pour nommer les ministres sur la proposition du premier ministre. Il ne peut pas le faire de son propre chef, c'est évident, sans quoi tout l'équilibre de notre projet de Constitution serait renversé car un élément essentiel de ce projet c'est que le président de la République est un arbitre et qu'il est là pour assurer le fonctionnement des pouvoirs publics, quoi qu'il arrive; c'est là son rôle, conformément,

---

12 M. R. JANOT, commissaire du Gouvernement, devant le CCC, 31 juillet 1958, dans Documents pour servir..., D.F., préc., T.II, p.98.

13 Sous la IIIe République cela fut certain à partir de la crise du 16 mai 1877.

14 M. R. JANOT, commissaire du Gouvernement, au CCC, le 31 juillet au matin, dans Documents pour servir...D.F., préc., t II, p.II, p. 68.

bien sûr, à la Constitution " (15). On ne manquera évidemment d'objecter, à juste titre, que le général de Gaulle soutint une position radicalement différente lorsqu'il déclara en 1964 que le Président de la République " décrète, ou non, les mesures qui lui sont proposées " (16). Mais si l'on estime avec M. Maurice Duverger que " en droit, seul compte le texte de la Constitution " (17), on en conclura que la pratique gaullienne n'a pas de valeur normative. Par ailleurs certains pourraient considérer que le général de Gaulle, en rédigeant une Constitution dont il voulait qu'elle soit souple, pour que la pratique permette de l'adapter à la situation concrète, pensait en réalité que le Président serait toujours libre de refuser sa signature, comme il le montra par la suite, mais qu'il ne le disait pas au moment de la rédaction de la Constitution car cela n'aurait pas été accepté. Dans cette optique, on pourrait imaginer que le général ait soumis à l'approbation des français le texte d'un régime parlementaire, alors qu'il comptait bien appliquer un régime différent, dans lequel le chef de l'Etat disposerait en réalité d'un pouvoir de tutelle sur tous les autres pouvoirs ( comme il l'a expliqué dans sa conférence de presse du 31 janvier 1964). On pourrait alors estimer qu'il a pu tirer argument de ses intentions cachées au moment de la rédaction de la Constitution. Mais en application du principe général " *nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans* ", ce type d'argumentation n'est pas acceptable en droit, et seul compte le texte de la Constitution adoptée par le peuple. Cette interprétation parlementariste des compétences présidentielles soumises à contreseing est encore confortée par le discours de M. Michel Debré au Conseil d'Etat le 27 août 1958, puisqu'il distingue très nettement entre les pouvoirs traditionnels d'un chef d'Etat parlementaire et les pouvoirs propres : " le Président de notre République ne peut être seulement, comme en tout régime parlementaire, le chef d'Etat qui désigne le Premier ministre, voire les autres ministres, *au nom de qui* les négociations internationales sont conduites et les traités signés, sous l'autorité duquel sont placés l'armée et l'administration. Il est, dans notre France où les divisions intestines ont un tel pouvoir sur la scène politique, le juge supérieur de l'intérêt national. A ce titre il demande, s'il l'estime utile, une deuxième lecture des lois dans le délai de leur promulgation (...); il peut également (et ces pouvoirs nouveaux sont d'un intérêt considérable) saisir le Conseil constitutionnel s'il a des doutes sur la valeur de la loi au regard de la Constitution. Il peut apprécier si le référendum, qui doit lui être demandé par le Premier ministre ou les présidents des assemblées, correspond à une exigence nationale. Enfin, il dispose de cette arme capitale de tout régime parlementaire qui est la dissolution. (...) Ce tableau rapidement esquissé montre que le Président de la République comme il se doit, n'a pas d'autre pouvoir que celui de solliciter un autre pouvoir : il sollicite le Parlement, il sollicite le Conseil constitutionnel, il sollicite

---

15 De GAULLE, au CCC, le 8 août 1958, dans Documents pour servir...D.F.,T.II, p. 300.(éléments de texte soulignés par nous).

16 Conférence de presse du 31 janvier 1964, cf. D. MAUSS, Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République, D.F. Paris, 1982, p. 25.

17 Le système politique français, PUF, Thémis, Paris, 1985, p. 571.

le suffrage universel. Mais cette possibilité de solliciter est fondamentale " (18). Il semble donc clair que dans l'optique - du moins affichée et donc seule valable officiellement - des rédacteurs de la Constitution, les compétences présidentielles soumises à contreseing sont des compétences formelles qui appartiennent en réalité au Premier ministre, seul responsable devant le Parlement. " Encore que l'on ait parfois cherché à minimiser son importance, la référence au contreseing me paraît être le critère entre les pouvoirs traditionnels d'un chef d'Etat parlementaire, pouvoirs nominaux puisque l'exigence du contreseing conduit à transférer, en fait, leur exercice au gouvernement, et les pouvoirs que le Président détient, non à raison de la forme du régime, mais à titre d'incarnation du pouvoir étatique " (19) La conséquence logique de cette distinction est, à notre point de vue, que le Président de la République a une compétence liée chaque fois que ses actes sont soumis au contreseing du Premier ministre. Comme tout chef d'Etat d'un régime parlementaire, il ne doit jouer dans ces cas que le rôle, néanmoins considérable, d'un notaire. L'exigence de la signature du Président de la République, lui permet de veiller au respect de la Constitution, et d'assurer, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, en vertu de la mission qui lui est confiée par l'article 5 de la Constitution.

En tant qu'arbitre au dessus des partis, " personnage impartial, qui ne se mêle pas de la conjoncture politique et qui ne doit pas s'en mêler " - selon les termes du général de Gaulle lui-même - (20), le Président de la République dispose, à notre point de vue, d'un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il agit dans le cadre de ses pouvoirs propres (même si leur exercice est parfois conditionné), et d'une compétence en principe liée dans le cadre de ses pouvoirs soumis au contreseing du Premier ministre. Néanmoins la compétence liée ne signifie pas absence de pouvoir. " Il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit. Inversement, ce qui caractérise la compétence liée, c'est l'automaticité de l'action administrative, c'est une obligation d'agir ou de s'abstenir et, en cas d'action, d'agir dans un sens déterminé " (21). L'application des principes du droit administratifs pose, certes, deux problèmes. Tout d'abord celui de la qualification des actes du Président de la République qui ne sont pas contrôlés par le Conseil d'Etat au motif qu'il s'agit d'actes de Gouvernement. Ensuite, celui de l'absence de jurisprudence permettant de connaître avec certitude le sens positif de certaines normes. En effet, C. Eisenmann a montré que la

18 M. DEBRE, discours au Conseil d'Etat 27 août 1958, Cf. D. MAUSS Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République, préc., p. 7.(éléments de texte soulignés par nous).

19 G. BURDEAU, M. TROPER et F. HAMON, Manuel de droit constitutionnel, LGDJ, Paris, 1988, p. 507.

20 Général de GAULLE, au CCC, le 8 août 1958, dans Documents pour servir...D.F., préc., t II, p. II, p. 300.

21 J. P. PAYRE Pouvoirs discrétionnaires et compétences liées du Président de la République, RDP 1981, p. 1614.; cf. aussi B. KORNPORST " La compétence liée " RDP 1961, p. 935-958; et cf. Ch. EISENMANN, Cours de droit administratif, LGDJ, Paris, 1983, T.II, p. 269 et s, et 290 et s.

délimitation du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée est opérée non seulement par les textes, mais aussi par la jurisprudence (22). Aussi peut-on estimer que, monobstant le principe de son irresponsabilité politique et le fait qu'à l'instar du maire, il bénéficie d'un dédoublement fonctionnel en exerçant à la fois une autorité politique et une autorité administrative, le Président de la République " n'en demeure pas moins une autorité qui édicte des actes administratifs s'inscrivant dans la hiérarchie des normes de notre système juridique. L'absence ou la réduction du contrôle de constitutionnalité et du contrôle juridictionnel n'ôte pas toute valeur à l'étude du caractère discrétionnaire ou lié d'un pouvoir. Pouvoir discrétionnaire et compétence liée sont des notions autonomes. Comme le souligne Charles Eisenmann, le contrôle n'est qu'un phénomène secondaire " (23).

Lorsque ses pouvoirs sont soumis à contreseing, le Président de la République n'est pas réduit à l'impuissance, il a le devoir de vérifier, en application de l'article 5 de la Constitution, que les actes qui sont soumis à sa signature ne sont pas manifestement inconstitutionnels. Si l'on adopte une interprétation parlementariste de la Constitution, on peut considérer que le chef de l'Etat dispose ainsi d'un contrôle que l'on pourrait, par analogie avec les pouvoirs du préfet depuis la décentralisation, qualifier de contrôle de légalité, entendu au sens large, c'est à dire ici de contrôle de constitutionnalité plus particulièrement. C'est à dire qu'il ne lui appartient pas de se prononcer lui-même sur la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité d'un acte, mais il a le devoir de saisir l'autorité compétente, qui peut être le Parlement, le Peuple ou le Conseil Constitutionnel, au cas où un acte lui paraît manifestement inconstitutionnel. En pratique, avant la cohabitation, à l'instar du Préfet avant la décentralisation, il exerçait au contraire un contrôle d'opportunité, c'est à dire qu'il avait la faculté de s'opposer à l'édition d'un acte au seul motif qu'il ne lui paraissait pas opportun. Si le soutien de la majorité parlementaire lui permet de devenir une autorité de tutelle jusqu'en 1986, le Président de la République va-t-il devenir, comme la Constitution semble le prévoir, une simple autorité de contrôle en période de coexistence ? La logique du régime adopté par le peuple en 1958 l'imposait selon nous. La conception que nous adoptons ne prétend évidemment pas dire ce qu'est " le Droit " puisqu'aucune juridiction ne s'est prononcée en ce sens, et que la pratique s'est imposée dans un sens contraire. On entend seulement préciser quelle était l'intention des rédacteurs de la Constitution, afin d'essayer de mesurer et de comprendre la distance qui sépare le texte de la Constitution tel qu'il a été rédigé en 1958 et la pratique qui en a été faite par la suite.

---

22 Cité par J.P. PAYRE, art. préc., p. 1614 et 1615.

23 J.P. PAYRE Pouvoirs discrétionnaires et compétences liées du Président de la République, RDP 1981, p. 1615.

Alors que pour les rédacteurs de la Constitution, les pouvoirs présidentiels soumis au contreseing du Premier ministre appartiennent en fait au contresignataire, le Président de la République ne jouant que le rôle d'un notaire; dans la pratique d'avant 1986, les positions sont inversées, et l'on retourne au sens originel du contreseing, c'est à dire qu'il permet au Premier ministre d'authentifier les actes du Président. Deux conceptions intermédiaires sont imaginables : soit on considère que ces actes sont des pouvoirs partagés, soit on estime que ce sont des pouvoirs qui appartiennent essentiellement au Premier ministre, mais sur lesquels le Président de la République dispose d'un droit de veto en vertu de son autorité de tutelle, c'est à dire qu'il exerce sur ces actes un contrôle d'opportunité. Or ces deux conceptions ont été parallèlement admises dans des domaines différents durant la cohabitation, de manière assez incohérente au niveau de la logique juridique, puisque la répartition des pouvoirs entre Président et Premier ministre a été largement guidée par des considérations d'opportunité plutôt que par un souci de respect scrupuleux de la Constitution. Tandis que nul ne contestait le caractère discrétionnaire des pouvoirs propres du chef de l'Etat, il ne semble pratiquement pas y avoir recouru, ( I ), préférant utiliser ses pouvoirs soumis à contreseing, en considérant que dans certains cas il s'agissait de prérogatives appartenant au Premier ministre, mais sur lesquelles il exerçait un contrôle d'opportunité ( II ), et dans d'autres cas, que ces pouvoirs étaient partagés entre eux deux, mais qu'il devait avoir une position prééminente ( III ).

## **I LES POUVOIRS PROPRES DU PRESIDENT :**

### **DES ARMES DISSUASIVES QUI CHANGENT D'OBJECTIF.**

" Si le Président de la République ne dispose plus d'une majorité qui lui obéisse, il ne lui reste plus que ses pouvoirs propres : ils sont précis et limités " estime M. Valéry Giscard d'Estaing, (24) lui qui avait, dès 1978 souligné l'impuissance à laquelle peut être réduit le chef de l'Etat en période de cohabitation (25). L'attribution au Président de la République de pouvoirs importants dispensés de contreseing est un élément profondément

---

24 Conférence de presse du 14 janvier 1986 sur la cohabitation, Le Figaro 15 janvier 1986.

25 Cf discours de Verdun-sur-le-Doubs le 27 janvier 1978, dans D. MAUSS Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République, D.F. Paris, 1982, p. 27.

original en même temps qu'un problème majeur de la Ve République. Sans doute, " dans la logique du Constituant, ce principe se justifiait pleinement : il ne convenait pas que le Chef de l'Etat dépende du Gouvernement dans l'exercice de pouvoirs qui pouvaient éventuellement être mis en oeuvre contre lui, et il était normal qu'il reste irresponsable puisqu'il n'est pas souhaitable que les décisions de l'arbitre puissent être contestées " (26). Néanmoins, dans un régime démocratique, tout pouvoir suppose une responsabilité, et l'on peut considérer que l'élection du Président de la République au suffrage universel à partir de 1962 rend le Président responsable politiquement devant le peuple, bien que cette responsabilité soit faible puisqu'elle n'est mise en jeu que tous les sept ans (27). M. Michel Debré voulut rassurer les inquiétudes qui s'étaient faites jour à ce propos durant l'élaboration de la Constitution en déclarant que le chef de l'Etat ne dispose en réalité que du pouvoir de faire appel à un arbitre, en dehors des pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article 16. Durant la cohabitation, l'exercice des pouvoirs propres du Président est en réalité assez restreint ( A ) mais surtout le sens de ces pouvoirs est totalement bouleversé. Alors qu'ils avaient jusqu'en 1986 pour fonction de permettre au Président d'apporter son soutien à " son " Gouvernement, ils deviennent des armes, toujours dissuasives, servant à combattre " le " Gouvernement ( B ).

## A DES POUVOIRS REDUITS ?

Pour la première fois sous la Ve république, l'isolement politique du Président de la République montre qu'il ne peut en réalité exercer aucun de ses pouvoirs propres qui comportent une part plus ou moins importante de discrétionnarité(28), de manière totalement autonome, puisqu'une autre autorité doit toujours intervenir, soit avant son action, pour lui faire une proposition (article 11), ou pour lui donner un avis, qui ne le lie pas mais qui a dans certains cas un poids non négligeable sur l'opinion (articles 12 et 16), soit après son action, lorsque son seul pouvoir consiste à faire appel soit au Conseil Constitutionnel (article 54, 61), soit au Parlement pour lui adresser un message (article

26 B. CHANTEBOUT Droit constitutionnel et institutions politiques, A. Colin, Paris, 1982, p. 455.

27 Sur la réduction du mandat présidentiel, cf. infra, n° 242 et s.

28 En sens contraire : cf. J.P. PAYRE, art. préc. L'auteur estime que le fait que l'exercice de certains pouvoirs propres soit conditionné par l'intervention d'une autre autorité interdit de parler de compétence discrétionnaire. Nous considérons au contraire qu'il s'agit de pouvoirs discrétionnaires puisque le Président de la République soit a la faculté d'agir ou de ne pas agir, soit, quand il est obligé d'agir, peut le faire comme il l'entend, le contenu de sa décision n'étant pas imposé par la Constitution à priori.



18). Le seul cas dans lequel il dispose d'un pouvoir relativement autonome est son pouvoir de nommer trois membres du Conseil Constitutionnel dont le Président (article 56) et le Premier ministre (article 8 alinéa 1), mais en pratique il doit se résigner à nommer une personnalité susceptible de recueillir le soutien de la majorité parlementaire. Durant la cohabitation, certains pouvoirs propres du Président sont considérablement réduits ( 1 ), mais ils restent cependant non négligeables pour la plupart ( 2 ).

### **1 Certains pouvoirs propres sont considérablement réduits.**

Les pouvoirs propres du Président qui sont les plus réduits durant la cohabitation sont certainement le pouvoir de nomination du Premier ministre ( a ), et le recours au référendum de l'article 11 ( b ).

#### **a ) Le Pouvoir de nommer le Premier ministre et de mettre fin à ses fonctions.**

68 Nous avons pu constater, en étudiant les pouvoirs du Parlement en période de cohabitation, que si rien, en droit, ne vient limiter le *choix du Premier ministre* par le Président de la République, l'union de la majorité parlementaire lui a permis en fait d'imposer son premier ministre au chef de l'Etat, même si certains lieutenants de M. François Mitterrand affirment que nul n'a imposé le choix du Gouvernement au Président, et qu'il a opté pour la solution la plus difficile en choisissant le chef de la majorité alors qu'il aurait pu porter son choix sur beaucoup d'autres personnes (29). En toute hypothèse, en choisissant M. J. Chirac, " le Président indique qu'il respecte scrupuleusement le résultat du scrutin et désire une cohabitation un tant soit peu durable " (30). Néanmoins, le fait que cette nomination ait en réalité été négociée entre M. Jacques Chirac et M. François Mitterrand avant le 16 mars montre que le Président a pu imposer certaines de ses conditions au contrat de cohabitation, ce qui peut contribuer à expliquer que le Premier ministre se soit soumis avec une relative complaisance à certaines interprétations des pouvoirs présidentiels (notamment en matière de politique étrangère et de défense, lorsque le Président de la République a refusé de nommer certains ministres, ou au moment du refus de convocation du Parlement en session extraordinaire).

29 M. HERNU, à Questions à Domicile, T.F.1., le 42 avril 1986.

30 O. DUHAMEL Constitution et cohabitation : 5 innovations de l'alternance, Le Monde 26 mars 1986.

Mais une fois nommé, *le Premier ministre est " indéboulonnable "* (31), le Président n'ayant plus le pouvoir de le révoquer, du moins directement, puisque le Président ne peut mettre fin aux fonctions du Premier ministre que sur la présentation par celui-là de la démission de son Gouvernement (32), qui paraît très improbable avant le terme de la cohabitation, sauf en cas de crise grave. Longtemps avant la cohabitation, M. Mitterrand l'avait d'ailleurs fort bien expliqué : " J'ai demandé à M. Chaban-Delmas ce qui arriverait au cas où, comme la Constitution l'y autorise, un Premier Ministre soutenu par la majorité de l'Assemblée nationale, refuserait de démissionner sur ordre du chef de l'Etat. M. Chaban-Delmas se contenta d'une formule : " Ce serait un triste sire." Triste sire, assurément, si le Premier Ministre en question n'était qu'un favori. Chaque condition a ses règles et son code de l'honneur. Mais on peut concevoir une autre situation. Par exemple, des élections législatives qui amèneraient au Palais-Bourbon une nouvelle majorité, ou qui, sans changer la majorité, l'ôteraient à l'UDR. (...) Triste sire serait alors celui qui trahirait la volonté populaire pour complaire à la volonté présidentielle " (33).

#### b ) L'impossible recours au référendum de l'article 11.

69 Aux termes de l'article 11 de la Constitution, le Président de la République, ne peut recourir au référendum que sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées. Dès lors qu'il a accepté de nommer un Premier ministre qui lui est politiquement hostile, la possibilité d'utiliser cette arme est donc considérablement réduite (34). M. Duverger n'hésite pas à affirmer en 1986 que le Président aurait pu utiliser l'article 11 pour réviser la Constitution durant les tout premiers jours de la session parlementaire (puisque aux termes de l'article 11, une proposition gouvernementale ne peut être faite que pendant la durée des sessions (35)), en demandant à M. Fabius de lui proposer la révision constitutionnelle de son choix, avant que l'Assemblée n'ait le temps de renverser le Gouvernement (36). Il suffirait, pour contester cette argumentation, de le renvoyer aux lignes qu'il écrivait lui-même à ce sujet en 1978 : " faire jouer la lettre d'un texte contre son esprit, cela s'appelle la fraude à la loi. Un président de la République qui agirait ainsi à l'égard d'une Constitution dont il doit "

---

31 Selon l'expression de M. V. GISCARD d'ESTAING, conférence de presse du 14 janvier 1986, préc.

32 cf. supra n° 55.

33 F. Mitterrand *La paille et le grain Flammarion*, 1975, p. 36 à 39, le mercredi 26 janvier 1972, cité par F. De BAECQUE *Qui gouverne la France ?*, préc. annexes, p. 196.

34 Cf. O. DUHAMEL *La Gauche et la Ve République*, Thèse, préc., p. 427.

35 Cf. O. DUHAMEL *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, Pouvoirs, 1, 1977, p. 51.

36 *Bréviaire de la cohabitation*, préc., p. 73.

veiller au respect " (art. 5) ne serait pas loin de commettre le crime de haute trahison " (37). On peut observer qu'une telle pratique serait pour le moins politiquement désastreuse (38).

Par contre, le Président pourrait fort bien *refuser de soumettre au référendum une proposition* qui lui serait soumise soit par le Premier ministre, soit par les deux assemblées, puisque la formule utilisée dans l'article 11 " le Président de la République *peut* soumettre au référendum..." montre le caractère totalement discrétionnaire de cette faculté (39), contrairement à ce que l'on peut observer dans le cadre de l'article 89 (40).

Toutefois, on pourrait imaginer que le Président de la République ou le Premier ministre parviennent, comme l'a fait M. F. Mitterrand pour la loi sur le financement des partis politiques, à " *forcer la main* " de la majorité ou du Premier ministre pour le contraindre à proposer ou organiser un référendum sur un sujet très populaire. Cela aurait pu se concevoir pour la réduction du mandat présidentiel à cinq ans (41), mais il paraît évident que celui que l'on aurait voulu obliger à une telle *révision de la Constitution* aurait

---

37 Echec au Roi, p. 214.

38 Cf. O. DUHAMEL, *La gauche et la Ve République*, préc., p. 427.

39 Cf. J.L. QUERMONNE " La présidence de la République et le système des partis", *Pouvoirs* n° 41, 1987, p. 111.; Cf. M. DUVERGER, *Echec au Roi*, préc., p. 214 l'auteur écrit à propos de l'utilisation de l'article 11 pour réviser la Constitution que " le président serait obligé de soumettre au référendum une proposition votée par les deux chambres, qui pourraient le rappeler à ce devoir par la menace d'une accusation en Haute Cour ", on peut supposer que l'auteur évoquait en réalité une révision de la Constitution par le biais de l'article 89, sans quoi cette position paraît très contestable.

40 Cf. infra, n° 94.

41 Cf. J. ROBERT *De la cohabitation*, D.1986, chr. XXX, p. 186; et M. GUENAIRE *Le défi référendaire d'un président minoritaire*, RDP 1986, p. 1065-1096.

tiré argument de l'inconstitutionnalité de cette procédure pour s'y opposer (42), d'autant que la gauche, et en particulier M. F. Mitterrand s'est toujours montré farouchement hostile à ce mode de révision de la Constitution (43). Néanmoins certains doutes sont permis. " Admettez-vous que l'article 11, tel qu'il existe, soit utilisé pour une révision constitutionnelle, comme le fit le Général de Gaulle, avec succès en 1962, sans succès en 1969 ? " Demanda M. Olivier Duhamel à M. François Mitterrand à la fin de la cohabitation. " L'usage établi et approuvé par le peuple peut désormais être considéré comme l'une des voies de la révision, concurremment avec l'article 89." répondit sans

---

42 On notera que la révision de la Constitution par l'article 11 rencontre des partisans de plus en plus nombreux, par exemple M. DUVERGER, qui écrivait en 1978 dans *Echec au Roi* (p. 213) : " on ne voit pas le chef de l'Etat recourir au référendum direct de l'article 11, qui est irrégulier : M./ Giscard d'Estaing l'a implicitement reconnu devant le Conseil constitutionnel le 8 novembre 1977", alors qu'en 1986, dans le *Bréviaire de la cohabitation*, (préc. 72 et suiv.), il "réhabilite" l'usage de l'article 11 pour réviser la Constitution, au motif notamment que M. R.BARRE est favorable à une révision de la Constitution par ce biais pour pérenniser le scrutin majoritaire (cf. *Faits et Arguments* n° 33, fév. 1986, p. 5), et qu'une partie de la doctrine, qui s'était vivement opposée à cette procédure en 1962, y était subitement devenue favorable en 1984, lorsque l'on suggéra à M. Mitterrand d'y recourir pour surmonter le veto du Sénat à la révision de l'article 11 (M. DUVERGER reprend largement les arguments juridiques développés par F. GOGUEL, qui estime que l'on ne peut réviser que certains articles de la Constitution par le biais de l'article 11, dans *De la conformité du référendum du 28 octobre 1962 à la Constitution*, Mél. DUVERGER, PUF 1987, p. 115-125 ; cf. aussi M. DUVERGER, *Le Monde* 19.10.1988. M. GUENAIRE note que " M. F. Mitterrand, dans sa déclaration du 12 juillet 1984 a validé cette interprétation dominante (de l'inconstitutionnalité du recours à l'article 11 pour réviser la Constitution) et n'a voulu retenir que le cadre de l'article 89 pour son projet de révision de la Constitution" (dans *Le défi référendaire d'un Président minoritaire RDP* 1986, p. 1074). Sur la controverse de 1984 cf. aussi J. PETOT *Faut-il réviser la Constitution de 1958 ?*, RDP 1985, p. 1441 à 1511; sur son aspect politique : cf. J. CHAPUIZAT, *Devoirs de vacances*, AJDA 1984, p. 465. Parmi les auteurs qui estiment également que l'on peut réviser la Constitution par le biais de l'article 11, cf. G. VEDEL *Le Droit par la coutume*, *Le Monde* 22-23 déc. 1968 P. LAMPUE *Le mode d'élection du Président de la République et la procédure de l'article 11*, RDP 1962, p. 931-935; J. CHAPSAL *Propos sur le référendum*, Mél. DUVERGER, PUF 1987, p. 62.; et M. GUENAIRE *Le défi référendaire d'un président minoritaire*, RDP 1986, p. 1075 et s. Pour notre part, nous considérons que cette procédure était et demeure totalement inconstitutionnelle, en ce sens cf. les manuels et S. Sur *Un bilan du référendum en France RDP* 1985, p. 600 l'auteur note que " La thèse propre au général de Gaulle, qui voyait dans l'article 11 une procédure autonome de révision de la Constitution parallèle à l'article 89, a été abandonnée par l'ensemble des forces politiques. (...) La controverse juridique de l'été 1984 a ainsi mis l'accent sur une interprétation rigoureuse de la Constitution"; G. DUPUIS "vingt ans après : la Ve République", *Pouvoirs* n° 4 1978, rééd 1982, p. 5; J. PETOT, *La Ve République et la continuité du pouvoir sous de Gaulle et Pompidou*, RDP 1974, p. 1669; G. BERLIA *Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962*, RDP 1962, p. 936-949, et *Le référendum du 27 avril 1969*, RDP 1969, p. 451-456; P. AVRIL note que *Lorsque Pompidou engagea une révision constitutionnelle pour la réduction du mandat présidentiel*, il indiqua au Parlement dans son message du 3 avril qui pourrait utiliser une " autre voie " que l'article 89. " Autre voie qui ne peut être que celle du référendum direct de l'article 11 (...) en dépit de la double condamnation du Conseil d'Etat, en dépit du désaveu du 27 avril 1969 qui a annulé l'approbation du 28 octobre 1962 pour autant que celle-ci ait inauguré une coutume constitutionnelle ", estime P. AVRIL (dans *Un tournant du régime ?*, RDP 1973, p. 780-781); Cf. S. RIALS *L'avenir du référendum en France*, R.A. 1979, n° 192, p. 647; R. CHIROUX, R.A. 1984, n° 220, p. 417; L. FAVOREU *Le référendum sur le référendum, exemple d'un débat anachronique*, Mél. DUVERGER, PUF 1987. D'une manière générale, cf. Le MONG N'NGUYEN, *Contribution à la théorie de la Constitution souveraine par le peuple*, RDP 1971, p. 923-986., et J.F. PREVOST, *Le droit référendaire dans l'ordonnancement juridique de la Constitution de 1958*, RDP 1977, p. 5-54.

43 Cf. F. Mitterrand *Le coup d'Etat permanent*, préc., et O. DUHAMEL *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, *Pouvoirs* n° 1, 1977, p. 52.

ambages le Président (44). A la question " si le Président François Mitterrand organisait un référendum pour réduire à cinq ans la durée du mandat présidentiel, voteriez-vous plutôt oui ou plutôt non, 70 % des Français, 80 % de ceux qui se prononcent répondent positivement. " Ce score est le plus élevé qu'on ait jamais rencontré sous la Ve République ", souligne M. Jean-Luc Parodi (45). L'adhésion à la réduction du quinquennat est plus forte, comme toujours, chez les opposants que chez les partisans du pouvoir, les socialistes se montrant plus réticents qu'autrefois à cette révision de la Constitution. L'occasion paraît trop belle pour l'un ou l'autre des " cohabitants " de rafraîchir sa légitimité par un référendum plébiscitaire, comme aux heures les plus glorieuses du gaullisme. Plus que jamais, M. François Mitterrand justifie son nom en chinois " énigme parfaitement claire ", lorsqu'il déclare, lors de sa protocolaire ascension de la Roche de Solutré : " Je ne veux pas tordre les institutions et créer de grands débats dans ce pays simplement parce que ça m'arrangerait (...) Je n'ai jamais inscrit dans ma tête qu'il me faudrait être une deuxième fois Président de la République. Il ne faut pas s'incruster...Il faut laisser un peu de souplesse à la vie...14 ans c'est trop...12 ans c'est mieux " (46), M. Mitterrand évoquant à plusieurs reprises la modification de la Constitution, notamment à propos de l'extension du référendum aux problèmes de société (47), et M. Valéry Giscard d'Estaing ayant également relancé ce débat le Chef du Gouvernement s'affirme " absolument hostile à toute espèce de révision constitutionnelle " (48), le référendum étant considéré par certains membres de la majorité comme " une boîte de Pandore constitutionnelle dont on ne sait pas ce qui peut sortir " (49). Un tel référendum aurait en effet risqué d'accroître la légitimité présidentielle, et de faciliter la candidature de M. Mitterrand à un nouveau mandat.

Si le pouvoir présidentiel de choisir le Premier ministre, et celui de recourir au référendum sont en pratique très réduits durant la cohabitation, d'autres pouvoirs propres du Président restent très importants.

---

44 Interview de M. Mitterrand par M. O. DUHAMEL, Pouvoirs n° 45, 1988, p. 137-138.

45 Le Point n° 702, 3 mars 1986, p. 60.

46 Le 18 mai 1986, Le Monde du 20; Cf. P. AVRIL et J. GICQUEL CCF Pouvoirs n° 39, 1986, p. 172. Sur la possibilité de réduire le mandat présidentiel à cinq ans durant la cohabitation, cf. infra, n° 95.

47 La révision de la Constitution qu'il avait envisagée sur ce sujet pour sortir de la crise scolaire en 1984 s'était heurtée au veto du Sénat. M. F. Mitterrand se déclare à nouveau favorable à l'extension du référendum aux problèmes de société dans un entretien à l'express le 4-9-1987, et devant le Conseil de l'Europe (libération du 29-9). Puis il réaffirme sa volonté de procéder à cette révision de la Constitution ainsi qu'à la réduction du mandat présidentiel à cinq ans dans sa "lettre à tous les français", durant la campagne électorale (Le Monde 8-9 avril 1988).

48 M. J. CHIRAC conférence de presse du 21 juillet 1986, cf. Le Monde du 23 juillet 1986, et aussi Le Monde 3 oct. 1987.

49 M. CHABAN-DELMAS, Cf. Le Monde 3 oct. 1987.

## 2 ) D'autres pouvoirs restent importants.

### a ) Le droit de dissolution, prérogative plus importante que jamais ?

70 A la veille de la cohabitation, M. V. Giscard d'Estaing estimait que le Président de la République serait une sorte d'Albert Lebrun ou de Vincent Auriol avec " deux choses en plus : le droit de dissolution, et le prestige que confère l'élection populaire " (50). Le droit de dissolution est en effet l'arme majeure du Président de la République en période de cohabitation. En disposant que " Le Président de la République peut, après consultation du Premier ministre et des présidents des assemblées, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale ", l'article 12 de la Constitution " ressuscite la dissolution royale " (51). Si M. Prélot et G. Boulouis classent cette prérogative parmi les pouvoirs propres d'exercice conditionné (52), force est de reconnaître que les conditions qui limitent la dissolution de l'Assemblée nationale par le Président sont très réduites. Elle n'est exclue que dans trois hypothèses, durant l'intérim présidentiel, pendant la mise en oeuvre de l'article 16, et dans l'année qui suit une première dissolution. Cette dernière limitation n'est pas négligeable durant cette expérience de cohabitation, puisque les élections présidentielles doivent normalement avoir lieu en 1988, et puisqu'elles peuvent avoir lieu plus tôt si le président démissionne. Il n'a donc guère intérêt à se démunir d'une arme qui se révélera très utile pour se débarrasser d'une majorité parlementaire qui lui est hostile en 1988, avant même qu'elle ait le temps de sanctionner le Gouvernement (53), comme en 1981 (54). " La dissolution n'est intéressante qu'après une élection présidentielle, jamais avant. Et puis pourquoi mener une bataille sur 577 circonscriptions alors qu'on peut la

---

50 V. GISCARD d'ESTAING, conférence de presse sur la cohabitation, du 14 janvier 1986, Le Figaro du 15.1.1986.

51 G. VEDEL, Les sources idéologiques de la Constitution de 1958, dans *Etudes juridiques*, 1958, p. 5-8, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ 1980, T.I., p. 493.

52 M. PRELOT et J. BOULOUIS *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Dalloz 1984, 9e ed, p. 691.

53 M. MITTERRAND avait pourtant déclaré qu'il ne dissoudrait l'Assemblée que si elle renversait le Gouvernement, il justifiera cette dissolution en disant qu'il ne peut parvenir à former un gouvernement " d'ouverture " à cause de l'hostilité de l'opposition (le Premier ministre a été nommé le 12 mai 1988, il n'a pas engagé la responsabilité du Gouvernement sur son programme devant l'Assemblée, qui a été dissoute le 14 mai 1988). J. Chaban-Delmas critique cette attitude (cf. P. AVRIL et J. GICQUEL *Pouvoirs* n° 47, 1988, p. 195). les sondages montrent que les français approuvent cette dissolution (54% contre 27 %, IPSOS, Le Point 23 mai 1988, p. 59).

54 Cet empressement à dissoudre l'Assemblée en 1981 est critiquée par J. PETOT *Les débuts de la Ve bis*, RDP 1982, p. 1524.

mener sur une seule ? " observe M. F. Mitterrand (55). D'ailleurs, les français ne souhaitent pas non plus que le Président de la République dissolve l'Assemblée nationale et provoque des élections législatives anticipées en cas de crise grave, ils préféreraient qu'il démissionne et provoque une élection présidentielle anticipée (56). Les avis que doit solliciter le Président auraient certainement été négatifs, mais qu'importe, puisqu'ils ne lient pas le Président. Observons par ailleurs que le problème eût pu se poser en des termes très différents si le Général de Gaulle n'avait modifié l'avant projet élaboré par M. Debré, qui prévoyait que " le Président de la République peut, à tout moment, sur proposition du Premier ministre, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale " (57). Bien que difficilement utilisable dans la conjoncture de 1986-1988 (brièveté de l'expérience, état des forces politiques longtemps favorables à la droite...) le droit de dissolution est la seule arme importante d'un président de la République minoritaire à l'Assemblée, puisqu'il ne peut plus avoir une chance de se débarrasser du Gouvernement que par ce biais (en espérant que la nouvelle majorité lui sera favorable et qu'elle le renversera) (58), et puisque ses autres pouvoirs propres sont en réalité soit difficilement utilisables soit peu efficaces.

#### b) L'article 16 demeure difficilement utilisable.

71 Nous verrons que l'article 16 peut être envisagé comme une arme contre la majorité hostile au Président. Mais en dehors de cette hypothèse, si l'on envisage une utilisation normale de l'article 16, c'est à dire dans les conditions exigées par la Constitution, son usage peut être rendu légèrement plus difficile par le fait que les consultations officielles requises par l'article 16, (du Premier ministre, des présidents des Assemblées et du Conseil Constitutionnel), peuvent permettre à celles de ces autorités qui représentent la majorité hostile au Président de donner un caractère solennel à leur désaccord avec le Président. Mais là encore, ces avis ne le lient pas. En pratique, la

---

55 Déclaration à la Roche de Solutré, le 18 mai 1986, *Le Monde* 20 mai 1986.

56 A la question " au cas où la cohabitation connaîtrait une crise grave et ne pourrait plus fonctionner, que préféreriez-vous que fasse le Président de la République ? ", 48 % répondent qu'ils préfèrent que le Président démissionne et provoque une élection présidentielle anticipée, et 42 % préfèrent qu'il dissolve l'Assemblée nationale, (Gallup, 3-6 sept. 1986, *l'Express*, 12-18 sept.).

57 La première version de l'avant-projet date du 15 juin 1958 et a été rédigée par M. DEBRE. Dans la seconde rédaction, qui date du 23 juin 1958, la référence au temps disparaît et l'avis des présidents des assemblées est imposé (cf. M. Y. BONNARD *Le statut du Parlement et des parlementaires*, communication au colloque préc. sur le XXXe anniversaire de la Constitution, p. 18). Dans son projet de Constitution à l'intention du Général de Gaulle, M. DEBRE avait prévu en 1946 de remettre le droit de dissolution au Gouvernement (cf. O. DUHAMEL, *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc. , p. 57, n. 19.)

58 En ce sens cf. Le MONG NGUYEN *La Constitution de la Ve République, théorie et pratique*, ed des sciences et techniques humaines, 2e ed 1983.

cohabitation se déroulerait très différemment durant l'exercice des pleins pouvoirs puisque le Président pourrait agir aux lieux et place du Parlement et du Gouvernement. La pratique de l'article 16 serait probablement assez différente de ce qu'elle a pu être dans un contexte différent. Par exemple, si le recours à l'article 16 avait été envisagé en 1986 pour lutter contre le terrorisme, nul doute que la majorité parlementaire et le Gouvernement auraient contesté la constitutionnalité de cette procédure (59) Les conflits sur le recours à cet article et sur le terme de leur utilisation seraient sans doute dramatisés. Ainsi, alors que l'Assemblée s'était soumise, pendant la guerre d'Algérie, à l'interprétation très contestable que M. Chaban-Delmas fit de la Constitution en refusant aux membres de l'Assemblée réunie de plein droit la possibilité de déposer une motion de censure, il est très improbable qu'une Assemblée hostile au Président, et qui ne peut être dissoute pendant l'application de l'article 16, accepte une telle restriction de ses droits. En effet, et bien que ses conceptions aient évolué, le Général de Gaulle lui-même n'avait-il pas rassuré le Parlement en ces termes : " Je considère que la mise en oeuvre de l'article 16 ne saurait modifier les activités du Parlement, exercice du pouvoir législatif et contrôle. De fait, les rapports du Gouvernement et du Parlement doivent fonctionner dans des conditions normales, pour autant qu'il ne s'agisse pas des mesures prises ou à prendre en vertu de l'article 16 " (60).

### c ) Le droit de message reste peu important.

72 Tandis que les membres du Gouvernement ont le droit d'entrée et de parole au Parlement, le Président n'est pas autorisé à y paraître car on craint d'une part que l'éloquence présidentielle n'ait raison de la volonté des parlementaires, comme ce fut le cas pour Thiers en 1873; et d'autre part que les représentants du peuple ne soient tentés de mettre en jeu la responsabilité du Président par un vote, ce qui explique que la lecture du message présidentiel ne donne lieu à aucun débat. Comme dans la plupart des régimes parlementaires, et en Particulier la Grande Bretagne, où le discours du trône est rédigé par le Premier ministre, sous les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques, le droit de message n'était pas dispensé du contreseing, et il en résulta bien vite que le Président de la République ne pouvait jamais s'exprimer publiquement sans faire approuver le contenu de sa déclaration par le Président du Conseil (61). Millerand voulut-il retrouver sa liberté de parole ? Il fut

---

59 Une déclaration de P. BEREGOVY, soulignant que " le Président de la République est responsable de la sécurité du pays, du fonctionnement régulier des pouvoirs publics et de l'union nécessaire des français ", avait pu laisser penser à certains commentateurs qu'on envisageait à l'Elysée le recours aux pleins pouvoirs. Mais cette interprétation a été démentie par M. Bérégovoy (cf. Valeurs Actuelles, 29 sept. 1986, p. 27-28).

60 Cf. G. BERLIA L'application de l'article 16 de la Constitution de 1958 et les rapports entre le Parlement et le Gouvernement, RDP 1961, p. 1029-1036, et en annexe la lettre du Président de la République à M. Chaban-Delmas.; Cf. aussi F. HAMON L'article 16 de la Constitution de 1958, D.F., doc. d'études n° 1.07, mai 1986.

61 Ainsi, Albert LEBRUN, dans Témoignages, p. 251-253, cité par G. CONAC, préc., p. 136, n.5.



bientôt contraint à la démission (62). Sous la Ve République, dans la mesure où, en pratique, on ne conteste guère au Président de la République le droit de s'exprimer publiquement sur n'importe quel sujet et en particulier sur la politique gouvernementale (63), le droit de message demeure une prérogative présidentielle assez peu importante, avant comme après la cohabitation, bien qu'elle permette au chef de l'Etat de s'exprimer de manière officielle (64). C'est surtout le sens de ces interventions qui est modifié par la coexistence.

**d) Les rapports du Président avec le Conseil Constitutionnel deviennent plus importants.**

73 La nomination de trois membres du Conseil Constitutionnel, dont le Président, prévue par l'article 56 de la Constitution, permit à M. Mitterrand de *nommer M. Robert Badinter à la présidence du Conseil* à la veille de la cohabitation, le 19 février 1986 (le Président du Conseil était jusqu'alors M. Daniel Mayer, lui-même nommé par M. F. Mitterrand en 1983, et qui demeure membre du Conseil) ce qui ne manqua pas de provoquer de nombreuses critiques et controverses sur l'indépendance de cet organisme (65), et surtout une controverse juridique sur la durée du mandat du Président du Conseil constitutionnel. Aucune disposition ne déterminant la durée de ses fonctions, on avait considéré jusqu'à présent que le Président était nommé pour toute la durée du mandat qui lui restait en tant que membre du Conseil (66). M. Duverger pense qu'un nouveau président ne peut être nommé que pour la durée du mandat restant à courir de celui de son prédécesseur, car s'il est nommé président pour toute la durée de son propre mandat comme membre du Conseil, cela peut permettre au Président de la République de placer un de ses amis politiques à la tête de ce conseil durant 10 ou 15 ans (67). On ira plus loin en observant que, puisque l'ordonnance du 7 novembre 1958 précise seulement que le Président du Conseil constitutionnel " est choisi parmi les membres nommés ou de droit ", on peut imaginer qu'un ancien président de la République, membre de droit, soit nommé par son successeur (direct ou non) et ami à la présidence du Conseil constitutionnel...à

---

62 Cf. introduction.

63 cf. infra, n° 112-113.

64 Cf. J. C. MAESTRE, *Les messages présidentiels en France*, RDP 1964, p. 392-438. L'auteur souligne qu'il s'agit d'une technique de collaboration des pouvoirs dont l'intérêt n'est pas négligeable.

65 M. LEOTERD dénonça " une politisation inadmissible de la clé de voûte de nos institutions " (cité par F. LUCHAIRE et G. CONAC, op. préc., p. 251)

66 M. Léon Noël est ainsi resté président pendant sept ans, et MM.G. Palewsky et R. Frey pendant neuf ans.

67 M. DUVERGER La nomination de M. R. Badinter à la présidence du Conseil constitutionnel, *Le Monde* 24 février 1986, et cf. F. LUCHAIRE La nomination de M. Badinter au Conseil constitutionnel - Réponse à Maurice DUVERGER, *Le Monde* 26 fév. 1986.

vie. Néanmoins, M. Dominique Turpin considère que " rien n'interdit au futur président de la République de mettre fin aux fonctions présidentielles (mais non à celles de membres du Conseil constitutionnel) de M. R. Badinter, dès le lendemain de son élection ou lorsqu'il l'estimera nécessaire, pour les confier à un autre conseiller " (68). IL faut pourtant reconnaître avec M. François Luchaire que de telles pratiques sont susceptibles de nuire à l'indépendance des membres du Conseil constitutionnel (69). Aussi serait-il préférable de prévoir expressément la durée de ce mandat (70).

C'est seulement après la cohabitation, le 22 février 1989, que la majorité des membres du Conseil Constitutionnel (cinq sur neuf) aura été nommée par M. Mitterrand ou par un président de l'Assemblée nationale issue des rangs du Parti socialiste (71). En 1986, quatre membres de la haute autorité avaient été nommés par des personnalités de gauche, leur nombre fut réduit à trois à la suite du décès de M. P. Marcilhacy et son remplacement par M. Mollet-Vieville, désigné par le Président de l'Assemblée nationale, M. Chaban-Delmas (72). Néanmoins, on sait que le Président du Conseil constitutionnel a voix prépondérante en cas de partage, et M. Joël Boudant affirme - le secret des délibérations aurait-il été trahi ? - que le Président R. Badinter en a fait usage lors de la décision sur l'amendement Seguin, qui n'a été rendu que par huit membres puisque l'un d'eux était souffrant (73).

Le Président de la République n'a jamais fait usage de la possibilité qui lui était offerte de saisir le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité d'une loi, car en le faisant, il aurait pris le risque de voir sa position contredite par le juge constitutionnel. Mais cette prérogative n'a pas été inutile pour autant puisqu'il a pu faire planer cette menace sur la majorité (74).

---

68 D.. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, PUF, 1987, p. 218, cité par F. LUCHAIRE, art. préc.

69 Cf. *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 251-252.

(70) n° 289'

71 Cf. *Le Monde* 24 fév. 1989.

72 Cf. F. LUCHAIRE et G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 250.

73 J. BOUDANT, *Le Président du Conseil constitutionnel*, RDP 1987, p. 620.

74 En particulier à propos du projet de loi sur la Nouvelle Calédonie, *Le Monde* 8-9 et 21 fév. 1987.

## **B DES ARMES DISSUASIVES DIRIGÉES CONTRE LE GOUVERNEMENT.**

Si les possibilités d'utiliser les pouvoirs propres ont été modifiées durant la cohabitation, c'est surtout le sens de cet usage potentiel ou réel qui est bouleversé dans cette nouvelle situation politique. En effet, l'évolution majeure des pouvoirs propres en période de cohabitation résulte de ce qu'ils sont orientés contre le Gouvernement et sa majorité ( 1 ), bien qu'ils restent avant tout des armes dissuasives, ce qui montre qu'ils ont été utiles au Président, même lorsqu'il ne les a pas mis en oeuvre ( 2 ).

### **1 ) Des armes orientés contre le Gouvernement et sa majorité.**

Alors que dans l'intention des constituants, les pouvoirs propres du Président de la République sont destinés à lui permettre de recourir à l'arbitrage du peuple pour assurer la stabilité gouvernementale, et que dans la pratique ils ont été utilisés par le chef de l'Etat pour faire plier la majorité et le Gouvernement sous le joug de son autorité, la pratique de la cohabitation relève d'un nouvel esprit : les pouvoirs propres sont susceptibles d'être employés par le Président de la République contre le Gouvernement et la majorité parlementaire dont il est issu. Certaines de ces armes sont prévues par la Constitution, bien que dans un esprit différent ( a ), tandis que d'autres ou bien ne sont pas organisées par la Constitution, ou encore seraient inconstitutionnelles ( b ).

#### **a ) Des armes utilisables dans un sens inédit.**

74 Sans qu'il paraisse possible de parler de violation expresse de la Constitution, on peut constater que durant la cohabitation, la plupart des pouvoirs propres du Président ont été, ou pourraient être dans une nouvelle expérience de ce type, utilisés dans un sens totalement contraire à la mission d'arbitrage du Président, qui suppose pour le moins une relative neutralité. Si cela n'a pas été le cas pour la *nomination du Premier ministre* parce que le choix du Président a été très limité en pratique, cela aurait pu être plus net pour le

référendum, la dissolution de l'Assemblée, le droit de message et la saisine du Conseil constitutionnel.

*Le référendum*, dont le programme commun de la gauche prévoyait en 1972 qu'il ne pourrait être utilisé comme un moyen de faire plébisciter la politique présidentielle contre le Parlement, comme cela avait été le cas en 1962 (75), semble être pratiquement inutilisable pour le Président de la République en période de cohabitation, et pourtant il n'a peut-être pas toujours été exclu que le Président l'utilise comme une arme contre la majorité UDF-RPR. Certains avaient même vu en lui " un moyen quasi-unique pour le chef de l'Etat d'affirmer son existence devant le pays " (76). D'après M. Guenaire, " jamais un projet référendaire ne permettra (au Président) au cours de cette période, tant que la majorité à l'Assemblée nationale sera dominée par la cohabitation RPR-UDF, de renouer avec la confiance populaire " (77). Mais, justement, la cohabitation permettrait de donner un sens nouveau à cette arme présidentielle, ce ne serait plus un moyen de combattre les velléités parlementaires, comme en 1962, pas même un moyen de combattre le Gouvernement issu de cette majorité, mais le Président pourrait l'utiliser, y compris pour réviser la Constitution, pour consulter le peuple sur des questions de société. Cela deviendrait " un référendum de société et non de légitimité ". " Un président, même minoritaire, devrait en effet pouvoir y recourir, non plus tant pour rechercher l'appui de cette majorité qui lui ferait défaut pour exister en tant que leader politique, mais en usage de son statut d'arbitre et de garant des institutions " (78) Cette conception suppose, comme le souligne son auteur, une neutralité du Président, qui est largement fictive en l'état actuel de la Ve République. De surcroît, il est assez cocasse d'accorder au Président la faculté d'organiser un référendum inconstitutionnel pour réviser la Constitution sous prétexte que, justement, il en est le gardien (79).

*Le droit de dissolution* est une des dispositions de la Constitution qui ont le mieux résisté à l'évolution parlementariste de la pratique institutionnelle. Tandis que dans la plupart des régimes parlementaires des démocraties occidentales contemporaines, le droit de dissolution est une arme entre les mains du Gouvernement pour provoquer le renouvellement de l'Assemblée au moment qui lui semble le plus favorable, pour " résoudre le problème posé par une désagrégation de la majorité " ou " abréger un mandat parlementaire qui se languit " (80); le fait que ce pouvoir appartienne en propre au

75 Cf. J.P. GARRIGOU-LAGRANGE *Le dédoublement constitutionnel. Essai de rationalisation de la pratique référendaire de la Ve République*, RDP 1969, p. 641-684.

76 Cf. M. GUENAIRE *Le défi référendaire d'un président minoritaire*, RDP 986, p. 1070.

77 Art. préc., p. 1984.

78 M. GUENAIRE, art. préc., p. 1093.

79 M. GUENAIRE estime que la révision par l'article 11 n'est pas inconstitutionnelle car elle est devenue coutumière, et parce que c'est l'usage de l'article 89 qui a été aboli par la coutume (art. préc., p. 1077).

80 G. VEDEL *Les sources idéologiques de la Constitution de 1958*, préc., p. 493.

Président, et qu'il puisse l'utiliser de manière presque inconditionnée, en fait une arme entre les mains du Président de la République, qu'il pourra utiliser contre le Parlement, comme en 1962 (81). Plus que jamais, durant la cohabitation, c'est un moyen pour le chef de l'Etat d'en appeler au peuple, mais cette fois non plus pour soutenir son gouvernement contre le Parlement, mais directement contre le Gouvernement et le Parlement. Certes, on aurait pu imaginer le recours au droit de dissolution dans un sens parlementariste avant la cohabitation, justement pour l'éviter. Si la gauche n'avait pas connu un tel discrédit dans l'opinion, le Président de la République aurait pu dissoudre l'Assemblée avant l'échéance normale du mandat des parlementaires pour tenter de ne pas avoir à affronter une majorité hostile. Ce cas de figure pourrait se produire dans l'avenir et être particulièrement utile au Président si l'on réduisait le mandat présidentiel à cinq ans en vue d'établir la concordance des mandats parlementaire et présidentiel (car son élection serait facilitée s'il disposait d'une majorité qui lui est favorable à l'Assemblée). En toute hypothèse, on pourrait imaginer également qu'il démissionne en même temps qu'il dissout l'Assemblée, mais une telle attitude " exige de la part des gouvernants une confiance dans le suffrage universel supérieure à celle qu'ils manifestent ordinairement " (82). Si le Président de la République avait recouru à la dissolution comme le fit le général de Gaulle pour se débarrasser d'une majorité qui lui était hostile, nul doute que cette pratique aurait été, une nouvelle fois, contraire à la philosophie du régime parlementaire, et à l'esprit des institutions tel qu'il a été présenté en 1958, lorsque le général de Gaulle affirmait qu'elle n'avait d'autre objet que d'assurer la stabilité (83). Une telle pratique aurait peut être permis d'assurer la stabilité de la version présidentialiste de la Ve République, mais pas celle du régime élaboré en 1958. Que l'on soit ou non en période de cohabitation un tel droit reconnu au Président est en réalité difficilement conciliable avec la neutralité supposée de sa fonction, comme l'avait fait remarquer Guy Mollet au moment de l'élaboration de la Constitution (84).

*L'exercice du droit de message* a également changé de sens. Tous les députés sans exception se sont levés, le mardi 8 avril 1986, pour écouter dans un silence religieux le message du chef de l'Etat lu par M. J. Chaban-Delmas, mais seuls les socialistes l'applaudirent, car " manifester son respect est une chose, son approbation en est une autre (85). Alors que cette faculté n'était que très rarement utilisée jusqu'en 1986 (86), M.

---

81 Sur l'originalité de cette organisation du droit de dissolution au sein des régimes parlementaires, cf. supra.

82 Cf. O. DUHAMEL *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc., p. 57

83 Cf. G. MOLLET, *op. préc.*, p. 57.

84 Lors de la réunion constitutionnelle du 23 juin 1958, il estime que cette organisation du droit de dissolution fait perdre au Président sa qualité d'arbitre (cité par M.Y. BONNARD, *art. préc.*, p. 19). D'autres personnalités craignent qu'il n'en résulte, à l'instar de la III<sup>e</sup> République, un non-usage du droit de dissolution (en particulier F. LUCHAIRE (*Documents pour servir...*, p. 312-313).

85 Cf. *Le Monde* 10 avril 1986 et 20-21 avril 1986.

Mitterrand y recourrut par deux fois durant la cohabitation (soit sept fois plus souvent que son prédécesseur). Le message du Président n'a plus pour objet de soutenir son Gouvernement face à une assemblée éventuellement réticente, mais au contraire, de permettre au Président de faire figure de défenseur des droits du Parlement contre un Gouvernement susceptible d'y porter atteinte. Le premier message présidentiel est particulièrement important puisqu'il permet à M. F. Mitterrand de " définir les nouvelles règles du jeu " (87), de rappeler les pouvoirs qu'il tient de la Constitution et de préciser les termes du contrat qu'il avait passé avec le Gouvernement. Il s'agit d'un discours relativement peu politisé (le Président se contentant de rappeler que les " importants succès " des années passées), et qui a pu être regardé comme une " quasi-déclaration de paix " (88). Le Président de la République avait eu la délicatesse d'en faire parvenir le contenu à l'Hôtel Matignon un peu plus d'une heure avant que le lecture n'en soit donnée (89). Le second message présidentiel fut adressé au Parlement dès le 25 juin 1986, à l'occasion du centenaire de la naissance de R. Schumann, " geste sans précédent sous la Ve République " (90). Par contre, au lendemain de sa réélection, le Président de la République " boude " les parlementaires. " A l'instar du général de Gaulle, après sa réélection, en 1965, le chef de l'Etat s'est abstenu de délivrer un message au Parlement " (91).

Enfin, *les rapports du Président avec le Conseil constitutionnel* changent totalement de sens. Aussi longtemps que la majorité parlementaire lui est soumise, il est très improbable que le Président de la République saisisse le Conseil constitutionnel puisqu'il lui suffirait d'ordonner la suppression d'une disposition qui lui paraîtrait inopportune ou inconstitutionnelle pour être obéi (par le refus de la majorité de voter cette disposition ou par la maîtrise des travaux parlementaires par le Gouvernement). Par contre cette prérogative a une importance inédite en période de cohabitation. Elle permet au Président d'exercer ce qui correspond au contrôle de légalité du Préfet sur les actes des autorités locales. Et pourtant, il est assez amusant de constater que le Président de la République a pris soin de ne déférer aucune loi au Conseil constitutionnel, même - surtout serait-on tenté de dire - lorsqu'il a exprimé des réserves soit sur un projet ou une proposition de loi, et plus encore lorsqu'il a refusé de signer l'ordonnance relative à la privatisation, et qu'elle

---

86 Cinq fois par le général de Gaulle, trois fois par G. Pompidou et une fois par M. V. Giscard d'Estaing et M. F. Mitterrand. Sur l'évolution générale du droit de message en France, cf. J.C. MAESTRE *Les messages présidentiels en France*, RDP 1964, p. 392-438. L'auteur distingue entre les messages témoignant l'effacement présidentiel, et ceux qui révèlent au contraire l'autorité du Président. Si le premier message de la cohabitation semble relever partiellement de l'une et l'autre catégorie, il semble que l'on puisse le classer dans la seconde car il est exercé de manière largement indépendante par rapport au Premier ministre, et parce qu'il bien qu'il est essentiellement destiné à souligner l'importance des pouvoirs présidentiels.

87 G. CONAC, dans *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 135.

88 Cf. *Le Point* 11-17 avril 1986, p. 23

89 Cf. *Le point* 11-17 avril 1986, p. 23.

90 P. AVRIL et J. GICQUEL, CCF, Pouvoirs n° 39, 1986, p. 172-173.

91 P. AVRIL et J. GICQUEL, CCF Pouvoirs n° 47, 1988, p. 207.

a été transformée en projet de loi. N'est-il pas révélateur que les parlementaires socialistes eux-mêmes n'aient pas saisi le Conseil constitutionnel de ce texte ? Cela aurait permis éventuellement au Conseil de réfuter les arguments avancés par M. F. Mitterrand, ce qu'il fallait éviter. On aurait d'ailleurs pu imaginer que des représentants de la majorité saisissent eux-mêmes le Conseil de ce texte pour infliger un désaveu au Président, mais cette pratique aurait comporté une part de risque, et il n'est pas certain que le Conseil aurait accepté de se placer dans cette situation très inconfortable. En effet, jusqu'à présent, " le Conseil n'est en aucune manière un arbitre entre le chef de l'Etat et le chef du Gouvernement, mais un arbitre entre la majorité et l'opposition " (92). Un président qui voudrait pratiquer une " cohabitation-bras de fer " pourrait contester systématiquement la constitutionnalité de toutes les lois devant le Conseil constitutionnel pour l'encombrer, et en retarder l'application. Mais on peut imaginer que le Conseil, lassé par cette pratique qui pourrait être regardée comme un détournement de pouvoir, songe à trouver un moyen pour limiter les velléités présidentielles, à l'instar du Conseil d'Etat, lorsqu'il restreint l'intérêt à agir dans le recours pour excès de pouvoir afin de se débarrasser de l'insupportable veuve Chalot (93).

**b ) Des armes non organisées par la Constitution, ou inconstitutionnelles.**

75 Le Président de la République dispose d'un pouvoir non organisé par la Constitution, qui est le pouvoir de démissionner, dont on peut se demander s'il est soumis à contreseing dans la mesure où le contreseing est la règle de droit commun aux termes de l'article 19. La question est sans doute un peu spéieuse puisqu'en pratique un Président qui donne sa démission ne s'embarrasse pas de telles questions, comme on l'a vu en 1969 avec le départ du Général de Gaulle. " Je préférerais renoncer à mes fonctions qu'aux compétences de ma fonction. Je ne serai pas un président au rabais " avait prévenu M. F. Mitterrand à la veille de la cohabitation (94). L'objectif de cette menace était d'une part de mobiliser ses troupes (95), mais surtout cet avertissement était adressé à M. J. Chirac, qui posait ses conditions à la cohabitation, et dont les sondages montraient qu'il serait battu par M. Barre en cas d'élection présidentielle. Puis M. F. Mitterrand laissa à nouveau planer l'ombre de sa démission sur l'apparente quiétude gouvernementale des premiers mois de cohabitation : " Je ne sais pas du tout quel sera le terme, dont je suis le maître, de

---

92 F. LUCHAIRE, *Le droit constitutionnel de la cohabitation, préc.*, p. 246.

93 C.E. 6 juin 1973. (Toute ressemblance avec une autre personne serait purement fortuite, le nom de l'auteur de ces lignes s'écrivant avec un s !).

94 Cf. *Le Monde* 4 mars 1986.

95 Cf. *Le Monde* 14 mars 1986, p. 3.

cette expérience.(...) Je suis le seul à pouvoir en décider, on semble avoir oublié cette vérité première " (96). En 1987, au contraire, M. Mitterrand soulignait qu'il n'avait pas l'intention d'avancer la date de l'élection présidentielle " Je ne peux avancer la date de l'élection présidentielle que par un moyen : ma propre démission. En raison des dispositions de la Constitution, ma propre démission fait que je ne suis plus président de la République...et que c'est le président du Sénat qui occupe cette fonction par intérim. Le Gouvernement est responsable, devient le gestionnaire jusqu'à la date de l'élection d'un nouveau président de la République. J'ai l'impression que par une mesure de ce genre, je lance la France dans une formidable campagne électorale sur la base de la démission du Président de la République. Je conçois très bien que cela puisse être difficile...et je n'ai pas l'intention de le faire ! (...) Je n'ai pas les moyens d'avancer la date de l'élection présidentielle " (97). L'hostilité de M. R. Barre à la cohabitation, et sa position de concurrent par rapport à M. Chirac font de cette arme contre le Gouvernement un moyen efficace aux mains du Président pour imposer ses conditions au Gouvernement. Mais on peut imaginer que dans une autre coexistence, cette menace devienne beaucoup moins efficace.

On pourrait encore concevoir que le Président de la République emploie " l'arme absolue, la bombe atomique, le cataclysme juridique, la fin du monde constitutionnel : *l'article 16*. Le Président n'accepte pas la victoire de ses adversaires : il concentre tous les pouvoirs pour exercer sa dictature " (98). L'hypothèse du recours du Président à la dictature provisoire organisée par l'article 16 pour combattre une majorité qui lui serait hostile est considérée comme une monstruosité, une réaction inacceptable et très dangereuse par la plupart des juristes (99) et on l'aurait crue " reléguée au magasin des antiquités " (100), si M. Duverger n' avait tenté de la dépoussiérer pour affirmer qu'elle était parfaitement constitutionnelle. M. Duverger semble seul envisager le recours aux

---

96 Déclaration à la Roche de Solutré, le 18 mai 1986, cf. CCF Pouvoirs n° 39, 1986, p. 172. Rappelons que le Président de la République maîtrise également le calendrier de la cohabitation grâce au droit de dissolution.

97 Cf. *Le Monde* 18 nov. 1987, p.10.

98 O. DUHAMEL *La constitution de la Ve République et l'alternance*, préc., p. 50.

99 En ce sens R. CAPITANT condamne l' " idée proprement monstrueuse que la constitution puisse autoriser la président de la République à user de cette disposition contre le suffrage universel (...) La Ve République...interdit évidemment un semblable usage de l'article 16..." Dans le journal *Notre République*, cité dans *Le Monde* 26 novembre 1966; F. GOGUEL qualifie cette hypothèse d'inacceptable et très dangereuse, cité par M. DUVERGER, dans *Echec au Roi*, préc., p. 212; J. MASSOT, *La présidence de la République en France*, préc., p. 140.; cf. O. DUHAMEL *La gauche et la Ve République*, préc., p. 425; R. BARILLON et alii, *Dictionnaire de la Constitution*, préc.; J. PETOT *Faut-il réviser la Constitution de 1958 ?* RDP 1985, p. 1479-1480; estiment également que le recours à l'article 16 n'est pas souhaitable : J. ROBERT *De la cohabitation*, D. 1986, XXX, Chr. préc., p. 180; et F. LUCHAIRE *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 132.

100 O. DUHAMEL, *De l'alternance à la cohabitation, ou l'énigme résolue de la Constitution*, dans *La Constitution de la Ve République*, préc., 2e ed, p. 533.



pouvoirs exceptionnels pour " résoudre " une telle crise. Mais il distingue entre deux situations : si le Président utilise les pleins pouvoirs afin de continuer à diriger la Nation selon ses vues opposées à celles de la nouvelle majorité, ceci relève de la haute trahison. " La situation serait très différente si la nouvelle majorité issue des élections de 1986 se lançait dans une grève des premiers ministres, afin de contraindre le Président à démissionner " Le Président aurait alors " le devoir absolu de recourir à l'article 16 " (101). Cette thèse paraît bien fragile. Nul doute en effet que le recours à l'article 16 pour régler des conflits politiques qui, loin de menacer de manière grave et immédiate les institutions de la République et d'interrompre le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels, requièrent seulement un arbitrage du peuple, constituerait un véritable détournement de texte. La distinction opérée par M. Duverger semble assez artificielle, car les députés ne pourraient guère, politiquement, procéder à une " grève des premiers ministres " que si le Président de la République se refusait à choisir un premier ministre dans la majorité parlementaire, ou s'opposait manifestement, par exemple par des vetos systématiques, à l'application du programme politique pour l'exécution duquel les députés ont été élus. En toute hypothèse, l'arbitrage de tels conflits doit appartenir au peuple souverain, qui tranchera après une dissolution ou après la démission du Président, mais sûrement pas au chef de l'Etat, qui se ferait alors dictateur, et dont la responsabilité pourrait être engagée au titre de l'article 68 de la Constitution (102). Fort heureusement, M. Mitterrand ne semble pas avoir envisagé de recourir à cette procédure qui, loin de permettre de rétablir le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, serait en réalité le meilleur moyen de provoquer une crise grave. Mais la seule existence de l'article 16 suffit à armer le Président.

## 2) Des armes essentiellement dissuasives.

Certains pouvoirs propres du Président sont avant tout dissuasifs ( a ), alors que d'autres n'ont d'effet que lorsque le Président les met en oeuvre ( b ).

---

101 M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, préc., p. 62-63. l'auteur soutenait une opinion très proche en 1978, Cf. *Echec au Roi*, préc., p. 213.

102 En ce sens, cf. notamment O. DUHAMEL, *La gauche et la Ve République*, préc., p. 425. On notera que dans les commentaires sur la Constitution, (D.F., NED, 11 avril 1959, n° 2530), les rédacteurs de la Constitution soulignent que dans le cas où les intentions présidentielles dans la mise en application de l'article 16 seraient tenues pour contestables, " le Parlement pourrait en se réunissant, user de ses pouvoirs et traduire le Président en Haute Cour pour haute trahison, ou bien l'obliger à démissionner " (cités par G. BERLIA, *L'application de l'article 16 de la Constitution de 1958 et les rapports entre le Gouvernement et le Parlement*, RDP 1961, p. 1032.

a ) Certaines armes sont avant tout dissuasives.

76 La menace du recours à l'article 16 pour combattre la nouvelle majorité, proférée implicitement par le Général de Gaulle (103) et explicitement par M. A. Sanguinetti en 1966 (104), fut réitérée plus discrètement en 1973 (105), mais M. F. Mitterrand n'eut pas l'imprudence de renouveler cette erreur en 1986. Malgré son inconstitutionnalité, " la mise en oeuvre des pouvoirs exceptionnels de l'article 16 n'en demeure pas moins pour l'Elysée une épée de Damoclès que ses concurrents craindront dans le déroulement du processus, particulièrement si la crise sociale se radicalisait. L'arme suprême de la dictature légale offre précisément cet avantage dissuasif qui la rapproche des fusées nucléaires, moins faites pour être lancées que pour viser le ciel du territoire ennemi. Le chef de l'Etat y puise une force accrue pour servir ses propositions - le cas échéant, pour imposer d'autres procédures " (106). La seconde arme " nucléaire " en période de coexistence est évidemment *le droit de dissolution*. Mais c'est aussi une arme boomerang que l'on n'a intérêt à utiliser que lorsque l'on est sûr du résultat. En effet si le peuple renvoie une majorité qui lui est toujours hostile, le Président devra - et pour une fois les juristes sont unanimes sur ce point - se démettre ou se soumettre totalement, à l'instar de Mac Mahon. " Le droit de dissolution, souligne le Doyen Vedel, risque de se révéler aussi encombrant que le droit de recourir au référendum : à n'en pas user, on fait croire qu'on en redoute l'issue, à en user, on joue à quitte ou double " (107). Outre le fait qu'elle serait apparue comme un " détournement de pouvoir " (108), une dissolution immédiate eût été politiquement risquée (le scrutin à la proportionnelle n'aurait pas permis l'affirmation d'une majorité nette (109)) et aurait sans doute été désastreuse. Plus désastreuse encore

---

103 Dans sa conférence de presse du 28 octobre 1966, le général utilise les termes mêmes de l'article 16 : " Je vais parler des élections législatives...de la portée qu'elles peuvent avoir sur un des domaines que la Constitution attribue au chef de l'Etat : la permanence des institutions et le fonctionnement régulier des pouvoirs publics " Si la majorité l'emportait, elle s'empresse de " censurer successivement tous les ministères et entraver le fonctionnement des pouvoirs publics " (Le Monde 30-31 oct. 1966, cité et souligné par O. DUHAMEL, Thèse préc., p. 423). R. CAPITANT contestait cette interprétation de cette conférence de presse (cité par O. DUHAMEL, idem, n. 6).

104 Il estima que le Président " pourrait ... faire valablement appel à l'article pour gouverner malgré l'Assemblée " (déclaration devant l'Association des Jeunes pour la Connaissance de l'Etat, 15 nov. 1966, Neuilly, Le Monde 17 nov. 1966., même source).

105 Cf. O. DUHAMEL *La Gauche et la Ve République*, préc., p. 423.

106 O. DUHAMEL *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc., p. 51.

107 G. VEDEL *Un régime pas si présidentiel*, Le Monde 14 juillet 1972; cf. aussi F. de BAECQUE, *Qui gouverne la France*, préc., p. 28; et R. BARILLON et alii, *Dictionnaire de la Constitution*, Cujas, 4e ed 1986, p. 56.

108 M. DUVERGER, *Echec au Roi*, préc., p. 216-217.

109 Cf. H. PORTELLI *Cohabitation et représentation proportionnelle*, D.F., *Regards sur l'actualité* n° 139, 1988, p.39

aurait été une dissolution après quelques mois de cohabitation, car l'état des forces politiques était tel que le rétablissement du scrutin majoritaire, meilleur bouclier de la majorité hostile au Président, aurait renforcé très nettement les rangs de la droite dans l'hémicycle. Enfin, une dissolution dans les dernier mois de la cohabitation demeurerait incertaine et, surtout s'avérerait inutile, voire stupide de la part d'un Président qui se serait privé de cette arme pour l'avenir. " Je pourrais créer un choc nouveau en dissolvant l'Assemblée nationale. Cela n'a pas beaucoup de sens. Il s'agit d'élection présidentielle. Il ne s'agit pas d'élections législatives. La confusion arrive trop souvent " (110). Ainsi, dans la conjoncture particulière de 1986-1988, la droit de dissolution n'a pas été une arme dissuasive d'un poids considérable, puisqu'elle était largement improbable. Un sondage réalisé en avril 1986 montre que si la cohabitation ne dure pas, les français préfèrent que M. Mitterrand démissionne et que soit organisée une élection présidentielle (48 %) plutôt qu'il ne dissolve l'Assemblée et provoque des élections législatives (36 %) (111). De même, la *menace de saisir le Conseil constitutionnel*, ou celle de proposer un *référendum*, comme l'éventuelle *nomination d'un Premier ministre* qui ne serait pas le leader de la majorité, soit au début de la cohabitation, soit à l'issue d'une dissolution, sont des armes dissuasives, qui ont été utiles pour le Président bien qu'il ne les ait pas mises en oeuvre effectivement.

**b ) Les armes non dissuasives sont les moins efficaces.**

77 Le droit de message, comme la faculté de nommer certains membres du Conseil constitutionnel, n'ont pas un caractère dissuasif particulièrement marqué, bien qu'ils ne soient pas dénués de tout caractère menaçant, et ils ont été utilisés pendant la cohabitation. Mais il faut bien reconnaître qu'elles ont une très faible portée. Il en va de la stratégie constitutionnelle comme de la stratégie militaire, les armes dissuasives sont d'un emploi délicat, parce qu'elles sont lourdes, mais il n'est pas nécessaire de les utiliser effectivement pour qu'elles remplissent leur fonction, et les armes plus légères, plus faciles à manier, sont moins efficaces.

L'épreuve de la cohabitation a permis de souligner la spécificité des pouvoirs présidentiels dans ce régime parlementaire, et de mesurer la marge d'autonomie dont dispose le Président dans l'exercice de ses pouvoirs propres. Mais M. Mitterrand a considéré qu'il bénéficiait également de prérogatives importantes, lorsque ses actes devaient porter le contreseing du Premier ministre.

110 Intervention sur RTL le 16 nov. 1987, Le Monde 18 nov. 1987, p. 10.

111 Sondage réalisé entre le 7 et le 9 avril, Le Point du 21 au 27 avril 1986.

## II LA PRATIQUE DES POUVOIRS SOUMIS A CONTRESEING : DU POUVOIR DE DIRECTION AU POUVOIR DE TUTELLE.

Nous avons posé pour hypothèse que les pouvoirs présidentiels soumis au contreseing établissaient des compétences liées. Cette proposition appelle pour l'instant deux questions. Tout d'abord, pouvons-nous prétendre préciser quel est le contenu de la Constitution en dehors de son application, et ensuite, le fait que le Président interprète lui-même cette Constitution n'est-il pas antinomique avec l'idée même de compétence liée ?

Charles Eisenmann rejette l'idée selon laquelle " le sens des lois préexisterait à l'interprète, serait acquis au départ " (1), et estime qu'au contraire, tout acte d'interprétation d'une norme est lui-même un acte de création, un phénomène normatif en ce qu'il permet de compléter la règle. Il observe que " très souvent, plusieurs interprétations sont également possibles (...) On ne peut dire que l'une est l'interprétation correcte et que les autres ne le sont pas; on peut affirmer que l'une d'elles seule a été celle de l'auteur de la règle et qu'elle exclut toutes les autres; elles sont également possibles, et c'est l'organe d'application qui choisit entre elles. " Ce n'est pas tout. Si l'on veut faire une théorie réaliste de la jurisprudence, notamment, on reconnaîtra qu'il est très possible qu'alors que le sens d'une règle peut être effectivement connu avec certitude pratiquement absolue, l'organe d'application choisisse une interprétation, donne un sens à la règle, tout autre, qui n'est d'ailleurs peut-être pas incompatible avec le libellé, la lettre même de la règle. Dans l'une ou l'autre hypothèse, l'organe d'application complète la règle, et il la complète par un choix, par un acte de libre décision, c'est à dire qu'il exerce du pouvoir discrétionnaire " (2). En droit administratif, la question est toujours susceptible d'être résolue par la juridiction administrative, le Conseil d'Etat étant en définitive " le maître " du pouvoir discrétionnaire, puisque c'est lui qui, en exerçant son propre pouvoir discrétionnaire, répartit le pouvoir discrétionnaire entre l'administration active et les juridictions administratives (3). " C'est précisément pour cela que toute tentative de déterminer *à priori* les limites du pouvoir discrétionnaire sur la base de la loi seule est une tentative absolument fictive et vaine. Elle correspond peut-être à la théorie du droit écrit; mais le droit positif n'est pas conforme du tout à la théorie du droit écrit ".

1 Ch. EISENMANN, Cours de droit administratif, LGDJ 1983, p. 311.

2 Ch. EISENMANN, Cours de droit administratif, LGDJ, 1983, T.II, p. 312.

3 Idem, p. 312.

Que cette tentative soit fictive, ce n'est pas toujours nécessairement le cas, puisque bien souvent la volonté du législateur peut être révélée aisément et avec une marge d'erreur très faible. Qu'elle soit vaine, cela est loin d'être certain. Certes, il paraît inutile pour le praticien de s'interroger sur le contenu d'un texte puisque le juge risque de le redéfinir. Mais c'est contestable car, d'une part, le juge ne recrée tout de même pas systématiquement toutes les normes (il convient donc de ne pas prendre l'exception pour la règle) et d'autre part, le praticien a besoin de connaître la " marge de manoeuvre " du juge pour prévoir l'argumentation et les chances de réussites de celui qui conteste l'application d'une norme. Or comment apprécier le pouvoir normatif du juge si l'on ne définit pas à priori le contenu de la norme, même si l'on convient avec Kelsen que le contenu ainsi défini par la doctrine n'a aucune valeur juridique certaine, c'est à dire qu'il ne s'insère pas en pratique dans la hiérarchie des normes juridiques ? Le problème des actes du Président qui ne sont pas contrôlés par le Conseil d'Etat, c'est à dire les actes qui concernent les rapports entre les pouvoirs public et les relations diplomatiques essentiellement, qui sont qualifiés d'actes de Gouvernement, et dont la constitutionnalité n'est pas appréciée non plus par le Conseil constitutionnel puisque cette compétence ne lui a pas été attribuée; est qu'aucun autre organe que le Président de la République lui-même n'est habilité à en donner une interprétation susceptible de produire des effets juridiques, c'est à dire qui s'impose positivement à tous les pouvoirs<sup>(4)</sup>.

On peut même, avec Michel Troper, aller jusqu'à s'interroger sur la juridicité, sur la valeur normative de la Constitution, puisqu'aucune juridiction ne vient contrôler l'interprétation faite par le Président de ses propres pouvoirs. Tant qu'aucune juridiction ne se verra attribuer une compétence générale d'interprétation de la Constitution (5), si l'on adopte une vision positiviste-réaliste du droit constitutionnel, et si l'on considère que toute interprétation présidentielle de la Constitution est une norme juridiquement valable, et qu'il est vain de la contester, alors on pourra estimer que notre Constitution est d'une souplesse infinie, voire même que ce n'est qu'un magma informe, que les Présidents de la République sculpteront chacun à leur image, et modifieront comme ils le voudront, chaque fois que cela leur conviendra. Si l'on adopte une vision " juriste idéaliste ", on continuera à avoir l'impression de jouer les Don Quichotte face aux violations de la Constitution. Une troisième attitude est adoptée par les Jean-Luc Parodi et Olivier Duhamel, qui se placent dans une optique plus mécaniste des institutions, lorsqu'ils étudient dans l'analyse stratégique les jeux possibles des rouages constitutionnels. Tout le débat constitutionnel de ces dernières années consiste à opposer ces théories, chacune prétendant à une relative autonomie par rapport aux autres. L'ambition de cette thèse est de montrer que seule leur combinaison, et non leur opposition, est susceptible de faire progresser la science du droit constitutionnel, définie comme l'étude du contenu et de l'application des normes constitutionnelles. Adoptée isolément, chacune de ces doctrines conduit à une impasse. L'approche juriste idéaliste ne rend pas compte de la réalité, l'approche positiviste réaliste ne permet pas de comprendre quoi que ce soit puisqu'elle ne consiste bientôt qu'en la description d'une pratique que le juriste s'interdit de qualifier au

<sup>4</sup> Sur la nécessité d'une extension des compétences du Conseil constitutionnel pour qu'il puisse contrôler la constitutionnalité des actes de gouvernement, cf. infra, n° 261 et s.

<sup>5</sup> Pour une extension des compétences du Conseil constitutionnel en ce sens, cf. infra n° 261 et s..

motif que ses propositions n'ont pas de valeur normative, et l'analyse stratégique, qui nous paraît être la plus constructive de ces approches, ne peut véritablement permettre de faire progresser la science du droit que si elle a pour objet, comme le précise Olivier Duhamel, " d'éclairer le jeu des acteurs - en indiquant dans quelle mesure ils se conforment aux contraintes constitutionnelles - et le degré de perfection des normes - en indiquant dans quelle mesure elles s'imposent - " (6). Son intérêt majeur nous semble être de permettre de mesurer l'efficacité des propositions normatives en présence de telle répartition des armes juridiques et politiques. Mais elle ne peut prétendre atteindre cet objectif si elle rejette les deux autres " visions du droit ". Comment, en effet, apprécier le pourquoi et le comment d'une pratique déviante par rapport à un texte si l'on ne définit pas à priori le contenu de ce texte, et si l'on ne précise pas la valeur normative de sa pratique ? On a pu prétendre que la cohabitation avait montré la vanité de l'une ou l'autre de ces approches. Au contraire, elle démontre selon nous tout l'intérêt de la combinaison de ces démarches, et l'évolution des pouvoirs présidentiels soumis à contreseing nous semble en être la démonstration la plus éclatante.

Aussi, rompant avec l'orthodoxie réaliste, définissons-nous les pouvoirs présidentiels tels qu'ils nous semblent avoir été prévus par les rédacteurs de la Constitution, pour pouvoir comprendre et mesurer la distance qui les sépare de la pratique antérieure à la cohabitation et de la pratique cohabitationniste (7). L'organisation des prérogatives présidentielles est beaucoup plus rationnelle qu'on ne l'a souvent prétendu, la pratique présidentialiste de la Ve République faisant apparaître comme totalement incohérente la distinction des pouvoirs propres et des pouvoirs soumis à contreseing. En dehors des actes que nous venons d'étudier, tous les actes du Président de la République doivent revêtir la signature du Premier ministre et le cas échéant des ministres responsables. L'article 5 définit la mission présidentielle par rapport à l'ensemble des autres pouvoirs. Il fait de lui un garant et un arbitre qui doit avant tout contrôler que les pouvoirs publics fonctionnent conformément à la Constitution, afin d'être en mesure, le cas échéant, de mettre en œuvre ses pouvoirs propres pour solliciter un arbitre ou garantir l'intégrité du territoire. Puis tous les autres articles relatifs au Président, en dehors de ceux qui concernent la politique extérieure et la défense (qui sont également soumis au contreseing), et que nous étudierons ultérieurement, organisent ses rapports avec chacun des autres " pouvoirs " : le Gouvernement ( A ), le Parlement ( B ), et l'autorité judiciaire ( C ), afin que le Président puisse avoir connaissance de l'activité de ces organes, pour pouvoir exercer, le cas échéant, sa mission d'arbitrage au moyen de ses pouvoirs propres. Alors que, selon nous, les pouvoirs soumis à contreseing devraient seulement permettre au Président de la République d'exercer un pouvoir de contrôle général, en pratique, il a réussi à exercer un pouvoir de direction général de l'Etat jusqu'en 1986, et de 1986 à 1988, un réel pouvoir de tutelle sur l'activité du Gouvernement et du Parlement.

---

6 O. DUHAMEL, Les logiques cachées de la Constitution de la Ve République, dans O. DUHAMEL et J.L. PARODI (dir) La Constitution de la Ve République, préc., p. 21.

7 Sur tous ces points, cf. infra, L II.

## **A LE VETO PRESIDENTIEL SUR LES ACTES DU GOUVERNEMENT, AVENEMENT D'UN POUVOIR DE TUTELLE.**

" La guerre des signatures aura-t-elle lieu ? " s'interrogeait-on à la veille de la cohabitation. Oui et non, pourrait on répondre, puisque les conflits ont eu lieu, mais ont été " mis en sourdine " par le Gouvernement, qui voulut dédramatiser la situation pour que dure la cohabitation. Le fait que le Président de la République se soit attribué essentiellement un droit de veto sur les actes du Gouvernement montre, certes, une réduction de son pouvoir de tutelle, puisqu'il ne dicte plus tous les actes du Gouvernement, à l'instar d'une autorité hiérarchique qu'il était en réalité jusqu'en 1986; mais aussi le maintien d'un véritable pouvoir de tutelle, puisqu'il a été admis que le Président puisse bloquer l'action du gouvernement - fût-ce provisoirement - en exerçant non pas un contrôle de légalité (entendu comme défini ci-dessus), mais un contrôle d'opportunité. Cela ressort en effet nettement de son veto sur la nomination de certains membres du Gouvernement ( 1 ), sur le déroulement du Conseil des ministres ( 2 ), sur la signature des décrets et ordonnances ( 3 ), et sur les nominations ( 4 ).

### **1 ) Le veto présidentiel sur la désignation des membres du Gouvernement.**

Il aura fallu attendre plus de deux ans pour que M. Chirac se décide à exposer publiquement ce que fut, pour lui, la cohabitation, probablement parce que la perspective d'une nouvelle cohabitation se fait aujourd'hui chaque jour plus précise<sup>(8)</sup>. A cette occasion, le Premier ministre de la première cohabitation - qui ne semble guère souhaiter être celui de la seconde -, tient à mettre fin à une légende. Il affirme que le prétendu veto présidentiel sur la nomination de certains membres du gouvernement est une fable, car il n'avait jamais proposé à M. Mitterrand les noms de M.M. Léotard et Lecanuet, sachant que cela risquait de poser des problèmes. C'est donc la presse qui aurait inventé à la fois

---

<sup>8</sup> Emission télévisée " Ma cohabitation ", le 7 déc. 1990, TF1, 22 h. 40.

ces propositions et le veto du Président. M. Chirac dit qu'il ne voulait pas se mettre dans une position telle qu'il devrait essuyer un refus présidentiel, c'est pourquoi il n'aurait pas proposé ces noms, mais ceux des personnes qui ont occupé ces fonctions, et que le Président de la République a acceptés sans problème. Néanmoins, M. Chirac n'a pas contesté le droit de regard du Président de la République sur la désignation des ministres de la défense et de la diplomatie, et semble donc reconnaître au chef de l'Etat la possibilité de refuser éventuellement certaines nominations. C'est donc à la lumière de ces déclarations qu'il faudra lire les développements suivants, écrits avant ces déclarations, et qui ne sont pas nécessairement caducs aujourd'hui en ce qu'ils correspondent à la description de ce qui a été ressenti à cette époque, et en ce que la possibilité d'un droit de veto présidentiel sur ces nominations n'a jamais été niée par le premier ministre (qui aurait pu apporter ces précisions en avril 1986 au lieu d'attendre décembre 1990).<sup>(9)</sup>. C'est pourquoi nous ne les avons que partiellement corrigés.

**a ) La reconnaissance implicite d'un droit de veto.**

78 Alors que le Général de Gaulle avait affirmé lors de la rédaction de la Constitution qu'il résultait de l'obligation de contreseing de l'acte présidentiel portant nomination des membres du Gouvernement que ceux-ci sont en fait désignés par le Premier ministre (10), M. Mitterrand et M. Chirac ont estimé que le Président de la République - qui avait jusque là désigné personnellement tous les membres du Gouvernement - conservait en période de cohabitation le pouvoir de s'opposer à la nomination de certains membres du Gouvernement. Il ne s'agit en aucun cas d'une interprétation unanimement admise puisque certains membres de l'UDF (non barristes évidemment) se sont vivement indignés de cette soumission du Premier ministre aux exigences présidentielles (11).

**b ) Ce veto est l'expression d'un pouvoir de tutelle.**

79 Le Président de la République s'est-il (ou aurait-il pu, à la lumière des déclarations de M. Chirac en 1990) opposé à certaines nominations au motif que les personnes dont la nomination lui était proposée auraient été manifestement incompétentes, ou indignes de ces postes, ce qui aurait été l'expression d'un pouvoir de contrôle (à condition que ces qualifications soient incontestables, à raison par exemple de la débilité mentale des intéressés, ou de leur corruption par exemple) ? Pas du tout, c'est uniquement pour des raisons personnelles, et donc d'opportunité, que M. F. Mitterrand s'est estimé fondé à refuser de les nommer, parce qu'il estimait qu'il ne pourrait pas " travailler en harmonie " avec ces personnalités. Que le Premier ministre ait réellement proposé ces

<sup>9</sup> Cf. supra, n° 53.

<sup>10</sup> Cf. supra, Déclaration au Comité consultatif constitutionnel, le 8 août 1958, dans Documents pour servir..., préc. D.F., T.II, p. 300.

<sup>11</sup> Cf. supra n° 53.



nominations ou non, le fait est que M. Mitterrand s'y est opposé, s'est reconnu le pouvoir d'exercer ici un droit de veto dont le principe n'a pas été contesté par le chef du Gouvernement. Véritable autorité hiérarchique sur le Gouvernement de 1958 à 1986, le Président de la République n'a plus été qu'une autorité de tutelle durant cette expérience de cohabitation, malgré le fait que la Constitution, dans la mesure où elle fait des actes soumis au contreseing des compétences principalement dévolues au Premier ministre, ne lui attribuait qu'un pouvoir de contrôle de l'inconstitutionnalité manifeste. La même " logique " préside à l'évolution du déroulement du Conseil des ministres.

## 2 ) L'évolution des pouvoirs présidentiels en Conseil des ministres.

A l'issue du Premier Conseil des ministres de la cohabitation, les membres du Gouvernement ont peut être été déçus de ne pas pouvoir figurer sur la traditionnelle " photo de famille ", et M. Michel Noir a exprimé sa surprise de ne pas avoir été présenté au Président, qui n'a pas cru bon de serrer la main des ministres (12). " Au Conseil des ministres, il ne se passe rien. Tous les mercredis, comme nous sommes de bons petits et que c'est le jour de la récréation, on va voir le tonton. Le tonton est un peu grincheux, pas très agréable, mais on finit par s'habituer. C'est devenu un animal familier. Mais il ne se passe rien. Les choses sérieuses se passent avant " (13). M. Jacques Douffiagues, ministre délégué chargé des transports, devra aller présenter ses excuses au Président de la République, pour avoir énoncé cette " boutade en forme de parabole " indéniablement irrévérencieuse (14). En décembre 1990, M. Chirac souligne encore l'atmosphère glacial du Premier Conseil des ministres, mais précise que, par la suite, le Président de la République prenait assez fréquemment la parole, et en toute liberté (15). Rupture ou continuité ? On serait tenté de parler de continuité. Avant comme après 1986, le Conseil des ministres est le plus souvent une " chambre d'enregistrement " des décisions arrêtées en amont. Mais avant 1986, c'était la politique définie par le Président de la République qui était arrêtée en Conseil des ministres, pratiquement par le Président lui-même, alors qu'à partir de cette date, c'est la politique du Gouvernement qui est arrêtée par l'ensemble du Gouvernement. Les juristes attendaient de la cohabitation qu'elle permette de préciser quels sont les pouvoirs réels du Conseil des ministres, et du Président de la République au sein de ce conseil. Or cette question a largement été esquivée, le Président allant au bout de

12 Cf. CCF Pouvoirs n° 38, 1986, p. 169. " Alors, M. Noir, vous ne me connaissez pas ? " l'interroge le Président lors du Conseil suivant. " Mes respects, M. Le Président de la République ".

13 J. Douffiagues, dans Les Nouvelles d'Orléans, cf. Le Monde 3 sept. 1986.

14 Selon ses propres termes; il fera amende honorable en précisant que cette boutade ne pouvait être considérée comme " mettant en cause les institutions et la dignité de la fonction et de la personne du Président de la République " (le 8 sept 1986, Le Monde du 11), et il ira présenter ses excuses au Président (Libération le 18 sept. 1986).

15 J. CHIRAC, Ma cohabitation, émission télévisée du 7 déc. 1990, TFD1, 22 h 40.

son pouvoir, et le Gouvernement ne protestant que verbalement contre ces pratiques. mais ces attitudes ont été davantage guidées par le pragmatisme que par une vision juridique précise.

Avant toute chose, il convient de préciser, souligner, répéter que le Président de la République, qui préside le Conseil des ministres, ne fait pas partie du Gouvernement. Cela résulte clairement et incontestablement des dispositions de la Constitution (16), le Gouvernement ne peut donc être assimilé au Conseil des ministres (17). La distinction est d'importance car si l'on procède à cette assimilation, par exemple avec M. R. Barre, il est difficile de concevoir que les décisions dont la compétence est attribuée expressément au Gouvernement - et non au Conseil des ministres - le soient en dehors du Président de la République. Or les compétences du Conseil des ministres sont précises et limitées, et se distinguent de celles du Gouvernement. La Constitution prévoit qu'un certain nombre de décisions doivent être prises ou délibérées en Conseil des ministres, certaines nominations énumérées à l'article 13 ou dans l'ordonnance à laquelle il renvoie, l'état de siège (art. 36), les ordonnances prévues à l'article 38 (et celles nécessaires à la mise en place des institutions au titre de l'article 92), les projets de loi (art. 39), et l'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou sur le vote d'un texte. En outre, la consultation du Conseil des ministres peut être requise pour un certain nombre de décrets, par les lois ou règlements qui prévoient leur intervention. Durant la cohabitation, il sera tout à fait loisible au Gouvernement et au Parlement, son allié, de ne pas prévoir l'intervention du Conseil des ministres pour l'adoption des décrets d'application des textes qu'ils adoptent. Une circulaire adoptée à la veille de la cohabitation (mai 1985), synthétisant toutes les règles et usages concernant l'élaboration et la publication de textes officiels, indique que l'auteur d'un décret " est normalement le Premier ministre ", mais que " ce peut être le Président de la République si la Constitution l'exige, si le décret doit être pris en Conseil des ministres, si une loi l'a prévu ou si un usage l'admet ainsi que dans le cas où, exceptionnellement, le Président, pour des raisons dont il est juge, se réserve cette signature " (18). De telles extensions du pouvoir présidentiel ne seront plus admises en période de cohabitation, le domaine d'intervention du Conseil des ministres pouvant s'en trouver singulièrement réduit du fait que le Président de la République ne sera plus fondé à exiger que soient adoptés en Conseil des ministres des actes pour lesquels cette formalité n'est requise par aucun texte, mais que la pratique présidentialiste avait conduit à adopter de cette façon, la règle du parallélisme des formes ne s'appliquant pas lorsque sa signature est superfétatoire (19).

Mais, au juste, le Conseil des ministres adopte-t-il des décisions, se contente-t-il de formuler des vœux ? Quel est le poids du Président de la République dans ce processus ? En réalité, il convient de distinguer entre la préparation du Conseil des ministres à l'occasion de laquelle le Président semble avoir estimé avoir un certain droit de veto du fait de sa qualité de président de ce Conseil ( a ), la délibération proprement dite du

16 Cf. Supra, et J. Y. PLOUVIN *Le Conseil des ministres, institution seconde*, R.A. n° 197, 1980, p. 486.

17 Cf. J.Y. PLOUVIN, art. préc.; et C. GOUAUD *Le Conseil des ministres sous la Ve République*, RDP 1988, p. 430-431.

18 Citée par M. KAJMAN *La guerre des signatures aura-t-elle lieu ?* *Le Monde*, 1985.

19 Cf. Supra, n° 66.

Conseil des ministres, dans laquelle M. Mitterrand n'a pas pu ou voulu intervenir autrement que verbalement ( b ), et l'authentification de cette décision par le Président de la République, authentification qui n'est requise que dans un certain nombre de cas ( b ).

a ) le veto du Président dans la préparation du Conseil des ministres.

80 " Le Président de la République préside le Conseil des ministres ", prévoit l'article 9 de la Constitution. Que signifie cette présidence ? La Constitution ne le précise pas. La pratique présidentiale des institutions jusqu'en 1958 a été tellement marquée par l'hégémonie présidentielle que l'on conçoit difficilement le retour à un fonctionnement parlementariste du Conseil des Ministres. Dans les autres régimes parlementaires, le Conseil des ministres est le plus souvent dirigé par le Premier ministre (en Grande Bretagne, en RFA et en Italie, le chef de l'Etat ne préside pas le Conseil des ministres (20), au Portugal, le Président de la République n'assiste au Conseil des ministres que si le Premier ministre l'y invite, et en Finlande, le Président de la République préside le Conseil des ministres, mais dans les locaux du Premier ministre, et ces réunions sont précédées de réunions interministérielles (21)). Dans la tradition française (22), il est présidé par le Président de la République (et non par le Président du Conseil, contrairement à ce que son nom indique (23)), mais le poids de cette présidence est très faible depuis la " Constitution Grévy " qui a marqué le déclin présidentiel sous la IIIe République après la démission de Mac Mahon, à l'exception de la présidence de Millerand, dont la pratique fut sanctionnée par les parlementaires. " La présidence est plus de séance que d'influence " (24), puisque c'est le Président du Conseil et non le chef de l'Etat qui lance les convocations, fixe l'ordre du jour anime les débats (25), pose les questions et les met aux voix. En cas de vote, le chef de l'Etat n'a pas de bulletin à remettre, et Jean Barthélémy en conclut qu'il ne fait pas " partie intégrante de la structure " (26). Sous la IVe République, cette présidence, organisée cette fois par la Constitution dès 1946 (27), demeure très formelle, le Président de la République intervenant parfois pour

20 Cf. B. Tricot, Commentaire de l'article 9 de la Constitution, dans F. LUCHAIRE et G. CONAC (dir.) La Constitution de la République française, Economica, 1987, p. 388.

21 M. DUVERGER, Les régimes semi-présidentiels, préc., p. 13-14.

22 Depuis la restauration. Cf. B. Tricot, art. préc., p. 389.

23 Sous la IIIe République, le " Président du Conseil " ne le présidait en réalité qu'exceptionnellement, en l'absence du Président de la République, et sous la IVe République la Constitution prévoit dès l'origine que c'est le Président de la République qui préside le Conseil des ministres.

24 C. GOUAUD, art. préc., p.428. S. RIALS (La Présidence de la République, PUF, 1981, p. 52 et s) cite quelques exemples : Le Président Fallières : " je vous dirai toujours mon sentiment...mais il n'y aura pas une politique de l'Elysée "; le Président POINCARRE : " je disais librement mon opinion...mais je n'avais pas la vaine prétention de l'imposer "; le Président LEBRUN : " mes intentions ne visaient qu'à conseiller et non à contraindre "

25 Cf. B. Tricot, préc., p. 389.

26 J. BARTHELEMY et R. DUEZ, Droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 1926, p. 748, cité par C. GOUAUD, art. préc., p. 427.

27 Sous la IIIe République, les Lois constitutionnelles de 1875 n'évoquaient le Conseil des ministres et sa présidence que de façon allusive (art. 4 de la loi du 25 fév. 1875 et art. 12 de la loi du 16 juillet 1875, puis la loi de finances du 24 décembre 1934 officialisant l'existence du Premier ministre évoqua le " ministre chargé de la présidence du Conseil " (en l'absence du Président de la République).

faire connaître son avis, mais jouant surtout un rôle de notaire (28). La convocation et la préparation de l'ordre du jour relèvent toujours de la compétence du président du Conseil. Le 3 février 1947, le Président Auriol dote le Conseil des ministres d'un règlement intérieur (29), et son autorité personnelle lui permettra en outre d'orienter les débats dans le sens de ses positions, tandis que René Coty sera moins dirigiste.

Si, jusqu'en 1986, le Président de la République maîtrisait en pratique totalement tant l'organisation du Conseil (détermination de la composition, date des réunions, fixation de l'ordre du jour) que les décisions qui y étaient prises puisque le Gouvernement était à sa dévotion, qu'en sera-t-il durant la cohabitation ? L'organisation des travaux du Conseil des ministres ne résultant pas d'un texte de valeur constitutionnelle, il eût été facile de la remettre en question. Mais peut-on considérer que la seule qualification de président du Conseil des ministres permette au chef de l'Etat d'en dominer les travaux ? " Chargé par la Constitution de présider cette unique instance de décision du Gouvernement, le chef de l'Etat pourra donc en arrêter l'ordre du jour, en diriger les débats, et y convoquer éventuellement des ministres délégués et des secrétaires d'Etat : seuls, les ministres à part entière y siégeant de plein droit. Ces prérogatives sont inhérentes à la fonction du président d'un organisme collectif " affirme M. Duverger en 1986 (30). Mais cette affirmation n'emporte guère la conviction, l'auteur de ces lignes écrivant lui-même en 1978 que " le droit de présider le Conseil des ministres n'implique pas celui de fixer son ordre du jour, ni même de le convoquer : pour tout corps délibérant ces droits appartiennent au corps lui-même en l'absence de dispositions expresses, lesquelles n'existent pas " (31). Selon Dominique Turpin, " Bien que cela ne figure que dans le règlement intérieur des travaux du Conseil - dont la place dans la hiérarchie des normes n'est sans doute pas élevée - initialement adopté à l'initiative de Vincent Auriol le 3 février 1947 et souvent remanié depuis dans le sens d'une présidentialisation croissante, en particulier avec la circulaire du Premier ministre du 11 avril 1975 officialisant la pratique observée depuis 1959, il résulte d'une sorte de principe général de procédure que la présidence d'une instance collégiale, surtout lorsqu'elle n'est pas simplement honorifique, confère à celui qui l'exerce un certain nombre de prérogatives " (32) Ainsi, c'est au Président qu'il appartient de fixer la date, le lieu et la composition du Conseil, d'en arrêter l'ordre du jour et d'en diriger les débats. Mais on peut légitimement s'interroger sur le poids tant d'une circulaire que d'une pratique qui était justifiée essentiellement par une conjoncture politique radicalement opposée à celle de la cohabitation. M. V. Giscard d'Estaing a déclaré qu'en période de cohabitation, " le Président de la République ne peut garder que l'exercice de ses fonctions formelles...et la présidence du Conseil des ministres. Cette présidence, je comptais l'exercer simplement comme une présidence de

28 L'article 32 de la Constitution de 1946 dispose que " le Président de la République préside le Conseil des ministres. Il fait établir et conserve les procès-verbaux des séances".

29 C. GOUAUD rapporte que les textes montrent clairement que le Président de la République doit diriger les travaux du Conseil, et fixer, avec le chef du Gouvernement, la liste des participants au Conseil; mais que la convocation et la préparation de l'ordre du jour restent de la compétence du Président du Conseil.

30 Bréviaire de la cohabitation, préc., p. 82.

31 Echech au Roi, préc., p. 220.

32 D. TURPIN La présidence du Conseil des ministres, RDP 1987, p. 884-885.

séance " s'il y avait eu coexistence en 1978 (33). Les travaux préparatoires de la Constitution ne semblent pas pouvoir nous éclairer de façon décisive, puisque ce texte n'a guère été modifié durant l'élaboration de la Constitution (34). On peut trouver un indication du sens de cette présidence dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de Constitution du 29 juillet 1958, où il est précisé que le président de la République " participe à l'exercice du pouvoir exécutif par la signature des actes les plus importants dans la vie de l'Etat et par la présidence du Conseil des ministres " (35). Mais il semble que dans l'esprit des rédacteurs de la Constitution, cette participation se limite à ce qu'elle était sous la IV<sup>e</sup> République, c'est à dire à la possibilité offerte au Président d'émettre son opinion afin de tenter d'influencer la décision du Conseil, durant ses délibérations. En effet, cette disposition n'ayant fait l'objet d'aucune discussion par la suite, il semble que les autorités consultées au moment de la rédaction de la Constitution n'aient pas soupçonné l'influence qui serait celle du Président de la République en Conseil des ministres, et qu'il ait été évident pour eux que cette présidence ressemblerait à celle des Républiques précédentes (au moins à partir du moment où, le général ayant réglé le problème de l'Algérie, on en reviendrait au fonctionnement normal des institutions). Ainsi, Léo Hamon déduit-il du silence des travaux préparatoires sur le caractère des prérogatives présidentielles qu'elles sont purement formelles (36). S'il en avait été autrement, les membres du Comité consultatif constitutionnel n'auraient probablement pas manqué d'interroger le Gouvernement ou ses représentants sur ce point, comme ils le firent chaque fois que le Président de la République se voyait reconnaître des prérogatives importantes. De surcroît, cette question ne leur paraissait peut-être pas très importante du seul fait qu'il s'agissait d'une compétence soumise au contreseing, et dès lors appartenant principalement au Premier ministre (37).

Durant cette expérience de cohabitation, le Gouvernement, soucieux de ne pas " avoir l'air de déclarer la guerre au Président ", ne semble pas avoir sérieusement envisagé la modification des usages qui règlent l'organisation du Conseil des ministres, ni de son règlement intérieur (38). A quoi cela aurait-il servi, puisque M. Chirac avait demandé au Président de la République avant d'accepter la cohabitation " de faire en sorte que les ordres du jour des Conseils des ministres permettent une rapide réalisation du programme

---

33 Interview à l'Express, le 10 mai 1985.

34 Alors que l'avant-projet de constitution préparé à la mi-juin 1958 prévoyait que " Le Conseil des ministres est présidé par le Président de la République ", le projet rédigé par M. L. Bertrand et J. SOLAL-CELIGNY proposait de reprendre les dispositions de l'article 32 de la Constitution de 1946 précitées (documents pour servir..., D.F. préc. t.II, p. 266), la rédaction actuelle, que l'on trouve dans le projet du 23 juin 1958 (idem, p. 281), ne sera plus discutée ni remise en cause par la suite.

35 Documents pour servir..., D.F., préc., p. 518.

36 A propos de la signature des ordonnances, La Croix, 23 avril 1986 : " Le silence des travaux préparatoires...pourrait faire penser que la question n'a pas été discutée à l'époque et l'on en déduira que l'article 13 institue pour le président de la République une prérogative formelle...Il faut cependant replacer la question dans le cadre général de la Constitution ".

37 Sur le sens et la portée du contreseing, cf. Supra n° 67'.

38 On notera que pour l'organisation des travaux du Conseil, il s'agit toujours du règlement que le Président Vincent Auriol avait fait adopter le 3 février 1947 (qui a subi quelques modifications sous la Ve République), et qui prévoit la division du travail du Conseil des ministres en trois parties, la partie A, comprenant les projets de loi, d'ordonnances ou de décrets, la partie B consacrée aux mesures individuelles et à la dissolution des conseils municipaux, et la partie C, consacrée aux communications des ministres sur les problèmes portés à l'ordre du jour.

gouvernemental, bref, l'assurance que le Président laisserait bien le gouvernement gouverner et ne l'empêcherait en rien dans son action " (39) ?

Aussi, comme depuis le début de la Ve République, où le général de Gaulle a imposé sa vision très directive du Conseil des ministres, *l'ordre du jour* est préparé par le secrétaire général du Gouvernement, envoyé aux membres du Conseil des ministres, puis il en confère avec le secrétaire général de l'Elysée, et enfin le président de la République arrête l'ordre du jour (40). Mais contrairement à ce qui se passait jusqu'en 1986, c'est donc essentiellement le Premier ministre qui détermine l'ordre du jour du Conseil des ministres, pouvant ainsi en réduire considérablement le contenu puisque seules les questions qu'il souhaite voir évoquer y seront traitées (à l'exclusion, donc, lorsqu'il le souhaitera, des communications des ministres sur la politique du Gouvernement et des décrets pour lesquels cette formalité n'est pas exigée). Mais le Premier ministre ne semble pas avoir abusé de cette faculté, peut-être parce que le Président tenait à être informé par ce biais d'un certain nombre de sujets, et sans doute aussi parce que le Conseil des ministres est une occasion pour le Gouvernement de faire connaître sa politique. Selon Gérard Conac, " François Mitterrand a exercé ce droit de regard avec vigilance, mais avec le souci de ne pas entraver le processus gouvernemental. Le Président de la République a accepté d'inscrire à l'ordre du jour des sujets qui lui étaient proposés, sauf à les faire reporter à une autre réunion si certains délais n'étaient pas respectés (41) ou si une raison grave n'en rendait pas *opportun* l'examen immédiat " (42). Nous considérons au contraire que le Président de la République s'est arrogé un véritable droit de veto sur l'ordre du jour du Conseil des ministres en refusant qu'y soient inscrites certaines nominations (43) pour de pures raisons d'opportunité, le Président exigeant que ses anciens collaborateurs soient replacés dans un poste équivalent (44).

En s'opposant ainsi à des décisions relativement peu importantes en pratique, sans doute le Président de la République prenait-il les devants, pour pouvoir développer progressivement cette forme de veto. En effet, non seulement il tint à rendre publiques les réticences qu'il éprouvait à inscrire à l'ordre du jour du Conseil le projet d'ordonnance en matière électorale (45), mais il alla même jusqu'à affirmer qu'il pourrait refuser l'inscription à l'ordre du jour d'une question qu'il ne souhaitait pas voir discuter (46).

En s'arrogant un droit de veto sur l'ordre du jour du Conseil des ministres, le président de la République se donna les moyens d'intervenir dans le processus de décision

39 E. BALLADUR *Passion et longueur de temps*, préc., p. 63.

40 Cf. C. GOUAUD, art. préc., p. 444 et 476.

41 Ainsi, parce qu'il n'avait été averti de la totalité du mouvement préfectoral que la veille du Conseil du 9 avril 1986, M. Mitterrand fit savoir que les nominations dont l'Elysée n'aurait pas été saisi le vendredi seraient ajournées au conseil suivant.

42 Commentaire de l'article 9 dans *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 83.

43 Ainsi celle du remplacement d'Eric Rouleau à Tunis à l'ordre du jour du 21 mai 1986, et le 26 mai 1986 pour le remplacement de M. J.P. Huchon à la tête du Crédit Agricole.

44 Cf. J. FOURNIER *Politique gouvernementale : les trois leviers du Président*, Pouvoirs n° 41, 1987, p. 68.

45 A l'issue du Conseil du 24 septembre 1986, M. Bianco, porte parole de l'Elysée, en fit état. Cf. P. AVRIL et J. GICQUEL, CCF Pouvoirs n° 40, p. 168 (*Le Monde* 26.9.1986).

46 Interview accordée à Alain DUHAMEL, *Le Point*, 10 nov. 1986, p. 55.

du Conseil des ministres, puisqu'il empêchait le Gouvernement de délibérer de certains sujets, alors que, comme on va le voir, il prétendait " laisser le Gouvernement gouverner ", ne pas intervenir autrement que verbalement dans les délibérations du Conseil des ministres. Malgré la subtilité de la démarche, on doit reconnaître qu'en pratique, il a ainsi aboli la distinction entre la préparation et la délibération du Conseil des ministres, en intervenant dans cette dernière. Si, concrètement, cela n'a pas eu de conséquences dramatiques, la reconnaissance d'un tel veto paraît, dans son principe, très contestable, car c'est une porte ouverte à un pouvoir considérable. Soit on reconnaît un droit de veto au Président de la République sur l'ordre du jour du Conseil des ministres, et alors on admet qu'il peut bloquer n'importe quel projet de loi (47), d'ordonnance, de décret, pourquoi pas, si cela l'amuse, toutes les nominations et tous les décrets délibérés en Conseil des ministres...ce qui ne nous paraît pas admissible en régime parlementaire (quelle que soit l'originalité de la Ve République, c'est le Gouvernement, et non le Président de la République qui est responsable devant le Parlement) (48); soit on nie ce droit au Président (49). Mais la position intermédiaire, qui consiste à reconnaître un tel droit de veto au Président dans certains cas seulement, pour des motifs d'opportunité, nous paraît totalement illogique et infondée juridiquement, même s'il est indéniable qu'elle a, en pratique, favorisé le déroulement relativement harmonieux de la cohabitation. Le pragmatisme l'a pourtant emporté sur le juridisme.

Le Président de la République a-t-il ainsi créé une coutume, susceptible de fonder juridiquement de nouveaux vetos présidentiels de ce type ?<sup>(50)</sup> Il ne semble pas que l'on puisse l'admettre, puisque le Gouvernement a contesté cette pratique, bien qu'il n'ait pas démissionné pour cela, puisque les vetos présidentiels (sur l'ordre du jour du Conseil ou sur d'autres points) ont été exercés soit sur des sujets peu importants, soit en soulignant que le Gouvernement pouvait arriver à ses fins par une autre procédure, de telle sorte que le Gouvernement ne pouvait pas réagir plus vivement qu'il ne le fit sans apparaître comme un fauteur de troubles aux yeux de l'opinion publique.

*La fixation de la date du Conseil des ministres* ne n' apparemment pas posé de problème majeur (ou ceux-ci ont été tenus secrets), l'usage voulant qu'il se réunisse tous les mercredis (51)(sauf absence exceptionnelle du Président de la République). Quant à la *composition du Conseil*, elle aurait pu faire l'objet de conflits, puisqu'elle était jusqu'à

47 Ainsi, J. ROBERT estime-t-il que " maîtrise de l'ordre du jour, le Président peut en effet ajourner toute loi à laquelle il est opposé ", le Gouvernement pouvant répliquer en faisant adopter une proposition de loi par un parlementaire. Cette proposition nous paraît difficilement acceptable, bien que son auteur estime que " au plan juridique, rien ne l'en empêche "(d'user de tels droits de veto). Dans *De la cohabitation*, D. 1986, préc., p. 181 et 182.

48 En ce sens, cf. J. FOURNIER, art. préc., p.65-66 : " l'ordre du jour est proposé par le Gouvernement mais il est arrêté par le Président et il est hors de doute que celui-ci pourrait s'il le voulait refuser d'inscrire un point à l'ordre du jour".

49 En ce sens, cf. C. GOUAUD, art. Préc., p. 447 : " il lui serait plus difficile de refuser au Premier ministre l'inscription de tel sujet, projet, telle communication sans violer la Constitution et s'attirer déjà l'animosité populaire".

50 Sur la notion de coutume, cf. infra, n° 195 et s.

51 B. Tricot et R. HADAS-LEBEL *Les institutions politiques françaises*, presses de la FNSP et Dalloz, 1985, p. 287.

présent déterminée par le Président de la République (52). M. Gérard Conac précise qu'elle a été fixée conformément au vœu du Premier ministre, les ministres participant à tous les conseils, et les secrétaires d'Etat n'y étant convoqués que lorsque des affaires relevant de leur compétence sont inscrites à l'ordre du jour (53). Enfin, comme d'habitude sous la Ve République, le Président de la République et le Premier ministre ont un *entretien en tête-à-tête avant chaque Conseil des ministres*, mais sa durée semble être considérablement accrue puisque M. Bernard Tricot rapporte qu'il s'agissait jusqu'en 1986 d'un " bref échange de vues " (54), alors que durant la cohabitation les " dyarches " consacrent environ une heure à cette discussion (55). Au contraire, la durée des Conseils des ministres a été globalement réduite, même si tous ne sont pas " expédiés " en une vingtaine de minutes, comme ce fut le cas pour le premier et le dernier Conseil des ministres de la cohabitation. Si l'organisation du Conseil des ministres n'a pas évolué aussi fondamentalement qu'on aurait pu l'imaginer, le déroulement des discussions et surtout la prise de décision en Conseil des ministres marquent une novation importante.

**b ) Le Président de la République ne peut empêcher l'adoption des délibérations du Conseil des ministres.**

81 " Au cours du débat, j'insiste pour que les opinions soient exprimées sans réserve. En fin de compte, je fais connaître ma propre façon de voir. Souvent, il s'est établi entre les membres une sorte d'accord général. J'en prends acte et tout est dit. Sinon, je formule la décision que je crois bonne. De ce fait, elle est celle du Conseil " disait volontiers le Général de Gaulle (56). Mais la réalité était sans doute mieux décrite par la formule un peu triviale de M. Chevènement : " Un ministre ça ferme sa gueule. Si ça veut l'ouvrir, ça démissionne " (57) Durant la cohabitation, Plantu, le célèbre dessinateur du Monde, représenta un Conseil des ministres au cours duquel le chef du Gouvernement tenant en mains un projet de Loi, demande à la cantonade : " Bon, tout le monde est d'accord ? " " NON ", crie résolument le Président. " Parfait - conclut le Premier ministre - Je vais porter ça au Parlement " (58).... On ne saurait décrire plus clairement l'inversion des rôles opérée par la cohabitation.

Le Président de la République ayant admis que le Conseil des ministres ne pourrait plus être un lieu d'élaboration de la politique, mais seulement un *lieu d'aboutissement* du

52 Cf. C. GOUAUD, art. préc., p. 442-443.

53 G. CONAC Le droit constitutionnel de la cohabitation, préc., p. 83-84. Le Gouvernement comprend 15 ministres et 10 ministres délégués, et 16 secrétaires d'Etat.

54 Commentaire de l'article 9 de la Constitution, Dans F. LUCHAIRE et G. CONAC (dir) La Constitution de la République française, préc., p. 390.

55 E. BALLADUR, ouvr. préc., p. 100.

56 De Gaulle, Mémoires de guerre, T.III, p. 126, cité par C. GOUAUD, art. préc., p. 436.

57 Cité par D. TURPIN, art. préc., p. 886. De même, P. VIANSSON-PONTE souligne que " sauf quelques cas exceptionnels généralement sanctionnés par la démission ou l'éviction de l'intéressé, personne ne prenait la parole autour de la grande table à tapis vert sans y avoir été expressément invité, et surtout personne ne s'avisait d'émettre un avis non conforme " Le Monde 24 juin 1969 (cité par C. GOUAUD, art. préc., p. 462).

58 Le Monde 21 nov. 1986.



processus de décision (59), les décisions du Gouvernement étant largement déterminées à l'avance en particulier lors des "réunions de ministres" présidées par le chef du Gouvernement, et par ses services, qui sont dotés de moyens humains et matériels considérable au regard de ceux dont dispose le Président de la République (60), les discussions sont nécessairement très réduites, plus encore que ne l'avait sans doute imaginé M. F. Mitterrand. Mais pour lui, le Conseil des ministres est au moins un lieu d'information, qui lui permet de connaître l'évolution de la politique gouvernementale, puisque ses conseillers ne participent plus à son élaboration. D'après M. Balladur, le Président de la République a essayé, lors des premiers Conseils, en sollicitant des interventions après l'exposé que faisait l'un des membres du Gouvernement, de susciter des divergences pour les exploiter. "Très vite, Jacques Chirac imposa la règle du jeu : les Conseils ne donnaient lieu à aucun débat, chaque ministre rapportait les affaires dont il avait la charge; seul le Premier ministre intervenait, s'il le souhaitait, sur chaque sujet. Le Président de la République (...) en montra quelque humeur; mais, plus tard, il me confia que cela lui allait très bien, puisque le Conseil des ministres ne durait jamais longtemps" (61). Constatant qu'il contraignait les membres du Gouvernement à ne pas faire état de leurs divergences devant lui (62), M. F. Mitterrand ne perd pas tout sens de l'humour : "Je suis leur ciment" (63). Les apparences sont respectées puisque c'est le Président de la République qui donne la parole aux orateurs successifs, mais il est évident que ses prérogatives sont considérablement amoindries.

M. François Mitterrand intervient très régulièrement pour émettre des réserves ou sa *désapprobation* à l'endroit de la politique gouvernementale, le Conseil des ministres devenant la "casse de résonance" de l'expression de son opposition à la politique gouvernementale (64). Le Gouvernement a estimé que "c'est tout à fait le droit du Président de la République de faire savoir que cela ne convient pas à sa philosophie, mais il faut remarquer qu'il a indiqué que le gouvernement prendrait ses responsabilités et que le Parlement serait appelé à en délibérer" (65). Le seul fait que les décisions

59 Cf. *Le Monde* 25 mars 1986.

60 Cf. *Supra* n° 63.

61 E. BALLADUR, *ouvr. préc.*, P. 94-95.

62 En ce sens A. CHALANDON : "Là où on a l'occasion de discuter, de dialoguer entre ministres, c'est au Conseil des ministres. Or, à partir du moment où le Président n'est plus le patron de la majorité, mais son adversaire, le dialogue ne se fait plus. Comment un ministre s'opposerait-il à un de ses collègues en présence du chef de l'Etat ? (*Le Monde* août 1986).

63 Cité par G. CONAC, *op. préc.*, op. 87.

64 Cf. *infra*, n° 112, 113. Le 9 avril, le Président a prévenu le Gouvernement qu'il ne signerait pas certaines ordonnances; Le 14.5.1986, il a confirmé ses "fortes réserves" et sa "désapprobation" à l'égard du projet de suppression de l'autorisation administrative de licenciement, il a adressé des "mises en garde" au Gouvernement à propos de sa politique en Nouvelle-Calédonie, le 21 mai 1986, il a renouvelé ses "très fortes réserves" et a exprimé sa "profonde inquiétude" sur le même sujet. A cette occasion, et contrairement à l'usage, M. Pons, ministre des DOM-TOM a demandé au chef de l'Etat l'autorisation de lui répondre (*Le Monde* 23.5.1986), cf. CCF Pouvoirs n° 39, 1986, p. 164-165.; le 11.6.1986, il a "déploré" l'adoption des projets sur l'audiovisuel et sur le contrôle de l'immigration, le 12 novembre, ses réserves visent le projet de réforme du Code de la nationalité, le 19 novembre celui de création des prisons privées, le 3 décembre, le projet de réforme hospitalière, le 18 février 1987 il manifeste son "désaccord" sur le projet de référendum en Nouvelle-Calédonie (cf. CCF Pouvoirs n° 42, p. 174).

65 Denis Baudouin, porte-parole du Premier ministre (*Le Monde* 15 nov. 1986). M. Chirac a également estimé qu'il est "naturel" et "légitime" que le chef de l'Etat exprime son opinion sur les problèmes de politique intérieure dont il a à connaître au Conseil des ministres (*Le Monde* 2 déc. 1986)

gouvernementales soient adoptées malgré l'opposition du Président de la République montre qu'il n'a pas voulu, et qu'il n'a pas pu bloquer le processus décisionnel en Conseil des ministres. Néanmoins, il se sert tout de même du Conseil des ministres pour " mettre en garde l'opinion publique contre ce qu'il penserait dangereux, pour la cohésion nationale " (66). Certains auteurs avaient imaginé que le Président de la République pourrait s'opposer à ce que le Gouvernement engage sa responsabilité devant le Parlement, soit sur un texte, soit sur une déclaration de politique générale (67).. Mais, même en allant " au bout de son pouvoir " suivant le précepte de Thucydide, le Président de la République n'a pu s'y opposer en pratique, ce qui montre bien qu'il ne peut à lui seul s'opposer à certaines délibérations du Conseil des ministres (ce dont a témoigné l'évolution du contenu du communiqué officiel du Conseil des ministres (68). Il a d'ailleurs reconnu que " l'article 49.3 est un droit reconnu par la Constitution au Premier ministre. Je ne puis l'empêcher " (69). Il en sera de même pour les autres textes auxquels le Président de la République s'opposera verbalement, en particulier pour les projets de loi ou de décret (à l'exclusion de certaines nominations). D'ailleurs, en ne cherchant pas à intervenir autrement que verbalement dans l'élaboration des délibérations du Conseil des ministres, le Président tenait à montrer - en particulier pour rassurer l'électorat de gauche - qu'il n'était pas responsable de la politique menée par le gouvernement; et à souligner - pour avoir dans les sondages la faveur de l'électorat de droite - qu'il laissait le Gouvernement gouverner. Le processus de décision en Conseil des ministres n'étant prévu par aucun texte, personne ne pouvait affirmer quels seraient précisément les pouvoirs du Président. En effet, sous la Ve République, il est d'usage de ne pas y voter, les décisions résultant d'un consensus général, imposé par le chef de l'Etat avant 1986, et censé représenter la volonté de la majorité entre 1986 et 1988. Pour que la décision du Conseil soit prise, il n'est donc pas nécessaire que le Président de la République y consente, contrairement à ce que l'on avait pu affirmer (70). La cohabitation nous aura appris que " la présidence du Conseil des ministres ne donne pas à son titulaire un pouvoir de décision " (71), contrairement à ce qu'avaient pu imaginer certains représentants de la doctrine. Cela souligne, ce qui était loin d'être évident avant la cohabitation, que le Conseil des ministres, s'il est distinct du Gouvernement, en particulier par sa composition, reste avant tout le lieu où est arrêtée la politique *gouvernementale*, et non *présidentielle*.

66 citée par G. CONAC, *préc.*, p. 85.

67 Cf. *Supra*, et D. TURPIN, *La présidence du Conseil des ministres, préc.*, p. 893.

68 A l'occasion des premiers engagements de responsabilité, il disposait, selon la formule traditionnelle, que le Conseil des ministres a " autorisé " le Gouvernement à engager sa responsabilité..., alors que par la suite la formule adoptée montrait que le Gouvernement n'avait pas à demander la permission du Président de la République, en réalité que le Président n'avait pas pu s'opposer à la délibération du Conseil, même lorsqu'il avait manifesté son hostilité à l'emploi de cette procédure : " le Conseil des ministres a délibéré sur l'engagement "...précise bientôt le communiqué diffusé par les services de Matignon. Sur le débat qui eut lieu pour l'article 49.1, cf. *supra*, T.I, C.II, S.II, I, A, 2, a., et sur l'article 39.3, *idem*, b., et G. BERLIA *L'élaboration et l'interprétation de la Constitution de 1958*, RDP 1973, p. 494.

69 Interview à Alain DUHAMEL, *Le Point* 10 nov. 1986, p. 55.

70 P. AVRIL et J. GICQUEL estiment que " le conseil est présidé par le chef de l'Etat (art. 9 de la Constitution), ce qui implique à l'évidence, selon l'expression de M. Jean MASSOT, qu'un *consensus* s'y établisse " (J. MASSOT, *La présidence de la République en France*, D.F., 1986, p. 177), dans CCF, *Pouvoirs* n° 40, 1987, p. 169.

71 B. MATHIEU, *Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil constitutionnel dans l'édiction des ordonnances de l'article 38, RFDA*, sept. oct. 1987, p. 713

Mais peut-on considérer que le Conseil des ministres prend des " décisions " ? La Constitution prévoit que l'état de siège " est décrété " en Conseil des ministres (art. 36), que les ordonnances sont " prises en Conseil des ministres " (art. 38), que les projets de loi (art. 39), l'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou sur un texte (art. 49) sont " délibérés " en Conseil des ministres. De même, l'article 13 dispose que " Le Président de la République signe les décrets et les ordonnances délibérés en Conseil des ministres ", et que les titulaires de certains postes " sont nommés en Conseil des ministres ". Il apparaît ainsi nettement une *distinction entre les actes " délibérés en Conseil des ministres ", et ceux qui sont arrêtés en Conseil des ministres* (l'état de siège, les ordonnances, et les nominations), éventuellement après délibération du Conseil (les ordonnances et les décrets). Certains auteurs ont voulu tirer argument du fait que le Conseil des ministres ne prenait pas de décision pour conclure que le Président de la République ne pouvait donc pas être tenu de signer les ordonnances. Avec M. Gérard Conac, nous considérons que cette argumentation n'est pas acceptable. Pour soutenir que le Conseil des ministres ne prend pas de décisions, ces auteurs invoquent l'arrêt du Conseil d'Etat du 25 novembre 1977, *Compagnie des architectes en chef des bâtiments civils et palais nationaux* (72), dans lequel la haute assemblée a précisé que les délibérations du Conseil des ministres " sont par elles-mêmes sans effet juridique direct et doivent être regardées comme de simples déclarations d'intention du Gouvernement qui par suite ne sauraient être attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir " (contrairement à ce qu'il admet pour les délibérations, par exemple, des conseils municipaux). M. Gérard Conac estime que " le problème tranché par le Conseil d'Etat est celui de savoir si une délibération du Conseil pourrait créer des droits opposables à l'Administration avant que la décision correspondante soit signée et contresignée. Or des raisons d'opportunité politique - que le Conseil d'Etat n'a pas à apprécier - peuvent conduire à laisser sans suite une délibération du Conseil, même rendue publique par le communiqué officiel de l'Elysée ou de Matignon " (73). Ainsi, le Conseil d'Etat aurait voulu préserver la compétence discrétionnaire du Premier ministre d'appliquer ou non les délibérations du Conseil, mais il n'aurait pas nécessairement pour autant reconnu un pouvoir de même nature au Président de la République.

Pour notre part, ce n'est pas exactement sur le même plan que nous conduirons notre démonstration. Nous considérons qu'à l'instar des lois avant leur promulgation, ou des décisions des collectivités locales soumises au contrôle de légalité du préfet avant que ne soit expiré le délai de deux mois prévu pour l'exercice de ce contrôle, les délibérations du Conseil des ministres ont une existence certaine, mais qu'elles ne sont pas opposables aux tiers puisque toutes les formalités requises pour qu'elles le soient (signature et contresignature soit du Président de la République, soit du Premier ministre, et éventuellement des ministres responsables) n'ont pas été accomplies. Comme dans la formation de nombreux autres actes juridiques, on peut ici distinguer entre la décision de prendre l'acte, et les formalités qui le rendent exécutoires. La question est donc de savoir si les autorités concernées sont ou non tenues d'exécuter les actes matériels (signature en particulier) qui

---

72 Rec., p. 463.

73 G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, p.93.

rendent cette norme exécutoire. Il faut distinguer entre deux hypothèses. Soit les autorités qui sont chargées de prendre les mesures rendant la décision exécutoire ont une compétence liée, soit elles ont une compétence discrétionnaire. Il résulte de l'arrêt précité du Conseil d'Etat que le Gouvernement a une compétence discrétionnaire pour rendre exécutoires une délibération du Conseil des ministres pour la simple et bonne raison que le Conseil d'Etat précise qu'il s'agit d'une " simple déclaration d'intention du *Gouvernement* " Puisque cette délibération n'est pas exécutoire en elle-même, nul ne saurait contraindre le Gouvernement à rendre une de ses décisions opposable aux tiers alors qu'il ne souhaite pas le faire. En effet Charles Eisenmann souligne que lorsque l'autorité qui est compétente pour exécuter les " faits et gestes " qui rendent une décision exécutoire a une compétence discrétionnaire pour le faire, c'est parce que la norme n'existe pas aussi longtemps qu'il ne lui pas apporté son consentement. Au contraire, lorsque cette autorité est tenue d'exécuter ces " faits et gestes ", au moins dès lors que certaines conditions sont remplies, on peut considérer que la norme existe, mais qu'elle demeure virtuelle aussi longtemps qu'elle n'est pas opposable aux tiers. Telle est par exemple la situation du Président de la République dès lors qu'il a renoncé à exercer son droit de veto suspensif sur une loi, ou qu'elle a été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel : le Président de la République est tenu de la promulguer (74). La loi existe avant qu'il ne la promulgue, mais elle n'est pas opposable aux tiers.

Mais peut-on considérer que le Président de la République est tenu de rendre ces décisions exécutoires ? M. Mitterrand a considéré que non, en s'arrogeant un droit de veto qui, selon nous, n'était nullement prévu par la Constitution. Le Gouvernement a d'ailleurs vivement contesté ce droit de veto, M. Chirac estimant dans un communiqué du 16 juillet 1987, consécutif au refus présidentiel de signer l'ordonnance relative à la privatisation, que " Le ministre d'Etat, ministre de l'économie des finances et de la privatisation a exposé le contenu des ordonnances proposées à l'approbation du Conseil des ministres. Le Conseil a *adopté* ce texte. Aucune disposition de la Constitution ne confère à aucune autorité autre que le Conseil des ministres le soin d'apprécier l'opportunité ou le bien-fondé d'une ordonnance " (75). Certes, il ne s'agit pas d'une décision qui est opposable aux tiers, mais elle existe cependant et elle s'impose, selon nous, au Président de la République dont le seul rôle est d'en garantir l'authenticité. Nous considérons qu'à l'instar du préfet après la décentralisation, il ne pouvait s'y opposer que pour des motifs de légalité, et non d'opportunité.

La cohabitation a enfin donné lieu à une " *guerre des communiqués* " (76). Jusqu'en 1986, le communiqué officiel du Conseil des ministres (qui doit être distingué du " *verbatim* ", et du " *relevé de décision* " - dont l'appellation à elle seule montre bien que des

---

74 Ch. EISENMANN estime, comme M. TROPER (*La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, préc., que le Président de la République participe à la fonction législative en disposant d'un droit de veto sur la loi. Mais dès lors qu'il a renoncé à en faire usage, la norme loi existe virtuellement, le chef de l'Etat ne peut plus intervenir dans sa formation, il est tenu de la promulguer (*Cours de droit administratif*, préc., p. 699).

75 Souligné par nous.

76 G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 89.

décisions sont prises en Conseil des ministres (77) - était publié par les services de l'Elysée. Le général de Gaulle avait en effet tenu à préciser " C'est (...) auprès de moi que le Ministre de l'information vient prendre ses directives pour ce qu'il va faire connaître au public de la réunion qui s'achève " (78), ce qui pouvait lui permettre de décider lui-même ce qui avait été décidé non pas " par ", mais " en " Conseil des ministres (sous-entendu par le Président et non par le Gouvernement (79)). Durant la cohabitation (80), ce seront les services de Maignon qui assureront la diffusion de ce communiqué, éventuellement assorti de commentaires des services du Premier ministre ou du Premier ministre lui-même (81). Lors de l'innovation de cette pratique, le jour du premier Conseil des ministres de la cohabitation, l'Elysée fit savoir qu'il ne donnerait pas de compte rendu de ce conseil, " Le Président préside et le Gouvernement gouverne " a-t-on précisé pour justifier cette nouvelle manière de procéder " (82). Parallèlement, un autre communiqué est, le cas échéant, rédigé par la cellule d'information de l'Elysée, qui n'a théoriquement pas pour objet de contester le contenu du premier, mais de faire connaître le point de vue de l'Elysée. Mais la guérilla ne s'arrête pas là, puisque le Premier ministre a dans certains cas publié un communiqué répondant point par point aux arguments du chef de l'Etat (83). M. Gérard Conac souligne combien cette pratique rompt avec la tradition qui veut " que les discussions restent secrètes et que les divergences qui auraient pu se manifester ne soient pas révélées par des indiscretions ou des déclarations publiques individuelles " (84). Le contenu de ces comptes-rendus est lui-même révélateur. La formule introductive a peu évolué : " Le Président de la République a réuni le Conseil des ministres " - formule assez proche de celle qui était adoptée par le Général de Gaulle (85), ou " Le Conseil des ministres s'est réuni ...sous la Présidence" du Président de la République - formule consacrée sous la IV<sup>e</sup> République (86). Mais surtout, lorsqu'il s'agit de décrets, le communiqué précise " le Conseil des ministres a adopté un décret " (87), ce qui est toujours le cas pour les décrets de nomination, le communiqué contenant la formule : " Le

77 Le " relevé de décisions ", qui remplace le procès-verbal officiel, est préparé par le secrétaire général du gouvernement, signé par le Président de la République et le Premier ministre, il se distingue du communiqué, qui est diffusé à la presse, tout de suite après le Conseil. (cf. J. MASSOT, La présidence de la République en France, D.F., 1977, p. 176) Quant " verbatim ", c'est à dire les notes prises par le secrétaire général de l'Elysée, et celui de Maignon, elles sont déposées par leur auteur, lorsqu'il quitte ses fonctions, aux Archives de France, où elles resteront secrètes pendant 50 ans, sauf si le Président de la République ou le Premier ministre en exercice en demandait la communication (cf. G. CONAC, op. préc., p. 88).

78 Mémoires d'Espoir, Tome I.(cité par C. GOUAUD, art. préc., p. 465).

79 Dans une note du 18 nov. 1963, le général écrit qu'il faut " rappeler aux ministres et au secrétaire général du Gouvernement qu'on ne doit pas dire : " ceci.. a été décidé par le Conseil des ministres", mais " ceci a été décidé en Conseil des ministres ", voulant ainsi montrer que la seule décision qui pouvait être prise en Conseil des ministres résultait de sa signature apposée sur certains actes, soulignent P. AVRIL et J. GICQUEL (CCF Pouvoirs n° 40, 1987, p. 169). Mais qu'en est-il pour les autres délibérations ?

80 Après la cohabitation, on reviendra aux pratiques d'antan, le service de presse de l'Elysée étant à nouveau chargé de cette publication, cf. CCF Pouvoirs n° 47, 1988, p. 193-194.

81 Cf. G. CONAC, Le droit constitutionnel de la cohabitation, préc., p. 88-89.

82 Le Figaro 24 mars 1986.

83 Par exemple lorsque le Président de la République a fait connaître son désaccord sur la politique gouvernementale en Nouvelle Calédonie. Cf. G. CONAC, op. préc., p. 89.

84 Op. préc., p. 89.

85 Le général tenait à ce qu'il soit écrit " le Général de Gaulle, Président de la République, a réuni le Conseil des ministres..." Par exemple pour le compte-rendu du Conseil du 13 mars 1987, ou du 9 septembre 1987.

86 Par ex. Le Monde 6 nov. 1987.cf. C. GOUAUD, art. préc., p. 445.

87 Cf par exemple le compte-rendu du 9 septembre 1987.

Conseil des ministres a adopté les mesures..." (88), alors que lorsqu'il s'agit de délibérations sur des projets de loi, le communiqué stipule seulement que tel ministre " a présenté au Conseil des ministres " un projet de loi...(89). Ces communiqués distinguent donc entre les actes délibérés, et les actes adoptés en Conseil des ministres.

L'exécution de la plupart des questions évoquées en Conseil des ministres échappe totalement au Président de la République. Il en est ainsi, par exemple, des communications des ministres sur la politique du Gouvernement dans tel ou tel domaine, sauf lorsque les décrets qui seront nécessaires à son application devront être pris en Conseil des ministres (mais nous avons pu constater que le Gouvernement peut aisément éviter cette procédure dans bien des cas). L'exécution de la décision du Conseil des ministres résultant de sa délibération sur un projet de loi ou sur l'engagement de la responsabilité du Gouvernement dépend uniquement de la volonté du Premier ministre (à l'exception, selon nous, de l'engagement de sa responsabilité au titre de l'article 49.1 (90). L'intervention matérielle du Président de la République n'est requise que pour ses décrets et ordonnances délibérés en Conseil des ministres.

### **c ) La création d'un droit de veto présidentiel au niveau de l'authentification des décisions du Gouvernement.**

Reprenons la comparaison avec les actes des collectivités locales, comme le fait Charles Eisenmann lui-même (91). : " Ou bien l'autorité centralisée est appelée à contrôler la légalité, la réalité juridique de l'acte voulu par l'autorité décentralisée (...) dans ce cas, elle ne peut empêcher la décision que pour raison d'illégalité; si la décision est légale, elle ne peut l'empêcher, même si elle la juge mauvaise, et regrettable sous quelque rapport : elle n'est donc pas maîtresse du sort de la décision (...). Ou bien elle est appelée à consentir ou à refuser de consentir à la décision ", elle peut en empêcher l'édiction pour n'importe quel motif (sous la seule réserve du détournement de pouvoir), elle exerce donc un contrôle d'opportunité. C'est donc cette autorité qui sera maîtresse du sort de cette décision, c'est en fonction de sa volonté qu'elle deviendra ou non une norme (92). A notre point de vue, la compétence liée du Président résulte de trois éléments. Tout d'abord de l'ensemble des dispositions de la Constitution (il s'agit d'un régime parlementaire, dans lequel c'est le Gouvernement - et non le Président de la République - qui définit la politique de la Nation (art. 20), or le seul fait de reconnaître au Président de la République un contrôle d'opportunité sur les décisions gouvernementales peut lui permettre de bloquer toute l'action du Gouvernement, ce qui n'était certainement pas désiré par les rédacteurs de la Constitution); ensuite de l'arrêt du Conseil d'Etat précité qui précise que les délibérations en Conseil des ministres expriment la volonté du Gouvernement. Donc par à contrario,

88 Cf. Par ex. Le communiqué du 9.9. 1987, ou celui du 4 nov. 1987 (Le Monde 6 nov.).

89 Cf; Notamment, Le Monde 31.10.1986; 13. 3. 1987, 6 nov. 1987, etc..

90 Puisque le Premier ministre est tenu d'engager la responsabilité du Gouvernement sur son programme, son pouvoir discrétionnaire se situant seulement au niveau du contenu de ce programme. Cf. Supra n° 54.

91 Ch. EISENMANN, Cours de droit administratif, préc., T.II, p. 699.

92 Ch. EISENMANN, Cours de droit administratif, préc., T.II, p. 700

cette volonté peut être mais peut aussi ne pas être celle du Président de la République, cela dépend de la conjoncture politique, mais, juridiquement, elle en est distincte. Enfin, cela résulte de l'analyse exégétique des dispositions de la Constitution, dont le sens a été complètement occulté par le paradigme gaullois. On admettra avec Guillaume. Bacot qu' " en termes juridiques, délibérer signifie prendre une décision collective; c'est donc à ce Conseil (des ministres) qu'est attribuée l'autorité en la matière. Si le Président de la République est appelé à signer les ordonnances, c'est parce qu'il préside celui-ci et qu'à ce titre il doit signer tous les actes qui en émanent : non seulement les ordonnances mais aussi les décrets (...). Mais s'il peut sans doute participer aussi aux délibérations, on ne voit pas très bien comment la signature qu'il appose sur la décision finale, pourrait valoir autre chose qu'une simple authentification " (93).

Nous avons pu constater que la Constitution distingue nettement entre les délibérations en Conseil des ministres, et les actes pris, adoptés, décrétés, en Conseil des ministres.

Bien que cette argumentation n'ait été, à notre connaissance, avancée par aucun auteur, nous soutenons que, dans la mesure où il s'agit d'une compétence présidentielle soumise au contreseing, la *combinaison* de deux éléments, à savoir d'une part l'utilisation de l'indicatif (qui valait impératif dans l'esprit des constituants, comme on le démontrera) et d'autre part l'emploi du mot " en ", dans les expressions " l'état de siège est décrété *en* Conseil des ministres " (art. 36), " sont nommés *en* Conseil des ministres " (art. 13), " les ordonnances sont prises *en* Conseil des ministres " (il en sera de même pour les lois ou règlements dont les décrets doivent être pris en Conseil des ministres), impose au Président de la République de signer ces textes.

*Aucun délai* n'est imparti au Président pour signer les décrets et ordonnances, donc il n'a pas l'obligation de le faire, soutient Maurice Duverger<sup>(94)</sup>. On prétend au contraire que non seulement notre droit méconnaît totalement un principe général selon lequel l'absence de délai pour se soumettre à une obligation vaudrait absence d'obligation (on doit au contraire considérer que l'autorité concernée doit agir dans un délai raisonnable, et le juge administratif ne manque pas de sanctionner, par la mise en jeu de leur responsabilité pour faute, les autorités administratives qui ont manifestement manqué à cette obligation); mais surtout on opinera que c'est un faux débat, la clef de la question se trouvant dans le texte lui-même. En effet, puisque ces actes doivent être pris " en " Conseil des ministres, cela signifie tout simplement qu'aucun délai n'est imparti au Président puisqu'il doit s'exécuter *durant* le Conseil des ministres lui-même, contrairement à ce qui se passe pour la promulgation des lois où un délai de quinze jours lui est imparti pour qu'il puisse éventuellement demander une seconde lecture au Parlement ou saisir le Conseil constitutionnel. Ici, il n'a pas à réfléchir, il n'a pas le choix de signer ou non, il n'agit que comme un notaire chargé de vérifier que la procédure a été respectée, tout au plus que l'acte n'est pas manifestement inconstitutionnel. Il est donc logique qu'aucun délai ne lui soit imparti pour apposer son sceau sur les actes du *Gouvernement* (ce qui résulte à la fois de l'arrêt précité du Conseil d'Etat et du fait que, comme nous avons pu le constater, les actes soumis à contreseing sont principalement " la chose " du Premier

93 G. BACOT La signature des ordonnances, R.A. n° 233, 1986, p. 454.

94 Sur le sens et les conséquences de cette absence de délai, cf. aussi *infra*, n° 84.

ministre (95)). S'il lui était loisible de faire connaître son opinion durant la délibération de l'acte, à présent il ne peut plus intervenir sur le fond de l'acte en exerçant un contrôle d'opportunité. Peut-être l'habitude a-t-elle été prise par le Président de ne signer ces actes qu'après le Conseil. Bien plus, l'entourage présidentiel, dans un communiqué diffusé après le Conseil du 24 juillet (1986), s'est plu à souligner qu'un délai de 24 à 48 heures s'écoulait généralement entre les délibérations du Conseil et la signature présidentielle (96).. Sans doute le général de Gaulle a-t-il à maintes reprises affirmé sa compétence discrétionnaire : " Le Président décrète ou ne décrète pas..." (97). M. François Goguel rapporte qu'il estimait que sa compétence n' était jamais liée (98). Mais doit-on pour cela nier la réalité des textes ? " En vérité, un problème plus large est posé : il est de fait que le premier Président de la Ve République ne s'est jamais considéré comme lié par la Constitution et les règles qu'elle prescrivait dans son libellé de 1958 " (99). On observera que si le Président de la République a estimé qu'il avait un droit de veto sur la signature des ordonnances, ou sur les nominations, il ne s'est jamais refusé publiquement à signer un décret (alors qu'il avait refusé d'en signer un en 1982 (100)).

Il semble que l'on puisse en déduire qu'il ne s'est pas reconnu de droit de veto sur la signature des décrets. Cela peut paraître un peu surprenant dans la mesure où certains auteurs estimaient que le Président de la Ve République est libre de signer ou non les décrets qui lui sont soumis, ou pour le moins certains d'entre eux, et que cette question était moins controversée que celle de la signature des ordonnances (101). Pour notre part, nous considérons que problème est pratiquement le même que celui de la signature des ordonnances (bien que cette dernière soit encore plus impérative), c'est à dire que le Président de la République a une compétence liée dans tous les cas, il doit se contenter d'authentifier la délibération du Gouvernement, sa seule participation à l'exécutif en Conseil des ministres consistant en son intervention durant la délibération (102). Il ressort clairement des travaux préparatoires et des déclarations des rédacteurs de la Constitution que dans le texte de la Constitution la compétence du Président de la République est en

95 Cf. supra n° 67'.

96 Le Monde 28 juillet 1986.

97 Conférence de presse du 31. 1. 1964, préc.

98 Interview personnelle à Paris, le 18 novembre 1988.

René CAPITANT estimait que " sous l'empire de la nouvelle Constitution, le Président a le droit de refuser sa signature au Premier ministre, alors qu'il en était privé dans les deux régimes antérieurs " La distinction du Chef de l'Etat et du chef du Gouvernement dans la Constitution Française de 1958, Encyclopédie Française, l'Etat, p. 158, cité par M.P. ROY, art. préc., p. 726; Jean-Luc PARODI relève également que " le général de Gaulle considérait que tout article qui prévoyait sa signature lui donnait par là même le droit de la refuser " Lectures de la Constitution, Projet, sept. oct. 1977, p. 957.

99 Georges BERLIA, note bibliographique sur J.L. PARODI Les rapports entre le législatif et l'exécutif sous la Ve République, RDP 1973, p. 902.

100 Il s'agissait d'un décret qui avait été approuvé par le Conseil des ministres, et qui était relatif aux relations culturelles et à la coopération (cf.CCF Pouvoirs n° 23, p. 193).

101 Ainsi, M. DUVERGER estime-t-il que le Président de la République peut opposer son veto à certains décrets réglementaires, en opérant une distinction qui ne nous paraît pas du tout fondée juridiquement (cf. Bréviaire de la cohabitation, préc., p. 93 et s.), cf. supra, T. I., C. II, S I, II, B, 1, b. En 1978, M. DUVERGER estimait que " le président ne possède qu'un véritable pouvoir de blocage : le refus de signer les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres ".

102 En ce sens, cf. Roland DRAGO, Le Figaro, 16 juillet 1986; G. BACOT La signature des ordonnances, R.A. n° 233, sept.oct. 1986, p. 454; Jacques LARCHE, Le Monde 29 mars 1986; J. CADART, Institutions politiques et droit constitutionnel, 2e ed, T.II, p. 958.



principe liée lorsque ses actes doivent porter le contreseing du Premier ministre. C'est bien un régime parlementaire qu'ont voulu et prétendu instaurer les rédacteurs de notre Loi Fondamentale, or, en régime parlementaire, et particulièrement sous la IIIe et IVe République, le Chef de l'Etat n'est " qu'un porte-plume privé de tout pouvoir d'appréciation : il donnait sa signature à un acte préparé par une autre autorité, cette signature apparaissant ainsi comme l'expression, en fait, d'une sorte de compétence liée " (103). lorsqu'ils ont voulu que cette compétence soit discrétionnaire, ils l'ont dispensée du contreseing. Tout comme Guy Mollet, Paul Reynaud, ancien Président du Conseil, dont on sait le rôle important qu'il joua durant la rédaction de la Constitution, contesta avec vigueur l'orientation présidentialiste donnée aux institutions, et alla jusqu'à écrire à propos des pouvoirs conférés au Président par la Constitution que " Ces formules pompeuses sont des *clauses honoris causa* que les royalistes, auteurs de la Constitution de 1875, y ont introduites. On retrouve ces mêmes clauses dans la Constitution de la IVe et dans celle de la Ve République. Elles sont devenues *de style*. Ce sont les hochets du Président de la République " (104). La lecture présidentialiste de la Constitution avait ébloui ou aveuglé la plupart des commentateurs au point qu'après quelques années de lutte contre ces violations de la lettre de la Constitution, ils rendirent les armes. Contrairement à ce que l'on aurait pu imaginer, la cohabitation n'a donc pas permis le retour à une lecture parlementariste moniste de la Constitution.

Lorsqu'il a accepté de signer les décrets qui lui étaient soumis, c'est sans doute la sagesse, bien plus que le juridisme, qui a conduit le Président à respecter ainsi les compétences gouvernementales, car M. Chirac aurait très facilement pu provoquer à ce propos une crise politique en montrant que le Président de la République empêchait le Gouvernement d'exécuter sa politique, et dénoncer le Président devant le Peuple comme un fauteur de troubles alors qu'une telle dénonciation a eût été privée d'effets en ce qui concerne les ordonnances, puisque M. Mitterrand avait pris soin de souligner qu'il ne paralysait pas l'action du Gouvernement dès lors qu'il pouvait choisir la procédure législative). L'incohérence juridique de la pratique présidentielle s'explique donc très facilement non par le respect de la Constitution, mais par le pragmatisme des parties en présence (y compris le Gouvernement qui n'a pas sanctionné les vetos présidentiels par sa propre démission, parce qu'il lui était très difficile, en pratique, de le faire).

Sans doute nos affirmations paraîtront-elles péremptoires aux constitutionnalistes réalistes. On ne contestera nullement qu'elles n'aient aucune valeur juridique en ce qu'elles ne sont pas inscrites dans la hiérarchie des normes juridiques, puisqu'aucune autorité juridiquement habilitée à interpréter valablement la Constitution ne les a adoptées, et puisque la pratique va dans un sens contraire. Mais nous pourrions considérer que la démarche réaliste, consistant à nier l'écart entre la règle et la pratique, nous paraît également discutable, en particulier en ce qu'elle conduit à nier que le texte de la Constitution a un sens.<sup>(105)</sup> Nous constaterons qu'à notre point de vue, il s'agit là d'une vision du droit qui n'est pas la seule concevable, et que l'on peut tout aussi bien admettre

103 M.P. ROY, L'application de l'article 89 de la Constitution de 1958, RDP 1980, p. 726.

90 (souligné par nous) Paul Reynaud Et après, Plon, 1964, p.62-63, cité par J.L. PARODI Lectures de la Constitution, Projet, sept-oct. 1977, p. 957.

105 Pour une critique de la conception réaliste du droit constitutionnel, Cf. infra, n°167 à 170

une conception formaliste des règles constitutionnelles, à condition de ne pas réduire à cela la science du droit constitutionnel, mais en l'étendant justement à l'étude des rapports entre normes et pratiques.<sup>(106)</sup> Observons seulement pour l'instant qu' en se comportant comme si sa signature n'était pas liée par la délibération du Conseil des ministres, le Président de la République a considéré qu'il avait en ce domaine un pouvoir discrétionnaire, alors qu'en réalité sa compétence est liée (107). Il est donc, malgré ses déclarations contraires, intervenu dans l'élaboration de la politique gouvernementale, puisqu'il a considéré que les décisions du Conseil de ministres n'étaient pas des normes qui s'imposaient à lui, mais qu'elles ne pouvaient devenir des normes que s'il leur accordait son consentement, son accord, ce qui implique qu'il a effectivement participé à l'élaboration de ces normes, qu'il ne s'est pas contenté de les authentifier (108). Il s'est comporté comme un co-auteur de ces actes, et non comme un notaire. En pratique, et donc en droit dans une logique positiviste-réaliste, en considérant que sa compétence était discrétionnaire, il a estimé qu'elle n'avait pas de rapport direct et nécessaire avec la délibération du Conseil des ministres qu'il préside. C'est pourquoi nous étudierons les principaux droits de veto qu'il s'est ainsi arrogés dans des développements distincts.

### 3 ) L'invention d'un veto présidentiel sur les ordonnances.

La question de la signature des ordonnances a été l'épreuve de force de cette expérience de cohabitation. Elle a donné lieu au plus grand débat juridique de cette période, débat dont on peut remarquer qu'il n'avait pas eu lieu en 1978 (109), et dont peut regretter avec M. Olivier Duhamel qu'il ait été très marqué par les positions politiques des intervenants : " Les juristes sont priés de donner leur avis. Certains soutiennent que le Président a compétence liée et ne saurait refuser de signer les ordonnances - soit parce qu'ils sont favorables à la droite, soit parce qu'ils restent fidèles à la tradition parlementaire. D'autres affirment que le Président dispose d'un pouvoir discrétionnaire et peut opposer son veto à une ordonnance qui ne lui convient pas - soit parce qu'ils sont favorables à la gauche, soit parce qu'ils sont de tempérament présidentialiste " (110). Là encore, on peut estimer qu'en considérant que sa compétence n'était pas liée, M. F. Mitterrand a exercé un contrôle d'opportunité sur l'action du Gouvernement ( a ), et bien

106 Sur tous ces points, cf. *infra*, L II.

107 En ce sens cf. notamment C. LECLERCQ *Droit constitutionnel et institutions politique*, Litec, 5e ed. 1987, p. 543.

108 On considèrera en effet avec Ch. EISENMANN que, dès lors qu'une autorité a une compétence discrétionnaire pour rendre ou non une norme opposable aux tiers, elle intervient dans l'exercice du pouvoir normatif (op. préc., p. 699 et s.), ici dans l'exercice du pouvoir gouvernemental.

109 J. R. SULZER relève que " par une seule ligne n'avait été consacrée en 1978 à un tel sujet ". Dans Le président doit signer les ordonnances, *Le Figaro* 22 avril 1986.

110 O. DUHAMEL, *Ordonnances, signer ou ne pas signer ?* *Le Monde* 12 avril 1986. M. TROPER (dans *La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse*, *Pouvoirs* n° 41, 1987, p. 83) relève également le caractère très politisé de cette controverse, et il conteste la superposition à ce clivage politique du clivage entre les parlementaristes et les présidentialistes. Pour notre part, nous considérons avec O. DUHAMEL qu'elle est pertinente, même si de nombreux juristes privilégient leur opinions politiques sur leurs conceptions juridiques.

que certains juristes estiment que la question a été tranchée, il convient à notre sens de revenir sur la constitutionnalité et surtout sur l'influence pour l'avenir d'une telle pratique ( b ).

**a ) Le veto présidentiel sur les ordonnances gouvernementales, expression d'un pouvoir de tutelle.**

83 Dès la veille des élections législatives, M. J. Chirac avait posé comme condition à l'acceptation du contrat de cohabitation l'assurance qu'il pourrait recourir aux ordonnances (111). Dans quels termes lui fut donnée cette garantie ? Rien ne nous permet de le savoir. Mais dès l'issue du second Conseil des ministres, le Président de la République tint à faire savoir qu'il ne signerait pas toutes les ordonnances. Il allait en effet refuser par trois fois d'authentifier les ordonnances gouvernementales, et accepter d'en signer huit. Les principaux objectifs ainsi visés par ces vetos du Président de la République étaient de montrer qu'il n'était pas réduit à l'inauguration des chrysanthèmes (ou du moins qu'il se réservait le pouvoir d'innover en " enterrant " des ordonnances); de freiner l'action du Gouvernement; de rappeler à son électorat qu'il ne l'oubliait pas - son refus de signer l'ordonnance sur l'aménagement ne fut-il pas interprété comme " un geste en faveur des syndicats " ? (112) -; dans certains cas, de diviser la droite (en particulier en contraignant le Gouvernement à revenir devant le Parlement pour délibérer du découpage électoral); enfin, et peut-être surtout, de " pousser le Premier ministre " à déclencher les hostilités ", dans ce duel étrange, où " c'est le premier qui tire qui meurt ". Ils furent inégalement atteints, M. F. Mitterrand échouant surtout dans le dernier, il réussit assez bien à retarder l'action du Gouvernement, bien que de façon variable selon les cas. Ces vetos sont en outre justifiés par d'autres motifs, notamment par le fait qu'il veut " punir " M. Chirac d'avoir rappelé qu'il n'entendait pas être impuissant en matière de défense et de politique étrangère, et parce qu'un sondage montrait que 62 % des Français estiment qu'en cas de conflit grave le président devrait refuser de signer certaines ordonnances (113). Nous verrons dans quelle mesure les vetos présidentiels ont freiné l'action gouvernementale, avant d'évoquer les motifs invoqués par le Président pour les justifier .

L'article 49.3 l'aidant à surmonter l'obstruction des partis de gauche et du Front national (114), le Gouvernement parviendra à faire adopter les deux lois d'habilitation

111 Cf. E. BALLADUR, *Passion et longueur de temps*, préc. , p. 62., et supra.

112 Titre de la page 1 du Monde du 19.12.1986.

113 Le Nouvel Observateur 18-24 avril 1986.

114 Les débats sur la loi d'habilitation portant diverses mesures d'ordre économique et social commenceront en avril 1986 à l'Assemblée Nationale (Cf. Le Monde du 23) et ils donneront lieu très tôt à une vive opposition du PS, du PC et du FN, qui déposeront de nombreux amendements (cf. Libération et Le Figaro du 22.4.1986), le PS s'opposant particulièrement à cette loi d'habilitation, qu'il trouve trop large, M. Mauroy n'hésitant pas à parler de "coup de force constitutionnel" (Le Figaro 23.4.1986) les affrontements seront importants (Le Monde 24/4/1986), et, du fait de la lenteur des discussions, " le Gouvernement veut rendre le PS responsable d'un éventuel recours à l'article 49.3 " (Le Monde 26.4.1986), M. Chirac y renonce provisoirement (Le Monde 27-28.4.1986), avant d'y recourir.

dont les projets ont été " adoptés " en Conseil des ministres le 9 avril 1986, et qui doivent lui permettre de prendre les ordonnances, l'une portant diverses mesures d'ordre économique et social, et l'autre prévoyant le retour au scrutin majoritaire et le redécoupage des circonscriptions. Le Conseil Constitutionnel se prononcera sur leur constitutionnalité respectivement le 25-26 juin 1986, et le 1-2 juillet 1986. S'il déclare la première conforme à la Constitution, il ne donne au Gouvernement qu'un " feu vert qui clignote à l'orange " à la seconde (115), puisqu'il apprécie cette conformité " sous réserve " que les ordonnances respectent certains critères qu'il précise. C'est le 14 juillet 1986 que M. F. Mitterrand annonce qu'il ne signera pas l'ordonnance portant certaines privatisations (116). Mais le jour même de cette déclaration, il s'empresse de préciser à M. J. Chirac qu'il lui donne son accord pour que le Parlement soit saisi au plus tôt (117). La bourse de Paris " accusera le coup " en enregistrant une baisse de 3,52 % (118). Voulant mettre un coup d'arrêt à un tel veto, le Premier ministre aggravera, dans le projet de loi, les dénationalisations prévues par l'ordonnance (119). Fait assez révélateur, ni le Président de la République, ni les Parlementaires socialistes ne saisiront le Conseil Constitutionnel de ce projet de loi, par crainte, sans doute, de lui voir prononcer un désaveu du veto présidentiel. Pour ce coup d'essai, le retard apporté à l'action du Gouvernement est minime, puisque dès le 7 août 1986, soit trois semaines après le veto présidentiel, la loi portant dénationalisation de 65 entreprises entre en vigueur (120). Les deux autres vetos présidentiel ralentiront bien davantage l'action du Gouvernement. Leur histoire pourrait s'appeler " chronique d'un veto annoncé ". Les réserves avec lesquelles le Conseil constitutionnel a apprécié la conformité de la loi d'habilitation sont telles que le Gouvernement devra remanier le texte relatif au découpage électoral (121). Voulant " montrer patte blanche ", il consulte une commission composée de six magistrats élus par leurs pairs, qui commencera ses travaux le 21 juillet 1986, et rendra son avis, qui ne lie pas le Gouvernement, le 9 août (122). Le texte sera à nouveau modifié. Le suspens commence à régner autour de la question de la signature présidentielle (123). Mais, coup de théâtre, alors que l'Assemblée générale du Conseil d'Etat devait commencer à siéger le 11 septembre pour rendre son avis, le président de la section intérieure du Conseil d'Etat fait savoir au Gouvernement qu'il serait préférable que le texte soit à nouveau modifié auparavant (124). Bien que le Gouvernement s'affiche serein, la coloration politique nettement marquée des rapporteurs du projet inquiète M. Toubon qui redoute le manque d'indépendance du Conseil d'Etat (125). Les membres de la haute assemblée ne présentent

115 Selon l'expression d'O. DUHAMEL, cité par C. PEGARD, *Le Point* n° 720, 7 juil. 1986, p. 23; cf. *Le Monde* 28 juil. 1986.

116 Cf. *Le Figaro* 15 juil. 1986, *Le Monde* 16 juil. 1986).

117 Par une conversation téléphonique, *Le Monde* 16.7.1986.

118 *Le Monde* 16.7.1986.

119 Cf. *Le nouvel observateur* 26 sept. - 2 oct. 1986, J. M. COLOMBANI et J. Y. LHOMEAU.

120 *Le Monde* 8 août 1986.

121 Cf. *L'Express* 4-10 juil. 1986.

122 Cf. *Le Figaro* 12.8.1986, *Le Monde* 13.8.1986.

123 Cf. *Libération* 26.8.1986; *L'Express* 22-28.8.1986; *Le Monde* 3.9.1986 (M. DUVERGER estime qu'il est difficile pour le Président de refuser de signer, mais qu'il pourrait exiger une réunion d'experts et que le Gouvernement modifie le texte de façon à ce qu'il soit conforme à son avis et à celui du Conseil d'Etat).

124 Cf. *Le Monde* 13 sept. 1986.

125 *Le Monde* 6.9.1986. Sur les cinq rapporteurs du projet à la section intérieure du Conseil d'Etat, Jean KAHN, président de la section, est proche du parti communiste, M. F. BECHTEL a été membre du cabinet de J. P.

guère de telles critiques, et l'Assemblée générale du Conseil d'Etat rend un avis favorable au projet de loi, sauf sur le découpage de 17 départements (126). Nouveau suspens : le couperet du veto tombera-t-il ou non ? (127) Il est tombé, le 2 octobre 1986, le texte étant tout de même adopté à la fin du mois, provoquant une nouvelle levée de protestations (128). Le rétablissement du scrutin majoritaire uninominal à un tour, deuxième des vingt mesures prioritaires de la plate-forme RPR-UDF, dont l'adoption avait pour objet immédiat de transformer l'épée de Damoclès qu'est le droit de dissolution en sabre de carton, n'aura donc été adopté qu'après sept mois de Gouvernement. Mais c'est incontestablement pour son projet sur l'aménagement du temps de travail (prévoyant en particulier la suppression de l'autorisation administrative de licenciement) que le Gouvernement devra se montrer le plus patient. Le 17 décembre 1986, M. F. Mitterrand annonce qu'il ne signera pas l'ordonnance sur l'aménagement du temps de travail. Une nouvelle fois, de vives protestations sont émises à l'Hôtel Matignon (129) mais aussi au Parlement, dont certains représentants rendent publique le 19 décembre une déclaration soulignant que le veto présidentiel paralyse non seulement l'action du Gouvernement, mais aussi celle des parlementaires : " Les présidents des groupes de la majorité de l'Assemblée nationale et du Sénat enregistrent avec surprise la décision du Président de la République de ne pas signer l'ordonnance relative à l'aménagement du temps de travail. Ce texte, dont les principes ont été discutés et acceptés par le Parlement lors du débat de la loi d'habilitation économique et sociale, constitue un élément essentiel du dispositif de redressement du pays " (...) " En conséquence, ils demandent au Gouvernement de soumettre immédiatement, sous forme d'un amendement au projet de loi portant diverses mesures d'ordre social, avant la clôture de la session ordinaire, les dispositions contenues dans le projet d'ordonnance " (130). Dans la nuit du 19 au 20 décembre, c'est à dire juste avant la clôture de la session ordinaire du Parlement, la majorité adopte le projet de loi portant diverses mesures d'ordre économique et social dans lequel a été intégré le texte de l'ordonnance qui avait fait l'objet du veto présidentiel (131). Mais le Conseil constitutionnel annulera " l'amendement Seguin " en considérant qu' " à raison tant de leur ampleur que de leur importance les dispositions qui sont à l'origine de l'article 39 excèdent les limites inhérentes au droit d'amendement..." (132). La majorité réagira très vivement à cette décision, qualifiée par M. J. Chaban-Delmas d' "atteinte véritable à la souveraineté nationale " (133), alors pourtant que la sanction de ce vice de procédure avait pour objet

---

CHEVENEMENT, J. Galabru a été nommé, en 1982, ambassadeur de France en Angola par F. Mitterrand, et J.P. FAUGERE est barriste. Sel J.P. LECLERCQ échappe à la classification politique selon D. JEAMBAR (Le Point n°732, 29 sept. 1986). Selon ce journaliste, le Conseil d'Etat impose des règles d'appréciation beaucoup plus strictes et contraignantes que celles édictées par le Conseil constitutionnel lui-même, en ajoutant au critère démographique la nécessité de conserver le plus souvent possible le découpage antérieur et de préserver l'unité des villes moyennes. Dans le même sens, cf. L'Express 26 sept. 2 oct. 1986, p. 28.:" C'était lamentable, se plaint un maître des requêtes. Jamais l'esprit partisan, à gauche comme à droite, n'a tant dominé les discussions ".

126 Alors que la section de l'intérieur avait montré son hostilité au découpage dans 12 circonscriptions, cette liste sera allongée par l'Assemblée Générale (Cf. L'Express 26 sept-2oct. 1986.)

127 Cf. L'Express 26 sept-2 oct. 1986.

128 Cf. Le Monde, Libération et Le Figaro du 3 octobre 1986, et Le Point du 27 oct. 1986.

129 Cf. Le Monde du 19.12.1986; et 20.12.1986.

130 Cf. Le Monde 20.12.1986.

131 La loi a été adoptée à 9h30 le 20, et la session du Parlement sera close le 20 à minuit. Le Monde 21-22, et 23 décembre 1986.

132 L'article 39 est celui de la loi, portant l'amendement jugé excessif, CC 23.1.1987.

133 Cf. Le Monde 25-26.1.1987.

premier de préserver les droits du Parlement. Mais l'indignation des parlementaires vient surtout du fait qu'un retard considérable est ainsi apporté à leurs travaux, qui ne reprendront qu'à la session suivante (M. Chirac avait renoncé, peu avant le refus présidentiel, à demander la convocation du Parlement en session extraordinaire, on ignore si, à la suite de ce veto, il a demandé au Président de convoquer le Parlement, et s'il avait renoncé à présenter cette demande parce que le Président lui aurait annoncé qu'il la refuserait). La discussion de ce texte sera assez expéditive au Sénat où trois heures auront suffi aux sénateurs pour décider qu'il n'y a pas lieu de délibérer une nouvelle fois de ce projet, la question préalable permettant de clore la discussion étant approuvée par 229 voix contre 84 (134). A l'Assemblée au contraire, la discussion du texte de l'ordonnance non modifiée se déroulera normalement jusqu'à ce que le Gouvernement engage sa responsabilité pour que le texte soit adopté, le 20 mai 1987 (135). Cette fois, c'est donc un délai de cinq mois qui sépare le veto présidentiel de l'adoption de la loi, plus de dix mois séparant la loi l'habilitation (adoptée le 2 juillet 1986) du vote de ce texte.

Ces vetos sont incontestablement l'expression d'un contrôle d'opportunité du Président sur la politique gouvernementale, les arguments invoqués par le Président relevant de son appréciation de ce qu'il convenait de faire ou non à un moment donné, et non de l'inconstitutionnalité des mesures envisagées. Pour justifier un tel droit de veto, M. F. Mitterrand doit " danser sur un fil ". S'il prétend contrôler la constitutionnalité des ordonnances, il risque de voir le Conseil constitutionnel lui donner un camouflet en rendant une décision en sens contraire s'il est ultérieurement saisi du projet de loi reprenant l'ordonnance (aussi se garde-t-il bien de le saisir). Mais s'il se montre trop franchement partisan, il perd son " habit " d'arbitre, et risque de se retrouver plus nu que jamais. Dès 1985 (136), il déclare que " la dénationalisation de ce qui a été décidé en 1981 et 1982, cela risque d'être une dilapidation du patrimoine national et, naturellement, je ne puis l'accepter " (137). Mais, s'il estime que " le seul fait de nationaliser représente un risque pour le patrimoine national " (138), il modère progressivement son opposition pour sembler moins partisan, en ne déclarant plus son hostilité qu'à l'endroit de la privatisation des entreprises nationalisées avant 1981 (devant le Conseil des ministres du 9 avril 1986 (139)), imposant ainsi ses conditions au Gouvernement, conditions plus précises que celles qu'il avait émises lors du Conseil des ministres précédant en déclarant qu'il ne signerait des ordonnances qu'en " nombre limité " et, en matière sociale, seulement " les ordonnances qui présenteraient un progrès par rapport aux acquis sociaux " (140). Le Président a ainsi défini lui-même le champ, fort large, de son pouvoir discrétionnaire. Qui d'autre que lui en effet, appréciera si les ordonnances représentent un " progrès par rapport aux acquis sociaux ", critère qui n'a rien de juridique et relève de l'appréciation

134 Cf. *Le Monde* 23 avril 1987.

135 *Le Monde* du 22.7.1987.

136 Conférence de presse du 22 nov. 1985.

137 Cf. *Libération*, le 16.7.1986.

138 Interview à *Europe 1*, le 9 déc. 1985, cf. *Libération*, le 16.7.1986.

139 *Le Monde* 10 avril 1986. Le Président indique s'il ne signerait pas d'ordonnances qui toucheraient les sociétés nationalisées avant 1981, qui transgresseraient les règles d'évaluation financières admises lors de leur nationalisation ou qui entraîneraient des mesures contradictoires à la démocratisation du secteur public.

140 *Le Monde* 27 mars 1986.

souveraine de M. F. Mitterrand ? Si le Président de la République avait eu des doutes sérieux sur le risque de mise en cause de l'indépendance nationale par les privatisations, n'aurait-il pas saisi le Conseil constitutionnel qui reprenait l'ordonnance (en la " durcissant ") après son refus ? Il a, au contraire, ainsi que les parlementaires socialistes, bien pris soin de ne pas saisir le Conseil constitutionnel sur ce point. S'il avait réellement considéré, en toute neutralité, que la tradition républicaine impose que ce soit l'Assemblée nationale qui procède au découpage électoral - ce qu'est, comme le remarque M. François Goguel, tout à fait inexact - , pourquoi n'aurait-il pas fait part publiquement au Gouvernement de cette objection dès le projet de loi d'habilitation (alors qu'il n'évoqua cet argument qu'au moment de signer) ? Bien plus, dans la mesure où le Conseil constitutionnel n'avait pas sanctionné le recours aux ordonnances pour le découpage des circonscriptions, le Président de la République a méconnu sa décision en estimant qu'il ne pouvait relever que de la compétence du Parlement, et par là même violé la Constitution. La doctrine a d'ailleurs pu souligner qu'un tel refus est " purement politique " (141). Si, enfin, il avait exercé un contrôle de la constitutionnalité de l'ordonnance sur l'aménagement du temps de travail, n'aurait-il pas trouvé un argument plus juridique que sa qualité de " garant de la cohésion nationale ", qui ne figure nulle part ni dans la Constitution, ni ailleurs que dans son discours ? (142). En réalité, le motif invoqué dès le 26 mars, à savoir qu'en matière sociale il ne signerait que des ordonnances qui représenteraient un progrès par rapport aux " acquis ", est un critère " parfaitement subjectif et donc purement politique et d'opportunité " (143). On peut d'ailleurs s'interroger sur le contrôle de la constitutionnalité que pourrait exercer le Président de la République. En effet, dans la logique de l'article 38, c'est au Parlement - par la loi de ratification - et éventuellement au Conseil Constitutionnel - par le contrôle de cette loi - (il peut éventuellement être saisi par le Président de la République) et non pas au Président de la République lui-même qu'il appartient de vérifier la Constitutionnalité des lois d'habilitation, et c'est au Conseil d'Etat qu'il appartient de contrôler les ordonnances elles-mêmes (144). Certains auteurs ont souligné que le recours aux ordonnances, qui a l'avantage, normalement, de permettre au Gouvernement d'exécuter rapidement le programme de la majorité, permet également d'échapper au contrôle du Conseil constitutionnel. Cette appréciation mérite selon nous d'être nuancée, puisque le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de plus en plus étroit sur les lois d'habilitation, et puisque " les interprétations et les réserves qui accompagnent la déclaration de conformité à la Constitution d'une loi d'habilitation peuvent servir de guide au Conseil d'Etat; d'abord dans sa fonction consultative, car c'est lui qui doit faire savoir au Conseil des ministres, *et donc au Président de la République*, si un projet d'ordonnance respecte bien la décision du Conseil constitutionnel, ensuite dans sa fonction contentieuse car l'ordonnance une fois publiée pourra faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir pour violation, soit des principes et règles constitutionnels, soit de la loi d'habilitation telle que le Conseil constitutionnel l'a interprétée " (145). Ce n'est donc,

141 Cf. Notamment H. PORTELLI, *Les conquêtes tranquilles du Premier ministre*, préc., p. 53.

142 A notre connaissance, aucune décision du Conseil constitutionnel, ni aucun ouvrage de doctrine ne voyait en le Président de la République un " garant de la cohésion nationale " avant que M. Mitterrand ne développe cette " vision ".

143 H. PORTELLI, *Les conquêtes tranquilles du Premier ministre*, préc., p. 53.

144 Cf. G. BACOT *La signature des ordonnances*, R.A. n° 233, 1986, p. 454.

145 F. LUCHAIRE, *Le Droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 205 (souligné par nous).

à notre point de vue, que si une ordonnance méconnaissait gravement la Constitution que le Président de la République pourrait éventuellement prétendre être juridiquement fondé à refuser de signer une ordonnance. Nous constaterons qu'en réalité, dans chacun de ces cas, le Président de la République a donné l'impression d'exercer un contrôle de la constitutionnalité des ordonnances, alors que le motif avancé pour chacun de ces refus était marqué par une méconnaissance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui avait admis le recours aux ordonnances dans ces domaines<sup>(146)</sup>

Le Gouvernement et la majorité parlementaire, qui ont, à quelques exceptions près, vivement réagi à la création de ce droit de veto, n'ont cependant pas choisi non plus pour se défendre le terrain de l'argumentation juridique, car les constitutionnalistes du droit constitutionnel étaient en effet tellement divisés sur cette question qu'il semblait impossible de dégager une interprétation incontestable du texte.

#### **b ) Constitutionnalité et conséquences juridiques du veto présidentiel.**

**84** Cela a-t-il, aujourd'hui, quelque intérêt de s'interroger sur le fait de savoir si oui ou non le Président de la République a violé la Constitution en refusant de signer les ordonnances ? On admettra avec M. Michel Troper que la question est d'abord intéressante au niveau de l'étude de la méthode du droit constitutionnel et des présupposés sur lesquels elle repose (147). Nous considérons en outre qu'il est important de reposer cette question pour savoir, en particulier en cas de nouvelle cohabitation, si une autre interprétation que s'elle qui s'est imposée est concevable, et quelle sera l'influence de la solution qui a été adoptée par M. F. Mitterrand. On peut considérer que le refus présidentiel de signer les ordonnances était inconstitutionnel parce que le Président de la République a, en ce domaine, une compétence liée. C'est ce que nous tenterons de démontrer dans un premier temps en analysant les principaux arguments avancés dans ce débat. On peut aussi, de manière alternative ou cumulative, considérer que l'inconstitutionnalité de ces refus tient aux motifs qui ont été invoqués par M. Mitterrand pour les justifier, et c'est ce que nous verrons dans un second temps avec le professeur Favoreu. Nous pourrions ensuite nous demander pourquoi le Gouvernement n'a pas contesté plus vivement l'interprétation du Président, et quelles sont les conséquences de cette pratique pour l'avenir.

Nous considérons que les refus présidentiels de signer les ordonnances étaient inconstitutionnels car le Président de la République a ici une compétence liée.

<sup>146</sup> Cf. L. FAVOREU, Ordonnances ou règlements d'administration publique. RFDA sept-oct. 1987, p. 696.

<sup>147</sup> M. TROPER La signature des ordonnances, fonctions d'une controverse, Pouvoirs n° 41, 1987, p. 75 à 91.



M. Michel Troper déduit de l'extrême division des juristes sur cette question que la Constitution n'a pas un sens clair et incontestable à priori, ce qui montre le caractère créatif de tout acte d'interprétation. Il estime qu'il est vain de rechercher le sens du texte, puisque, d'une part, il n'existe pas de manière incontestable, et que, d'autre part, aucune juridiction n'est susceptible d'affirmer quel est le sens authentique de ce texte, l'interprétation présidentielle ne mettant pas fin au débat. L'Etat de droit serait ainsi une chimère de juristes idéalistes, une vue de l'esprit, puisque la Constitution n'a pas de valeur juridique dans la mesure où elle ne consiste pas en l'application d'une norme supérieure, et puisque ses violations éventuelles dans ce domaine ne seront pas sanctionnées par un juge. Certains vont jusqu'à affirmer malgré l'application des juristes à démontrer qu'il s'agit d'un débat juridique, la question de la signature des ordonnances ne serait en fait qu'un problème purement politique (148). Pour ces auteurs de l'école réaliste, " quelle que soit la norme, dont on affirme l'existence, nul ne peut prétendre qu'elle est clairement énoncée par le texte constitutionnel - si elle l'était, la controverse n'aurait pas d'objet " (149). Nous ne nions aucunement que plusieurs interprétations du texte sont concevables (cela serait d'ailleurs difficile et vain), mais nous affirmons que si l'on recherche le sens du texte non pas dans l'absolu, en général, ou en droit positif, mais seulement dans l'intention affichée de ses rédacteurs, son sens est clair; et que le problème qui nous intéresse pour l'instant est celui de savoir quelles peuvent être les différentes interprétations d'un même texte, et pourquoi et comment l'une d'entre elles s'impose en pratique.

Nous partons donc de l'*à priori* que le texte a, dans l'esprit de ses rédacteurs, un sens qui peut *généralement* être découvert, et qui peut dans bien des cas faire l'objet d'autres interprétations (150). Nous ne prétendons nullement que l'interprétation génétique serait celle qu'adopterait un juge éventuellement saisi de cette question, puisque chacun connaît le pragmatisme des juridictions, qui, le plus souvent, recherchent avant tout une *solution juridiquement acceptable* dans la conjoncture du litige, plutôt que le sens du texte tel qu'il existait dans l'esprit de son auteur (151). Ce qui nous intéressera dans ce livre premier sera de comprendre ce qui rend une solution juridiquement acceptable, (et en réalité ici, politiquement acceptable), ce qui fait que l'opinion publique et les hommes politiques acceptent cette solution, et comment se fait cette acceptation et quels sont ses effets. Par quel tour de passe-passe parvient-on à faire paraître obscur le sens d'un texte qui en réalité est clair si l'on se réfère à la volonté affichée de ses rédacteurs ? Comment parvient-on à imposer cette image ? Comment les juristes réussissent-ils à libérer les hommes politiques des entraves juridiques qui prétendraient limiter leur pouvoir discrétionnaire ? Dans le cadre de ce paragraphe, nous tenterons surtout de préciser quel est, selon nous, le sens de la Constitution tel qu'il ressort de la volonté déclarée de ses rédacteurs, préalable indispensable à l'étude de la distance qui sépare un texte de sa ou ses pratiques. Nous étudierons les principaux modes d'argumentation de la doctrine dans l'ordre où les a évoqués M. Michel Troper dans la première partie de son article, mais en prenant position

148 En ce sens, cf. D. GAXIE, Droit et politique dans la polémique sur le refus de signature des ordonnances par le Président de la République, dans D. LOCHAK (Dir.), *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, 1989.

149 Art. préc., p. 77.

150 Sur ce point, cf. infra, n° 185.

151 Ceci est particulièrement net en droit civil lorsque la loi à appliquer est ancienne, et en droit constitutionnel dans certains pays étrangers.

dans ce débat. Auparavant, rappelons que pour certains auteurs le problème de savoir si le Président de la République est ou non tenu de signer les ordonnances aurait été réglée par une décision du Conseil constitutionnel. Selon Bruno Genevois par exemple, " la décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 a mis l'accent sur le fait que la Constitution ne soumet le recours à la procédure des ordonnances " à aucune autre condition que celles énoncées à l'article 38...et à l'article 13 aux termes duquel " le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres ". Si l'on en croit le secrétaire général du Conseil constitutionnel, " il y a là une condamnation discrète de la thèse suivant laquelle la délibération du Conseil des Ministres relative à un projet d'ordonnance aurait le caractère d'une décision, ce qui est en harmonie avec la jurisprudence du Conseil d'Etat qui considère que de telles délibérations sont sans effet juridique direct (152). Le chef de l'Etat n'a donc pas une compétence liée pour signer "(153). Cette conclusion nous paraît discutable. Jacques Robert a d'ailleurs souligné combien les membres du Conseil constitutionnel sont parfois déconcertés par " les interprétations, souvent contestables, qui sont données de ses décisions (et s'alarment) des jugements incomplets, injustes ou inexacts qui sont, çà et là, portés sur ses déterminations ! (...) Que n'a-t-on dit sur ces décisions (relatives aux réserves d'interprétation)...Mieux même ! De telles décisions étaient de véritables armes procurées généreusement au Président de la République pour lui permettre de s'opposer, au nom du droit, à la signature, par lui, de ces ordonnances ..." (154) L'argumentation de Bruno Genevois ne nous semble pas ici très solide. En effet, on ne saurait, à notre point de vue, déduire du rappel précité du Conseil constitutionnel que le Président de la République a une compétence discrétionnaire pour signer les ordonnances, puisque le la compétence liée du Président résulte justement des dispositions des articles 38 et 13 de la Constitution qui ont été rappelées par le Conseil constitutionnel. Et cela nous semble établi, quelle que soit la méthode d'interprétation que l'on mette en oeuvre.

La première méthode d'interprétation (155) avancée (généralement combinée avec d'autres) est *l'interprétation sémiotique*, fondée sur le langage dans lequel est exprimé le texte. Pour certains auteurs, la formulation de l'article 13 de la Constitution à l'indicatif présent, " le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres", doit être interprétée comme habilitant le Président à signer, et donc à ne pas signer s'il le veut (156). Si l'on admet au contraire que *l'indicatif présent vaut impératif*, il ne s'agit pas d'une disposition habilitante, mais d'un article

152 Jurisprudence citée : C.E. 25 nov. 1977, Cie des architectes en chef des bâtiments civils et palais nationaux, rec. p. 463; 25 fév. 1987, Commune d'Amneville, req. 60.359). Nous verrons que cette argumentation nous paraît discutable.

153 B. GENEVOIS, La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1986, Chronique, AJC, 1986 (ed. 1988), p. 429.

154 J. ROBERT, Le Conseil constitutionnel en son temps, présentation du n° 1-1989 de la RDP, p. 6.

155 M. TROPER souligne que l'on parlera ici de méthodes d'interprétation *lato sensu*, que l'on doit distinguer des simples procédés d'interprétation (comme le raisonnement par analogie ou par à contrario).(art. préc., p.77).

156 M. DUVERGER, interrogé par l'AFP, cité par B. PECQUERIE, Le Matin, 11 avril 1986. Sur la notion de norme habilitante, cf Ch. EISENMANN, cours de droit administratif, préc., et H.L.A. Hart *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint Louis, 1976 (l'auteur s'oppose à la théorie impérativiste d'AUSTIN).

imposant au Président l'obligation de signer. Michel Troper écarte l'argument non sans quelque mépris en relevant que " cette idée est en général prise plus au sérieux par les journalistes et les hommes politiques que par les professeurs de droit ". Et pourtant, très nombreux sont les professeurs de droit qui relèvent que, dans la Constitution de 1958, l'indicatif vaut en principe impératif, *que ce soit à propos de l'article 13 (157), ou à propos d'autres articles (158)*. Certains auteurs estiment au contraire que l'indicatif ne vaut pas impératif dans la Constitution de 1958, parce que *la pratique* gaullienne a montré que le général estimait que sa compétence n'était pas liée, par exemple lorsqu'il refusa de convoquer le Parlement en session extraordinaire, alors que cette disposition était également rédigée à l'indicatif (159). Que cette solution se soit imposée en pratique, on en conviendra volontiers, mais nous considérons qu'il s'agissait d'une violation de la Constitution, et que l'on ne saurait se fonder sur de telles pratiques pour justifier une interprétation. On ne pourrait en aucun cas admettre que l'indicatif ne vaut jamais impératif dans ce texte (160) En toute hypothèse, elle sort de notre champ d'analyse, puisque c'est le sens du texte dans l'esprit de ses rédacteurs que nous recherchons (161). D'autres auteurs considèrent que l'adage selon lequel en droit l'indicatif vaudrait impératif *risque de conduire à des absurdités*, " ainsi, l'Assemblée nationale serait obligée de déposer une motion de censure dès qu'un gouvernement est formé, parce que l'article 49.2 dispose qu'elle " met en cause la responsabilité du Gouvernement " ! " (162). Nous considérons au contraire que l'indicatif vaut impératif dans toute la Constitution, et notamment dans l'article 49.2, mais qu'il ne faut pas en déduire que l'Assemblée nationale est obligée à tel ou tel moment d'engager la responsabilité du Gouvernement, mais qu'elle doit impérativement le faire selon la procédure décrite par cet article. L'impératif résultant de l'indicatif existe bien, mais il s'impose au niveau de la procédure, et non au niveau du moment de son utilisation. En employant ici l'indicatif les rédacteurs de la Constitution entendaient imposer une procédure à l'exclusion de toute autre (cette interprétation est d'ailleurs confortée par les dispositions de l'article 20 de la Constitution). De surcroît, *si l'on raisonne par à contrario*, on se rend compte que c'est au contraire si l'indicatif ne

157 O. POIGNON, *Le Figaro* 11 avril 1986, citant M. DUVERGER; Y GAUDEMET, *Le Président de la République est tenu de signer*, *Le Monde* 18 avril 1986 mais il relève que les arguments de texte sont rarement déterminants ; J. LARCHE *Le Président est tenu de signer les ordonnances* *Le Monde* 29 mars 1986.

158 En particulier des articles 49.1, relatif à l'engagement de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement (cf. supra). On rappellera simplement ici que nombreux sont les auteurs qui, en commentant l'article 49.1, estiment qu'en principe, dans la Constitution de 1958, l'indicatif vaut impératif (même s'ils relèvent que d'autres arguments peuvent justifier le non-engagement de la responsabilité gouvernementale) : J. C. COLLIARD, *commentaire des articles 49, 50 et 51 de la Constitution*, dans F. LUCHAIRE et G. CONAC, *La Constitution de la République française*, Economica, 1987, p. 969; M. DUVERGER, *Echec au Roi*, préc., p. 149-150; G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER, *Manuel de droit constitutionnel*, LGDJ, 1988, p. 516; C. DEBBASCH et alii, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Economica 1986, p. 798; M. PRELOT et G. BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 1984, p. 844; P. PACTET *Institutions politiques et droit constitutionnel*, MASSON, 1985, p.439; C. LECLERCQ, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Litec, 1987, p. 573; A. COCATRE-ZILGIEN, *A propos des articles 49.1 et 89.3 de la Constitution*. *Questions de langue*, RDP 1974, p. 523. A propos de l'article 29 relatif à la convocation du Parlement en session extraordinaire cf. infra, ou de l'article 89 relatif à la révision de la Constitution cf. infra. A propos de l'article 10, cf. E. Sauvignon, *La promulgation des lois, réflexions sur la jurisprudence Desreumeaux*, RDP 1981, p. 995.

159 Jacques ROBERT déduit de la pratique gaullienne que " l'indicatif ne vaut nullement obligation " *Le Monde* 18 avril 1986.

160 Cf. G. BACOT *La signature des ordonnances*, R.A. sept-oct. 1986 n°233, p. 453.

161 Sur les conséquences juridiques des interprétations présidentielles, cf infra n° 151.

162 O. DUHAMEL *Ordonnances, signer ou ne pas signer ?*, *Le Monde*, 12 avril 1986.

valait pas impératif que la plupart des dispositions de la Constitution deviendraient absurdes. Ainsi, le Président de la République ne serait pas tenu de nommer un Premier ministre, ni les membres du Gouvernement, puisque les dispositions de l'article 8 sont rédigées à l'indicatif présent. Lorsque, par exemple, l'article 19 dispose que les actes du Président autres que ceux qui sont des pouvoirs propres, " sont " contresignés par le Premier ministre et le cas échéant par les ministres responsables, cela signifie bien que ce contresignement est indispensable, et le Conseil d'Etat ne manquerait pas d'annuler un acte présidentiel qui n'en serait pas revêtu. Lorsque l'article 28 dispose que " le Parlement se réunit de plein droit en deux sessions ordinaires par an ", cela signifie bien qu'il est tenu de le faire, de même que quand l'article 34 prévoit que " la loi est votée par le Parlement ", cela signifie qu'elle ne peut être votée que par lui, etc... Si l'on recense toutes les propositions contenues dans la Constitution (à l'exception de celles qui concernent la communauté, puisqu'elles ne sont pas fondamentalement différentes des autres, et qu'elles ne s'appliquent plus, et à l'exception des dispositions transitoires qui ne sont pas très révélatrices parce que l'on y emploie parfois le futur), on relève que sur 275 propositions normatives (c'est à dire dispositions qui imposent une obligation de faire ou de ne pas faire, ou une obligation de ne faire que selon telle ou telle procédure), 201 sont rédigées à l'indicatif présent, qui a, selon nous, valeur d'impératif (et on peut le démontrer pour chacune d'elles) et huit sont des impératifs renforcés par l'emploi du verbe devoir (163). On ne saurait à notre point de vue en déduire que les autres propositions n'imposent pas d'impératif, pour les raisons que l'on vient d'évoquer. Par contre, il appert que chaque fois que les rédacteurs de la Constitution ont voulu laisser une compétence plus ou moins discrétionnaire aux pouvoirs publics, cela se traduit systématiquement par l'emploi du verbe pouvoir : le Président, le Gouvernement *peut* ... (164), ou par la formule " a la faculté " (165), ou encore par les mots " ou éventuellement " (166), ou enfin par l'emploi du verbe décider (167). La Constitution contient ainsi 33 dispositions permissives. Elle contient également 33 dispositions " prohibitives ", qui sont généralement caractérisées par la formule " ne peut ", et qui soit formulent une interdiction générale et absolue (du type la nouvelle délibération de la loi " ne peut " être refusée (168)); soit une interdiction limitée à certaines circonstances (exemple, l'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'application de l'article 16) (169), soit enfin des prohibitions qui sont conditionnelles, (ainsi, la prorogation de l'état de siège ne peut être autorisée que dans telles conditions) (170). Cette interprétation est encore nettement confortée par *les travaux préparatoires* de la Constitution. " Nous écrivons en français et, en français, l'indicatif a valeur d'impératif... Ce n'est pas parce que le Code de la route ne dit pas que les Français doivent rouler à droite que l'on peut imaginer qu'ils peuvent aussi rouler à gauche.." avait déclaré le général de Gaulle durant l'élaboration de la Constitution (171). Et Maurice

163 Dans les articles 4, 16 (obligation relative aux motifs), 46, 47, 50, 61, 89.

164 Dans les articles 3, 7, 10, 11, 12, 21, 27, 29, 31, 33, 34, 37, 38, 41, 44, trois fois dans l'article 45, 47, 49 al. 3, 61, 65, 69, 70, 73, 76, 88.

165 Dans les articles 45, 49 al. 4.

166 Art. 49.2.

167 Art. 89

168 Dans les articles 10, 18, 27 (deux), 28, 62 (deux), 66, et 89.

169 Dans les articles 7, 12, 16, 26 (trois fois), 89.

170 Dans les articles 36, 37, 38, 46 (trois fois), 49 (quatre fois), 53 (trois fois), 54, 68, 89 (deux fois).

171 Guy MOLLET, *Quinze ans après*, préc., p. 123.

Duverger de féliciter le général d'avoir fait " une bonne interprétation " de la Constitution en considérant qu' " en langage juridique, l'indicatif a une valeur impérative ", et de regretter qu'il l'ait ensuite " probablement oubliée " (172). Nous n'aurons pas la prétention de démontrer ici que cette proposition est valable dans tout le droit français car cela dépasserait largement l'objet de notre étude, mais nous considérons qu'il est incontestable que, dans la volonté affichée des rédacteurs de la Constitution, l'indicatif a valeur d'impératif. Le lecteur sceptique en veut-il une nouvelle preuve ? On la trouve encore dans les travaux préparatoires, dans les déclarations de ceux qui y ont participé, ainsi que dans l'indignation de certains d'entr' eux lorsque le général de Gaulle n'a pas respecté cette règle (173). Pour M. Raymond Janot, commissaire du Gouvernement devant le Comité consultatif constitutionnel, il n'y a pas l'ombre d'un doute que, dans ce texte, l'indicatif a valeur d'impératif, et si cette question n'a pas fait l'objet de décisions explicites durant l'élaboration de la Constitution, c'est parce que " pour nous, c'est évident. Nous étions tous des membres du Conseil d'Etat. Pour nous, l'indicatif valait impératif, donc nous ne nous sommes pas posés de questions " (174). De même, dans une lettre envoyée à Guy Mollet et Pierre Pflimlin, relative au futur article 49.1, Michel Debré manifeste son intention de remplacer les dispositions permissives (le Premier ministre *peut..*) par des dispositions rédigées à l'indicatif (le Gouvernement *soumet...*). Cette interprétation de la valeur impérative de l'indicatif est confortée par une lettre envoyée le même jour par François Goguel à Gaston Monnerville, dans laquelle il écrit que " Michel Debré espère (...) obtenir le principe du vote de confiance (...) obligatoire ". François Goguel le confirme aujourd'hui : " J'avais en effet eu confirmation du fait que Michel Debré estimait que l'indicatif vaut impératif. (...) Sincèrement, je pense que l'indicatif vaut impératif, mais que cette règle peut comporter des inconvénients en pratique " (175).

Evoquant *l'interprétation génétique*, Michel Troper relève que " la plupart des articles étudiés ne se réfèrent pas aux travaux préparatoires, sans doute parce qu'il est impossible d'y découvrir la moindre indication d'une volonté du constituant. Cela n'a d'ailleurs rien d'étonnant et on peut penser que s'il avait seulement envisagé la question, il n'aurait pas manqué de choisir une formulation dépourvue d'ambiguïté " (176). On notera que Léo Hamon déduit au contraire du silence des travaux préparatoires que " l'article 13 institue pour le Président de la République une prérogative formelle .. " (177). En réalité, *cette question a été évoquée durant l'élaboration de la Constitution*. Répondant à une observation de M. Coste-Floret, M. Dejean affirme au Comité consultatif constitutionnel le 8 août 1958 que le Président de la République ne peut pas se refuser à signer les décrets et ordonnances délibérés en Conseil des ministres (178). M. Raymond Janot estime que si aucune rectification n'a été apportée à cette affirmation c'est parce que l'obligation pour le

172 M. DUVERGER, *Echec au Roi*, préc., p. 150.

173 Cf. infra, la convocation du Parlement en session extraordinaire, n° 92-93.

174 Interview personnelle à l'occasion du colloque précité sur le XXXe anniversaire de la Constitution.

175 Interview personnelle, Paris, 18 nov. 1988.

176 Art. préc., p. 78.

177 Léo HAMON, *La Croix*, 23 avril 1986, mais l'auteur précise qu'il faut cependant replacer la question dans le cadre général de la Constitution.

178 Textuellement : " il ne peut pas se refuser à les signer " : D.F. *Documents pour servir...* préc. T.II, p. 325.

président de signer les ordonnances était " une évidence " (179). On notera en outre que dans la pratique des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques, où le Président de la République signait aussi les décrets-lois, il n'avait aucun droit de veto sur eux (180); et si les rédacteurs de la Constitution de 1958 avaient voulu établir un tel droit de veto, ils auraient dispensé cette compétence du contreseing. Comme pour les décrets, le Président peut émettre son avis durant la délibération du Conseil des ministres, mais ensuite sa compétence est liée. Aussi, pour les rédacteurs de la Constitution dont nous connaissons la position sur ce point, qu'il s'agisse du général de Gaulle, de Michel Debré, de Raymond Janot, ou de François Goguel, l'indicatif vaut indubitablement impératif dans la Constitution de 1958, même si cette règle n'a pas été toujours respectée par la suite. Pour eux, le texte est clair sur ce point.

Néanmoins, certains d'entre eux, comme François Goguel, estiment que la compétence du Président n'est pas liée du fait de l'absence de délai (181).

Dans le cadre de *l'interprétation systémique*, où l'on prend en considération d'autres articles de la Constitution pour qu'ils s'éclaircissent les uns les autres, et où s'exercent les arguments du genre *à contrario*, *à fortiori* ou par analogie, la *comparaison des articles 10 et 13* fait dire à certains auteurs que si le Président de la République est tenu de promulguer les lois (ce que personne ne conteste), c'est parce qu'un délai lui est imparti pour le faire, alors qu'à *contrario*, puisqu'aucun délai ne lui est imposé pour signer les ordonnances, il est libre de le faire ou non (182). Nous avons pu constater que cet argument ne tient pas, d'une part à cause de l'absence de délai ne vaut pas absence d'obligation (sinon le Président de la République ne serait pas tenu de nommer le Premier ministre ni les membres du Gouvernement etc...), la jurisprudence administrative montrant bien que le Conseil d'Etat ne manque pas de sanctionner les retards dans l'action administrative, même en l'absence de délai (183), et d'autre part à cause du fait que l'article 38 dispose que les ordonnances sont " prises en Conseil des ministres ", ce qui signifie que le Président de la République est tenu de les signer durant le Conseil des ministres, un délai est donc bien prévu par la Constitution, mais ce délai atteint son terme à la fin du Conseil des ministres (184). Ainsi, selon nous, le rapprochement des articles 10

---

179 Communication personnelle précitée.

180 En ce sens cf. J. R. SULZER, *Le Figaro*, 22 avril 1986.

181 Interview personnelle précitée. Dans le même sens, M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, préc., J. ROBERT *De la cohabitation*, préc., p. 182; C. DEBBASCH, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc., p. 491 et s.

182 M. DUVERGER, *Le Monde*, 22 mars 1986.

183 La même observation peut être faite en droit administratif, et l'on peut observer avec B. KORNPROBST (*La compétence liée*, RDP 1961, p. 941), que le prétendu " choix du moment " ne signifie en aucun cas que la compétence des autorités administratives ne serait pas liée. " Certains auteurs ont, en effet, exposé qu'une compétence n'était jamais totalement liée car les autorités administratives gardent toujours la possibilité de choisir le moment où elles édictent un acte. Il semble qu'une telle argumentation ne soit pas concluante ", car si l'administration tarde à exécuter ses obligations, ce retard est sanctionné, " ce qui prouve bien que ce prétendu " choix du moment " n'est qu'un faux semblant ".

En effet le Conseil d'Etat pourrait très bien, s'il acceptait de statuer, sanctionner tout refus de signature du Président comme il le fait pour tout retard " déraisonnable " dans l'exécution des lois (cf J.M. AUBY *L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois*, J.C.P. 1953,I,1080; M. GUIBAL, *Le retard des textes d'application des lois*, RDP 1974, p. 1039; et R. HANICOTTE, *Le juge face au retard des textes d'application*, RDP 1986, p. 1667 (cités par D. TURPIN, art. préc., p. 889 n.40).

184 Cf. *Supra*.

et 13 montre bien que le Président de la République est tenu de signer les ordonnances de manière encore plus impérative que pour les lois, puisqu'il ne dispose ici d'aucune possibilité de demander une nouvelle délibération ni de saisir une autre autorité. Dans un cas comme dans l'autre, sa compétence est purement formelle (185), puisque, dans un cas comme dans l'autre, le Président de la République risquerait de bloquer - fût-ce provisoirement - l'action du Parlement en refusant de signer ces actes (dans la mesure où les ordonnances sont des actes d'exécution d'une loi d'habilitation (186)). François Luchaire souligne justement que " les ordonnances sont signées par le Président de la République, mais on voit mal le chef de l'Etat refuser de signer les ordonnances présentées par le Gouvernement qui a reçu du Parlement l'autorisation de les prendre " (187). Il ressort de la *comparaison entre les articles 13 et 21*, que les ordonnances relèvent de la compétence du Gouvernement et non du Président de la République, puisque ce sont des actes d'exécution des lois, comme nous avons pu le constater, le Président de la République est donc tenu de signer les décrets et les ordonnances délibérés en Conseil des ministres, son rôle n'étant que de les authentifier (188). Mais Jacques Robert estime au contraire qu' " on ne saurait - juridiquement - discerner une quelconque analogie de procédure entre l'exercice du pouvoir réglementaire du Premier ministre qui, aux termes de l'article 21, est tenu d'assurer l'exécution des lois, et le pouvoir accordé par l'article 13 au Président de la République de signer les ordonnances. Les deux compétences sont totalement distinctes. Celle du Premier ministre est *liée*; celle du Président est *discrétionnaire* " (189). Nous espérons avoir démontré le contraire, notamment en étudiant les pouvoirs du Président de la République en Conseil des ministres. La *combinaison des articles 13 et 38* montre en effet que c'est au Gouvernement - et non au Président de la République - qu'il appartient de demander au Parlement l'autorisation d'intervenir dans le domaine de la loi, que c'est lui qui prépare les ordonnances et qui devra ensuite inscrire à l'ordre du jour des débats parlementaires la loi de ratification. Les dispositions de l'article 13 s'appliquent aussi bien aux ordonnances de l'article 38 qu'à celles des articles 47 et 92. Or, on peut observer que si l'on estimait que la compétence présidentielle n'est pas liée, l'Etat pourrait se retrouver sans budget, et la Ve République aurait pu se retrouver sans Parlement, sans conseil constitutionnel, " c'est à dire dans une situation de dictature ", et d'après J.R. Sulzer, " il est donc clair que les constituants de 1958 n'entendaient nullement créer un veto présidentiel sur les ordonnances " (190). Le *rapprochement de l'article 13 avec l'article 19* montre qu'entre " la perfection juridique de l'ordonnance par la délibération du Conseil et la sanction politique du contreseing, la signature présidentielle n'apparaît donc que comme *une forme d'authentification* de l'acte par le Président de la République qui préside le conseil au sein duquel celui-ci a été délibéré " (191). Enfin, le

185 V. GISCARD d'Estaing, cité par B. PECQUERIE, dans *Le Matin*, 11 avril 1986.

186 J. LARCHE estime que " ce serait la naissance d'un véritable droit de veto à l'américaine ", dans *Le Monde* 29 mars 1986.

187 F. LUCHAIRE, *La Constitution de la République française*, Economica 1979, p. 521, et 1987, p. 797. Commentant dans le même ouvrage (ed. 1987, p. 521) l'article 13, P. LAVIGNE souligne que les ordonnances relèvent de la compétence gouvernementale.

188 En ce sens, cf. Roland DRAGO, *Le Figaro*, 16 juillet 1986; *Le quotidien*, 3 avril 1986 (cité par M. TROPER), J. LARCHE, *Le Monde* 29 mars 1986, et Cf. *Supra*.

189 J. ROBERT, *De la cohabitation*, D. 1986, préc., p. 181.

190 J.R. SULZER, *Le président doit signer les ordonnances*, *Le Figaro*, 22 avril 1986.

191 Yves GAUDEMET, *Le Monde* 12 avril 1986.

rapprochement de cet article avec l'article 68 montre encore que la compétence du Président est liée (192), le Gouvernement étant seul responsable devant le Parlement, alors que le Président est irresponsable (193). Certains auteurs *rapprochent encore l'article 13 de l'article 5* pour considérer que le Président de la République étant le gardien de la Constitution, il lui appartient de l'interpréter comme il l'entend, mais nous constaterons que cette vision est contestable (194), ou encore que cela lui permet de s'opposer aux ordonnances parce qu'il doit veiller à la défense des libertés (195). Selon Bernard Mathieu, qui a une conception extrêmement large des pouvoirs conférés au Président par l'article 5, le Président de la République, en tant qu'il est chargé d'assurer par son arbitrage le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, " peut prendre sa décision au-delà des simples décisions de constitutionnalité ", pour " des " considérations d'opportunité ", " sa décision est ici politique " (196). D'autres estiment qu'en tant que gardien de la Constitution, il a l'obligation de refuser de signer des ordonnances qui seraient manifestement inconstitutionnelles (197). Par à contrario, on en déduira avec Olivier Duhamel que le Président de la République est tenu de signer les ordonnances manifestement conformes à la Constitution : " il y aura, dans les ordonnances, des dispositions qui se contenteront de mettre en oeuvre les règles fixées par la loi d'habilitation. Ici, la loi votée par le Parlement et contrôlée par le Conseil constitutionnel s'impose à tout le pouvoir exécutif. Si le Gouvernement la respecte strictement, on voit mal comment le Président de la République pourrait, lui, s'affranchir de la loi. Certes, on comprend que cela lui soit désagréable, mais ni plus ni moins que d'avoir promulgué la loi d'habilitation " (198).

Enfin, " *l'interprétation fonctionnelle* vise à attribuer à la règle une fonction objective, qui peut être différente de celle visée par l'auteur " (199). On se demande non pas ce que le constituant a réellement voulu, mais, maintenant que la règle doit être appliquée dans une situation historique différente, quel sens il convient de lui donner si l'on veut obtenir un résultat jugé satisfaisant " (200). Les raisonnements que l'on peut rattacher à cette analyse sont ceux qui consistent par exemple à se demander quelles seraient les conséquences constitutionnelles d'un refus. Certains auteurs relèvent ainsi qu'en imposant son veto, le Président de la République peut " empêcher le Gouvernement de conduire la politique pour laquelle il a été mandaté " (201), ou qu'il s'imposerait en réalité à la volonté des parlementaires, auteurs de la loi d'habilitation (202), et que le Président non majoritaire " doit laisser jouer librement les mécanismes constitutionnels "

192 En ce sens cf. C. LECLERCQ, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Litec, 5e ed. 1985, p. 543, et Cf. *infra*, n° 116 et s..

193 En ce sens cf. Yves GAUDEMET, *Le Monde* 18 avril 1986.

194 Cf; *infra*. n° 274 et s.

195 J. ROBERT, *De la cohabitation*, préc., p. 182.

196 B. MATHIEU, art. préc., p. 716-717.

197 O. DUHAMEL, *Le Monde* 12 avril 1996; Léo HAMON *La Croix*, 23 avril 1986, et B. MATHIEU, art. préc., p. 716.

198 Art. préc.

199 M. TROPER, art. préc., p. 81.

200 M. TROPER, art. préc., p. 81.

201 J. Foyer, *Bulletin quotidien*, 11 avril 1986, cité par M. TROPER.

202 Y. GAUDEMET, *Le Monde* 18 avril 1986.



(203). " La procédure des ordonnances est une affaire entre le Gouvernement et le Parlement " (204). Mais d'autres répondent à cette argumentation en considérant que le Président de la République peut seul garantir le contrôle de la constitutionnalité des ordonnances (205). A notre point de vue, le Président de la République a au contraire violé la Constitution (dont l'article 62 dispose que les décisions du Conseil constitutionnel " s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles " ) quand il a refusé de signer l'ordonnance sur le découpage électoral au motif que la tradition parlementaire imposait que le Parlement en soit saisi, alors que " le Conseil constitutionnel avait préalablement décidé que le principe du recours aux ordonnances en ces matières n'était pas contraire à la Constitution " (206). Il l'a également violée en refusant de signer l'ordonnance sur les privatisations puisqu'il s'est opposé à l'exécution des mesures prévues par la loi d'habilitation. Les partisans de cette interprétation estiment encore que, loin de désaisir le Parlement, le Président veille au contraire à ce qu'il soit saisi (argumentation qui nous paraît éminemment contestable tout d'abord parce que, " contrairement aux décrets-lois de la IV<sup>e</sup> République (207), les ordonnances ont désormais un statut constitutionnel. Elles résultent d'une loi d'habilitation votée par le Parlement, à qui elles sont ensuite soumises pour ratification " (208), et ensuite parce que M. F. Mitterrand a pris soin de tarder à exprimer son refus " pour empêcher le Conseil des ministres d'adopter un projet de loi susceptible d'être inscrit sans artifice de procédure à l'ordre du jour de la session d'automne " (209), pratique dont on ne peut pas affirmer de bonne foi qu'elle soit motivée par le respect des droits du Parlement); ou enfin que les vetos présidentiels n'ont pas, en pratique, eu de conséquences importantes (210). Enfin, Dominique Turpin estime que la déclaration de Michel Debré, le 2 février 1960, lors de la discussion de la loi habilitant " le général de Gaulle " à traiter par ordonnances l'affaire algérienne, (" Grâce à cette loi, en Conseil des ministres, les ordonnances pourront être prises, soumises à l'approbation du Président de la République, qui sera ainsi, en dernier ressort, juge de leur opportunité ") consacrerait le pouvoir discrétionnaire du Président de la République. Mais cette argumentation ne nous convainc pas, car c'est uniquement la conjoncture politique extrêmement particulière dans laquelle on se trouvait à l'époque, et non pas du tout la Constitution, qui avait expliqué - à défaut de la justifier - cette déclaration (211). Contrairement à la situation actuelle, la loi d'habilitation était adressée au Général de Gaulle en personne, et il était en position d'imposer ses vues au Conseil des ministres. C'est pourquoi nous estimons que M. Michel Debré est tout à fait fondé à déclarer aujourd'hui que M. Mitterrand a " usurpé un

---

203 Roland DRAGO, *Le Figaro*, 16 juillet 1986.

204 Y. GAUDEMET, *Le Monde* 18 avril 1986.

205 O. DUHAMEL, art. préc., et J. ROBERT, *Le Monde* 18 avril 1986, cf. supra.

206 D. TURPIN, art. préc., p. 890.

207 Sur la pratique des décrets-lois sous la IV<sup>e</sup> République, cf. A. de LAUBADERE, Des "pleins pouvoirs" aux "demi décrets-loi", *D.* 1952, Chr. IX, p. 35-40, et A. de LAUBADERE, L'article 13, *Etudes juridiques*, association Cujas, mars-avril 1954, p. 12-15 reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ 1980, T.I., p. 471.

208 Y. GAUDEMET, *Le Monde* 18 avril 1986.

209 D. TURPIN, art. préc., p. 890. Cf. supra.

210 O. DUHAMEL, discussion à l'occasion du colloque de Paris I sur *Le référendum*, le 21.4.1989.

211 En ce sens, cf. F. GOGUEL, *Le Monde* 22 mars 1986, et S. DICKSCHAT L'article 38 de la Constitution et la loi d'habilitation du 22 juin 1967, *RDP* 1968, p. 854.

véritable droit de veto " que ne lui accorde en aucune façon la Constitution (le 16 juillet 1986) (212).

Pour Michel Troper, il est vain de rechercher la volonté du Constituant (nous n'avons parlé ici que de la volonté des rédacteurs de la Constitution, ce qui est différent), car dans une telle approche, " tout repose (...) sur le présupposé qu'il faut obéir à un constituant mythique (nous reviendrons plus loin sur la notion de constituant) à la fois infiniment lucide et excessivement maladroit " (213). Nous espérons avoir démontré que les rédacteurs de la Constitution (du moins ceux dont nous connaissons l'opinion) avaient évoqué à la fois la question de la cohabitation (plusieurs fois abordée, en d'autres termes évidemment, dans les travaux préparatoires) et celle de la signature des ordonnances. Ils étaient donc lucides. Ont-ils été excessivement maladroits ? Nous ne le pensons pas. Les conseillers d'Etat et les membres du Gouvernement qui ont rédigé la Constitution n'étaient pas forcément plus abrutis que la moyenne des français et ils entendaient bien donner un sens aux dispositions qu'ils rédigeaient, même s'ils n'ont pu imaginer tous les problèmes d'interprétation que pourraient susciter tous les articles de ce texte, il nous semble qu'ils n'ont pas été aussi maladroits qu'on l'a prétendu pendant des années, afin de justifier certaines interprétations de la Constitution, et l'on doit au contraire admettre avec Louis Favoreu que cette constitution " a été écrite par des juristes, et pour des juristes " (214). " La situation juridique paraît donc, en définitive, beaucoup plus claire qu'on ne l'a souvent prétendu " (215). Il ressort de cette analyse que le sens de la Constitution est clair, au moins dans l'esprit de ses rédacteurs, mais que la pratique gaullienne - qui a souvent bénéficié d'une certaine complaisance de la doctrine, motivée par un souci d'efficacité des institutions ou encore par volonté de réalisme -, l'obscurité dans laquelle ont longtemps été tenus les travaux préparatoires, et surtout les intérêts politiques en présence (immédiats pour ceux qui sont au pouvoir, et à terme pour ceux qui espèrent y accéder bientôt) ont voilé la vision que l'on pouvait avoir de cette question. Dans ces brumes qui ne sont pas sans rappeler celles d'Avalon, le Président de la République a pu aisément imposer son interprétation de la Constitution, en s'arrogeant un contrôle de l'opportunité des ordonnances gouvernementales, d'autant plus facilement qu'il était difficile, justement à cause du brouillard qui régnait autour de cette question, de justifier un recours à l'article 68; parce que le Conseil constitutionnel ne pouvait pas être saisi directement de cette question; et parce que le Conseil d'Etat, s'il avait été saisi, aurait certainement déclaré qu'il s'agissait d'un acte de Gouvernement. Comme aux plus belles heures du gaullisme, c'est le Président de la République qui " dit le droit " ou du moins ce qui en tient lieu en pratique.

Que l'on admette que le chef de l'Etat avait une compétence liée ou non, on peut considérer que l'inconstitutionnalité des refus présidentiel était relative à leurs motifs.

212 D. TURPIN, art. préc., p. 888.

213 Art. préc., p. 85.

214 Communication au colloque d'Aix-en-Provence sur le XXXe anniversaire de la Constitution, préc.

215 G. BACOT La signature des ordonnances, préc., p. 454.

(216). Ainsi François Goguel estime-t-il que si le Président de la République pouvait tout à fait, dans l'absolu, le droit de refuser de signer les ordonnances, les motifs qu'il a invoqués rendent ces vetos inconstitutionnels (217). Pour le Doyen Favoreu, les *motifs* invoqués par le Président de la République pour refuser de signer les ordonnances sont marqués par une méconnaissance de la Constitution et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : " Même s'il est admis que le président de la République a un pouvoir discrétionnaire en matière de signature des ordonnances, cela ne signifie pas qu'il puisse refuser de signer pour n'importe quel motif. S'il a un pouvoir discrétionnaire, il peut, en opportunité, estimer qu'il n'a pas à signer : les mesures contenues dans l'ordonnance ne lui semblent pas opportunes ou souhaitables. C'est une décision purement politique qui appelle une responsabilité du même type. Mais le chef de l'Etat ne peut, pour refuser de signer, invoquer des motifs juridiques en contradiction avec la Constitution ou avec l'interprétation qu'en a donné le Conseil constitutionnel, avec autorité de chose jugée ". Or le professeur aixois démontre que le Président de la République a pourtant méconnu l'autorité des décisions du Conseil du fait des motifs qu'il a invoqués pour refuser de signer les ordonnances, dans les trois cas. " Refuser de signer une ordonnance par ce qu'elle risque de porter atteinte à l'indépendance nationale alors que le Conseil constitutionnel a validé la loi d'habilitation en écartant un tel grief (refus de juillet 1986), ou parce que seule la voie législative est possible en matière de découpage électoral, alors que le Conseil constitutionnel a admis préalablement la possibilité d'emprunter la voie des ordonnances (refus de septembre 1986), ou enfin parce que l'ordonnance remettait en cause les acquis sociaux alors que le Conseil constitutionnel a déclaré conforme la loi d'habilitation renvoyant à l'ordonnance (déc. 1986), constitue une méconnaissance des articles 38 et 62 de la Constitution "(218).

Dans ces conditions, on peut se demander tout d'abord pourquoi le Gouvernement n'a pas réagi plus vivement contre ces refus, et surtout quelles sont les conséquences de cette pratique sur le plan juridique, et quelle pourrait être son influence sur une nouvelle cohabitation.

M. Balladur rappelle qu'il était hostile à la procédure des ordonnances " car il me semblait que, même si le Président de la République n'avait pas le droit de refuser de les signer, nul ne pouvait l'y contraindre (...) Cependant, ma façon de voir ne fut pas retenue : très nombreux étaient ceux qui prétendaient au contraire que le Président ne pourrait à l'évidence que s'incliner, tant son refus de signer soulèverait d'indignation. " Mais après les déclarations de M. Mitterrand, " nous sommes convenus - avec M. J. Chirac - qu'il n'y avait pas lieu de dramatiser cet épisode. (...) Nous pensions aussi que l'opinion ferait grief à M. Mitterrand de son refus; là, nous nous trompions...Mais dès lors que nous avons tous les moyens de faire voter une loi, il nous parut favorable de banaliser cet accident " (219). " Chirac peut-il rester " , s'interroge-t-on dans les colonnes du Nouvel

216 En ce sens, cf. D. TURPIN, art. préc., p. 890.

217 François GOGUEL, interview précitée. Sur les motifs invoqués par le Président, cf supra.; et cf. L. FAVOREU, art. préc., p. 696.

218 L. FAVOREU, Ordonnances ou réglemets d'administration publique ? RFDA sept-oct. 1987, p. 696, cf. aussi La politique saisie par le Droit, préc.

219 E. BALLADUR, Passion et longueur de temps, préc., p. 115, 116.

Observateur (220). Politiquement, il était en effet difficile au Premier ministre de démissionner pour cela. " Qu'auriez-vous fait si (M. Chirac) avait démissionné ? " , demande Olivier Duhamel à M.F. Mitterrand.

- " Je l'aurais remplacé "

- " Et comment auriez-vous pu assurer la survie d'un nouveau gouvernement ? "

- " Renverser un gouvernement exige la majorité absolue des députés. Ce n'est jamais acquis d'avance. Mais si cela était arrivé, j'aurais remplacé le gouvernement censuré. Et si celui-ci avait été à son tour battu, j'aurais dissous l'Assemblée nationale. En aucune circonstance je n'aurais quitté mes fonctions " , répond le Président de la République (221). M. Mitterrand ne va pas jusqu'à imaginer que le peuple aurait pu lui renvoyer une majorité hostile, et l'on voit mal comment, à fortiori dans ce cas, il aurait pu prétendre renouveler un tel droit de veto. Peut-être cela se produira-t-il dans l'avenir ? Est-ce la majorité parlementaire qui a " poussé le Premier ministre à l'affrontement, en lui demandant d'imposer au Président de signer les ordonnances, quelles qu'elles soient " (222), ou est-ce au contraire le Président qui, en refusant de signer les ordonnances, a tenté de faire commettre au Gouvernement l'imprudence de déclencher une crise (223)? (on notera que si tous les premiers ministres ont recouru à la procédure des ordonnances, " ils ne le firent jamais dès l'entrée en fonctions de la nouvelle Assemblée " sauf en juin 1967 pour les ordonnances sur la sécurité sociale (224), mais on soulignera qu'aucun n'avait une majorité aussi courte ni une " espérance de vie " aussi réduite). Peut-être un peu les deux.

Pour certains auteurs, cette pratique a créé un précédent, voire une coutume, qui pourra s'imposer dans l'avenir. Pour notre part, nous considérons qu'il s'agit tout au plus d'un précédent très contestable, mais qui sera probablement invoqué en cas de nouvelle cohabitation, comme sont souvent évoquées aujourd'hui les violations de la Constitution, jadis tant décriées, pour justifier les libertés prises par le Président de la République avec la loi fondamentale. " Le Président peut-il refuser de signer les ordonnances ? Il le peut, évidemment, puisqu'il le fait - constate Olivier Duhamel. Quelques juristes farouchement hostiles à François Mitterrand ou franchement nostalgiques du parlementarisme d'antan protesteront - L'auteur de ces lignes ne précise pas que certains juristes peuvent tout simplement s'interroger sur le respect des textes sans pour autant se situer dans l'une ou l'autre de ces positions -. Mais la cause est entendue. Le gouvernement ne demande pas au Parlement de traduire le Président en Haute Cour. Il proclame simplement son désaccord politique. Autrement dit, il admet que le Président exerce un droit de veto sur les ordonnances " (225). Nous partageons ici l'observation d'Olivier Duhamel à condition que l'on entende ici le verbe " pouvoir " au sens " avoir la possibilité " (to can), et non pas " avoir le droit " (to may), et contrairement les réalistes pour lesquels on doit assimiler ces deux sens, nous pensons au contraire qu'il est capital de les distinguer. Si ce constat est incontestable en pratique, cette dernière déduction, mais surtout les conclusions

220 Le Nouvel Observateur 18-24 juillet 1986.

221 Interview sur les institutions, Pouvoirs n° 45, 1988, p. 131 à 139.

222 O. DUHAMEL, Le Monde 12 avril 1986.

223 Cf. Le Point n° 722, 21 juil 1986.

224 O. DUHAMEL Pourquoi les ordonnances ?, L'Express 28 mars-3 avril 1986.

225 O. DUHAMEL, Huit questions sur un refus, L'Express 18-24 juil. 1986, p. 18.

que certains ne manqueront pas d'en tirer, à savoir qu'il y a création d'une coutume par consentement mutuel des pouvoirs intéressés (226), nous paraît un peu hâtive, puisque, bien que le Premier ministre n'ait pu, politiquement, déclencher une crise pour cela, ils s'est vivement opposé, ainsi que la majorité parlementaire, à ces vetos présidentiels. On ne saurait donc prétendre qu'ils y ont consenti. Dès le débat à l'Assemblée Nationale sur la déclaration de politique générale du Gouvernement, M. V. Giscard d'Estaing a, au nom de l'UDF, lancé un avertissement solennel : " Le Président de la République ne peut refuser de signer les ordonnances. (...) L'idée d'une sélection faite par le Président de la République entre les demandes de bonnes et de mauvaises ordonnances n'a aucun fondement constitutionnel " (227). A l'occasion du premier veto présidentiel, le Premier ministre est intervenu solennellement à la télévision pour déclarer que " le Président de la République s'oppose à la volonté clairement exprimée par la majorité des français ", soulignant que le texte est selon lui conforme en tous points à l'avis du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat et que " soucieux de l'intérêt du pays, le gouvernement ne prendra pas, lui, la responsabilité d'une crise politique " (228). Par la suite, " l'Hôtel Matignon a toujours contesté cette interprétation de l'article 13 de la Constitution, la signature d'une ordonnance devant être, selon lui, automatique comme celle d'un décret délibéré en conseil des ministres, dès lors que le Parlement s'est prononcé en votant une loi d'habilitation " (229).

Les principales positions doctrinales peuvent se résumer ainsi : pour certains, le Président est toujours libre de signer ou non les ordonnances (230), pour d'autres il est en principe libre de le faire, mais seulement pour des motifs qui ne relèvent pas de la pure opportunité politique (231), pour d'autres, il y a des cas dans lesquels il a l'obligation de refuser sa signature, et d'autres cas dans lesquels il est libre de l'accorder ou de la refuser pour des raisons d'opportunité, pour d'autres encore, le Président de la République est en principe tenu de signer les ordonnances, mais sa compétence reste discrétionnaire lorsqu'il s'agit de domaines dans lesquels il a des compétences particulières (généralement le

226 E. BALLADUR est conscient de ce risque : " en refusant de signer une ordonnance, celui-ci a-t-il créé une coutume ? Ses successeurs seront certainement tentés de se prévaloir du précédent. J'attends avec curiosité de voir si l'un d'entre eux y renoncera " (Le Point n° 741n 1er déc. 1986). " Dans l'entourage présidentiel, on se plaît à interpréter la satisfaction du Premier ministre sur la " souplesse " et la " solidité " des institutions, comme une reconnaissance implicite de la marge de manoeuvre - et donc d'interprétation de la Constitution - revendiquée " en conscience " par le Président de la République " : A. ROLLAT, Le Monde 23 juillet 1986. B. MATHIEU (art. préc., p. 715) n'hésite pas à affirmer que " la pratique constitutionnelle reconnaît au chef de l'Etat le droit de ne pas signer les ordonnances ", notamment parce que F. Mitterrand a refusé de signer l'ordonnance sur les privatisations en 1986.

227 Le Figaro, 10 avril 1986. Il ajoute : " La demande de légiférer par ordonnances figure dans la Constitution. C'est le gouvernement qui présente cette demande, sans même qu'il soit fait mention du Conseil des ministres. Le président de la République n'intervient en rien dans cette procédure. C'est le Parlement et le Parlement seul qui définit le champ d'application des ordonnances. Quant à la signature du président de la République, elle intervient au bout de la procédure, après que les ordonnances ont été prises en Conseil des ministres. Cette signature est sans doute, dans l'esprit des constituants, un acte formel, attestant la régularité de la procédure, comme c'est le cas pour la promulgation des lois ".

228 Le 16 juil. 1986, Le Monde 18.7.1986.; Le Figaro 17 juil 1986.

229 P. JARREAU. Le Monde 15-16 mars 1987. M. BALLADUR se prononce régulièrement en ce sens : " selon moi, la Constitution implique qu'elles soient signées dès lors qu'elles sont approuvées par le Conseil des ministres " Le Point n° 741, 1er déc. 1986, p. 53, et cf *Passion et longueur de temps*, préc.

230 M. DUVERGER, Bréviaire de la cohabitation, préc; J. ROBERT, M. Mitterrand peut refuser de signer, Le Monde 18 avril 1986; D. TURPIN, La présidence du Conseil des ministres, préc., p. 888.

231 Il semble que ce soit la position de François GOGUEL, entretien précité.

domaine réservé parfois étendu à la justice et à la " protection des libertés " dont on devine qu'elle est pratiquement illimitée) (232), pour d'autres, il est tenu de refuser sa signature si elles sont inconstitutionnelles mais il a l'obligation de signer les ordonnances lorsqu'elles appliquent les dispositions fixées par la loi d'habilitation, par exemple, " si la loi d'habilitation fixe la liste exacte des privatisations et que le Conseil constitutionnel la déclare conforme à la Constitution, le Président doit signer une ordonnance la mettant en oeuvre " (233), et il y a une situation intermédiaire dans laquelle les ordonnances ne se contentent pas d'appliquer la loi d'habilitation mais ne sont pas manifestement inconstitutionnelles, dans ce cas, le Président semblerait disposer d'un certain pouvoir d'appréciation (234), Enfin certains estiment qu'il est tenu de signer les ordonnances (235). Nous défendons personnellement cette dernière opinion, tout en admettant que la question peut être discutée lorsqu'il s'agit d'ordonnances manifestement inconstitutionnelles. Nous en concluons qu'en refusant de signer les ordonnances, le Président de la République a violé les dispositions claires et précises du texte de la Constitution, interprétée dans le sens que semblaient vouloir lui donner ses rédacteurs en 1958 (236).

#### 4 ) Le veto présidentiel sur les nominations.

Instruit par les crises de l'histoire constitutionnelle française, on pouvait redouter, à la veille de la cohabitation, que l'expérience ne vienne bientôt échouer sur la question de la nomination d'un général ou d'un préfet (237). Aussi le Gouvernement n'a-t-il pas tenté, apparemment, de bouleverser les règles de répartition des pouvoirs en ce domaine, alors même que cela paraissait juridiquement très " faisable " ( a ). Pour apprécier l'étendue du pouvoir du Président de la République en matière de nominations, il convient de rappeler que M. F. Mitterrand avait " verrouillé " ce système autant qu'il l'avait pu avant la cohabitation ( b ), et que, durant la cohabitation, chef du Gouvernement et Président de la

---

232 Pour G. CONAC, *Le Président de la République ne peut refuser de signer les ordonnances que dans trois cas : en cas d'inconstitutionnalité flagrante, s'il s'agit d'une compétence qui lui est propre, bien que s'exerçant en Conseil (ex : nomination d'un fonctionnaire à laquelle il se serait opposé en Conseil), et s'il s'agit d'un droit lié à l'exercice de sa " mission régulatrice " (imposer la saisine du Parlement) (dans Le droit constitutionnel de la cohabitation, préc, p. 94.*

233 O. DUHAMEL, *Le Monde* 12 avril 1986.

234 O. DUHAMEL, *Le Monde* 12 avril 1986.

235 Y GAUDEMET, *Le Président est tenu de signer*, *Le Monde* 18 avril 1986; J. LARCHE, *Le Président de la République est tenu de signer les ordonnances*, *Le Monde* 29 mars 1986; C. LECLERCQ, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc. p. 543.

236 Ont considéré que le Président ne pouvait refuser de signer les ordonnances : Roland DRAGO, qui estime qu'en refusant de signer l'ordonnance sur les privatisations, le Président de la République a commis un véritable " abus de pouvoir " (*Le Figaro*, 16 juil. 1986); Michel DEBRE a considéré que M. Mitterrand a " usurpé un droit de veto " que ne lui accordait en aucun cas la Constitution (le 16 juillet 1986); C. LECLERCQ *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 5e ed. Litec, 1987, p. 542.

237 C'est à propos de nominations qu'eut lieu la crise entre Mac Mahon et Dufaure, qui aboutit à la démission de l'un comm e de l'autre (cf. introduction).

République ont semblé " marchander " chaque nomination importante ( c ), acceptant par là-même la tutelle présidentielle.

a ) **Le déséquilibre du système n'est pas remis en cause.**

85 La Constitution accorde en matière de nominations une compétence de droit commun au Premier ministre, et une compétence d'attribution au Président de la République. En effet, si l'article 13 dispose dans son second alinéa que le Président de la République " nomme aux emplois civils et militaires de l'Etat, " et il énumère les nominations qui seront faites en Conseil des ministres (en renvoyant à une loi organique pour compléter cette liste - ce sera l'ordonnance du 28 novembre 1958 ), l'article 21 de la Constitution dispose que " sous réserve des dispositions de l'article 13, (le Premier ministre) exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires ". Alors que sous la IIIe République, le chef de l'Etat nommait à tous les emplois civils et militaires, certaines nominations seulement étant soumises au Conseil des ministres, sous la IVe République, le Président nommait seulement en Conseil des ministres les plus hauts fonctionnaires énumérés dans l'article 30 de la Constitution de 1946, tous les autres étant nommés par décrets du Président du Conseil. C'est ce dernier système qui semble être mis en place par la Constitution de la Ve République, puisque l'article 13 évoque limitativement les nominations qui doivent être faites en Conseil des ministres, et dispose dans son quatrième alinéa qu' " une loi organique détermine les autres emplois auxquels il est pourvu en Conseil des Ministres ainsi que les conditions dans lesquelles le pouvoir de nomination du Président de la République peut être par lui délégué pour être exercé en son nom ". *Nulle part il n'est explicitement question de nominations par le Président de la République qui auraient lieu en dehors du Conseil des ministres*, et la combinaison de l'ensemble des dispositions de l'article 13 avec celles de l'article 21 fait apparaître l'alinéa 2 de l'article 13 comme une formule essentiellement honorifique. Mais ce n'est pas de cette oreille que l'entendait le général de Gaulle, puisque, en faisant adopter l'ordonnance du 28 novembre 1958 portant loi organique, il allait inverser les rôles en réduisant à l'extrême le pouvoir de nomination du Premier ministre. Vaine querelle juridique - dira-t-on. Beau sujet pratique sera-t-on tenté de répondre, puisque Jean Massot a pu calculer qu'environ un millier de personnes sont nommées en Conseil des ministres, et environ 70.000 le sont par décret présidentiel simple (dont la moitié est constituée par les officiers), tous les autres fonctionnaires étant nommés par arrêté (238). Par quels procédés a-t-on pu aboutir à un tel résultat ? *L'ordonnance du 28 novembre 1958, dans son article premier*, prévoit quels seront les emplois pourvus en Conseil des ministres, et il renvoie à un décret en Conseil des ministres pour permettre une certaine souplesse du système. Mais cela est contestable car, tandis que la Constitution dispose que ces nominations doivent être fixées par une loi organique, il suffira d'un simple décret en Conseil des ministres pour modifier cette liste (239). Ainsi, alors que l'article 13 de la Constitution prévoyait

238 J. MASSOT, *La présidence de la République en France*, D.F., 1977, p. 150.

239 L'alinéa 4 de l'article 1 précise en outre que resteront pourvus en Conseil des ministres les " emplois pour lesquels cette procédure est actuellement prévue par une disposition législative ou réglementaire particulière ". Toujours en application de l'article 13 de la Constitution, elle prévoit les conditions de la délégation du

qu'il appartenait au Parlement (du fait de l'exigence d'une loi, organique), de définir le pouvoir de nomination du Président de la République, par le biais de cette loi organique adoptée par ordonnance, le pouvoir de fixer cette liste est transféré à l'exécutif, et l'on aboutit largement à une auto-limitation (donc à l'absence de limitation en fait) du Président de la République (puisqu'il signe les décrets délibérés en Conseil des ministres).

Mais surtout, l'ordonnance portant loi organique du 28 novembre 1958 prévoit dans son *article 2*. une liste de nominations qui seront faites par décret présidentiel simple, en dehors du Conseil des ministres. En prévoyant ainsi des nominations par le Président de la République en dehors du Conseil des ministres, " la loi organique introduit des dispositions qui n'étaient pas prévues par l'article 13 de la Constitution comme étant du domaine de la loi organique " (240). M. Pierre Lavigne souligne qu' " il y a là un parallélisme avec les décrets réglementaires du président de la République qui ne sont pas délibérés en Conseil des ministres, mais l'article 2 de l'ordonnance du 28 novembre 1958 constitue pour la compétence de ces nominations un fondement juridique certain " (241). Il relève encore que " cette ambiguïté de la compétence en matière de nominations aux emplois civils et militaires a été parfaitement soulignée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 10 février 1965, Pontillon (Rec. p. 92).. " Considérant qu' " à supposer même que ladite nomination n'appartienne pas au Président de la République en vertu des dispositions du deuxième alinéa de l'article 13 de la Constitution, la circonstance que le décret...ait été néanmoins signé par le Chef de l'Etat n'est pas en tout état de cause, de nature à l'entacher d'illégalité, dès lors que le Premier ministre, investi par l'article 21 de la Constitution du pouvoir de signer les décrets autres que ceux réservés au Président de la République, y a lui-même apposé sa signature " (242). Cette formule n'est pas sans rappeler celle de l'arrêt Sicard relative aux décrets réglementaires revêtus de la signature superfétatoire du Président (243), et l'on pourrait se demander si l'on ne peut pas en tirer les mêmes conséquences quant à la non-application de la règle du parallélisme des formes (le Premier ministre serait alors fondé à révoquer une personne ainsi nommée, et à en désigner une autre à sa place même contre le gré du Président). Mais il ne semble pas que cette solution ait été proposée, et cette voie était peut-être trop incertaine pour que le Premier ministre ne s'y engage dans une conjoncture politiquement aussi explosive. Mais qui sait, un jour peut-être... ?

Il était tout à fait concevable que la cohabitation conduite à une remise en cause de cette répartition du pouvoir (et cela pourrait se produire dans l'avenir). Il aurait été nécessaire de procéder à une révision de la Constitution pour réduire le nombre de nominations relevant de la compétence du chef de l'Etat en Conseil des ministres qui sont énumérées par

---

pouvoir de nomination du Président au Premier ministre (délégation impossible pour les nominations en Conseil des ministres et pour celles qui sont visées à l'article 2 (qui dispose que " sont nommés par décret du Président de la République " les membres du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes, les magistrats de l'ordre judiciaire, les professeurs de l'enseignement supérieur, les officiers des armées de terre, de mer et de l'air, et les membres de certains corps, à leur entrée dans leurs corps respectif)

240 P.LAVIGNE, commentaire de l'article 13, dans *La Constitution de la République française*, G. CONAC et F. LUCHAIRE (dir) préc., p. 523).

241 Idem.

242 Idem, p. 525.

243 Cf. *Supra*.



l'article 13. Mais il aurait suffi d'une modification de la loi organique (selon la procédure décrite à l'article 46 de la Constitution et qui n'était pas hors de portée pour le Gouvernement dès lors qu'il avait la majorité absolue à l'Assemblée nationale) pour réduire considérablement le nombre des nominations présidentielles en Conseil des ministres, pour modifier, voire abroger, les dispositions de l'ordonnance portant loi organique du 28 novembre 1958 relatives aux nominations faites par le Président en dehors du Conseil des ministres, et pour modifier les conditions de délégation des pouvoirs présidentiels au Premier ministre (244). On peut même observer avec Pierre Lavigne qu'il aurait suffi d'une loi simple pour réviser les dispositions de l'article 2 de cette ordonnance (relatives aux nominations faites par le Président de la République par décret présidentiel simple). En effet, cet article " qui ne trouve sa source dans aucune disposition constitutionnelle, peut être considéré comme n'ayant que la valeur juridique des dispositions non organiques d'une ordonnance de l'article 92, et de ce fait, doit pouvoir être modifié par une procédure législative " (245). Enfin, un simple décret en Conseil des ministres eût permis de réduire singulièrement les pouvoirs présidentiels pour le choix " aux emplois de direction dans les établissements publics, les entreprises publics et les sociétés nationales quand leur importance justifie inscription sur une liste dressée par décret en conseil des ministres ", qui, aux termes de l'alinéa 3 de l'article premier de l'ordonnance du 28 novembre 1958, sont pourvus par décret présidentiel en Conseil des ministres. Mais le Président de la République aurait-il accepté de signer un tel décret ? (puisqu'aux termes de l'article 13, le Président de la République *signe* les décrets et les ordonnances délibérés en Conseil des ministres). Mais M. Mitterrand avait " pris les devants " à la veille de la cohabitation.

**b ) " La chasse aux sorcières commence avant l'ouverture " .**

86 Par cette expression un peu familière et pas tout à fait exacte dans la mesure où, comme le souligne Dominique Chagnollaud (246), il s'agit plus souvent de sorciers que de sorcières, nous entendons souligner qu'à la veille de la Cohabitation, le Président de la République a tenté de " sauver les meubles " en apportant quelques modifications aux conditions de nomination des hauts fonctionnaires, et en " plaçant ses hommes " aux postes-clef. La plus visible de ces actions a été la *modification du décret sus-évoqué déterminant le nombre d'emplois pourvus par décret présidentiel en Conseil des ministres*. A l'instar du général de Gaulle qui, comme lui, se sentait en mauvaise posture à la veille

---

244 On notera que la liste des nominations qui doivent être faites par décret présidentiel en Conseil des ministres ne peut être fixée que par la loi organique ou par le décret auquel renvoie l'ordonnance du 28 novembre 1958, le Conseil constitutionnel ayant sanctionné les dispositions de la loi sur la liberté de communication prévoyant la nomination en Conseil des ministres des membres de la CNCL et du président de l'établissement public de diffusion (n° 86-117 DC). P. AVRIL et J. GICQUEL soulignent que l'on arrive au paradoxe suivant lequel une loi ne peut faire ce qui peut être réalisé par décret (CCF Pouvoirs n° 40, 1987, p. 168).

245 Idem, p. 524.

246 D. CHAGNOLLAUD, La nomination des fonctionnaires ou les arcanes de la politisation, rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, 5-8 octobre 1988.

des élections législatives en 1967 (247), M. Mitterrand n'a pas hésité à augmenter considérablement le nombre d'emplois de direction dans les établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales, qui seront pourvus par lui-même en Conseil des ministres. Alors que la première liste dressée par un décret du 29 avril 1959 (et modifiée depuis) concernait 51 emplois, celle qui résulte du décret du 6 août 1985 en comporte 163. Mais cette modification résulte en partie des nationalisations effectuées depuis 1981 (248). Ensuite, M. F. Mitterrand a agi par des *procédés plus indirects., tout d'abord en faisant modifier un certain nombre de textes particuliers*. Le décret du 24 juillet 1985, portant application de l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984, fixe les emplois supérieurs pour lesquels la nomination est laissée à la décision du Gouvernement (ce sont en particulier les directeurs d'administration (249)). La loi, très controversée, du 13 septembre 1984, généralise le "tour extérieur" à tous les corps d'inspection et de contrôle dans la proportion d'un tiers, et un décret du 18 février 1985 l'introduit en outre pour l'accès au grade d'inspecteur général des finances (250). Cette loi abaisse aussi l'âge de la retraite dans la fonction publique et le secteur public, ce qui permettait dans l'absolu d'obtenir un certain nombre de départs - et donc de nouvelles nominations - avant la cohabitation (251). Le 16 janvier 1985, le Conseil constitutionnel a l'occasion de déclarer non conformes à la Constitution certaines dispositions de la loi portant diverses mesures d'ordre social et offrant au Gouvernement la possibilité de nommer ministre plénipotentiaire des non-fonctionnaires ayant exercé six mois les fonctions de chef de mission diplomatique, les intéressés étant intégrés dans le corps (252). Le statut des sous-préfets connaît également certains assouplissements qui permettent d'intégrer une quarantaine de nouveaux venus (253). Dans le corps préfectoral, "l'utilisation systématique des postes vacants au tour extérieur ainsi que la réintroduction des nominations pour ordre, hors d'un poste territorial, avec le décret du 23 décembre 1982 ont marqué sans aucun doute une rupture avec les pratiques passées" (254). Dans l'ensemble, le Gouvernement Chirac ne reviendra pas sur ces mesures, sauf sur l'âge de la retraite dans certains grands corps (255). De surcroît, l'influence du pouvoir exécutif sur le secteur économique sera réduite par les privatisations (si l'on ne prend pas en compte la formation des "noyaux durs" d'actionnaires politiquement proches du Gouvernement, qui a été tant décriée).

Enfin, de nombreuses nominations durant les mois qui précèdent la cohabitation permettent de placer "les hommes du Président" aux postes importants (256). On observe

247 Décret du 21 février 1967 (R. CHIROUX, Chronique politique, R.A., 1985, n° 226, p. 406).

248 Cf. J.O. Ass. Nat Q. et R. 25 novembre 1985, p. 5385., On trouvera la liste de ces postes dans Pouvoirs n° 40, 1987, p. 129.

249 Cf. Pouvoirs n° 40, 1987, p. 128.

250 Cf. D. CHAGNOLLAUD, art. préc., p. 7-8.

251 Ainsi, on obtenait dans l'absolu 24 départs supplémentaires de 1984 à 1988 au Conseil d'Etat, à 34 à la Cour des comptes pour 1985-1987, et 15 à l'inspection des finances (D. CHAGNOLLAUD, art. préc., p. 8.).

252 Cf. CCF Pouvoirs n° 38, 1986, p. 182-183.

253 Décret du 2 juillet 1982, reconduit le 15 juin 1984 (idem, p. 9).

254 D. CHAGNOLLAUD, art. préc., p. 11.

255 D. CHAGNOLLAUD, art. préc., p. 24.

256 On observera que cette pratique est très différente du spoil system américain, dans lequel les nominations politiques se font en début de mandat seulement (cf. R. Prud'homme, Le système des dépouilles à la française, Le Monde 2 avril 1986.)

en effet chez les responsables de la police, le mouvement le plus important depuis que M. Joxe est ministre de l'intérieur (257). Au Quai d'Orsay, maison réputée pour son calme, un arrêt de travail est motivé, en particulier, par " l'inquiétude et l'exaspération de bon nombre de diplomates devant la multiplication des nominations à caractère politique " (258). Les deux derniers Conseils des ministres ont été largement consacrés à des nominations (259). Cette politisation très nette de la fonction publique (qui avait atteint son paroxysme à la suite du congrès de Valence en 1981, où avait été consacré le " théorème de Quilès " (260), révélateur du " syndrome d'Allende " ), provoquera même l'indignation de voix aussi autorisées que celles de François Bloch-Lainé et Bernard Tricot, dans les colonnes du Monde (261).

*Les dirigeants de la nouvelle majorité ont, avant la cohabitation, déclaré qu'ils ne procéderaient pas à une " chasse aux sorcières ", mais aurait-ils pu, de toutes façons, la réaliser ? On n'assista pas, comme on le redoutait à cause de l'expérience précédente, à la disparition soudaine de la plupart des présentateurs de journaux télévisés. Néanmoins, après un an de pouvoir dix PDG avaient été déplacés dans le secteur de la communication, contre neuf durant la première année de gestion socialiste (262). Alors qu'en 1982, seulement 3 P.D.G. d'entreprises publiques sur 46 avaient conservé leur poste, en mars 1987, le Gouvernement n'en avait renouvelé que la moitié. Dans la " valse lente des grands commis " (263), on observe également que les recteurs ont été légèrement moins touchés par un an de Gouvernement de cohabitation (14 ont été atteints) que par un an de Gouvernement socialiste (19 personnes déplacées ou démisées de leurs fonctions) (264). Néanmoins, le renouvellement de la haute fonction publique a été important, tout particulièrement en ce qui concerne les " cas symptomatiques " (265) des préfets et des directeurs de cabinet. Ce sont en effet, depuis deux siècles, les postes les plus exposés aux changements politiques. D. Chagnollaud calcule leur taux de renouvellement par rapport aux postes, ce qui inclut notamment les mutations d'un poste à l'autre. On observe ainsi qu'en un an, 69 préfets ont été atteints par la petite alternance de la cohabitation, alors que 103 avaient subi les effets de la grande alternance de 1981, ce qui correspond à 32*

---

257 Cf. Le Monde 6 fév. 1986.

258 Le Monde 20 fév. 1986.

259 Cf Le Point n° 702, 3 mars 1986, p. 70-71. Parmi les nominations qui firent grand bruit, on notera celle d'Eric Rouleau, voisin landais du Chef de l'Etat, comme ambassadeur à Tunis, et celle du médecin personnel du Président comme inspecteur général de la Sécurité Sociale.

260 En octobre 1981 à Valence, M. Quilès déclare qu'il est nécessaire de faire tomber toutes les têtes pour éviter les blocages contre la nouvelle politique. Cf. A. PASSERON, Comment ils ont placé leurs amis, Pouvoirs n° 40, 1987, p. 25-30.

261 Le Monde 6 février 1986.

262 Parmi les PDG de TF1, A2, FR3, SFP, Ina, TDF, Havas, AFP, RMC, Sofirad, Radio France (Le Point n° 756, 16 mars 1987).

263 Selon l'expression de L. GREILSAMER et D. SCHNEIDERMANN, Le Monde 25 oct. 1986.

264 Le Point n° 756, 16 mars 1987. Alors que 16 recteurs avaient été changés durant les premiers mois de la victoire socialiste, 8 seulement ont été mutés durant les six premiers mois de cohabitation (Le Monde 25 oct. 1986).

265 Selon l'expression de D. CHAGNOLLAUD, art. préc., p. 17.

mutations, contre 67 (sur un effectif de 124) (266). D'après Dominique Chagnollaud, Le taux de renouvellement des préfets durant la première année de cohabitation a été de 98 %, alors qu'il avait été de 100 % entre juillet 1981 et juin 1982 (267). Ce sont là des records sous la Ve République, puisque ce taux n'atteignait que 50 % entre juillet 1958 et juin 1959 et s'établissait en moyenne autour de 30 % (il s'agit de moyennes annuelles) (268). Néanmoins, c'est seulement la variation globale de ces taux qu'il faut prendre en considération, car ils ne sont pas expliqués uniquement par des phénomènes politiques (compte tenu de la rotation préfectorale au regard de la gestion de la carrière). On peut en outre observer que les préfets eux-mêmes désirent dans de telles situations changer d'affectation, car il leur est difficile de soutenir deux politiques différentes au même endroit à quelques mois d'écart (269). S'agissant des directeurs, le taux de renouvellement annuel moyen a été calculé en divisant le nombre de postes par le nombre de mutations. Leur évolution doit être interprétée en en considérant que les réorganisations de ministères peuvent modifier les statistiques. Si ce taux n'avait atteint que 19,7 % entre juin 1958 et 1960, il restera toujours en deçà de ce chiffre, sauf entre 1974 et 1976 où il s'élèvera à 25,4 %. Entre mai 1981 et 1983, il atteindra 30 % : (270), et il sera de 40,5 % entre mars 1986 et mars 1987 (271). Globalement, 90 directeurs d'administration centrale sur 205 ont été changés durant la première année de gestion socialiste, contre 81 entre mars 1986 et mars 1987 (272). Néanmoins, ces postes ne sont pas forcément totalement révélateurs, puisqu'ils ne donnent pas d'idée précise des secteurs affectés ou non par le changement politique. Alors que des changements importants ont eu lieu dans les secteurs de la police, des affaires et de la culture, les autres secteurs sont moins touchés par ce mouvement. Ainsi, on peut observer que l'armée et le Quai d'Orsay sont préservés des grands remous du changement de majorité. Sur 143 ambassadeurs, 82 ont subi les conséquences de la première année d'alternance socialiste, contre la moitié seulement - 41 - durant la première année de cohabitation (273). Un véritable " bras de fer " s'est joué entre M. Mitterrand et M. Chirac pour le remplacement d'Eric Rouleau, proche du président, qui ne faisait pas partie avant sa nomination du corps diplomatique, et qui fut relégué à la " fonction d'ambassadeur itinérant...sans itinéraire " (274). Sans entrer dans les " batailles de chiffres ", on notera que sur les 500 postes considérés comme des postes-clef de l'Etat (275), après six mois de gouvernement, les chiraquiens avaient une légère avance sur les

---

266 Le Point n° 756, 16 Mars 1987.

267 En 5 ans, 300 changements de préfet ont été opérés. " La gauche a ainsi battu un record puisque, avant elle, on ne peut guère citer comme mouvement massif que celui de 1967 qui concernait 47 préfets ". (A. PASSERON, Comment ils ont placé leurs amis, Pouvoirs, n° 47, 1987, p. 25-30.

268 D. CHAGNOLLAUD, art. préc., p. 17. Le taux le plus fort recensé par l'auteur est celui de 1945-46, qui s'établit à 70 % (c'est la première période qu'il analyse). Ce taux est également élevé entre 1974 et 1976 ( 56 % et 27, 2 %).

269 Le Monde 25 oct. 1986, préc., p. 15.

270 Néanmoins, un autre observateur constate qu'en deux ans 70 % des directions auront de nouveaux titulaires (directeurs de l'administration centrale, des ministères) : A. PASSERON, Comment ils ont placé leurs amis, Pouvoirs, n° 40, 1987, p. 25-30.

271 D. CHAGNOLLAUD, art. préc., p. 20.

272 Le Point n° 756n 16 mars 1987.

273 Le Point n° 756, 16 mars 1987.

274 Le Monde 25 oct. 1986, préc., p. 17.

275 205 directeurs d'administration centrale, 143 ambassadeurs, 124 préfets, 28 recteurs.

socialistes, puisqu'ils avaient changé les titulaires de 79 postes, contre 54 (276). Mais après un an, les titulaires de 205 d'entre eux avaient été changés, contre 294 durant la première année de gouvernement socialiste. Néanmoins, on observera que la durée des deux législatures est très différente. Entre 1981 et 1985, les socialistes avaient changé 94 % des titulaires de ces postes-clef, alors qu'après un an du Gouvernement de la cohabitation (moment qui fut le plus important en matière de nominations), ce taux de renouvellement n'était encore que de 40 % (277). S'agissant des postes qui sont juridiquement désignés comme étant " à la discrétion du Gouvernement " (278), Notons que " si tous les titulaires d'emplois supérieurs sont nommés en Conseil des ministres, tous les emplois auxquels il est ainsi pourvu ne sont pas à la discrétion du Gouvernement (Conseillers d'Etat et conseillers maîtres à la Cour des comptes par exemple) " (279). Mais en réalité, s'agit-il d'emplois à la discrétion du Gouvernement ou du Président de la République ?

### c ) La négociation du pouvoir de nomination.

87 Lorsque les rédacteurs de la Constitution s'interrogèrent sur la liste des nominations relevant de la compétence du Président de la République en Conseil des ministres, les membres du Comité consultatif constitutionnel attirèrent leur attention sur l'importance de la délibération du Conseil. M. Dejean : " Si un président de la République nommait un préfet ou un général contre l'avis du premier ministre, le premier ministre démissionnerait." M. Gilbert-Jules : " Il n'y a pas que le premier ministre, les délibérations en Conseil des ministres sont très importantes " (280). Pourquoi les rédacteurs de la Constitution ont-ils prévu que ces nominations doivent intervenir en Conseil des ministres (conformément à ce que l'on observait sous la IV<sup>e</sup> République et contrairement à ce qui se passait pour la plupart des nominations sous la III<sup>e</sup> République) ? Apparemment pour des raisons honorifiques et surtout pour permettre un contrôle du Conseil sur ces nominations, pour qu'elles ne puissent pas être faites contre l'avis du Gouvernement. Dans la mesure où il s'agit d'un pouvoir assorti de l'exigence du *constreseing*, on peut se demander quelle est la marge de pouvoir discrétionnaire du Président de la République.

On serait tenté d'affirmer qu'ici, le texte de la Constitution ne semble pas faire de distinction entre la délibération du Conseil des ministres, et la signature présidentielle. Mais ne doit-on pas considérer que les décrets de nomination sont, certes des actes individuels, mais n'en restent pas moins des décrets. Or l'alinéa premier de l'article 13, qui stipule que " Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres ", vise en réalité l'ensemble des décrets, puisqu'il

276 Le Monde 25 oct. 1986.

277 Nous regrettons de ne pas disposer des chiffres définitifs.

278 Cette liste a été établie à partir de 1949, et la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat reprend la même formule que précédemment en renvoyant à un décret en Conseil d'Etat (adopté le 24 juillet 1985)(cf. A. M. Le BOS, le POURHIET, Les emplois à discrétion, Pouvoirs n° 40, 1987, p.121.

279 A.M. Le BOS, le POURTHIET, art. préc., p. 123.

280 Cf. D.F., Documents pour servir..., t. II, p. 331.

concerne " les décrets " et non " les décrets réglementaires ". En suivant ce raisonnement, on devra donc admettre que les décrets de nomination signés par le Président *en Conseil des ministres*, doivent faire l'objet d'une part d'une délibération du Conseil des ministres, et d'autre part de la signature du Président. Dans ce cas, s'appliquera le raisonnement que l'on vient de retenir pour les décrets et les ordonnances, et l'on admettra que la compétence du Président de la République est liée au niveau de sa signature, le seul pouvoir dont il dispose étant de faire valoir son avis durant la délibération du Conseil.

Mais ce raisonnement se heurtera certainement aux idées de la majorité de la doctrine, qui voyait dans ce pouvoir de nomination du Président soit une compétence quasi-discrétionnaire (ce qu'elle était en pratique jusqu'en 1986), soit, tout au plus, un pouvoir partagé entre Président de la République et Premier ministre. Le poids de la tradition est souvent invoqué en ce sens, pas toujours à juste titre selon nous, puisque l'on sait que si les nominations étaient un des derniers "terrains de résistance" du chef de l'Etat sous la III<sup>e</sup> République, ses pouvoirs étaient beaucoup plus réduits sous la IV<sup>e</sup>. Enfin, sous la V<sup>e</sup> République, hormis les domaines de la politique étrangère et de la défense, le général de Gaulle et, dans une moindre mesure peut-être, G. Pompidou laissaient une très grande liberté au Premier ministre. C'est surtout à partir de la Présidence de M. Giscard d'Estaing que le Président est intervenu beaucoup plus personnellement à ce titre, ce mouvement allant croissant depuis 1981, puisque l'on rapporte en 1985 que M. F. Mitterrand " se mêle de tout, jusque et y compris des nominations de sous-préfets " (281).

En pratique, durant la cohabitation, il semble que ces nominations aient fait l'objet d'un marchandage entre les deux têtes de l'exécutif. Deux ans et demi après la fin de la cohabitation, lorsque M. Chirac décide de s'exprimer publiquement pour la première fois sur la manière dont il a vécu cette expérience de cohabitation, il en présente une vision assez dédramatisée sur plusieurs points, en particulier en ce qui concerne les nominations. Affirmant que le veto du Président de la République sur la nomination de deux ministres est une légende créée par la presse, il déclare qu'il n'y a eu qu'un seul conflit grave entre lui-même et M. Mitterrand à propos des nominations *importantes* : celui qui a concerné le préfet de police, M. Mitterrand ayant refusé de le nommer puis accepté de le faire au bout de plusieurs jours<sup>(282)</sup>. En fait la situation n'a pas été très simple pour beaucoup de nominations, qui doivent sans doute être regardées comme peu ou moins importantes. Les règles qui ont dominé la pratique de la répartition des compétences entre Président et Premier ministre sont assez imprécises.

Et chaque observateur de tenter de définir la ligne de partage entre leurs compétences respectives. L'un constatera que " *le Président a laissé en grande partie agir le Premier ministre; s'il s'est réservé un droit de veto pour les hauts postes de la hiérarchie militaire, il n'est guère intervenu pour les emplois civils, à commencer par le corps préfectoral ou rectoral* " (283). Selon Hugues Portelli, " la relative lenteur du renouvellement s'explique davantage par la nécessité de se conformer à ce veto d'un genre particulier (François Mitterrand veille simplement à ce que toute mise à l'écart n'entraîne pas une *capitis*

281 Le Monde 4 janvier 1985.

282 Cf. J. CHIRAC, *Ma Cohabitation*, TF1, le 7 déc. 1990, 22h.40

283 Hugues PORTELLI, *Les conquêtes tranquilles du Premier ministre*, , préc., p. 52.

*diminutio*) que par une obstruction sur les remplaçants." (284). Pour d'autres, la cohabitation n'a pas beaucoup ralenti la " valse " des grands commis, mais elle a modifié les règles du jeu. il existerait deux catégories de hauts postes : ceux sur lesquels le Président entend exercer un pouvoir d'appréciation et ceux qui restent à discrétion du Gouvernement. Le premier groupe comprendrait une vingtaine de postes. Pour certains d'entre eux, en particulier en matière de politique étrangère et de défense, le Président dispose d'une faculté d'empêcher (ainsi s'est-il opposé au remplacement du général Saulnier, malgré les velléités de Matignon). Dans d'autres cas, les hôtes de l'Elysée et de Matignon sont d'accord sur un même candidat (par exemple Marceau-Long à la vice-présidence du Conseil d'Etat). En cas de désaccord, ils peuvent être contraints de recourir à un *outsider* (comme pour le choix du Président de la section du Contentieux du Conseil d'Etat). Enfin, le Président de la République se livre parfois à une guerre de retardement. En termes sportifs, on dirait qu'il " joue la montre ". Il a ainsi pu offrir neuf mois de " sursis " à Pierre Verbrugghe, directeur général de la police nationale (285). Les postes du second groupe relèvent théoriquement de la seule volonté de Matignon, mais théoriquement seulement, puisque le Président de la République " utilise sa signature comme une arme de dissuasion ", car si le Gouvernement n'offre pas un " reclassement acceptable " aux anciens collaborateurs du Président, il retardera sa signature, éventuellement de plusieurs mois (286). Certains certains observateurs considèrent-ils que la cohabitation a freiné le " *spoils system* " en obligeant le Président de la République et le chef du Gouvernement à négocier, à trouver des compromis (287). D'autres enfin ne font pas de distinction entre les domaines de l'action gouvernementale et soulignent que le Président a pu freiner certaines nominations pour assurer le reclassement des personnes évincées. " Il n'est pas paru anormal que celui qui appartenait à un grand corps de l'Etat (Conseil d'Etat, Cour des comptes, Inspection des finances par exemple) y retourne (...). Par contre le Président de la République s'est refusé à mettre fin à la fonction d'un ambassadeur tant qu'un emploi digne de cette fonction ne lui était pas assuré" (288). M. François Luchaire observe encore que le chef de l'Etat a pu s'opposer à certaines nominations " pour des raisons tenant à la personne proposée ". De plus, " quelques nominations au " tour extérieur " dans les grands corps de l'Etat ont été obtenues par des personnalités très proches du chef de l'Etat et très certainement sur son intervention " (de même que pour certaines nominations dans l'ordre de la légion d'honneur ou au mérite de l'ordre national) (289). La répartition du pouvoir de nomination a donc été *négociée* dans chaque cas par le Président de la République et le Premier ministre. M. François Mitterrand a réussi à obtenir non seulement des nominations, mais aussi le maintien en fonction, provisoire ou définitif de certaines personnes à des postes importants non seulement dans l'armée et au Quai d'Orsay, mais à la direction de la banque de France ou à la présidence de la caisse des dépôts (290). Les reclassements eurent parfois lieu à des postes stratégiquement beaucoup moins négligeables qu'il n'y paraît à priori, comme à la

284 Les conquêtes tranquilles du Premier ministre, préc., p. 52.

285 Le Point, n° 756, 16 mars 1987, préc., p. 60.

286 S. COIGNARD et C. Makarian, Le Point 16 mars 1987.

287 A. PASSERON, Comment ils ont placé leurs amis, Pouvoirs n° 40, 1987, p. 25-30.

288 F. LUCHAIRE, Le Droit constitutionnel de la cohabitation, p. 124.

289 F. LUCHAIRE, Le Droit constitutionnel de la cohabitation, préc., p. 124.

290 Cf. Le Monde 25 oct. 1986, préc.

présidence de la RATP, à celle d'Air Inter ou de la SNCF (291). La cohabitation n'a donc pas empêché " la chasse aux sorcières ", qui entraîne une forte politisation de la fonction publique, et que l'on observe nettement en France depuis la présidence de M. V. Giscard d'Estaing, (mais qui est un phénomène général au sein des démocraties occidentales (292)), mais l'aura freiné (de manière variable selon les secteurs), et en aura modifié les pratiques conventionnelles<sup>293</sup>. Par ce droit de veto sur les décrets de nomination (qui peut se traduire en amont du Conseil des ministres par un refus d'inscription à l'ordre du jour (294)), le Président de la République n'est certainement pas réduit à l'impuissance et il a, ici encore, réussi à imposer son interprétation de la Constitution. Là encore, on peut être surpris de ce que le Premier ministre n'ait pas contesté l'exercice de ces vetos. Héritage gaullien oblige, sans doute. Sur le plan stratégique, M. Mitterrand parviendra à souligner par ses refus qu'il n'est pas " un président au rabais ", et sa soumission à la volonté du Gouvernement lui permettra de dénoncer " l'Etat-RPR " à la veille des élections.

## B LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE INTERVIENT DANS L'ACTIVITE DU PARLEMENT.

".. Ainsi que le prétendait Jean Bodin, le droit est une *marque de souveraineté*. Au *président-législateur* d'hier a succédé, pour une part importante, le *notaire de la République*, qui authentifie la volonté gouvernementale ". Cette formule de Jean Gicquel souligne particulièrement bien le changement opéré par la cohabitation dans les relations entre Président de la République et Parlement (295). La première participation possible du Président à la fonction législative, est la détermination de l'ordre du jour du Parlement en Conseil des ministres, au sein duquel sont délibérés les projets de lois. Mais M. Mitterrand ne s'est pas reconnu le droit de s'opposer ainsi à l'exercice du pouvoir législatif (296). Pourtant, il n'est pas resté totalement inactif dans ce domaine. En effet, le Président de la République a innové en réussissant à s'attribuer un " droit " d'initiative législative qui n'était nulle part prévu par la Constitution mais qui correspondait à une pratique constante depuis 1958( 1 ). Par ailleurs, on attendait de la cohabitation qu'elle permette de répondre à un certain nombre d'interrogations sur la répartition des compétences en ce domaine, puisqu'elle était sensée imposer un retour à la lettre de la Constitution. Quelle est

291 Cf. *Le Monde* 25 oct. 1986, *préc.*, p. 17.

292 Même en Grande Bretagne, où la neutralité du Civil Service est considérée comme une caractéristique du système politico-administratif : Cf. Y. MENY, *A la jonction du politique et de l'administratif : les hauts fonctionnaires*. Pouvoirs n° 41, 1987, p. 5-23. Sur la comparaison entre le système des dépouilles français et le *spoils system* américain, cf. REMY Prud'homme, *Le Monde* 2 avril 1986.

293 Sur la notion de conventions constitutionnelles, cf. *infra*, n° 201.

294 Cf. *supra*, n°80.

295 J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *préc.*, 1987, p. 672.

296 Cf. *Supra*, les pouvoirs du Président de la République en Conseil des ministres n° 81.



précisément l'étendue des pouvoirs présidentiels lorsqu'il promulgue une loi ( 2 ), convoque ou non une session extraordinaire du Parlement ( 3 ), ou dans le cadre d'une révision de la Constitution ( 4 ) ? Si la cohabitation n'a pas permis de répondre à toutes ces questions, elle a contraint les juristes à se les poser, ce qui ne sera pas totalement inutile en cas de nouvelle coexistence, et ce qui contribuera à démontrer tout l'intérêt d'une analyse des rapports dynamiques entre règle et pratique constitutionnelle.

### **1 ) Le Président de la République s'accorde une " initiative législative "**

Nous avons pu constater que le Président de la République a, en pratique, réussi à avoir l'initiative de la loi sur le financement des partis politiques (297), aussi rappellerons-nous simplement ici quels sont ses principaux caractères. Dans le cadre d'une interprétation rigoureuse de l'article 19, s'agissant d'un " acte " du Président de la République, on aurait pu concevoir qu'il soit soumis à contreseing (298), mais cela n'aurait eu aucune conséquence pratique en l'espèce.

#### **a ) Cette " initiative législative " demeure indirecte.**

**88** Certes, il ne s'agit pas juridiquement du droit d'initiative tel qu'il est reconnu aux parlementaires ou au Premier ministre par l'article 34, puisqu'il lui était impossible de déposer une proposition ou un projet de loi, cette faculté ne lui étant pas offerte par la Constitution. Mais en pratique, cela a abouti à un résultat très comparable, puisque le Gouvernement a été contraint de déposer un projet de loi sur le sujet imposé par le Président.

#### **b ) Un pouvoir politiquement important.**

**89** Qui aurait cru, à la veille de la cohabitation, que le Président de la République parviendrait à imposer au Gouvernement d'établir un projet de loi ? Ce tour de force politique révèle non seulement les capacités de son auteur à " se sortir " des positions politiquement les plus délicates (en particulier de l'affaire Luchaire), mais aussi le poids que parvient à conserver M. F. Mitterrand en période de coexistence. De surcroît, le Premier ministre a été conduit à rechercher, sur un thème aussi brûlant, un consensus le plus large possible pour échapper aux critiques du Président de la République qui s'était

---

297 Cf. *Supra*, une nouvelle forme de séparation des pouvoirs n° 49.

298 Cf. *infra*, La fonction tribunitienne n° 113.

montré particulièrement intéressé par cette question (299). " Le Président de la République n'a pas d'ordre à donner au Parlement " - s'indigne M. Pierre Messmer, ajoutant que le Parlement pourra débattre de ce sujet " quand nous serons prêts, au moment que nous aurons choisi, car, pour faire un travail sérieux, il faut du temps " (300). Sans doute, l'initiative présidentielle a-t-elle provoqué la colère et les vives protestations des membres de la majorité et du Premier ministre, sans doute espéraient-ils échapper à l'injonction présidentielle en repoussant à plus tard ou en faisant " traîner " les débats sur ce thème, mais M. Mitterrand ne leur laissa aucune échappatoire en annonçant qu'il serait disposé à convoquer une session extraordinaire du Parlement sur cet ordre du jour (301).

## 2 ) Les pouvoirs présidentiels en matière de promulgation de la loi et de demande de nouvelle délibération.

Aux termes de l'article 10 de la Constitution, " le Président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée.

" Il peut, avant l'expiration de ce délai, demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles. Cette nouvelle délibération ne peut être refusée."

La possibilité offerte au Président de la République de demander une nouvelle lecture au Parlement peut être analysée comme un droit de veto suspensif accordé au Président par la Constitution, lui permettant de participer à la fonction législative (302). Mais ce droit est-il tout à fait discrétionnaire ? ( a ). La promulgation de la loi est-elle une compétence totalement liée ? ( b ).

### a) Le Président aurait-il pu demander une nouvelle délibération au Parlement?

**90** Le contexte politique de la coexistence rendait politiquement très improbable une demande de nouvelle délibération de la loi par le Président de la République, car il y avait de très fortes chances pour que le Parlement " revoie et corrige sa copie " pour accéder aux désirs du chef de l'Etat. Néanmoins, ce dernier aurait pu tenter de demander souvent, voire systématiquement une nouvelle délibération de la loi pour *retarder l'action du*

299 Cf. *Le Monde*, 19, 20, 22-23 novembre 1987, et *Le Point*, 23 nov. 1987.

300 Cf. *Le Monde* 19 nov. 1987.

301 Cf. *Le Monde* 19 nov. 1987.

302 Cf. *Supra*, une nouvelle forme de séparation des pouvoirs n° 49. On notera que cette disposition avait été introduite dans la Constitution de 1848 sur l'initiative de TOCQUEVILLE (J. GICQUEL, *Manuel préc.*, p. 673). En ce sens, cf. Ch. EISENMANN, *Cours de Droit administratif*, LGDJ, Paris, 1983 T. II, p. 699.

*Parlement.* Aucune disposition de la Constitution ne l'interdit en effet, mais s'il avait abusé de cette faculté, cela aurait sans aucun doute constitué un détournement de procédure (mais qui l'aurait sanctionné ?). Il semblait à fortiori exclu que cette procédure soit utilisée, comme le 13 juillet 1983, pour permettre au Président d' " enterrer " une loi, qui avait été votée à sa demande (*via* le Premier ministre), mais à propos de laquelle il avait changé d'avis, et qu'il ne souhaitait plus voir appliquer (303). Le choix, pour exprimer la demande de nouvelle délibération, de la voie d'un décret soumis à contreseing, et non de la voie du message, traditionnellement utilisée sous les Républiques précédentes, et dont on aurait pu croire qu'elle s'appliquerait dans la Constitution, pouvait paraître discutable (il s'est agi d'un décret non délibéré en Conseil des ministres) (304). Certes, on peut considérer que les pouvoirs présidentiels étant en principe exercés par décret soumis au contreseing présidentiel, c'est par cette voie, et non par celle, plus exceptionnelle du droit de message, que le Président pouvait demander une nouvelle délibération de la loi. Mais dans le silence de la Constitution, on peut imaginer que ses rédacteurs ont pensé que la même procédure que sous les Républiques précédentes continuerait à s'appliquer (305). L'élément de réponse décisif peut être trouvé dans l'article 19, qui ne cite pas l'article 10 parmi les compétences dispensées du contreseing ministériel. Mais surtout, c'est l'absence de délibération du Parlement qui est très contestable, puisqu'elle permet d'abandonner ce qui n'est plus un projet de loi, mais une loi, le Gouvernement négligeant l'inscription de la nouvelle délibération à l'ordre du jour (306). La Constitution ne précisant pas dans quel délai cette nouvelle délibération doit avoir lieu (mais qui prétendrait qu'elle devient pour cette raison facultative en droit ? (307).), cette loi a échappé à la promulgation et à la nouvelle délibération. Ainsi est apparu " un droit de veto quasiment définitif à la disposition du Président de la République avec l'accord du Premier ministre et de la majorité gouvernementale de l'Assemblée nationale " (308). Un tel " détournement de procédure ", manifestement inconstitutionnel (309), ne semble pas concevable en période de cohabitation.

Par ailleurs, une autre demande de délibération a été présentée par M. Mitterrand le 9 août 1985, pour *permettre au Parlement, à la suite d'une annulation partielle d'une loi par*

303 Cf. B. BAUFUME, *Le droit présidentiel de demander une nouvelle délibération de la loi : le Précédent du 13 juillet 1983 (loi sur l'exposition universelle de 1989)*, RDP 1985, p. 1239. Sur l'ensemble de la question, cf. J.Y. PLOUVIN *Le droit présidentiel de demander une nouvelle délibération de la loi*, RDP, 1980 p. 1563.

304 Cf. B. BAUFUME, art. préc.p. 1247. D'après J.Y. PLOUVIN, " si l'on estime que l'obligation du message est indissociable du droit de demander au Parlement un nouvel examen de la loi, ce droit doit emprunter le régime juridique du message présidentiel et est, en conséquence, dispensé du contreseing " (art. préc., p. 1588).

305 Les travaux préparatoires ne nous apportent que de très minces éléments. Le seul indice dont on dispose, en l'état actuel de leur publication, est l'exposé des motifs de l'avant-projet de Constitution du 29 juillet 1958, (soumis au CCC et approuvé par M. DEBRE), dans lequel cette faculté est présentée parmi les pouvoirs d'arbitrage du Président, qui sont tous des pouvoirs dispensés de contreseing (droit de demander une nouvelle délibération des lois, droit de recourir au référendum, droit de dissolution, et rapports avec le Conseil constitutionnel. (D.F. Documents pour servir...T.I., p. 522.

306 L'Assemblée nationale a été saisie du projet, mais c'est en commission qu'il a été jeté aux oubliettes, puisqu'il n'a, ensuite, pas été inscrit à l'ordre du jour.

307 Cette question avait d'ailleurs été posée par M. F. LUCHAIRE lors de l'élaboration de la Constitution : " Qui fixera la date de la deuxième lecture demandée par le chef de l'Etat ? Si l'on considère que le Gouvernement est pratiquement maître de l'ordre du jour du Parlement, le droit de deuxième lecture devient un droit de veto " (Observations sur l'avant-projet de Constitution du 29 juillet 1958, D.F. Documents pour servir...T.I., p. 530).

308 B. BAUFUME, art. préc., p. 1249.

309 B. BAUFUME, art. préc., p. 1255.

le Conseil constitutionnel, de voter de nouvelles dispositions, conformes à la Constitution (310). Là encore, le contexte de la cohabitation rend très improbable de recours à ce procédé, le président de la République n'ayant guère de raisons d'aider le Parlement pour mettre en oeuvre une politique à laquelle il est hostile. Soulignons que le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la régularité de la demande de nouvelle délibération ainsi présentée. En effet, l'article 23 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 dispose que " Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de cette loi, le Président de la République peut, soit promulguer la loi à l'exception de cette disposition, soit demander aux chambres une *nouvelle lecture* ". Or, ici, ce n'est pas une nouvelle lecture (c'est-à-dire une seule lecture dans chaque assemblée) qui a été demandée, mais une nouvelle délibération. Les requérants soutenaient que seule cette ordonnance pouvait ici s'appliquer, à l'exclusion des dispositions de l'article 10 de la Constitution qui, eux, prévoient que le Président de la République peut demander une *nouvelle délibération* de la loi ou de certains de ses articles. Dans sa décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, le Conseil constitutionnel a considéré que les dispositions de cette ordonnance organique étant prises en application de l'article 10 de la Constitution ne pouvaient lui être contraires, et ne pouvaient donc faire obstacle à ce que le Président puisse demander une nouvelle délibération au lieu d'une nouvelle lecture (311).

Durant la cohabitation, le Président de la République *serait-il tenu de déférer à la demande du Premier ministre de demander une nouvelle délibération de la loi ?* Le texte, est parfaitement clair, l'emploi de la formule " le Président peut.." marque le caractère discrétionnaire de cette faculté. Le Président de la République est donc *totalelement libre de demander ou non une nouvelle délibération de la loi, mais il ne pourra le faire que si le Premier ministre accepte de contresigner cet acte* (312)). A la veille de la cohabitation, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion, dans sa décision précitée du 23 août 1985, de rappeler cette exigence.

Par contre, la question a été posée de savoir si le Premier ministre aurait pu refuser de contresigner le décret présidentiel demandant une nouvelle délibération de la loi. M. Maurice Duverger avait estimé que M. F. Mitterrand pourrait, pour retarder l'application de la loi sur l'aménagement du temps de travail, en demander une seconde délibération au Parlement, et que le Premier ministre serait tenu de signer le décret présidentiel, puisque la Constitution dispose que cette délibération ne peut être refusée.

310 Cette demande a également été formulée par décret (d. du 9 août 1985, à propos de la représentation de Nouméa dans Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie, cf. CC 23 août 1985, AJDA, 1985, p. 607, note Léo HAMON. Cette faculté a été prévue par l'art. 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, prise en application de l'article 10, al. 2, de la Constitution.

311 Cf. L. FAVOREU et L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 4e ed. p. 682 et 686; B. GENEVOIS, La jurisprudence du Conseil constitutionnel, STH, 1988, p. 151; AJDA 1985, p. 607, note Léo HAMON; D. 1986, p. 45, note F. LUCHAIRE; AJC 1985, p. 409.; et infra n° 268.

67 Si les rédacteurs avaient voulu que le Président de la République soit tenu de déférer à la demande du Premier ministre, ils auraient employé l'indicatif présent simple, et auraient précisé que cet acte se fait sur la demande du Premier ministre (la formulation aurait été très comparable à celle des articles 29 et 30 sur la convocation du Parlement en session extraordinaire (cf. infra).

Selon M. François Goguel " il en va donc du contreseing du premier ministre comme de la signature du Président : le seul cas dans lequel il doit obligatoirement être donné est celui de la promulgation d'une loi dans les quinze jours de la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée". A notre point de vue, il convient de distinguer juridiquement entre le décret demandant la nouvelle délibération, pour lequel la compétence du Premier ministre n'est pas liée (puisque le contreseing signifie que le Premier ministre prend la responsabilité de cet acte, le président étant irresponsable), et la procédure législative qui suit, durant laquelle la compétence du Premier ministre est liée par les termes de la Constitution, puisqu'il ne saurait paralyser l'action de l'Assemblée nationale et du Sénat, dont la délibération est imposée par la Constitution.

Par ailleurs, on observera avec Dominique Turpin que M. Mitterrand a eu l'occasion d'utiliser pleinement le délai de quinze jours qui est à sa disposition pour promulguer une loi, ce qui lui permit, dans certains cas, de *retarder l'action du Gouvernement* (313). Rien ne permet, juridiquement, de s'opposer à cette pratique, beaucoup moins contestable que celles qui avaient consisté à ne promulguer une loi que vingt et un jours après son adoption (314), ou au contraire à la promulguer dès les premiers jours de ce délai afin d'empêcher un éventuel contrôle de constitutionnalité (ce qui paraissait très improbable en période de cohabitation) (315).

#### b ) La promulgation de la loi, compétence liée du Président ?

91 Hauriou soulignait que le Président de la République aurait non seulement la faculté, mais le devoir de ne pas promulguer une loi qui n'aurait pas été régulièrement votée (sur le plan formel), bien que l'on ne puisse considérer que la promulgation couvre les vices de la loi. Mais, précisait-il, " il ne pourrait pas refuser de promulguer une loi sous prétexte qu'elle serait inconstitutionnelle par violation de l'esprit de la Constitution, car la question serait presque toujours litigieuse " (316). En effet, en promulguant la loi, le Président ne participe pas au pouvoir législatif, mais se contente d'en attester l'existence et de donner ordre aux autorités publiques de l'observer et de la faire observer (317). L'intervention du Président de la République se limite à la régularité formelle de la loi, il lui appartient seulement d'attester qu'elle a été régulièrement délibérée et votée (318). Aujourd'hui, il n'y a pas l'ombre d'un doute sur le fait que le Président de la République doit ici se comporter comme un notaire, il ne dispose d'aucun pouvoir de contrôle

313 D. TURPIN (La présidence du Conseil des ministres, *préc.*, p. 892), précise que cela a été le cas pour le projet de loi sur la communication (le Conseil des ministres ne pouvant délibérer d'un projet complétant un texte non promulgué, a dû attendre le 1er octobre 1986 pour discuter du projet de loi sur les concentrations).

314 Ainsi pour la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales (cf. CCF Pouvoirs n° 26, p. 182).

315 B. BAUFUME (art. *préc.*, p. 1261) souligne que " le précédent constitué par la publication, le 29 juillet 1983, de la loi de règlement pour 1981 alors que 60 députés de l'opposition avaient avisé le Conseil constitutionnel deux jours auparavant qu'ils avaient l'intention de lui déférer cette loi, est extrêmement regrettable " (cf. Pouvoirs n° 28, 1984, p. 212).

316 M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel, rééd 1929, préc.*, p. 440.

317 C.E. 8 fév. 1974, Commune de Montory, *Rec.p.* 93.

318 C.C., 23 août 1985, Nouvelle-Calédonie, *préc.*

d'opportunité sur la loi, car il est tenu de la promulguer si elle a été adoptée régulièrement. S'il la considère inconstitutionnelle, il peut seulement saisir le Conseil constitutionnel, mais ne peut pas prétendre sanctionner lui-même cette inconstitutionnalité. Si le Conseil d'Etat a refusé de se prononcer sur ce point au motif qu'il s'agit d'un " acte de gouvernement ", le Conseil constitutionnel a rappelé, on ne peut plus clairement, que le Président de la République ne dispose d'aucun pouvoir de contrôle d'opportunité sur les lois. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser que l'acte de promulgation de la loi est un acte de Gouvernement dont il ne peut, dès lors, apprécier la légalité (319). Alors que l'on a tendance à confondre pouvoir discrétionnaire et actes de Gouvernement, la motivation de cet arrêt montre que le critère adopté par le Conseil d'Etat pour accorder cette qualification a été le fait que cet acte concerne les rapports entre les pouvoirs publics. Ce n'est pas parce que le Président de la République a une compétence discrétionnaire que le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent, mais parce que les décrets de promulgation sont " des actes relatifs aux rapports du pouvoir exécutif avec le Parlement " (320). Dans sa décision précitée du 23 août 1985, le Conseil constitutionnel précise dans son quinzième considérant que " par la promulgation (le Président de la République) atteste que la loi a été régulièrement délibérée et votée ". Il joue donc un rôle de notaire, il est seulement compétent, comme les préfets depuis la décentralisation, non pas pour exercer une tutelle, un contrôle d'opportunité sur ces actes, mais seulement pour saisir le juge au cas où il douterait de leur légalité.

Si la doctrine est unanime pour considérer que le Président de la République a l'obligation de promulguer les lois (321), sa compétence n'est en fait pas totalement liée tant qu'il n'a pas épuisé les voies différentes qui sont à sa disposition, à savoir la saisine du Conseil constitutionnel et la demande de nouvelle délibération de la loi (qui peuvent être cumulées). *C'est seulement après qu'il ait utilisé ou renoncé à utiliser ces voies que sa compétence est totalement liée.* Cette obligation résulte à notre point de vue non pas du délai qui lui est imparti pour le faire, puisque l'unique objet de ce délai est de lui permettre de saisir le Conseil constitutionnel ou de demander une nouvelle délibération de la loi, mais de la *valeur impérative de l'indicatif* (322). Certains auteurs estiment au contraire qu'il n'y aurait pas là d'impératif puisque sous les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques, les textes constitutionnels précisaient que le Président *doit* promulguer la loi (323). Nul n'ayant jamais douté du caractère impératif de cette promulgation, nous considérons au contraire que c'est bien parce que l'indicatif vaut impératif que les rédacteurs de la Constitution n'ont pas jugé utile d'employer le verbe *devoir*. On notera qu'il avait été proposé, durant les travaux préparatoires, que la promulgation soit faite par le chef du Gouvernement en

319 Cf. E. Sauvignon, *La promulgation des lois, réflexions sur la jurisprudence Desreumeaux*, RDP 1981, p. 988-1015.

320 Sur la possibilité et la nécessité d'étendre la compétence du Conseil constitutionnel aux actes de gouvernement, cf. *infra*, n° 261 et s.

321 Cf. E. Sauvignon, *art. préc.*, p. 996, note 16.

322 Souligne la valeur impérative de l'indicatif : E. Sauvignon, *art. préc.*, p. 995. A propos de la valeur impérative de l'indicatif dans la Constitution française, cf. *infra* n° 54, 84, et 92.

323 Sous la III<sup>e</sup> République, en principe il " promulgue la loi ", mais en cas d'urgence, il " doit la promulguer ". En réalité, la distinction ne porte pas sur l'obligation, mais sur le délai (Cf. E. Sauvignon, *art. préc.*, p. 996).

cas d'inaction du Président, mais cette proposition n'a pas été retenue (324). Etant donné l'unanimité de la classe politique et de la doctrine sur ce point, il serait aisé de traduire un Président de la République en Haute Cour s'il se hasardait, en période de cohabitation particulièrement, à refuser de promulguer une loi (325). Néanmoins, il serait plus raisonnable d'assurer l'effectivité de ces dispositions constitutionnelles en attribuant au Conseil constitutionnel le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des actes du chef de l'Etat, et notamment ceux-ci, comme certains députés l'ont proposé au printemps 1990 (326).

### 3 ) La persistance d'un veto présidentiel sur la convocation du Parlement en session extraordinaire.

Que de voix se sont élevées, en mars 1960, pour contester la décision du général de Gaulle de refuser de convoquer le Parlement en session extraordinaire à la demande des parlementaires ! Que de cris d'indignation ont été poussés contre cette violation manifeste de la Constitution (327). la doctrine la condamne presque unanimement (328). N'était-ce pas un des aspects les plus flagrants du " Coup d'Etat permanent " (329)? Quel silence,

324 Cf. D.F., Documents pour servir... T.I., p. 266. On sait que la Constitution de 1946 prévoyait en son article 36 que " A défaut de promulgation par le Président de la République dans les délais fixés par la présente constitution, il y sera pourvu par le Président de l'Assemblée nationale ".

325 En ce sens, cf. notamment J. GICQUEL, manuel préc., p. 673. L'auteur souligne que M.Mitterrand n'a pas contesté cette obligation durant la cohabitation, puisque, dans un entretien du 14 juillet 1986, il a considéré : " Je n'ai pas à me soumettre aux décisions de la majorité tant que la loi n'est pas votée. A partir du moment où elle est votée, je suis un citoyen comme les autres, je m'incline, même quand je le regrette ".

326 Débats Ass. Nat. 25 avril 1990, cf. infra, n° 267.

327 Pour sanctionner cette interprétation présidentielle, une motion de censure fut déposée par l'opposition à la rentrée de printemps (mais elle fut repoussée car, le 5 mai 1960, elle n'obtint que 122 voix). B. CHANTEBOUT rappelle que le refus du général de Gaulle " avait unanimement été critiqué et avait même été à l'origine du refus de Vincent Auriol de continuer à siéger au Conseil constitutionnel " (*Droit constitutionnel et science politique*, préc., 1988, p. 599).

328 Pour une présentation générale de la controverse, cf. J.L.PARODI, *Les rapports entre le législatif et l'exécutif sous la Ve République*, presses de la FNSP, 1972, p. 48. (Le Général de Gaulle invoquait à l'appui de sa décision plusieurs arguments, et en particulier le fait que les parlementaires auraient reçu un mandat impératif, et l'article 5 de la Constitution). On trouvera le texte des lettres échangées par le Président de la République et le Président de l'Assemblée nationale dans l'ouvrage de J.L.PARODI ou dans *Les textes et documents sur la pratique de la Ve République* recueillis par D. MAUSS. Le refus présidentiel a été contesté par : G. BERLIA, RDP 1960, p. 303, et *Essai sur la Ve République*, RDP 1961, p. 1162; G. VEDEL, *Preuves*, juin 1960, p. 22 (cité par P. AVRIL, thèse préc., p. 124), P. AVRIL, thèse préc., p. 71. L'interprétation gaullienne sera dénoncée comme un " faussement de la Constitution " (J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1987, préc., p. 669, n.67; et, dans le même sens, son intervention à la table ronde sur le bilan constitutionnel du septennat, RPP sept. oct. 1985, p. 35); une " interprétation contraire à la Constitution " (P. VIALLE, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc., p. 629); P. PACTET *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 1985, préc., p. 456 : " le refus opposé en mars 1960 (...) a méconnu la Constitution et ne peut donc avoir valeur de précédent "; M. DUVERGER, *Echec au Roi*, préc., p. 149. Le caractère abusif de cette interprétation est également souligné par C. LECLERCQ, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1987, préc., p. 594.; B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, préc. 1985, p. 476.; J. PETOT, *Les débuts de la Ve bis*, RDP 1982, p. 1509.

329 Cf. F. MITTERRAND, *Le coup d'Etat permanent*, préc. On notera que le programme commun de la gauche en 1972 prévoyait que la réunion du Parlement en session extraordinaire serait " de droit " lorsqu'elle serait demandée

en décembre 1987, lorsque M. Mitterrand, pourtant confronté à une majorité parlementaire hostile, déclare qu'il appartient au seul président de décider de la convocation du Parlement en session extraordinaire, et qu'il refusera d'accéder à la demande du Premier ministre de le convoquer pour modifier le statut de la régie Renault. Les clameurs se sont tues. Un silence presque total entoure cette décision. Bien plus, nombreux sont les journalistes, et rares sont les représentants de la doctrine (330), (contrairement à ce qui s'était passé dans le débat sur les ordonnances, ici les professeurs de droit brillent par leur silence puisqu'en réalité il n'y a pas de véritable débat) qui n'hésitent pas - en invoquant généralement le précédent gaullien miraculeusement réhabilité (331) à écrire que le Président de la République a " rappelé ses prérogatives constitutionnelles ", voire " infligé un " petit cours de droit constitutionnel illustré " " au Premier ministre qui l'aurait irrité (332). Le Président de la République se présente lui-même comme " un donneur de leçons " condescendant et soucieux de ne pas paralyser l'action du Gouvernement, le communiqué diffusé par l'Elysée précisant que le Président estime que la convocation du Parlement en session extraordinaire et la détermination de son ordre du jour relèvent de sa seule appréciation, et que " avant la réunion du Conseil des ministres, le président de la République a *rappelé* (sic) ces règles institutionnelles au chef du Gouvernement, afin qu'il puisse prendre, en temps utile, c'est à dire avant la fin de la présente session, les dispositions qu'il juge nécessaires " (333). Mais la seule chose dont le Gouvernement s'indigne est que le Président de la République veuille lui donner des " leçons de droit constitutionnel " (334), puisqu'il considère que le Président de la République n'a fait qu'un " commentaire de l'article 30 de la Constitution " (335) ( sic ).

#### a ) Un droit de veto largement contesté par la doctrine.

par la majorité des députés (Cf. M. BOUSSOU, commentaire des articles 29-30, dans F. LUCHAIRE et G. CONAC (dir.) La Constitution de la République française, Economica 1987, p. 715).

330 cf. P. AVRIL et J. GICQUEL (CCF Pouvoirs n° 45, 1988, p. 198) estiment que " l'éventualité d'une session extraordinaire consacrée à la poursuite de l'examen du projet de loi portant modification du statut de la Régie Renault (...) a été le prétexte d'un ferme rappel des prérogatives présidentielles" (...) M. Chirac s'abstenant " de contester l'interprétation délivrée par le Président de la République, ce qui confirme le rôle constitutionnel de celui-ci ". Après la cohabitation, Cf. C.A. COLLIARD, Les pouvoirs du Président de la République en cas de coexistence institutionnelle, RDP 1989, p. 1597 et s. L'auteur conclut que " la difficulté demeure, celle du texte lui-même, mais les deux incidents, celui de 1960 comme celui de 1987, renforcent une solution que les plus pointilleux et les moins politiques peuvent considérer comme *contra letteram legis* " (p. 1601).

331 Cf. Notamment M. KAJMAN, Le Monde 18.12.1987.

332 cf. Le Matin, 17.12.1987, p. 3.

333 (souligné par nous) Cf. Le Figaro, 17.12.1987. Le communiqué précisait auparavant que " Pour obtenir le vote d'un projet de loi par le Parlement, le gouvernement dispose de nombreuses procédures prévues et organisées par la Constitution (- comme si les sessions extraordinaires ne l'étaient pas -), les lois organiques et les règlements des assemblées. Le choix de ces procédures relève de sa responsabilité "...M. Mitterrand précise que la convocation du Parlement en session extraordinaire relève de sa seule responsabilité, ce qui paraît surprenant pour un acte soumis au contreseing. Il semble qu'en réalité M. Mitterrand n'aurait pas été défavorable à ce que le Gouvernement engage sa responsabilité sur ce texte, ce qui aurait pu contribuer à développer des troubles sociaux tout à son avantage (sans doute est-ce pour cela que M. Chirac renonça à le faire). On observera que le Président a fait diffuser ce communiqué pendant que siégeait le Conseil des ministres, procédé insolite (cf. Le Figaro 17.12.1987), mais M. Mitterrand avait informé le Premier ministre de sa décision juste avant le Conseil des ministres (Le Monde 17.12.1987).

334 " Qu'on ne nous donne pas de leçons constitutionnelles, le gouvernement a parfaitement respecté les règles de la Constitution. Le premier ministre est le maître de ses propositions et le président de la République est le maître de sa signature " déclare M. Denis Baudouin (Cf. Le figaro 18.12.1987).

335 Cf. Le Monde 18.12.1987.



90 Ce silence est d'autant plus surprenant que la très grande majorité de la doctrine estime, en 1986, que le Président de la République a, en ce domaine, une compétence liée, du fait de la lettre des articles 29 et 30, rédigés à l'indicatif, dont on fait valoir qu'il a valeur d'impératif (336), du fait que cette compétence est soumise au *contreseing* (337), et parce que les *travaux préparatoires* (338) montrent très clairement que le Président de la République est tenu d'accéder à la demande du Premier ministre ou de la majorité de l'Assemblée nationale de convoquer le Parlement en session extraordinaire (339). En effet, aux termes de l'article 29 alinéa 1 de la Constitution " Le Parlement est réuni en session extraordinaire à la demande du Premier ministre ou de la majorité des membres composant l'Assemblée nationale, sur un ordre du jour déterminé ", l'article 30 précisant que " ...les sessions extraordinaires sont ouvertes et closes par décret du Président de la République ". Pourtant, la position de certains membres de la doctrine a considérablement évolué au fil des années. C'est le cas de M. Maurice Duverger qui estime, en 1986, que la compétence présidentielle est discrétionnaire, alors qu'il dénonçait vivement cette violation de la Constitution en 1978 (340). Mais d'après lui, depuis que le Président de la

336 A propos de la valeur impérative de l'indicatif dans la Constitution de la Ve République, cf. infra n° 54, 84 et 91. L'analyse des propositions de la Constitution que nous avons faite à propos des ordonnances montre que si les rédacteurs avaient voulu que le Président ait une possibilité de choix, ils auraient écrit " le Parlement peut être convoqué "... G. BERLIA souligne que le caractère impératif de cet indicatif est renforcé par la rédaction du troisième alinéa de l'article 29 (art. préc.). J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques* 1987, préc., p. 669, n.67 souligne qu'en 1960 " il y a eu faussement de la Constitution, car un principe d'interprétation veut que généralement dans un texte juridique, l'indicatif ait valeur d'impératif "; P. VIALLE, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc., p. 628 : " Exprimée à l'indicatif, l'expression " est réuni " de l'article 29 a valeur impérative sinon le troisième alinéa perd sa signification "; P. PACTET (*Institutions politiques et droit constitutionnel*, 1985, préc., p. 456) : " on peut faire valoir (...) les termes sans équivoque de l'article 29 (l'indicatif ayant toujours la valeur d'un impératif)..."; M. DUVERGER, *Echec au Roi*, Préc., p. 149 souligne que de Gaulle avait fait une bonne interprétation de la Constitution en soulignant qu'en langage juridique l'indicatif vaut impératif, mais qu'il sembla l'oublier.

337 P. AVRIL, *Thèse préc.*, p. 72 : " Le décret de convocation n'est pas dispensé de contreseing comme le sont les autres actes discrétionnaires du Président de la République "; P. VIALLE *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc., p. 629 : " Si les constituants avaient voulu lui attribuer en ce domaine un pouvoir discrétionnaire, ils auraient dispensé ces décrets de contreseing ".

338 Dans le premier avant-projet de Constitution, on n'avait même pas prévu qui convoquerait le Parlement en session extraordinaire, M. DEBRE préféra que ce soit le Président de la République plutôt que le Président de l'Assemblée (cf. D.F. *Documents pour servir...* T. I., p. 300, 321 et 345). Si à aucun moment, on ne discuta du caractère lié ou non de la compétence du Président de la République, c'est à notre point de vue parce qu'il était évident pour les rédacteurs (à l'exception peut-être du général de Gaulle, mais qui ne s'exprima pas sur ce point), qu'elle était liée. On en veut pour preuve l'affirmation de M. R. JANOT : " La réunion aura un aspect politique qui intéresse soit le Premier ministre, soit les membres de l'Assemblée nationale. Tel est l'esprit qui a inspiré le Gouvernement " (*idem*, t. II, p. 252). L'absence de référence au Président de la République ainsi que les déclarations précitées montrant que les pouvoirs soumis à contreseing relèvent de la compétence du *constresignataire* montrent à notre point de vue qu'il s'agit bien d'une compétence liée. De même l'affirmation de M. Dejean, le 13 août 1958, au CCC : " C'est le Gouvernement qui valide le décret de clôture " (*idem*, t. II, p. 459). Surtout, lors de son discours devant le Conseil d'Etat, le 27 août 1958, M. DEBRE souligna que " des sessions extraordinaires peuvent être décidées à la volonté du Gouvernement ou de la majorité du Parlement " (souligné par nous). Font référence aux travaux préparatoires : P. PACTET, *op. cit.* (1985), p. 456. ( il souligne que les travaux préparatoires et la tradition parlementaire renforcent l'idée qu'il s'agit d'une compétence liée). P. AVRIL, *thèse précitée* p. 71-72 (souligne également que la tradition parlementaire confirme cette opinion).

339 Estiment que la compétence du Président est liée (en outre des auteurs qui viennent d'être cités) : C. LECLERCQ, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc., p. 594; B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, préc., 1988, p. 599; M. PRELOT et J. BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 1984, préc., p. 696 (n°450).

340 Cf. M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, préc., p. 87-88, et *Echec au Roi*, préc., p. 149.

République est élu au suffrage universel, la règle générale d'interprétation de la Constitution est modifiée (puisque'il ne s'agirait plus d'un régime parlementaire mais d'un régime mixte), et l'on devrait considérer que le Président de la République est en principe toujours libre de ses décisions, qu'elles soient ou non soumises au contreseing du Premier ministre (341). Pourtant, le Président de la République n'était-il pas déjà élu au suffrage universel en 1978 ? Et la règle d'interprétation qui s'imposerait en régime semi-présidentiel n'est-elle pas en réalité une règle de description voire de légitimation de la dérive présidentialisante des institutions françaises (car, curieusement, elle s'applique fort mal à la plupart des autres régimes dits " semi-présidentiels ") ? Selon M. Duverger, la révision constitutionnelle de 1962 (dont on se contentera de rappeler qu'elle porte exclusivement sur le mode de désignation du Président de la République) permet désormais de tirer argument du précédent gaullien pour justifier la liberté du Président. Il souligne enfin que le Gouvernement et le Parlement ne pourraient guère s'opposer à un tel refus (342). Nous estimons au contraire qu'il est très contestable de vouloir déduire des règles de constitutionnelles de la violation de la Constitution (343). D'autres auteurs considèrent que l'on peut trouver dans " l'esprit du régime " (344), dans l'absence de délai imparti au Président pour convoquer la session, ou dans le fait que l'indicatif ne vaudrait pas ici impératif (345) une justification au pouvoir discrétionnaire du Président de la République. Enfin, certains constitutionnalistes en quête de précédents permettant de justifier ce veto présidentiel, estiment que, dans sa lettre au Président de l'Assemblée nationale, par laquelle il acceptait de convoquer le Parlement en session extraordinaire sur la demande de la majorité parlementaire, M. V. Giscard d'Estaing a souligné qu'il avait en la matière un pouvoir discrétionnaire, en précisant qu'il était personnellement hostile à cette convocation (346). A notre point de vue, il résulte au contraire clairement de cette attitude que M. V. Giscard d'Estaing entendait bien souligner que sa compétence était liée, puisque, justement malgré son hostilité personnelle à cette convocation, il se sentait tenu de faire droit à cette demande, dès lors que les conditions exigées par la lettre de la Constitution étaient remplies (347). Certes, on pourrait souligner que les critiques formulées contre le refus gaullien ne sont plus applicables, puisqu'en 1986, c'est le

341 Bréviaire de la cohabitation, préc., p. 87-88.

342 Il souligne en effet que si les parlementaires se réunissaient malgré le veto présidentiel et votaient des lois, leur inconstitutionnalité serait sanctionnée par le Conseil constitutionnel (Bréviaire de la cohabitation, préc., p. 88). Ch. DEBBASCH souligne également qu'en pratique nul organe ne peut lui imposer de signer un texte qu'il estime contraire à la Constitution ou à l'intérêt de la Nation (Droit constitutionnel et institutions politiques, préc., p. 494).

343 Cf. infra, n° 195 et s.

344 G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER, Manuel de droit constitutionnel, préc., p.561.

345 En ce sens, J.L. PARODI (Les rapports entre le législatif et l'exécutif sous la Ve République. L'analyse, préc., p. 50, souligne que sous les Républiques précédentes, le caractère impératif de la convocation était marqué par l'emploi du verbe " devoir " (art. 2 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, et article 12 de la Constitution de 1946), et que la disparition de ce verbe prouverait qu'il ne s'agit pas d'une compétence liée. L'analyse que nous avons faite à propos des ordonnances (en particulier au niveau de l'étude des travaux préparatoires) montre au contraire, selon nous, que les rédacteurs de la Constitution estimaient qu'il était inutile d'employer le verbe devoir puisque selon eux, l'indicatif valait impératif (cf les entretiens précités avec R. JANOT et F. GOGUEL).

346 En ce sens, M. DUVERGER, Bréviaire de la cohabitation, préc., p.87-88 ; et M. BOUISSOU Commentaire des articles 29 et 30, dans F. LUCHAIRE et G. CONAC, La Constitution de la République française, préc., 1987, p. 715.

347 En ce sens cf. J. GICQUEL, Droit constitutionnel et institutions politiques, 1987, préc., p. 669, n.67; C. LECLERCQ, Droit constitutionnel et institutions politiques, 1987, préc., p. 594.

Premier ministre, et non la majorité parlementaire, qui a demandé la convocation du Parlement en session extraordinaire (348). Si cette distinction est juridiquement pertinente, on ne saurait en déduire que le Président est ici libre d'agir, puisque, sur le plan du texte, les dispositions constitutionnelles ne diffèrent pas dans ces cas en ce qui concerne la compétence du Président (349), et puisque, au niveau politique, nul ne saurait contester que le Premier ministre est l'émanation de la majorité parlementaire.

#### b ) Un droit de veto admis par le Gouvernement.

93 Le plus surprenant dans toute cette affaire est sans aucun doute la soumission du Premier ministre à l'interprétation présidentielle : " C'est parfaitement conforme à ses prérogatives constitutionnelles et je ne l'ai jamais contesté ", conclut le chef du Gouvernement (350). On tentera de l'expliquer par les considérations politiques évoquées à propos des vetos présidentiels en matière d'ordonnances. On conviendra qu'il était difficile à ceux qui se voudraient les " champions du gaullisme " de tirer argument de l'inconstitutionnalité du précédent gaullien pour s'opposer à la décision de M. F. Mitterrand. Mais n'auraient-ils pu souligner au moins que la conjoncture politique avait sensiblement changé ? L'explication la plus plausible de cette soumission semble résider d'une part dans des éléments conjoncturels (le Gouvernement redoutait, au vu de l'opposition du parti Communiste à ce projet, marquée par l'obstruction du PCF lors des débats (351), que le recours à l'article 49.3 pour le faire adopter ne renforce les troubles sociaux et ne risque de le faire échouer aux élections (352)), et d'autre part, à plus long terme, dans la volonté de " préserver l'avenir ", d'assurer la pérennité de la pratique présidentialisée de la Ve République. Elle crée cependant un précédent dont certains ne manqueront pas de tirer argument dans l'avenir, B. Chantebout estimant ainsi qu'une coutume a été créée en ce sens (353). A l'instar du Doyen Hauriou, qui constatait que de Gaulle " n'a pas donné naissance à une pratique constitutionnelle nouvelle, il a, méconnaissant la volonté formelle d'un des pouvoirs publics, violé délibérément l'article

---

348 En ce sens, cf. F. LUCHAIRE, *Le droit constitutionnel de la cohabitation, préc.*, p. 187, qui souligne que M. Mitterrand aurait difficilement pu refuser cette convocation si elle lui avait été demandée non par le Premier ministre, mais par la majorité de l'Assemblée, car il y a une différence de nature entre ces demandes (puisque la responsabilité du Gouvernement doit à tout moment pouvoir être engagée devant le Parlement), et parce que M. Mitterrand avait vivement critiqué le refus du général de Gaulle en 1961.

349 Les seules différences que prévoit la Constitution entre la demande présentée par le Premier ministre et celle qui émane de la majorité parlementaire concernent non pas la compétence du Président, mais la date du décret de clôture de la session (ce qui montre que le Président n'a pas de compétence discrétionnaire pour la choisir), qui interviendra lorsque l'ordre du jour pour le Parlement a été convoqué sera épuisé, et au plus tard douze jours à compter de sa réunion (art. 29 al. 2); et le fait que le Premier ministre peut seul demander une nouvelle session avant l'expiration du mois qui suit le décret de clôture (art. 29 al. 3).

350 *Le Monde* 22 déc. 1986.

351 Cf. *Le Monde* 10 déc. 1987 (Le PCF se tient prêt à déposer plus de 10.000 amendements); *Le Monde* 12.12.1987.

352 Cf. *Le Monde* 17.12.1987; *Le Matin*, 17.12.1986; et *Le Figaro* du 17.12.1987 : " Le ministre de l'industrie dénonce à l'Assemblée nationale l'alliance entre l' " archaïsme " et l'électoratisme, contre le nouveau statut de la régie Renault " (mais c'est ici plutôt l'électoratisme présidentiel qui est visé).

353 Cf. B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique, préc.*, 1988, p. 599.

29 de la Constitution " (354), nous considérons que la pratique observée durant la cohabitation est contraire à son texte et ne saurait être regardée comme une coutume que si l'on en a une conception très extensive (355).

Mais ne sommes-nous pas entrain de plaider dans un faux débat ? En effet, on pourrait souligner que M. Mitterrand n'a pas refusé de convoquer le Parlement en session extraordinaire, il a au contraire plusieurs fois accepté de le convoquer ou de modifier son ordre du jour (parfois après quelque incertitude (356)), et a même fait savoir au Premier ministre qu'il était tout disposé à convoquer le Parlement en session extraordinaire pour qu'il puisse élaborer une loi sur le financement des partis politiques (357). Ainsi, il ne se serait pas opposé à la réunion du Parlement, mais aurait simplement souligné qu'il n'accepterait pas d'inscrire le projet de loi sur la modification du statut de Renault à l'ordre du jour. Cette argumentation appelle deux observations. Tout d'abord cette distinction est, en l'espèce, un peu spécieuse, puisqu'il ressortait clairement des déclarations de M. Mitterrand qu'il affirmait que sa compétence n'était pas liée en la matière, et qu'il n'accepterait pas de convoquer le Parlement pour réformer le statut de la Régie Renault, même s'il ne l'avait pas expressément évoqué. Lorsque M. F. Mitterrand déclara que " le Gouvernement ne peut, comme on a cru pouvoir l'indiquer, ni décider la *convocation* d'une session extraordinaire ni en *fixer l'ordre du jour*. Ces compétences relèvent de la seule responsabilité et de la seule *appréciation* du Président de la République " (358), on ne saurait dénier qu'il a estimé avoir une compétence discrétionnaire, un contrôle d'opportunité à la fois sur l'ordre du jour et sur la convocation du Parlement. Ensuite, lui appartient-il, en réalité, de fixer l'ordre du jour de la session extraordinaire ? La pratique antérieure, selon laquelle il pouvait largement imposer sa volonté au Premier ministre, incite à penser que oui. Mais ni la lettre de la Constitution ni les travaux préparatoires ne

---

354 Le Monde 9-10 mars 1969; dans le même sens, M. DUVERGER avait souligné en 1978 que le Président ne pourrait pas invoquer une prétendue coutume constitutionnelle pour justifier un refus de convocation du Parlement (cf. *Echec au Roi, préc.*, p. 215).

355 Cf. *infran*° 195 et s..

356 P. AVRIL et J. GICQUEL relèvent qu' " après une incertitude (v. *Le Figaro*, 30.6.1987), le chef de l'Etat a signé, ce jour, le décret (p.7144) portant convocation du Parlement. (CCF Pouvoirs n° 43, 1987, p. 215). Plus tard, ils relèvent que " conformément à la tradition, le chef de l'Etat a accédé à la demande du Premier ministre en convoquant le Parlement, pour le 21.12.1987, en vue d'achever l'examen de 23 textes de loi (...). Le décret de clôture est intervenu le lendemain. La précipitation est à la mesure du dépérissement de l'art législatif " (CCF Pouvoirs, n° 45, 1988, p. 198).

357 F. LUCHAIRE (*Le droit constitutionnel de la cohabitation, préc.*, p. 186) souligne que le Premier ministre a obtenu soit une session extraordinaire, soit une adjonction à l'ordre du jour d'une telle session, dans trois sortes de circonstances : lors de sa nomination, M. J. Chirac a précisé que M.F.Mitterrand lui avait donné son accord pour que soit convoquée une session extraordinaire dans l'été 1986 (cf. *Le Monde* 22 mars 1986, et *Le Point* 7 avril 1986, p. 55) (ce qui fut fait, et ce qui montre que M.Chirac avait prévu l'éventualité d'un tel refus), puis lorsque M. Mitterrand a refusé de signer l'ordonnance relative aux privatisations, il s'est engagé auprès de M. J. Chirac à accepter de modifier l'ordre du jour de la session d'été 1986 pour que le Parlement puisse en débattre(cf. CCF Pouvoirs n° 40, 1987, p. 174) (le Président de la République tenait ainsi à montrer qu'il défendait les prérogatives du Parlement et qu'il ne s'opposait pas à l'application du programme politique de la majorité, ce qui lui permettait de désarmer le Premier ministre au cas où il aurait voulu provoquer une crise pour ce motif); enfin, des sessions extraordinaires furent décidées à la fin des sessions ordinaires pour en épuiser l'ordre du jour. Le Parlement fut convoqué en session extraordinaire pour débattre du projet de loi sur le financement des partis politiques pour le 2 février 1987 par un décret du 20 janvier, la clôture intervenant le 25 février (cf. CCF Pouvoirs n° 46, 1988, p. 176). Le Président avait souligné que les sessions extraordinaires devaient demeurer exceptionnelles (même source, *Le Monde* 7.1.1988).

358 Communiqué publié par l'Elysée le 16 déc. 1987, souligné par nous.

précisent que l'ordre du jour est arrêté par le Président (359) et l'on peut considérer au contraire, que ce n'est pas le Président de la République qui est compétent pour déterminer l'ordre du jour des sessions extraordinaires mais celui (Premier ministre ou majorité parlementaire) qui demande la convocation du Parlement. Si l'on admet un droit de veto présidentiel sur cet ordre du jour ou sur la convocation elle-même, le garde-fous que constitue la possibilité pour le Premier ministre ou la majorité parlementaire, de provoquer ces sessions extraordinaires est vidé de sa substance (360), la pratique de 1987 l'a clairement montré. La seule limite apportée par la Constitution réside dans l'exigence d'un ordre du jour déterminé (contrairement à ce qui se passe pour les sessions ordinaires), c'est à dire limité (l'objectif de ces limitations étant d'éviter le retour au régime d'Assemblée (361). C'est pourquoi, à notre point de vue, le Président de la République ne serait fondé à refuser d'accéder à une telle demande que dans l'hypothèse où elle lui serait demandée sans ordre du jour déterminé, ou par des personnes incompétentes, car, ici seulement, il pourrait utilement invoquer l'article 5 qui stipule qu'il veille au respect de la Constitution. Mais il est clair, ici, qu'il a refusé sa signature pour des raisons d'opportunité. L'attitude du Président de la République, du Gouvernement et de la majorité, montre qu'il est largement admis que le Président de la République dispose d'un contrôle d'opportunité sur la convocation du Parlement en session extraordinaire, pour le moins lorsqu'elle lui est présentée par le Premier ministre. Le Président de la République n'a ainsi convoqué le Parlement que lorsque tel était son bon plaisir, et il n'a même pas cherché à justifier son droit de veto autrement que par l'affirmation - qui était censée rappeler les dispositions de la Constitution - selon laquelle c'est à lui seul qu'il appartenait d'apprécier la nécessité d'une telle session.

#### 4 ) La guerre de la révision n'a pas eu lieu.

Sans doute parce que la majorité était faible, parce que le Président de la République jouissait d'une forte popularité, parce que les partis composant la majorité parlementaire n'étaient pas hostiles aux institutions de la Ve République (362), et enfin parce que les sondages montrent que le peuple français est tellement attaché à ces institutions qu'il

359 Jamais il ne fut évoqué, durant les travaux préparatoires, une éventuelle compétence du Président de la République pour déterminer l'ordre du jour. Lorsque les discussions ont porté sur l'ordre du jour, il s'agissait seulement de préciser que le Parlement ne pourrait être réuni en session extraordinaire que pour sur un objet limité, déterminé (cf. en particulier D.F. Documents pour servir... t.I., p. 321, 364, 373, 378, 419, 462).

360 En ce sens, cf. G. BERLIA, Essai sur la Ve République, RDP 1961, p. 1162.

361 Les travaux préparatoires le montrent clairement. MONTESQUIEU, dans le célèbre chapitre VI du livre XI de l'Esprit des lois soulignait que " Si le corps législatif était un temps considérable sans être assemblé, il n'y aurait plus de liberté. Car il arriverait de deux choses l'une : ou qu'il n'y aurait plus de résolution législative, et l'Etat tomberait dans l'anarchie; ou que ces résolutions seraient prises par la puissance exécutive, et elle deviendrait absolue. Il serait inutile que le corps législatif fût toujours assemblé. Cela serait incommode pour les représentants, et d'ailleurs occuperait trop la puissance exécutive, qui ne penserait point à exécuter, mais à défendre ses prérogatives, et le droit qu'elle a d'exécuter ".

362 Sur la position des partis politiques par rapport aux institutions de la Ve République, cf. O. DUHAMEL, thèse préc., et Table ronde animée par J.C. COLLARD, Bilan constitutionnel d'un septennat, RPP sept. oct. 1985, p. 87 et s.

n'aurait guère compris que l'un des joueurs veuille modifier les règles du jeu en cours de partie - " la Constitution, rien que la Constitution " a-t-on juré de part et d'autre -, ni le Président de la République ni le Gouvernement ne semblent avoir sérieusement envisagé la révision de la Constitution durant la coexistence. Nous avons pu noter, en évoquant le droit présidentiel de recourir au référendum de l'article 11, qu'une révision constitutionnelle par ce biais n'avait pas toujours été exclue par M. Mitterrand, ou par M. V. Giscard d'Estaing (363). Mais l'opposition catégorique du Gouvernement a mis fin à ces velléités. L'exemple de la cohabitation portugaise, durant laquelle la majorité hostile au Président a réussi à réviser la Constitution pour réduire les prérogatives présidentielles (364), ou de la coexistence grecque qui a provoqué une telle révision (365), ainsi que l'éventualité d'une autre expérience de ce type sous la Ve République imposent que l'on présente brièvement les données des deux problèmes majeurs qui auraient pu ou pourraient se poser : le Président de la République aurait-il pu s'opposer à une révision constitutionnelle désirée par la majorité parlementaire ( a ), ou aurait-il pu proposer directement au peuple une réduction du mandat parlementaire à cinq ans, poursuivant ainsi la révision constitutionnelle abandonnée il y a quelques années ( b ) ?

#### a ) Le Président a-t-il un droit de veto sur les révisions constitutionnelles ?

94 Rappelons qu'en vertu de l'article 89 de la Constitution, *l'initiative* de la révision appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement. Le Président de la République ne peut donc pas réviser la Constitution contre la volonté de la majorité parlementaire (366). Aussi

363 Cf. Supra, les pouvoirs présidentiels dispensés de contreseing.

364 Durant la cohabitation Portugaise entre 1979 et 1983, (cf. introduction), le Premier ministre est parvenu à imposer au Président de la République (élu au suffrage universel direct, et qui n'était pas le leader d'un groupe ou d'un parti politique), une révision constitutionnelle réduisant notablement ses pouvoirs (en août 1982), alors même qu'il s'agit d'un régime parlementaire bireprésentatif dualiste (le Président ayant le pouvoir de révoquer le Premier ministre). Cf. J. CAMPINOS, *Le cas portugais de 1973 à 1983*, dans M. DUVERGER (dir.) *Les régimes semi-présidentiels, préc.*, p. 216.

365 Cf. J. PETOT, *Faut-il réviser la Constitution de 1958, préc.*, p. 1487; et A. MANESSIS, *Le renforcement de l'exécutif dans les systèmes constitutionnels contemporains*, communication au IIe congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel, Paris- Aix-en-Provence, 31 août-5 sept. 1987, p. 10. La Constitution du 9 juin 1975 instaure un régime parlementaire dans lequel le Président dispose de pouvoirs propres importants, très comparables à ceux du Président français. Le parti du Président, M. CARAMANLIS (lui-même élu le 5 mai 1980), est battu aux élections législatives le 18 octobre 1980, par le Pasok dirigé par M. Papandréou. Ce dernier, leader de la majorité, devient Premier ministre. Leur cohabitation se passe bien, le Président intervenant peu, et évitant de faire usage de ses pouvoirs propres, car il souhaite remplir un second mandat. Mais, alors qu'il semblait acquis que le Pasok voterait pour lui, M. Papandréou provoque un coup de théâtre en disant qu'il voterait pour un autre candidat (qui rappelle le passé fâcheux du Président). Devant cet affront, le Président démissionne, et son adversaire est élu. Dès le 6 avril, une révision constitutionnelle réduisant les pouvoirs du président est amorcée. Mais la dissolution, prononcée le 22 avril à la demande de Papandréou, empêche la révision d'aboutir. Il est assez étonnant de pouvoir observer que la révision de la Constitution grecque (qui aboutira en 1986) avait pour objet essentiel de réduire les prérogatives présidentielles, alors même qu'elles n'avaient presque jamais été utilisées. Cette révision a permis d'augmenter les pouvoirs de M. Papandreou, Premier ministre, et premier instigateur et bénéficiaire de cette révision. La différence majeure entre ce régime et le nôtre est évidemment que le Président de la République Grecque n'est pas élu au suffrage universel, mais par les chambres.

366 La question peut seulement se poser à propos de la réduction du mandat présidentiel à cinq ans, cf infra.

M. Mitterrand dut-il renoncer à réviser l'article 11 de la Constitution en 1984 (367). Ensuite, le projet ou la proposition de révision doit être adopté par les deux Assemblées en termes identiques. On observera que si la cohabitation avait lieu alors que le Sénat est majoritairement favorable au Président, comme cela aurait pu être le cas en 1978, la révision de la Constitution est impossible (368)." La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum ", dispose l'article 89. " Toutefois le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en congrès; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés ". L'emploi du verbe " décider " montre que la compétence du Président pour choisir, lorsqu'il s'agit d'un projet de révision, entre le Congrès et le référendum, est incontestablement discrétionnaire. Le Premier ministre ne saurait juridiquement le contraindre à suivre une voie plutôt qu'une autre.

*Mais la question qui pose problème est de savoir si, après qu'un projet ou une proposition de révision ait été voté en termes identiques par les deux assemblées, le Président pourrait refuser de la soumettre à un référendum ou au Congrès. Serait-il juridiquement fondé à interrompre la procédure de révision à ce stade ?* M. Maurice Duverger estime que oui, en considérant que les projets de révision que G. Pompidou et M. V. Giscard d'Estaing avaient fait voter par les Assemblées respectivement en 1973 et en 1974 n'avaient ensuite été soumis ni au référendum ni au Parlement réuni en Congrès. Or, poursuit-il, " l'absence de délai (imparti au Président pour soumettre le texte au référendum ou au Congrès) étant identique pour les révisions constitutionnelles d'origine présidentielle et pour celles d'origine parlementaire, le Président dispose donc du même droit de veto sur les deux " (369). Cette considération appelle deux observations. Notons tout d'abord que dans les deux cas évoqués par M. Duverger, *il ne s'agissait pas de propositions, mais de projets de révision*, ce qui est très différent (370). Qu'un président de la République renonce à l'un de ses projets est une chose. Que ce président paralyse une révision constitutionnelle qui a été proposée par la majorité des parlementaires en est une autre (371). On voit mal de quel droit le Président de la République pourrait empêcher la réalisation d'une révision constitutionnelle désirée par le Parlement, le Gouvernement (qui a la maîtrise de l'ordre du jour du Parlement), et par le peuple (une proposition de révision ne pouvant être soumise au Congrès, la révision ne pourrait aboutir que par la voie du référendum. La seule exception possible serait une révision interdite par la Constitution, par exemple si la révision était faite pendant qu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire, ou si elle avait pour objet de remettre en cause la forme

367 Son projet avait échoué sous la législature précédente parce qu'il avait rencontré l'opposition du Sénat (cf. J. PETOT, art.préc., p. 1493 et s.), mais il a plusieurs fois évoqué cette idée durant la cohabitation, notamment dans son discours à Strasbourg le 28.9.1987 (cf. R. CHIROUX, Chronique politique, R.A., 1987, n° 239). M. Mitterrand réaffirme son adhésion à cette révision dans sa " lettre à tous les français ", cf. Le Monde 8-9 avril 1988.

368 C'est également le veto du Sénat qui a paralysé le projet de révision envisagé par M. Mitterrand en 1984 (cf. J. PETOT, art. préc., p. 1493 et s.).

369 Bréviaire de la cohabitation, préc., p. 71.

370 Ainsi, J. PETOT considère-t-il que le Président dispose d'un droit de veto sur les projets de révision, qu'il peut retirer à tout moment de la procédure, alors qu'il nie catégoriquement l'existence d'un droit de veto du chef de l'État ou du Gouvernement sur les propositions de révision (art. préc., p. 1491).

371 Cf. M. PRELOT, Droit constitutionnel et institutions politiques, préc., 1984, p. 614.

républicaine du Gouvernement. Ces hypothèses étant prohibées par la Constitution, le Président aurait même, en vertu de l'article 5, l'obligation de s'y opposer. Ensuite, en ce qui concerne les projets de révision constitutionnelle votés par le Parlement on peut observer que ni G. Pompidou, ni M. V. Giscard d'Estaing *n'ont pas expressément prétendu avoir le droit de ne pas soumettre au vote du peuple ou du Congrès* un projet qui avait été voté par le Parlement, puisqu'ils ne faisaient théoriquement que remettre ce révisions à plus tard (et même s'ils l'avaient fait, cela n'aurait pas, pour autant pu modifier le texte clair de la Constitution).. Or si, en pratique, ils ont bel et bien " enterré " ces projets, d'une part cela ne prouve absolument pas que cette pratique soit conforme à la Constitution - et, d'autre part, cela ne suffit pas à créer une coutume constitutionnelle (372). M. V. Giscard d'Estaing a d'ailleurs souligné dans son allocution au Conseil constitutionnel que " le seul cas où le projet ou la proposition ainsi voté n'est pas présenté au référendum est celui où le président de la République décide de le soumettre au Parlement réuni en Congrès " (373), ce qui montre qu'il est tenu de soumettre une proposition de révision au référendum, mais qui ne signifie aucunement qu'il a le droit de ne pas soumettre ce texte au Congrès. Enfin, le dernier argument avancé par M. Duverger pour affirmer que " le chef de l'Etat peut bloquer toute procédure de révision, ce qui est très important en période de cohabitation " (374), est que *l'absence de délai imposé* au Président signifierait qu'il jouit d'un pouvoir discrétionnaire. Or nous avons démontré que si l'on applique ce principe d'interprétation à la Constitution de la Ve République, le problème de la cohabitation est aisément résolu - ou presque -, puisque le Président de la République ne sera pas tenu de désigner un Premier ministre (375). On peut au contraire admettre tout au plus avec le recteur Prélot " que le fait que l'article 89 n'assigne aucun délai " permet seulement " d'admettre *à priori* que le Président diffère sa décision à la condition qu'il ne la reporte pas indéfiniment au point d'enterrer la révision (376). " Vous avez choisi un troisième terme non prévu par la Constitution. Il y avait le référendum, il y avait le Congrès : nous savons maintenant qu'il y a les oubliettes ! (...) Mais ce troisième choix, les oubliettes, est-ce que vous vous rendez compte de sa gravité ? Il permet de s'opposer à toute tentative de révision par la voie parlementaire; il octroie au Président de la République un droit de veto que ne lui reconnaît nullement la Constitution... ", s'était indigné M. Chandernagor (377). En réalité, on peut considérer que les rédacteurs de la Constitution, en ne prévoyant aucun délai, entendaient imposer que le Président convoque immédiatement le Parlement ou le Congrès, (comme c'est à notre point de vue le cas pour les décrets ou les ordonnances (378)). Si la compétence du Président est liée, pourquoi les rédacteurs auraient-ils prévu un délai pour cette signature, alors que le Président ne dispose d'aucun choix ?

---

372 Cf. *infra*, n° 195 et s.

373 Cité par M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, préc., p.71.

374 *Bréviaire de la cohabitation*, préc.

375 Cf. *Supra*, n° 84.

376 M. PRELOT et J. BOULOUIS, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc. , 1984, p. 614 (la première italique est des auteurs, la seconde est de nous). Cf. *L'entretien télévisé de G. Pompidou*, 24 oct. 1973, dans D. MAUSS, *Textes et documents...préc.*, p. 671.

377 Congrès du Parlement, le 21 octobre 1974, dans D. MAUSS, *Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République*, 10e ed., préc., p. 671. Contra, cf. M. P. ROY, *L'application de l'article 89 de la Constitution de 1958*, préc., p. 724.

378 Cf. *Supra* n° 84.



Michel Debré avait nettement montré que le Président de la République ne dispose pas d'un tel droit de veto : " Il ressort donc de l'article 89 - et ce raisonnement a été fait par des juristes avant moi - que ses rédacteurs ont voulu que la révision constitutionnelle pût intervenir soit sans référendum par accord du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif, *soit s'il y a désaccord entre les deux*, et que le pouvoir législatif seul soit favorable à la révision, avec l'obligation du référendum qui joue ainsi le rôle d'arbitrage (...). *Le législatif a donc la possibilité de réviser la Constitution contre le gré de l'exécutif et sans son concours, mais à la condition que le peuple soit saisi* " (379) On admettra donc avec René Capitant que l'article 89 alinéa 2 de la Constitution, prévoit qu' " allié aux deux chambres du Parlement, le Peuple peut faire triompher une révision à laquelle le Président serait hostile " (380). M. V. Giscard d'Estaing a d'ailleurs souligné qu'il partageait cette interprétation en 1977 (381).

Par ailleurs, certains feront peut être valoir que, *lorsqu'il s'agit d'un projet* de révision, le Président doit être libre de retirer son projet à tout moment de la procédure, à l'instar du Gouvernement durant la procédure législative (382). Nous considérons justement qu'il n'est libre de retirer ce projet que durant la procédure législative, mais que cela n'est plus possible, comme pour les lois ordinaires, dès lors que le projet a été adopté en termes identiques par les deux assemblées (383). Ainsi, à notre point de vue, le Président de la République ne dispose d'aucun droit de veto sur les révisions constitutionnelles (sauf en cas d'inconstitutionnalité manifeste, comme nous l'avons constaté), et à fortiori sur les propositions de révision. En effet, l'automatisme du référendum (ou éventuellement de la réunion du Congrès) résulte clairement des dispositions de l'article 89, rédigées à l'indicatif : " la révision est définitive "..., ce qui ne laisse aucun pouvoir discrétionnaire au Président (sauf au niveau du choix entre le Congrès et le référendum quand il s'agit d'un projet). D'ailleurs, M. Duverger n'écrivait-il pas, en 1978, que " le Président serait obligé de soumettre au référendum une proposition votée par les deux chambres, qui pourraient le rappeler à ce devoir par la menace d'une accusation en Haute Cour " ? (384). Néanmoins, si l'on imagine que dans une nouvelle expérience de cohabitation, le

379 Premier Ministre, débats parlementaires à l'Ass. Nat., 1962, p. 3223 (souligné par nous), cité par G. BERLIA, *Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962*, RDP 1962, p. 938.

380 R. CAPITANT, *Ecrits constitutionnels*, ed. du CNRS, 1982, p. 384-385.

381 Cf. G. VEDEL, *Des rayons et une ombre*, *Le Monde*, nov. 1977. M. V. Giscard d'Estaing, dans son discours du huit novembre 1977 devant le Conseil constitutionnel, a implicitement écarté le recours à l'article 11 pour réviser la Constitution, et a souligné qu'une révision constitutionnelle ne peut se faire sans l'accord du Président de la République que par la voie de l'article 89, mais qui suppose l'accord du Sénat (qui était à l'époque inconcevable en cas de cohabitation).

382 Cf. en ce sens J. PETOT, *Faut-il réviser la Constitution de 1958*, préc., p. 1491, qui relève que d'après le règlement de l'Assemblée nationale : " Les projets de loi peuvent être retirés par le gouvernement à tout moment jusqu'à leur adoption définitive par le Parlement ", tandis que les propositions ne peuvent être retirées par leur auteur que jusqu'à leur adoption en première lecture. Il estime qu' " il n'y a aucune raison de ne pas étendre ces dispositions aux projets ou propositions de loi constitutionnelle. A notre point de vue, on peut considérer que le projet ou la proposition une fois adopté par les deux chambres n'est plus un projet ou une proposition, mais une loi, qui n'est simplement pas définitive, qui ne peut être exécutoire qu'après le référendum ou le vote du Congrès.

383 En ce sens, cf. A. CHANDERNAGOR, *Congrès du Parlement*, 21 oct. 1974, dans D. MAUSS, *Textes et documents...préc.*, p. 671.

384 *Echec au Roi*, préc., p. 214.

Président de la République parvient à imposer, comme cela a été le cas entre 1986 et 1988, une interprétation de la Constitution en vertu de laquelle sa compétence n'est jamais liée, et il dispose toujours d'un pouvoir d'appréciation de caractère discrétionnaire sur toutes les compétences qui lui sont reconnues, même si elles doivent être assorties du contreseing du Premier ministre, il paraîtrait logique qu'on lui reconnaisse également un droit de veto sur la révision de la Constitution. Et dès lors que certains des représentants de la doctrine les plus écoutés parviennent à convaincre le peuple que le Président a une compétence discrétionnaire, l'accusation de haute trahison paraîtra difficile à soutenir (385).

## b ) L'hypothétique réduction du mandat présidentiel à cinq ans.

95 Notre objet n'est pas d'évoquer dès à présent la question de l'intérêt et de l'influence d'une éventuelle réduction du mandat présidentiel (386), mais seulement de voir dans quels termes juridiques aurait pu se poser ce problème dont on a vu qu'il avait été évoqué plus ou moins précisément par M. Mitterrand et par M. V. Giscard d'Estaing, mais qu'il avait rencontré l'hostilité du Premier ministre (387). La très grande popularité d'une telle révision de la Constitution (70 % d'opinions favorables (388)), l'attachement du Parti socialiste à ce projet (389), la perspective d'un second mandat pour un Président qui n'est plus un jeune homme et qui a longtemps déclaré son hostilité à deux septennats successifs, voilà des arguments qui pouvaient en effet pousser M. Mitterrand à tenter l'aventure référendaire, dans laquelle il aurait pu espérer trouver un renforcement de sa légitimité. Mais, juridiquement, comment cela aurait-il été possible? La voie anticonstitutionnelle de l'article 11 paraissait bien dangereuse (390), la voie normale de l'article 89 semblait bien chaotique et incertaine (le Premier ministre n'étant pas tenu de faire au Président de la République la proposition requise par l'article 89, et M. Chirac ayant clairement annoncé son opposition à une révision de la Constitution). Restait une solution : aller chercher au fond des oubliettes la révision que G. Pompidou y avait précipitée en 1973. M. Duverger soutient que " l'adoption par les deux chambres des projets de révision de 1973 et de 1974 reste toujours valable. En conséquence un président peut reprendre l'un ou l'autre, et le soumettre directement à référendum. (...). Toutefois, cela supposerait que le chef de l'Etat obtienne le contreseing du Premier ministre, nécessaire pour les référendums de l'article 89 " (391). Peut-on estimer que le Président pourrait exhumer ce texte pour le soumettre au référendum (il est très improbable qu'un

---

385 Cf. *infra*, la responsabilité du Président de la République, n° 118-119.

386 Cf. *infra* n° 242 et s..

387 Cf. *Supra*, n°69.

388 Cf J.L. PARODI Le quinquennat plébiscité, *Le Point*, n° 702, 3 mars 1986 : à la question " si François Mitterrand organisait un référendum pour réduire à cinq ans la durée du mandat présidentiel, voteriez-vous plutôt oui ou plutôt non ? ", 70 % des français se prononcent en faveur du quinquennat.

389 L'adoption du quinquennat est depuis longtemps un cheval de bataille du PS (voir notamment le programme commun de la gauche en 1972), M. Mitterrand réaffirme son adhésion à cette idée dans sa " lettre à tous les français " publiée à la veille des élections présidentielles (cf. *Le Monde* 8-9 avril 1986).

390 Cf. *supra* n° 69.

391 *Bréviaire de la cohabitation, préc.*, p. 72.

président choisisse la voie du Congrès en cas de coexistence) ? Aucune disposition de la Constitution ne l'interdit expressément, mais la question reste, à notre point de vue, discutable, aucun élément ne nous permettant de trancher avec certitude pour une solution ou l'autre. En l'absence de solution claire, on peut observer qu'admettre qu'un Président de la République puisse exhumer n'importe quel texte adopté par les Assemblées mais non définitif (soit parce qu'il n'aurait pas été promulgué, soit parce que la procédure se serait arrêtée en cours de route, en cas de révision de la Constitution), serait en pratique très dangereux, qu'il s'agisse de lois ordinaires ou de textes relatifs à la révision de la Constitution (car, juridiquement, on ne voit pas pourquoi la solution serait fondamentalement différente). Un Président pourrait ainsi rendre exécutoire un texte dont personne ne veut plus et qui pourrait, pourquoi pas, dater de plus de trente ans (voire plus), simplement en le promulguant, ou en le faisant adopter par référendum (pour une révision constitutionnelle). " la résurrection tardive d'une révision oubliée depuis des années paraîtrait un artifice juridique et supposerait un environnement politique favorable pour ne pas soulever de vives protestations " (392). On peut en effet se demander si cette démarche ne constituerait pas un " détournement de texte ", dans la mesure où elle aurait évidemment pour objet de soustraire la révision constitutionnelle au vote des parlementaires, alors que tout l'équilibre de l'article 89 repose justement sur l'exigence de la volonté combinée soit de l'exécutif et des deux chambres (en cas de projet de révision), soit des deux chambres et du peuple (en cas de proposition de révision). Une manoeuvre visant essentiellement à éviter que les parlementaires n'exercent leur droit de se prononcer sur toute révision constitutionnelle serait donc très contestable.

L'élément le plus surprenant durant la cohabitation a été le fait que le Président réussisse à conserver non seulement un pouvoir de contrôle, mais un véritable pouvoir de tutelle sur l'action du Gouvernement et du Parlement par l'exercice non pas de ses pouvoirs propres, mais de ses prérogatives soumises au contreseing du Premier ministre. Néanmoins, ses pouvoirs sont demeurés plus limités dans ses rapports avec l'autorité judiciaire.

---

392 J. PETOT, art. préc., p. 1491. J. ROBERT (De la cohabitation, préc. p. 186) estime que la constitutionnalité d'une telle pratique serait douteuse, et relève que la doctrine est divisée sur ce point.

## C LES RAPPORTS DU PRESIDENT AVEC L'AUTORITE JURIDICTIONNELLE

Tous les articles de la Constitution qui sont relatifs aux rapports entre le Président et " l'autorité judiciaire " (dans le sens restrictif où est entendue cette expression dans le texte de la Constitution de 1958) sont soumis au contreseing du Premier ministre, qu'il s'agisse de l'exercice du droit de grâce ( 1 ), ou des dispositions plus générales qui lui permettent d'en assurer l'indépendance ( 2 ).

### 1 Le droit de grâce, prérogative régaliennne ?

Le caractère lié ou non de la compétence présidentielle est rarement discuté car il est généralement admis qu'il s'agit d'une prérogative régaliennne ( a ). Il est particulièrement difficile d'apprécier précisément les difficultés qui ont pu être liées à l'exercice de cette compétence durant la cohabitation en ce qui concerne le dossier du terrorisme ( b ).

#### a ) Une compétence discrétionnaire ?

96 Pour Benjamin Constant, le droit de grâce est une des prérogatives du monarque, arbitre neutre dégagé des contingences politiques, pouvoir modérateur chargé d'assurer la stabilité du régime et de régler les conflits entre les trois pouvoirs (393). Aujourd'hui, la plupart des constitutionnalistes analysent le droit de grâce comme une survivance de la prérogative royale consacrée sous l'ancien régime en vertu de laquelle " le Roi est maître de ses grâces " (394), et en déduisent que le Président a une compétence discrétionnaire (395). Mais certains auteurs estiment que " le fait du prince, le droit régaliennne, trop souvent invoqués encore aujourd'hui par de nombreux commentateurs, ne sauraient plus être une justification du droit de grâce dans la période moderne " (396).

393 X. PETOT, *Le pouvoir de faire grâce*, RDP 1983, p. 1559.

394 On observera que cette prérogative est attribuée à la plupart des chefs d'Etat des régimes parlementaires européens, mais que si son intervention est effective dans certains cas (Belgique (art. 73 const.), Italie ( art. 87 al II const.), RFA (art. 20.2 de la loi fondamentale du 23 mai 1949)), elle est purement formelle en Grande Bretagne depuis très longtemps. Aux Etats-Unis, elle est exercé par les gouverneurs dans les Etats, et par le Présidents des Etats-Unis au niveau fédéral. Dans le d'Assemblée qui est celui de la Confédération Helvétique, ce pouvoir est dévolu à l'Assemblée fédérale, réunissant le Conseil national et le Conseil des Etats (art. 85, § 7 de la Const. du 27 mai 1874) : cf. X. PETOT, *Le pouvoir de faire grâce*, RDP 1983, p. 1531.

395 Cf. X. PETOT *Le pouvoir de faire grâce*, RDP 1983, p. 1548, l'auteur conteste cette vision.

396 M. MONTEIL, cité et approuvé par X. PETOT, art. préc., p. 1528.

L'exercice de cette prérogative est en réalité beaucoup moins libre qu'on ne l'imagine souvent, car, d'une part, " le pouvoir d'instruction reconnu au ministre de la justice conduit à un véritable pouvoir de proposition " (397), le conseil supérieur de la magistrature se bornant à émettre un avis sur la proposition transmise par le ministre de la justice; et d'autre part parce que si le contreseing du Premier ministre a été, jusqu'en 1986, une compétence dont le caractère purement formel pour ce dernier n'a guère été contesté, cette interprétation pourrait être remise en cause. Si, " sous la IIIe et la IVe République c'est au Gouvernement qu'il appartenait d' " autoriser ", ou d' " ordonner " - ou encore d' " interdire "-, l'exercice du pouvoir de faire grâce; sous la Ve République, c'est au chef de l'Etat qu'il appartient le cas échéant de convaincre son gouvernement du bien-fondé des mesures qu'il envisage, - l'affaire Jouhaud montre la tournure que peuvent prendre éventuellement de tels événements " (398). L'exigence du contreseing montre en effet que le Gouvernement est responsable de ces actes devant le Parlement, et qu'ils peuvent avoir un caractère politique non négligeable, puisque l'exercice systématique du droit de grâce peut mettre en échec certaines dispositions législatives (cela a été le cas pour la peine de mort en Belgique ou aux Pays Bas, et, en France, n'appelait-on pas le Président Fallières " le père gratias " (399) ?), ou l'efficacité d'une politique pénale. La jurisprudence ne nous permet pas d'apprécier l'étendue des pouvoirs respectifs du chef de l'Etat et du Gouvernement, puisque le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent pour se prononcer sur des mesures de grâce au motif qu'il s'agit de mesures qui se rattachent au fonctionnement du service public judiciaire (400).

#### b ) L'exercice du droit de grâce durant la cohabitation.

97 Durant la coexistence, aucun conflit majeur entre Président et Gouvernement n'a été porté à la connaissance du public et il ne semble pas que le Premier ministre ait jamais contesté le caractère discrétionnaire de cette compétence. Il n'est cependant pas totalement exclu que lors d'une autre expérience de cohabitation, un chef du Gouvernement refuse d'apposer son contreseing à un décret de grâce présidentiel, dont le caractère formel n'est jusqu'à présent, sous la Ve République, consacré que par l'usage. Mais cet usage est si peu contesté qu'une telle attitude soulèverait sans doute de vives protestations.

---

397 . PETOT, art. préc., p. 1538. En effet, c'est la proposition émise par le Garde des Sceaux, matérialisé par le projet de décret envoyé à l'Elysée, qui constitue le fondement de la procédure finale de décision, et le Président entérine généralement les mesures soumises à sa signature. Ainsi, entre 1976 et 1979, le ministère de la justice n'a soumis que 2.000 propositions de grâce à la signature du Président de la République, sur 33.000 dossiers.

398 X. PETOT, art. préc., p. 1545.

399 X. PETOT, art. préc., p. 1557-1558.

400 : " Les décisions que le chef de l'Etat est appelé à prendre dans l'exercice du droit de grâce dont dépend l'exécution des peines infligées par des juridictions de l'ordre judiciaire, ne peuvent pas être regardées comme des actes émanant d'une autorité administrative " : C.E. Ass, 28 mars 1947, GOMBERT, Rec p. 138, RDP 1947 p. 95, note WALINE; Jurisprudence confirmée par C.E. 8 nov. 1961, Sté d'édition et d'impression du centre, Rec.p. 936; CF. X. PETOT, art. préc., p. 1561-1562, qui se prononce en faveur de la consécration de la nature administrative du pouvoir de faire grâce.

Néanmoins, entre 1981 et 1986, ce problème a pu se poser de manière particulièrement délicate dans l'affaire des otages français détenus au Liban. En l'évoquant, voici ce que précise M. Mitterrand : " Quant aux grâces, vous savez bien que le droit de grâce dépend de moi. C'est à dire qu'il dépend du Président de la République. C'est un droit qui est inscrit dans la Constitution. Mais vous savez bien que je ne disposerai pas du droit de grâce pour échanger des assassins contre des otages innocents. La grâce d'Anis Naccache, c'est à dire de l'un des cinq, je l'ai envisagée, je l'ai considérée. Je n'ai pas dit non lorsque le gouvernement de M. Fabius, puis le gouvernement de M. Chirac ont évoqué cette hypothèse. Si cela était en échange de tous nos otages, en un seul mouvement, d'un seul coup, j'examinerais en conscience les conditions - je parle au conditionnel et non pas au futur, - les circonstances *d'opportunité, si je croyais en conscience que cela était bon* et, d'autre part, *si je croyais devoir répondre à une demande expresse du gouvernement*, c'est à dire si cela faisait partie de ce qu'il estimerait utile à l'heureux aboutissement de sa politique. " Il en a été question entre nous, sous le gouvernement Fabius et sous le gouvernement Chirac, je le répète ici, il a été question de cette éventualité. Mais je ne pourrai pas en dire davantage, cela serait inutile. " J'ai dit que j'userais du droit de grâce si j'en ai la conviction intime, donc en conscience. Je dis également que si le gouvernement me le demandait formellement pour l'heureux aboutissement de sa politique, j'examinerais cette question. Mais j'ai toujours dit que je n'accepterai pas d'échange : c'est à dire que tous les otages nous seront rendus, ou il n'y aura rien (...) ...personnellement, comme président de la République, je n'ai jamais grâcié un terroriste. (...) Je n'accuse personne en France, et surtout pas le gouvernement (...) de vouloir en quoi que ce soit transiger avec le terrorisme. Et je n'accepterais pas davantage cette imputation " (401). La déclaration présidentielle est claire, au moins sur deux points : d'une part il souligne le caractère discrétionnaire de sa compétence (même si le gouvernement lui présentait une demande formelle, il ne ferait qu'envisager la question, car c'est à lui seul qu'il appartiendrait de juger " si cela était bon "), et d'autre part il met en garde le gouvernement : il n'acceptera de faire usage du droit de grâce que si tous les otages sont libérés en même temps. Si celui-ci s'avisait de lui présenter une demande formelle (cela signifie sans doute publique, puisque le Président a dit que cette question avait déjà été évoquée) de grâcier des terroristes pour la libération partielle des otages, non seulement il essuirait un refus, mais encore il serait accusé de traiter avec le terrorisme ou avec ses alliés. En mars 1987, M. Mitterrand réaffirmera qu'il ne peut " échanger un assassin contre un innocent " (402), mais à l'occasion du sommet de Madrid, il écarte l'hypothèse de l'usage du droit de grâce en ces termes : " j'ai bien dit, il y a quelques mois, que si j'avais pu obtenir que l'on restituât à la France la totalité des otages (...), j'envisagerais, si le Gouvernement me le demandait, une grâce (...). *Cette ouverture n'a pas été saisie, elle est donc derrière nous* " (403). Or, c'est après cette déclaration que l'OJR avait menacé d'assassiner Jean-Louis Normandin dans les quarante-huit heures si M. Chirac ne " clarifiait pas ces propos du Président (404). Plus tard, il précisera que M.

401 Interview par J.P. ELKABBACH à l'émission " Découvertes " d'Europe 1, le 9 déc. 1986, à 18 heures., Le Monde, 11 déc. 1986, p. 8.(souligné par nous).

402 Le 10 mars 1986, lors du déjeuner organisé par l'association de la presse diplomatique, à Paris, Le Monde 31 mars 1987.

403 Sommet de Madrid, mars 1987, cité dans Le Monde 31 mars 1987 (souligné par nous).

404 Ainsi que sur l'aide française à l'Irak (cf. Le Monde 31 mars 1987).

Fabius et M. Chirac lui avaient demandé de grâcier Anis Naccache pour que tous les otages soient libérés et qu'il avait accepté, mais n'avait pas reçu de réponse. Il réitérera son refus " d'établir quelque échéancier que ce soit qui aboutirait à la libération des autres assassins..Bien entendu, si je peux aider d'une façon ou d'une autre, acceptable, contribuer à ramener les otages (...) je le ferai, mais je ne vois pas comment je pourrais aller plus loin " (405). Sans qu'il nous appartienne de nous prononcer sur le fond de ces déclarations, relevons simplement qu'il résulte clairement de l'attitude du Président qu'il considère que le droit de grâce est une de ses compétences discrétionnaires, le Gouvernement ne pouvant lui imposer aucune décision en cette matière, et que le Gouvernement n'a pas publiquement contesté cette appréciation, alors qu'elle était discutable juridiquement - mais peut-être pas politiquement, tant la pratique semble ici aussi plus légitime que la règle, du fait de sa constance.

## **2 ) Le Président de la République, garant de l'autorité judiciaire.**

L'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que " Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire " ( a ), et qu'il " est assisté par le Conseil de la magistrature ", qu'il préside dans certains cas, en application de l'article 65 de la Constitution ( b ).

### **a ) L'étendue de la compétence présidentielle.**

98 Si, en étudiant la séparation des pouvoirs, nous avons évoqué les relations du chef de l'Etat avec toutes les autorités juridictionnelles, qu'il s'agisse des juridictions de l'ordre judiciaire, administratif, du Conseil constitutionnel, nous limiterons cette analyse à l'autorité judiciaire entendue dans le sens restrictif qui résulte de la Constitution de 1958. Alors que l'on entend généralement par " pouvoir judiciaire " soit la fonction de juger, soit les organes investis de cette fonction (c'est à dire l'ensemble des tribunaux) (406), le titre VIII de la Constitution de 1958 : " De l'autorité judiciaire ", distinct tant du titre VII relatif au Conseil constitutionnel, que du titre XI relatif à la Haute Cour de justice, révèle une acception limitée de l' " autorité judiciaire ", qui exclut tant les juridictions administratives que le Conseil constitutionnel, et ne concerne donc que les juridictions civiles (407).

---

405 Déclarations à TF1, à l'émission " 7 sur 7 ", Le Monde 31 mars 1987

406 Cf. Lexique des termes juridiques Dalloz, préc., p. 256.

407 Cf. Lexique des termes juridiques préc., p. 44.

**b ) Les moyens de la compétence présidentielle : la présidence du Conseil supérieur de la magistrature.**

**99** Le Titre VIII de la Constitution prévoit que le Président de la République est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. " Le Conseil supérieur de la magistrature est présidé par le Président de la République. Le ministre de la justice en est le vice-président de droit. Il peut suppléer le Président de la République." Or les autres membres du Conseil de la magistrature sont nommés par le Président de la République (408). La question de la compétence du chef de l'Etat en tant que président du Conseil supérieur de la magistrature, et des conflits qui pourraient en résulter avec le ministre de la justice ne semble pas poser de problème majeur, puisque quand ce Conseil est présidé par le Président de la République, soit il propose des nominations, soit il donne des avis (à propos des nominations proposées par le ministère de la justice, ou à propos des grâces). Lorsqu'il statue comme conseil de discipline des magistrats du siège, il est en effet présidé par le premier président de la Cour de Cassation. L'affirmation du principe selon lequel le Président de la République est garant de l'indépendance judiciaire doit-elle se traduire uniquement dans les prérogatives qui lui sont expressément reconnues à ce titre par la Constitution, ou peut-on en déduire des compétences implicites ? Nous opterons pour la première solution, tout en observant que le Président de la République peut, en pratique, durant la cohabitation comme avant, user de son pouvoir de parole et de son autorité morale pour rappeler à l'ordre ceux qui seraient tentés de porter atteinte à l'indépendance de l'autorité judiciaire. Mais nous avons pu constater que le Garde des Sceaux s'était estimé fondé à contester certaines déclarations présidentielles dont il pensait qu'elles portaient atteinte à l'indépendance de cette autorité (409). Si l'on admettait que l'affirmation de ce principe donne des compétences implicites au Président (comme, nous le verrons, on le fait bien souvent en matière de défense ou de politique étrangère), les pouvoirs du Président risqueraient d'être illimités (puisqu'ils ne sont contrôlés par aucune juridiction), et dès lors pourraient porter atteinte à cette indépendance.

Alors que l'on pouvait penser que la distinction entre les pouvoirs propres et les pouvoirs soumis à contreseing établissait une distinction entre les compétences discrétionnaires du Président, lui permettant d'exercer son pouvoir d'arbitrage, et les compétences liées, lui permettant d'exercer le contrôle nécessaire pour qu'il puisse décider de recourir, lorsqu'il l'estimerait nécessaire, à ses pouvoirs propres; la pratique a montré, avant 1986, que le Président avait un pouvoir de décision voire d'autorité dans tous ces domaines, et, de 1986 à 1988, qu'il ne s'estimait pas réduit à un simple contrôle de constitutionnalité, mais qu'il disposait d'un contrôle d'opportunité lui permettant d'user

---

408 L'ordonnance du 22 déc. 1958 prévoit qu'il s'agit de trois membres de la Cour de Cassation et d'un conseiller d'Etat choisis sur une liste proposée par leurs pairs (bureau de la Cour de Cassation et Assemblée générale du Conseil d'Etat) et comprenant le triple du nombre de postes à pourvoir, et de deux personnalités extérieures.

409 Cf. *Supra*, n° 50.



d'un droit de veto dans un certain nombre de cas. Mais la situation est différente dans un domaine bien particulier, celui des affaires étrangères et de la défense nationale.

## III

**POLITIQUE ETRANGERE ET DEFENSE : UN DOMAINE  
PRESERVE.**

Alors que les pouvoirs reconnus au Président de la République en matière de diplomatie ou de défense sont tous soumis au contreseing du Premier ministre (à l'exception de l'article 16, mais qui ne concerne pas exclusivement ces domaines), un régime très particulier leur a été reconnu dès le début de la Ve République. Le fait que le fondateur du régime soit un militaire, l'importance toute particulière qu'il accordait tant aux problèmes de défense qu'à ceux de la politique étrangère, la situation de la France en 1958, et le rôle très important que les Français demandaient au général de Gaulle de jouer dans la guerre d'Algérie sont trop bien connus pour qu'il soit nécessaire de rappeler quelle influence déterminante ils ont joué sur la pratique de la Constitution dès les premières années de son application (1). Parmi les innombrables paradoxes de la cohabitation, on concèdera que celui-ci est l'un des plus étonnants : alors que la plupart des constitutionnalistes et des hommes politiques avaient considéré que la coexistence montrerait " l'irréalisme de la théorie du domaine réservé du Président de la République" (2) et mettrait fin à la suprématie présidentielle, si longtemps dénoncée comme anticonstitutionnelle par la gauche; et alors que les premiers mois de cette expérience sont marqués par l'avènement d'une co-gestion de ces domaines ( A ), voilà que M. Mitterrand affirme sa suprématie en matière de politique étrangère et de défense. La cohabitation a ainsi permis non pas l'abolition, mais au contraire l'avènement de la pratique du domaine réservé, puisque pour la première fois sous la Ve République, le chef de l'Etat prétend imposer sa responsabilité et son autorité dans ces secteurs, *tout en* reconnaissant la compétence exclusive du Gouvernement et du Parlement dans les autres domaines de la politique nationale ( B ).

---

(1) Cf. notamment J. GICQUEL, thèse préc; S. COHEN, *La monarchie nucléaire*, Paris, Hachette, 1986; Général Fourquet, Les rapports entre le Président de la République et le Premier ministre en matière de défense, communication au colloque de l'ADSP, Paris, 17-18 nov. 1988, sur *Les rapports entre Président de la République et Premier ministre (1959-1969)*, et P. Messmer, *Les affaires de défense*, idem. (il rapporte que le Général " dirige tout, jusque dans le détail ", en ce qui concerne l'Algérie et le retrait français de l'OTAN, mais que pour les autres affaires, l'idée du domaine réservé doit être nuancée, étant donné les compétences, qu'il respectait, du ministre des armées et du Premier ministre).

(2) J. Y. de CARA, communication aux entretiens juridiques de la Faculté de Droit de Lyon III sur la cohabitation, préc., p. 169.

## A NEGATION DE LA THEORIE DU DOMAINE RESERVE.

" Je rejette autant que naguère, quand j'étais dans l'opposition, l'idée même de " secteur réservé ". Il n'y a pas de " secteur réservé ". Il y a la Constitution et l'intérêt national. Il suffit de s'en tenir là " (3). Cette pétition de principe de M. Mitterrand semble on ne peut plus normale à une époque où chacun semble avoir depuis longtemps rejeté cette théorie ( 1 ), et où, depuis le mois de mars 1986, la gestion de la politique étrangère et de la défense de la France paraît être partagée entre le Premier ministre et le Président de la République ( 2 ), alors qu'elle avait été jusque là " la chose " du chef de l'Etat.

### 1 ) Une théorie condamnée comme étant contraire au texte de la Constitution.

#### a ) Une théorie presque unanimement rejetée.

100 " Le secteur présidentiel comprend l'Algérie sans oublier le Sahara, la Communauté franco-africaine, les affaires étrangères, la défense; le secteur ouvert se rapporte au reste (...) Dans le premier secteur, le gouvernement exécute; dans le second, il conçoit " (4). La distinction ainsi opérée par J. Chaban-Delmas en 1959 resta célèbre, non pas tant à cause de son exactitude que du fait des critiques dont elle fut l'objet. Si le rejet de cette interprétation parut unanime, les raisons de cette condamnation étaient, elles, très variables. La gauche, François Mitterrand en tête, s'indigna de ce que l'on puisse prétendre que ces domaines sont soumis à la seule autorité du Président, alors qu'il s'agit de compétences qui ne sont pas des pouvoirs propres du Président, et alors que le Premier ministre et, à travers lui, le Parlement, doivent contrôler ces secteurs de la politique nationale (5). Au contraire, la négation de cette interprétation par les détenteurs du pouvoir, à commencer par le général de Gaulle, est justifiée par l'interprétation non pas trop extensive, mais trop restrictive qu'elle donne des compétences présidentielles. Comment, M. Chaban-Delmas voudrait enfermer les pouvoirs de décision présidentiels dans ces seuls domaines, prétendant que dans les autres le Gouvernement aurait un

(3) F. Mitterrand, interview au Point, le 10 nov. 1986.

(4) J. CHABAN-DELMAS, déclaration aux assises de l'UNR à Bordeaux, le 17 nov. 1959, cité par C. PLANTON, mémoire de DEA de droit Public, Lyon III, 1989, p. 42.

(5) Lors du débat à l'Assemblée nationale du 24 avril 1964, Cf. notamment F. de BAECQUE, Qui gouverne la France, préc., p. 95.

pouvoir de décision ? Cette vision est inacceptable pour les Présidents de la Ve République, qui vont successivement rejeter cette théorie visant à limiter leur action, autant qu'à légitimer les violations de la Constitution dans ces domaines par le général de Gaulle et par eux-mêmes. Sans doute correspondait-elle assez largement à la pratique gaullienne des institutions, le Général dirigeant personnellement ces secteurs, donnant directement ses instructions aux ministres concernés en " court-circuitant " le Premier ministre; alors qu'il lui laissait largement conduire la politique de la Nation dans les autres domaines. N'affirmait-il pas que " Dans les domaines essentiels de la politique extérieure et de la sécurité nationale, le Président de la République est tenu à une action directe puisqu'en vertu de la Constitution, il négocie et conclut (sic) les traités, puisqu'il est le chef des armées, puisqu'il préside la défense " (6). Cependant, précise le général, " Si, dans le champ des affaires, il n'y a pas pour moi de domaine qui soit négligé ou réservé, je ne manque évidemment pas de me concentrer sur les questions qui revêtent la plus grande importance générale " (7). L'attitude de G. Pompidou, confirmée par celle de tous ses successeurs jusqu'en 1986, montra que le chef de l'Etat entendait diriger personnellement tous les domaines de la politique nationale, et qu'il disposait en réalité d'un véritable droit d'évocation dans tous les secteurs, quels qu'ils soient, droit qu'il exerçait discrétionnairement selon l'intérêt qu'il portait à telle ou telle matière. " Je puis affirmer qu'il n'y a pas de domaine réservé et cela dans aucun sens, qu'en toutes matières, pour l'impulsion, la ligne générale, la continuité, je tiens le rôle du chef de l'Etat pour essentiel " affirmait G. Pompidou (8). Peut-on être plus clair ? Il résulte de la pratique constante jusqu'en 1986 " qu'il n'y a pas de domaine réservé, mais en tous domaines, un échange et une action concertés " (9) sous l'autorité du Président de la République. Néanmoins, cette théorie n'est pas unanimement rejetée, puisque certains juristes estiment que cette pratique constante a créé une coutume que la cohabitation pourrait néanmoins largement remettre en cause (10). D'après , M. Giscard d'Estaing, qui avait souligné en 1978 que le chef de l'Etat n'a guère les moyens de s'opposer à l'application de la politique d'une majorité parlementaire qui lui est hostile, la suprématie présidentielle sera remise en cause par la cohabitation, le Président de la République ne pouvant plus prétendre avoir qu'un rôle purement représentatif, sauf dans certains domaines, tels que la politique africaine, traditionnellement réservée au Président (11). Enfin, les juristes, dans leur grande majorité, rejetèrent cette théorie pour son inconstitutionnalité.

---

(6) Allocution radiotélévisée du 20 sept. 1962.

(7) Ch. de Gaulle, *mémoires d'espoir*, p. 286, cité par C. Planton, *mémoire de D.E.A. Lyon III Les compétences internationales du Président de la République et du Premier ministre sous la Ve République* (1989).

(8) Déclaration à l'Assemblée nationale le 24 avril 1964.

(9) F. de BAECQUE, *Qui gouverne la France ?*, préc., p. 97.

(10) En ce sens, cf. B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, 8e ed 1988, p. 634-635: " la coutume a fait de lui le chef de la diplomatie française en période normale. En période de cohabitation, la conduite des relations internationales relève du Premier ministre, mais la pratique reconnaît au Président le droit de représenter la France dans les conférences au sommet, avec le Premier ministre à ses côtés, ce qui implique un accord préalable sur les positions à prendre au nom du pays ". Dans le même sens, G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER (*Manuel préc.*, p. 509): il existe une " règle coutumièrement établie d'après laquelle les affaires étrangères constituent un domaine réservé au Président de la République. (...) Durant la période de la cohabitation, une véritable dyarchie s'était instituée en matière de politique étrangère ". Sur la critique de la notion de coutume, cf. infra, n° 195 et s.

(11) Déclaration à RFI, cf. *Le Monde* 18 janvier 1986.

## b ) Une théorie non conforme à la Constitution.

101 Si les rédacteurs de la Constitution avaient voulu que le Président de la République règne sans partage sur la politique étrangère et la défense, pourquoi n'auraient-ils pas dispensé de contreseing les pouvoirs présidentiels qui s'y rapportent ? Pourquoi auraient-ils largement repris les formules traditionnelles de la III<sup>e</sup> et de la IV<sup>e</sup> République qui avaient été consacrées par l'impuissance du Président ? (12). Pourquoi auraient-ils partagé les compétences en ce domaine entre le Président de la République, le Premier ministre, et le Parlement ?

Tous les pouvoirs reconnus par la Constitution au Président dans ces domaines sont soumis au contreseing du Premier ministre, et l'on a pu constater que les rédacteurs de la Constitution savaient que lorsqu'un pouvoir est soumis à contreseing, il est exercé sous la responsabilité du contresignataire et devient largement " sa chose ". Il est en est ainsi pour l'article 5, qui n'attribue aucune compétence particulière au Président - bien que tous les présidents aient affirmé le contraire pour étendre abusivement leurs pouvoirs (13) - mais définit sa mission de manière générale, précisant le but, la finalité des pouvoirs qui lui sont reconnus par les articles suivants pour assurer cette mission : " Il assure par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, du respect des accords de communauté et des traités ". Dans le cadre du titre II de la Constitution, consacré au Président de la République, si certains pouvoirs présidentiels dispensés ou non de contreseing peuvent être utilisés directement ou indirectement dans ces domaines (par exemple l'article 9 relatif à la présidence du Conseil des ministres, l'article 13 relatif aux décrets, aux ordonnances et aux nominations, voire l'article 18 sur le droit de message, mais surtout l'article 16 qui donne les pleins pouvoirs au Président de la République

---

(12) La phrase sempiternellement citée d'Emile COMBES : " laissons cela, messieurs, c'est l'affaire de M. le Président de la République et de M. le ministre des affaires étrangères ", ne correspond nullement à une pratique constante sous la III<sup>e</sup> République, marquée au contraire par la soumission croissante du chef de l'Etat à la volonté du Gouvernement, monobstant les prérogatives très importantes reconnues au Président de la République par le texte des lois constitutionnelles, que l'exigence du contreseing ministérielle avait réduites à des pouvoirs formels. La Constitution de la IV<sup>e</sup> République a constitutionnalisé cette pratique en n'attribuant que des pouvoirs nominaux au Président, le Gouvernement étant responsable de ces secteurs. Sous la III<sup>e</sup> comme sous la IV<sup>e</sup> République, l'influence du Président de la République sur la détermination de la politique étrangère variait beaucoup en fonction de l'intérêt que le chef de l'Etat ou le Président du Conseil portaient à ces questions (il se trouve qu'Emile Combes s'en désintéressait, et que c'était surtout le ministre des affaires étrangères, T. Delcassé, qui était le principal instigateur de la politique extérieure de la France, même si E. Loubet jouait un rôle de représentation non négligeable. On notera d'ailleurs que lors du Conseil des ministres du 6 juin 1906, E. Loubet s'abstient dans le débat qui oppose T. Delcassé à la plupart des autres membres du Gouvernement et, plutôt que de trancher lui-même comme ses prédécesseurs, il met la question aux voix, précédent qui contribuera à l'affaiblissement de ses successeurs. Ainsi, A. Fallières observera-t-il que : " Le Président de la République est trop souvent mal renseigné sur la politique étrangère (...) Il sait uniquement ce qui se dit au Conseil des ministres ". Quant à R. Poincaré, il sera vite écrasé par la personnalité de Clémenceau qui, au mépris de la Constitution, s'accapara tous les pouvoirs dans ces domaines. Enfin, la tentative d'exercice effectif des compétences présidentielles par Millerand se traduira, à l'instar de celle de Mac Mahon, par une crise dont la présidence sortira plus faible que jamais. Sous la IV<sup>e</sup> République, après que Vincent Auriol soit parvenu, en grande partie à cause de l'instabilité ministérielle et de l'inexpérience de certains présidents du Conseil, à jouer un rôle non négligeable, son successeur, R. Coty, n'interviendra que très discrètement dans ces secteurs. (cf. C. Planton, préc, p. 56).

(13) En ce sens, cf. P. ARDANT, L'article 5 et la fonction présidentielle, Pouvoirs n° 41, 1987, p. 49.

lorsque " les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu "), seuls deux articles, soumis au contreseing, précisent explicitement les pouvoirs présidentiels en temps normal dans ces domaines. Il s'agit de l'article 14 : " le Président de la République accrédite les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires auprès des puissances étrangères, les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires étrangers sont accrédités auprès de lui ", et de l'article 15 : " Le Président de la République est le chef des armées. Il préside les conseils et comités supérieurs de la défense nationale ". Ensuite, il n'est plus fait référence aux compétences présidentielles dans ces domaines que dans le Titre VI de la Constitution, relatif aux traités et accords internationaux, l'article 52 précisant que " Le Président de la République négocie et ratifie les traités. Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification ", et l'article 54 lui donnant le droit de saisir le Conseil constitutionnel d'un engagement international qui comporterait une clause contraire à la Constitution, afin qu'il ne puisse être adopté qu'après une révision de celle-ci. Tels sont les seuls pouvoirs que le texte de la Constitution reconnaît au Président de la République dans ces domaines.

Sont-ils particulièrement importants, suffisent-ils à assurer sa prééminence dans ces secteurs ? On peut en douter sérieusement lorsqu'on les *compare à ceux dont disposaient dans ces domaines les Présidents de la IIIe et de la IVe République*<sup>(14)</sup>. S'il n'existait alors pas d'équivalent de l'article 5, finalisant leur action, on doit constater que l'article 14 ne fait que reprendre, mot pour mot, les dispositions de l'alinéa deux de l'article 31 de la Constitution de 1946. Quant à l'article 15, il ressemble comme un frère à l'article 33 de la Constitution de la IVe République (15), à une différence près, c'est que le texte de 1946 disposait qu'il " prend le titre de chef des armées ", alors qu'en 1958 il " est le chef des armées ", ce qui pourrait signifier que l'on entendait rendre cette direction effective, et non plus formelle. Cette impression doit être nuancée par l'existence des compétences concurrentes des autres pouvoirs, et par l'analyse de la tradition constitutionnelle française, susceptible d'éclairer la volonté des rédacteurs de la Constitution. S'agissant des dispositions de l'article 54 de la Constitution de 1958, on observera que si, comme sous la IIIe République, le Président " négocie et ratifie les traités " (16) (alors que sous la IVe République, " il les signe et les ratifie " (17)), en 1946 et en 1958 il est précisé qu'il est " informé " des négociations internationales, ce qui semble impliquer qu'il ne les dirige pas, mais doit seulement avoir les moyens de les contrôler, par cette information.

<sup>14</sup> Sur les pouvoirs présidentiels dans ces domaines sous la IIIe République, cf. C.A.COLLIARD, Les pouvoirs du Président de la République en cas de coexistence institutionnelle, RDP 1989, p. 1580, 1584.

(15) " Le Président de la République préside, avec les mêmes attributions (que pour la présidence du Conseil des ministres, pour laquelle il est précisé qu'il fait établir et conserve les procès-verbaux des séances) le Conseil supérieur et le Comité de la Défense Nationale et prend le titre de chef des armées ".

(16) Art. 8 de la Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875.

(17) Art. 31 de la Constitution du 27 octobre 1946.

" En vertu de la tradition républicaine l'affirmation selon laquelle le Chef de l'Etat est chef des armées a simplement pour objet de rappeler la primauté du pouvoir politique sur l'institution militaire, et non de conférer à l'Elysée le commandement réel des forces armées " (18). L'analyse des dispositions des constitutions françaises révèle d'ailleurs que la reconnaissance de la primauté présidentielle dans ces domaines ne relève nullement de la tradition républicaine (dans laquelle ces pouvoirs sont remis non pas à une seule personne, mais au gouvernement ou à ce qui en tient lieu), mais de la tradition impériale et monarchiste (puisque, en dehors des constitutions impériales, seules les chartes de 1815 et de 1830, ainsi que les lois constitutionnelles de 1875, qui établissent au départ une " constitution monarchiste d'attente " consacrent la primauté du chef de l'Etat dans ces domaines (19) . C'est la pratique parlementaire des institutions (que ce soit dans le cadre d'institutions monarchiques ou républicaines) qui a imposé l'impuissance de fait du chef de l'Etat dans ces domaines, et la prééminence du gouvernement. C'est bien plus cette pratique que le texte même des constitutions, qui constitue ce que l'on appelle souvent la tradition républicaine, en vertu de laquelle c'est le gouvernement et non le chef de l'Etat, qui est responsable de la défense nationale. R. Poincaré l'expliquait en ces termes : " Je signale ce qu'a d'équivoque l'expression " chef des armées ". Elle laisse supposer que je

(18) P. DABEZIES, Commentaire de l'article 15 de la Constitution, dans F. LUCHAIRE et G. CONAC, La Constitution de la République française, préc., p. 529, l'auteur estime que la Constitution de 1958 a innové et semble attribuer au chef de l'Etat un pouvoir éminent sur les armées.

(19) La direction des armées n'était pas systématiquement confiée au chef de l'Etat : dans la Constitution de 1791, les pouvoirs du Roi en matière de diplomatie et de défense étaient étroitement contrôlés par le pouvoir législatif pour des raisons évidentes (on se méfiait bien trop de lui pour lui en confier la direction : cf. chap. II, art. 2 et 3), dans le projet de Constitution girondine des 16 et 17 fév. 1793, les commandants des armées (qui ne pouvaient exister qu'en temps de guerre) tenaient leurs pouvoirs du Conseil exécutif, la Constitution du 24 juin 1793 prévoyait qu'il n'y a point de généralissime et que nul corps armé ne pouvait délibérer (art. 110 et 114), le corps exécutif étant largement soumis au corps législatif; l'article 144 de la Constitution du 22 août 1795 dispose que " le directoire pourvoit, d'après les lois, à la sûreté extérieure ou intérieure de la République (...) Il dispose de la force armée, sans qu'en aucun cas, le Directoire collectivement, ni aucun de ses membres, puisse la commander (...)", mais le directoire peut régler la direction des forces de terre et de mer en cas de guerre (art. 329), les commandants recevant du directoire un mandat révocable à volonté (art. 288). Dans la Constitution du 22 frimaire an VIII, " Le Gouvernement pourvoit à la sécurité intérieure et à la défense extérieure de l'Etat; il distribue les forces de terre et de mer, et en règle la direction " (art. 47); les pouvoirs du gouvernement seront transférés à l'empereur par le Sénatus-Consulte du 28 floréal an VIII.

La charte du 4 juin 1814 rendra largement au Roi les pouvoirs qu'il avait sous l'ancien régime : " Le Roi est le chef suprême de l'Etat, il commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce, nomme à tous les emplois d'administration publique, et fait les réglemens et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat " (art. 14). La Charte du 14 août 1830 reprend mot pour mot ces dispositions, en précisant seulement en outre que le Roi doit assurer l'exécution des lois (art. 13).

Sous la seconde République, l'article 50 de la Constitution de 1848 précise que le Président de la République " dispose de la force armée, sans pouvoir jamais la commander en personne ";

Mais l'avènement du second empire permettra la réintroduction presque littérale des constitution monarchistes, qui sont reprises par l'article 6 de la Constitution du 14 janvier 1852, et par l'article 14 du Sénatus-consulte du 21 mars 1870.

La III<sup>e</sup> République, constitution d'attente monarchiste, dans laquelle des pouvoirs très importants sont reconnus au Président de la République, consacre sa primauté dans ce domaine, puisqu'il " dispose de la force armée " (art. 3 de la Loi constitutionnelle du 25 février 1875). Il en sera de même dans le projet de Constitution du Maréchal Pétain (art. 16).

L'article 98 du projet de Constitution du 19 avril 1946 prévoit également que le Président de la République dispose de la force armée.

Dans la Constitution de la IV<sup>e</sup> République, si le Président de la République " prend le titre de chef des armées " (art. 33), c'est " Le Président du Conseil (qui) assure la direction des forces armées et coordonne la mise en oeuvre de la défense nationale " (art. 47).

puis donner des ordres, soit aux armées combattantes, soit aux administrations de la Guerre, alors que, comme tout chef d'Etat constitutionnel, je n'ai le droit d'agir que par l'entremise des ministres responsables. (...) Les ministres sont solidairement responsables devant les chambres de la politique du gouvernement (...). Le Président de la République n'est responsable que dans le cas de haute trahison. Comment l'autorité ne serait-elle pas là où est la responsabilité ? (...) Le Président de la République préside et ne gouverne pas. C'est l'A.B.C. du régime parlementaire " (20).

Que le général *de Gaulle ait voulu remettre en question cette tradition* pour que la France ne puisse plus jamais connaître l'humiliation de 1940, nul ne saurait le contester. Mais c'est essentiellement l'article 16 de la Constitution qui devait permettre d'arriver à ce résultat. Néanmoins, il ne fait guère de doute que le Général entendait diriger personnellement les armées, ainsi, d'ailleurs que la politique étrangère. Mais on oublie trop souvent qu'il n'a pas élaboré cette Constitution tout seul et qu'il a dû faire des compromis pour que non seulement elle soit adoptée par référendum, mais qu'elle fasse l'objet d'une large adhésion populaire.

Si la théorie du domaine réservée doit être catégoriquement rejetée comme n'étant pas conforme au texte de la Constitution, c'est surtout parce que *la Constitution attribue parallèlement des pouvoirs importants en ces domaines au Gouvernement et au Parlement*. Aux termes de l'article 20 de la Constitution, " le Gouvernement *détermine* et conduit la politique de la Nation ". En l'absence de précision, il est incontestable qu'il doit le faire dans tous les domaines, y compris la politique étrangère et la défense. Le second alinéa de cet article précise de surcroît qu'il " dispose de la force armée ". On ne saurait prétendre que ce sont là des termes moins forts que ceux qui concernent le Président de la République, puisque ce sont les termes de la Constitution de la III<sup>e</sup> République dont le texte consacrait une " monarchie " dans ce domaine au profit du Président de la République. Selon l'article 21, " Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale. (...) Il supplée, le cas échéant, le Président de la République dans la présidence des conseils et comités prévus à l'article 15 ". On a pu prétendre, pour justifier la suprématie de fait des présidents de la République, que ces compétences étaient secondes, qu'elles impliquaient seulement que le chef du Gouvernement devait seulement assumer devant le Parlement la responsabilité des décisions prises par le chef de l'Etat et que le Premier ministre se contenterait d'exécuter. Cette interprétation nous paraît inadmissible tant les termes des articles 20 et 21 sont forts et dépourvus d'équivoque (21). Aux termes de l'article 19 enfin, c'est le Premier ministre et le cas échéant les ministres responsables qui doivent contresigner les actes du Président de la République qui, dans ces domaines, ne sont pas dispensés de contresign. (à l'exception de l'article 16). Bien que le Président de la République soit élu au suffrage universel direct, la Ve République demeure un régime parlementaire, dans lequel c'est le

(20) R. Poincaré, *Au service de la France*, vol. VI, p. 309, cité par G. CONAC, *Le droit de la cohabitation*, préc., p. 131.

(21) En ce sens, cf. M. DUVERGER, *Echec au Roi*, préc., p. 224 : " L'article 20 ne permet guère de doute. Edicter que le " Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation ", et ajouter aussitôt qu' " il dispose de l'administration et de la force armée ", c'est considérer comme un tout la politique intérieure et la politique extérieure, qui sont d'ailleurs inséparables en fait. L'article 21 corrobore cette interprétation, en précisant que " le premier ministre est ...responsable de la défense nationale ".



Gouvernement, responsable devant le Parlement, et non, selon le texte, devant le Président de la République, qui décide de la politique de la Nation (22). On oublie d'ailleurs souvent d'évoquer les compétences du Parlement dans ces domaines. L'article 34 prévoit que la loi " détermine les principes fondamentaux de l'organisation générale de la défense nationale ", et l'article 53 énumère les traités qui " ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi ". En outre, le Parlement pourra contrôler ces domaines à l'occasion de lois, notamment entre 1986 et 1988, pour l'adoption de l'acte unique européen (23) pour le vote de la loi de programmation militaire, et lors du vote du budget (24). Lors de la discussion de ces textes, la spécificité du " domaine réservé " apparaît nettement, les élus socialistes distinguant entre les textes qui, comme le budget, sont " du ressort du Gouvernement " - ils s'abstiendront ou voteront contre -, et ceux qui sont " conforme(s) aux orientations du Président de la République " comme la loi de programmation militaire ou la ratification de l'acte unique européen, qui recueilleront la quasi-unanimité des voix (25).

Ainsi, la théorie du domaine réservé ne correspond nullement aux termes de la Constitution, selon laquelle le Président dispose tout au plus de compétences concurrentes avec celles du Gouvernement et de son chef dont il doit toujours obtenir le contreseing, monobstant les interprétations contradictoires qui ont été faites de l'ensemble de ces dispositions (26). Comme l'a souligné le Président de la République, l'avènement de la

(22) En ce sens, cf. F. Mitterrand, débat Ass.Nat. 24 avril 1964.

(23) Elle ne fut pas sans poser de problèmes au Premier ministre puisque, en particulier, une partie du RPR y était hostile (cf. Le Monde 15, 20 et 21 nov. 1986), mais elle fut néanmoins adoptée par 498 voix contre 35, dans la nuit du 20 au 21 nov. 1986 (Le Monde 22 nov.).

(24) Ainsi, à l'occasion de la discussion du budget du quai d'Orsay, le ministre des affaires étrangères présente-t-il un discours général sur la politique étrangère de la France (Le Monde 25 oct. 1986). Seuls le RPR et l'UDF ont voté pour (Le Monde 7 nov. 1987).

(25) Cette distinction a été formulée par M. Laignel entre le budget et la loi de programmation militaire (Le Monde 7 nov. 1986). Le chef de l'Etat a jugé le projet de loi de programmation militaire " sérieux ", " raisonnable " et " cohérent " (idem). Cette distinction paraît parfois, en pratique, assez curieuse. Ainsi, les élus socialistes se sont abstenus lors des deux votes du budget de la défense (pour 1987 et 1988), alors même que le second a été la première application de la loi de programmation militaire pour laquelle ils avaient voté (mais ces élus manifestent ainsi leur défiance à l'égard de M. Giroux, " suspect de non-orthodoxie par rapport à la pensée mitterrandienne " (Le Monde 11 et 12 nov. 1987). On observera avec P. Avril et J. GICQUEL que " pour la première fois sous la Ve République, le groupe socialiste a voté un projet de loi de programme militaire présenté par un mouvement de droite. Seul le groupe communiste a manifesté son hostilité " (CCF Pouvoirs, n° 42, 1987, p. 183).

(26) L'interprétation de l'ensemble de ces dispositions peut donner lieu à deux visions très différentes, successivement adoptées par M. MITTERRAND (qui estime lors du débat à l'Ass. Nat. du 24 avril 1964 que le décret du 14 janvier 1964 est un exemple d'ingérence induite du Président de la République dans un domaine où le Premier ministre devrait avoir le pouvoir de décision, justifiant sa thèse par le fait que, comme sous la IV<sup>e</sup> République, " les pouvoirs du Président de la République sont nominaux "). L'interprétation qu'il soutiendra durant la cohabitation sera radicalement différente. De même, M. DUVERGER soutint les deux thèses opposées : En 1978, il démontre que la Constitution accorde les pouvoirs principaux au Premier ministre (" la Constitution lui donne (au Premier ministre) presque tous les pouvoirs gouvernementaux, même dans les relations internationales et la défense " (Echec au Roi, préc., p. 223), le Président de la République n'ayant que des compétences formelles (Echec au Roi, préc., p. 224), et en 1986, il souligne au contraire le caractère effectif des prérogatives présidentielles résultant en particulier de l'article 15, et il estime que " si le Gouvernement " dispose " de la force armée, il forme une entité collective qui ne peut conduire des opérations militaires " (Bréviaire de la cohabitation, préc., p. 103). Il ressort pourtant de l'histoire constitutionnelle française que l'attribution de cette compétence au Gouvernement (ou à son équivalent) se retrouve dans tous les régimes républicains (si l'on constate que la III<sup>e</sup> République était une monarchie constitutionnelle d'attente, et que, dans la pratique républicaine de ce régime c'est le Gouvernement qui était le maître de la défense) (cf. note supra).

cohabitation doit mettre fin aux " usages qui, au-delà des textes, ont accru le rôle de ce dernier dans les affaires publiques " (27). En effet, jusqu'en 1986, la plupart des auteurs considéraient que le Président de la République parvenait à imposer sa suprématie dans ces domaines uniquement parce que " l'acceptation tacite de cette violation de la Constitution par le Gouvernement, la majorité du Parlement et du peuple rendait la chose possible " (28). Georges Burdeau allant jusqu'à considérer que " l'accord donné par le peuple couvrait la violation de la Constitution ". Dès lors que la majorité du peuple et du Parlement n'adhère plus au projet politique du Président de la République, il paraîtrait logique que l'on en revienne à une pratique plus conforme à la Constitution (29). C'est en effet ce qui va se produire durant les premiers mois de la cohabitation.

## 2 ) Une théorie apparemment contredite par l'avènement d'une dyarchie consensuelle.

C'en est fini, semble-t-il, de la monarchie de fait dans les secteurs prétendus réservés de la politique étrangère et de la défense. Les premiers mois de la cohabitation sont marqués dans ces domaines par l'avènement d'une dyarchie ( a ) dont le déroulement relativement harmonieux est favorisé par un large consensus sur les questions essentielles ( b ).

### a ) De la monarchie à la dyarchie.

102 " Les français ne vont pas aller à la conférence de Tokyo en tandem (...), cela ferait rire le monde entier ", s'inquiète M. V. Giscard d'Estaing (30). Jusqu'en 1986, la participation du seul Président de la République aux *sommets internationaux*, dictée par l'orthodoxie gaullienne et scrupuleusement respectée par tous les successeurs du Général, avait été le symbole et la face visible de l'iceberg de la suprématie présidentielle dans ces secteurs. " La présence du général de Gaulle au " sommet " désigne - pour qui pouvait en douter - le véritable détenteur du pouvoir. Ce n'est ni le Gouvernement, en dépit du texte qui le charge de " déterminer " et de " conduire " la politique de la nation. Ce ne sont pas

(27) Message au Parlement, du 8 avril 1986.

(28) D.G. LAVROFF, cité par C. Planton, préc., p. 43.

(29) M. DUVERGER soulignait en 1986 que la cohabitation imposerait le retour à la suprématie gouvernementale résultant du texte de la Constitution (cf. Echec au Roi, préc., p. 223-224), mais il considère au contraire en 1986 (cf. Bréviaire de la cohabitation, préc.) que les compétences présidentielles ne sont pas formelles mais réelles.

(30) Dans " Questions à domicile ", sur TF1, le 27 mars 1986, Le Monde, 29 mars 1986. Lorsqu'il était président de la République, M. V. Giscard d'Estaing avait revendiqué une interprétation présidentialisante de la Constitution, déclarant notamment à G. de Courcelles " Je suis le vrai ministre des affaires étrangères " (cité par C. Planton, préc., p. 89), mais il avait souligné que la cohabitation ramènerait à une interprétation plus conforme au texte de la Constitution.

les chambres, à peine tenues informées " (31). En 1986, plus qu'il ne rit, le monde entier, (ou du moins les principaux partenaires de la France) s'inquiète des conséquences de la cohabitation sur sa politique extérieure. La présence d'un exécutif bicéphale - monstre inconnu jusqu'alors chez les nippons - à la table des sept grands de ce monde, devient un véritable casse-tête japonais à l'occasion de la conférence de Tokyo. Ecartant la thèse soutenue par certains représentants de la majorité, d'après laquelle M. Mitterrand devrait se borner à assister au premier dîner puis regagner Paris, laissant " Jacques Chirac conduire et conclure la négociation " (32), le chef du Gouvernement acceptera de ne pas participer au premier dîner de ce sommet, mais tiendra à prendre part à la conférence aux côtés de M. Mitterrand dès le lendemain. Tout semble être pour le mieux dans le meilleur des mondes, M. Mitterrand n'ayant soulevé aucune objection à la participation du chef du Gouvernement à ce sommet - grande innovation dans l'histoire constitutionnelle française - et M. Chirac, qui a pris le premier petit déjeuner de sa carrière avec le chef de l'Etat, se déclarant " très satisfait du sommet de Tokyo...Au regard de la cohabitation, il n'y a aucune critique à en faire " (33). Entre 1986 et 1988, dans tous les grands sommets internationaux (qu'ils soient bilatéraux (34) ou multilatéraux (35) la France sera représentée par le Président de la République et le Premier ministre (36)

Parallèlement, nombreuses sont les *rencontres de représentants de l'étranger* qui se font " en double ", que ce soit en France (37) ou à l'étranger (38). Chefs d'Etat ou chefs

---

(31) G. VEDEL, Preuves, janvier 1960, p. 21.

(32) V. GISCARD d'Estaing, Déclaration sur Europe 1, cf. *Le Monde* 2 mai 1986, p. 2. M. Lecanuet a également déclaré qu'il ne voyait " pas la place de M. Mitterrand à Tokyo, d'autant que les questions qui y seront débattues relèvent de la compétence du Premier ministre " (invité de " Face au Public " sur France-Inter, le 7 avril 1986, *Le Monde* du 9.

(33) Cf. *Le Monde* 10 mai 1986.

(34) Ainsi, M. Mitterrand et M. Chirac se sont-ils rendus ensemble aux sommets franco-allemands de Francfort (avec treize ministres et secrétaires d'Etat français) en octobre 1986 (*Le Monde* 28 oct. 1986), et à celui de Karlsruhe (*Le Monde* 16 nov. 1987), et pour célébrer le 30<sup>e</sup> anniversaire du traité de l'Elysée (*Le Monde* 24-25 janv. 1988). A l'occasion du 11<sup>e</sup> sommet franco-britannique, à Paris, Mme Thatcher eut un entretien en tête à tête avec M. Mitterrand avant de rencontrer M. Chirac (*Le Monde* 21 nov. 1986). Le sommet franco-espagnol de Madrid a été marqué par la rivalité entre les deux représentants de la France (*Le Monde* 11, 12, 13 mars 1987). Mais M. Chirac était occupé à Paris par ses consultations avec les chefs de partis le jour du sommet franco-italien (*Le Monde* 30 nov. 1987).

(35) Après le sommet de Tokyo, début mai 1986, durant lequel le Premier ministre a " joué les seconds rôles " (A. du ROY, L'événement du Jeudi, 8-14 mai 1986), il entend être plus présent au Conseil européen de La Haye (*Le Point* 30 juin 1986). M. Mitterrand et Chirac se rendront encore côte à côte au sommet de Lomé (cf. *Le Point* 17 nov. 1986), le Premier ministre marquant de près le chef de l'Etat (cette fois, il siègera aux côtés du Président à la table des chefs d'Etat (*Le Monde* 15 et 16-17 nov. 1986),). Chaque fois, le Président montrera que c'est lui qui conduit la délégation française, notamment au sommet de la francophonie, au Canada (*Le Monde* 29 août et 2 sept. 1987).

(36) Lorsque le nombre de représentants étant limité, le chef du Gouvernement devra prendre la place d'un de ses ministres.

(37) G. CONAC souligne que " selon la pratique traditionnelle, les chefs d'Etat et de gouvernement de passage à Paris étaient reçus successivement par le Président de la République et le Premier ministre. Mais il est bien certain qu'en période de cohabitation, ces visites successives permettaient aux interlocuteurs étrangers de vérifier s'il y avait bien convergence entre l'Elysée et Matignon..." (*Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 239).

A titre d'exemple, le secrétaire d'Etat américain, M. Shultz, qui fut le premier visiteur étranger de M. Chirac depuis son installation, la veille, à Matignon, avait été reçu auparavant à l'Elysée par M. Mitterrand (cf. *Le Monde* 23-24 mars 1986); le Président de la République ont reçu chacun, séparément, le président de la Corée du Sud en visite à Paris, le 14 avril 1986 (cf. *Le Monde* du 16); le délégué général du Québec rencontrera M.

de Gouvernement étrangers, ne sachant à quel seing se vouer, devront rencontrer successivement les deux têtes sinon de l'aigle, du moins du coq, mais il n'est pas certain que ce doublement de leur activité les amuse follement. Chacun mène une activité diplomatique débordante, en prenant toujours soin de " marquer " l'autre (39). Si la France " parle d'une seule voix ", c'est avec " deux bouches différentes " (40), et bien souvent " en canon ", chacun tenant le même discours, mais avec quelque décalage dans le temps. Décalage très bref lors des sommets multilatéraux, mais un peu plus long lors des rencontres bilatérales.

Dès les premiers jours de la cohabitation, *le Premier ministre*, chargé d'exécuter la plate-forme de gouvernement UDF-RPR dans ces domaines comme dans les autres (41), et qui doit se " construire " une image de chef d'Etat en vue des élections présidentielles, a en effet voulu *montrer qu'il n'entendait pas demeurer impuissant dans le " secteur réservé "*, soulignant en matière de politique étrangère qu'il " essaie de prendre les décisions, en tant que chef du Gouvernement, qui (lui) paraissent les meilleures pour la France " (42). M. Chirac établit des relations personnelles avec les chefs d'Etat ou de gouvernement étrangers, soit en personne (43), soit par l'intermédiaire du ministre des affaires étrangères

Mitterrand le 23 avril à l'Elysée, et M. Chirac trois semaines plus tard; le Président angolais en visite à Paris s'entretiendra également avec chacun d'eux, un dîner commun étant cependant organisé (Le Monde 24 septembre 1987). Si M. Gorla, chef du gouvernement italien, a un entretien avec M. Mitterrand, M. Chirac l'invite à dîner (Le Monde 4-5 oct. 1987); chacun d'eux prononcera un toast, à l'occasion de la visite du Président chinois à Paris pour signer un protocole financier; la première visite du chef d'Etat est-allemand en France sera consacrée par plusieurs entretiens et avec M. Mitterrand et avec M. Chirac (Le Monde 7 et 10-11 janvier 1988).

(38) M. Chirac se rend-il à Bonn le 17 avril 1986, qu'à cela ne tienne, M. Mitterrand rencontrera également le chancelier Kohl le 24 avril à Trèves pour aborder les mêmes sujets (Le Monde 18, 19 et 26 avril 86). Il se trouve que M. Mitterrand et M. Chirac font tous deux un voyage en Suisse, à un jour d'intervalle, ils s'entreprendront séparément avec le président en exercice de la confédération (Le Monde 31 mai 1987); M. Mitterrand est-il invité au Canada ? Il se trouve que M. Chirac s'y rendra également, à l'occasion du sommet de la francophonie (Le Monde 29 août 1987). Par ailleurs, les sommets multilatéraux permettent souvent des entretiens bilatéraux, par exemple, M. Mitterrand et M. Chirac devaient-ils avoir une entrevue avec M. Reagan à l'occasion du sommet de Tokyo.

(39) Néanmoins, le Premier ministre estime qu'il a " trop de travail en France pour se consacrer avec excès aux pèlerinages extérieurs ", d'un président atteint par " le syndrome des visites d'Etat " : conférence de presse du 21 juillet 1986, cité par J. M. COLOMBANI et J.Y. LHOMEAU, Le Monde, 26 sept. 2 oct. 1986. Le " marquage " de M. Mitterrand sera donc fait le plus souvent par le ministre des affaires étrangères.

(40) Selon l'expression de M. BUJON de l'ESTANG, conseiller diplomatique du Premier ministre, Le Monde 2 mai 1986.

(41) Cf. Le Monde 18 janv. 1986.

(42) A " l'heure de vérité ", sur Antenne 2, le 23 avril 1986, Le Monde 25 avril 1986, à propos de la décision qu'il a prise d'interdire le survol de la France par les avions américains.

(43) Il a une intense activité diplomatique, comme en témoignent certains de ses voyages : sa première visite à l'étranger sera pour le président ivoirien, et a la signification d'un salut adressé à l'ensemble des chefs d'Etat africains (Le Monde 12 avril 1986), avant le sommet de Tokyo, il a rencontré le chancelier Kohl, (à Bonn, le 17 avril), et les premiers ministres britannique et italien, respectivement à Londres et à Milan (Le Monde 26 avril 1986). Le 6 novembre, il se rend à Madrid pour rencontrer le Roi et le président du Gouvernement (Le Monde 7 nov. 1986). Une semaine plus tard, il se rend à Lisbonne (Le Monde 15-16 nov. 1986). Son voyage le plus important au niveau de son image de présidentiable est la visite qu'il rend au Président Reagan, en avril 1987. M. Mitterrand a pris soin d'envoyer une lettre au président des Etats-Unis, qui arrivera juste avant le Premier ministre. Mais M. Chirac se fait le champion du consensus : " Il était naturel que le Président exprime la position de la France... Si j'avais eu à l'écrire, je n'aurais pas changé un seul mot " (Le Point 6 avril 1987), tout en signant un accord sur le sida qui a totalement échappé à l'Elysée, et en le doublant sur le terrain de la défense du tiers monde. Il rencontre l'autre grand de ce monde en se rendant à Moscou du 14 au 17 mai. Alors qu'il avait une image de " pro-arabe ", face à un Président plus " sioniste ", il effectue un voyage en Israël le 1er nov. 1987 (Le Monde 3 nov. 1987).

(44) abordant tous les sujets importants avec eux (45). Il se donne les moyens de cette action en dotant l'hôtel Matignon de de l'équipe diplomatique la plus importante qu'il ait jamais connu (46). Le Premier ministre affirme que c'est lui qui a pris la décision de refuser le survol de la France par les avions américains, et que le Président a été d'accord avec lui (comme si cet accord était fortuit), précisant qu'il n'a pas cherché à se situer par rapport à telle ou telle personne (le Président évidemment). Dirigerait-il donc seul la politique étrangère de la France ? (47) Cette revendication correspond assez bien aux idées d'une partie au moins de la majorité. " Je n'imagine pas que la cohabitation puisse tourner à la cogestion ", avertit M. Lecanuet (48). " Des pans entiers de la politique étrangère vont tomber dans l'escarcelle du Gouvernement : la politique de coopération avec les pays du tiers-monde, la gestion quotidienne des affaires communautaires, les échanges économiques et financiers bilatéraux, les investissements, les affaires monétaires internationales, les exportations d'armes, la francophonie " (49). Il en est de même en matière de défense : " J'entends, dans ce domaine comme dans les autres, exercer pleinement le rôle qui est le mien " - annonce J. Chirac (50). Ici aussi, une dyarchie semble avoir été instaurée durant les premiers mois de la cohabitation, M. Mitterrand et M. Chirac soulignant avec application l'importance de leurs pouvoirs, mais en prenant soin de ne pas piétiner à l'excès les prérogatives de l'autre pour ne pas apparaître comme des fauteurs de troubles. Désormais, " Zeus n'est plus Zeus " (51) " Ce qui était autrefois une chasse gardée du Président est devenu un secteur de cogestion obligée " (52). La pratique se rapproche ainsi de la lettre des textes d'application de la Constitution, qui prévoient certes, la monarchie nucléaire (par le décret du 14 janvier 1964), mais une dyarchie conventionnelle (53). Aussi, certains observateurs relèvent-ils que l'action de M. Chirac dans ces deux secteurs fait " voler en éclats la théorie du domaine réservé " (54), que " le domaine réservé a tendance à passer de la cogestion à la mainmise du Premier ministre "

---

(44) M. J.B. Raimond va par exemple effectuer une visite à Berne les 2 et 3 nov. 1986, une autre en Tunisie le 9 janvier 1988, et en Turquie, les 11 et 12 janvier 1988 (cette dernière est particulièrement importante en ce qu'elle est la première depuis treize ans, et consacre le rapprochement franco-Turc intervenu depuis le changement de majorité en 1986) (Le Monde 12.1. 1988).

(45) Cf. Samy COHEN, la diplomatie du duo et du duel, Le Monde 30 mars 1988.

(46) D'après H. PORTELLI, l'arrivée de M. J. Foccart, conseiller africain des Présidents de Gaulle et Pompidou, a été décisive pour permettre au Premier ministre d'intervenir activement dans le domaine, traditionnellement présidentiel, de la coopération (dans Les conquêtes tranquilles du Premier ministre, préc., p. 54). Cf. Le Monde 26 avril 1986.

(47) Intervention à l'Heure de vérité, sur TF1, le 23 avril 1986.

(48) Invité de " Face au Public " sur France-Inter, le 7 avril 1986, Le Monde du 9.

(49) Samy COHEN, Deux années de cohabitation en politique étrangère, Le Monde 30.3.1988.

(50) Le 10 juillet 1986, à l'occasion de sa visite du camp de Suippes, Le Monde 12 juillet 1986. Le ministère de la défense est réorganisé par M. Giraud, qui supprime le secrétariat général des armées et réorganise la délégation générale pour l'armement (Le Monde 9 mai 1986).

(51) Samy COHEN, Monarchie nucléaire, dyarchie conventionnelle, Pouvoirs n° 38, 1986, p. 14.

(52) Samy COHEN, Deux années de cohabitation en politique étrangère, Le Monde 30 mars 1988.

(53) Cf. Samy COHEN, Monarchie nucléaire, dyarchie conventionnelle, Pouvoirs n° 38, 1986, p. 13.

(54) J.C. CASANOVA, L'Express du 25 au 31 juillet 1986, p. 15. L'auteur souligne que " la prééminence du président de la République dans la conduite de la politique étrangère paraît de moins en moins évidente. La politique suivie à l'égard de l'Afrique du Sud, la réduction de l'aide au Nicaragua ne correspondent pas aux préférences de François Mitterrand "

(55), et que " la " co-direction " de l'ancien domaine réservé tourne toujours davantage à une dyarchie inégalitaire en faveur du Premier ministre " (56).

Cogestion, dyarchie, duel, duo ? Si la prééminence présidentielle est remise en cause dans bien des cas, le principe même de l'intervention présidentielle dans ces domaines n'est pas contesté par M. Chirac. La formation du Gouvernement en témoigne, le Premier ministre acceptant un droit de regard du Président pour l'attribution des ministères de la défense et de la politique étrangère (57), choisissant des techniciens plutôt que des chefs de parti (contrairement à ce qui se passe dans d'autres ministères), désignant des personnalités avec lesquelles M. Mitterrand pourrait " travailler " dans une " harmonie indispensable " (58) alors qu'il ne semble pas en être question pour les domaines de la politique nationale. Toutes les décisions importantes ont, *apparemment*, le fruit d'un accord atteint sans trop de difficultés : le sommet de Tokyo, le retrait des observateurs français du Liban, la position française dans l'affaire des otages, au Tchad, le refus du survol des avions américains lors du raid contre la Libye, la politique africaine, l'envoi des troupes françaises au Togo (59).

Au total, on a l'impression d'un partage du pouvoir dans ces domaines entre trois secteurs." Une sphère à prédominance gouvernementale : l'Afrique et la coopération, le Proche-Orient dans sa dimension sécurité intérieure (terrorisme), les relations économiques et commerciales avec les pays étrangers (...). Une sphère à prédominance présidentielle : la défense, les relations franco-allemandes, le désarmement.(...) Entre les deux subsiste un important domaine de cogestion où aucune prééminence n'apparaît clairement. Entrent dans cette catégorie, notamment, les opérations militaires, les grandes décisions en matière communautaire, l'attitude à l'égard du conflit israélo-arabe " (60). Si la concurrence de ces pouvoirs donne lieu à quelques inquiétudes et grincements de dents, elle semble se dérouler assez convenablement, parce que les conflits entre chef de l'Etat et chef du Gouvernement - chacun revendiquant la direction de ces domaines (61) - ne sont pas, sauf exception (par exemple à Madrid (62)), exposés aux yeux du public, et parce que cette situation les contraint à un consensus, dans les cas où il n'existait pas déjà.

---

(55) H. PORTELLI, *Les conquêtes tranquilles du Premier ministre*, Projet, nov. déc. 1986, p. 54.

(56) H. PORTELLI, *Les conquêtes tranquilles du Premier ministre*, préc., p. 55.

(57) Cf. *supra*, la formation du Gouvernement.

(58) Cf. *Le Monde* 20 mars 1986.

(59) cf. CCF, *Pouvoirs* n° 38, p. 189 et 192, et *Le Monde* 27.9. 1986.

(60) Samy COHEN, *Deux années de cohabitation en politique étrangère*, *Le Monde* 31 mars 1988.

(61) E. BALLADUR rapporte qu'il y avait des désaccords importants entre M. Mitterrand et M. Chirac au niveau de la répartition de leurs pouvoirs, M. Chirac estimant que nombre de décisions adoptées sur le plan international, notamment au niveau Européen, avaient de telles incidences sur l'économie nationale, que c'était au Premier ministre qu'il appartenait d'orienter l'action de la France, tandis que M. Mitterrand " entendait continuer à être, lors des réunions internationales, le seul à parler au nom de la France; il estimait qu'il devait continuer à assurer les pouvoirs diplomatiques et militaires qu'il avait exercés durant cinq ans, comme ses prédécesseurs avant lui; il refusait d'admettre que, n'étant plus l'inspirateur du gouvernement ni son chef véritable, cela n'était plus possible " (E. BALLADUR, *Passion et longueur de temps*, préc., p. 95.). Aussi la mise au point de la répartition de leurs compétences dans ces domaines fut-elle délicate.

(62) Où M. Chirac a contesté le rôle que s'attribuait M. Mitterrand dans l'amélioration des relations franco-espagnoles.

## b ) Le consensus favorise la cogestion.

103 " Entre la position de François Mitterrand et celle de Jacques Chirac, il n'y a aucune différence... Le Président de la République et le Premier ministre sont sur la même longueur d'ondes "(63); il y a " une convergence parfaite entre M. Mitterrand et M. Chirac (...) Chacun parle avec son tempérament et à la place où il est, mais il n'y a pas de divergence de fond " (64). " Nous n'avons pas de grandes divergences sur les questions communautaires, ni sur les problèmes Est-Ouest, ni sur ceux du Moyen-Orient. Donc, le consensus est maintenu, et nos partenaires comprennent très bien la situation. Il n'y a jamais eu de désaccord profond, malgré la multiplicité des interlocuteurs " (65)... Innombrables sont les déclarations de Matignon soulignant l'identité de vues entre le Président de la République et le chef du Gouvernement dans les domaines de la diplomatie et de la défense. Elles sont mêmes tellement systématiques que l'on peut se demander si elles n'ont pas surtout une vocation incantatoire. Le discours de l'Elysée est apparemment très comparable, puisque, dès la veille de la cohabitation, on insiste également sur l'impérieuse nécessité que " la France parle d'une seule voix ", M. Mitterrand rappelant " qu'il n'y a d'autre politique qui puisse être faite " (66) que celle qu'il a conduite depuis plusieurs années, et M. Roland Dumas plaidant pour un consensus " destiné à exprimer à la face du monde l'unité de la Nation " (67). Comme le Premier ministre, M. Mitterrand souligne avec application l'identité de leurs positions (68).

Il est indéniable que dans ces domaines, il existe depuis quelques années en France un large consensus qui nous est souvent envié par les pays étrangers, et en particulier par ceux qui, comme l'Allemagne, sont profondément divisés sur des questions aussi fondamentales que celle de l'armement nucléaire. Michel Dobry souligne qu'en matière de défense, " le ralliement des partis de gauche à la force nucléaire française constitue à coup sûr l'apport fondamental à la cristallisation du consensus " (69). Néanmoins, le consensus autour du " noyau dur de l'orthodoxie gaullienne " (70), est entrain de connaître un

(63) D. Baudouin, porte-parole de M. Chirac, déclaration à propos de la " tournée antilibyenne de M. Walters en Europe, Le Monde 6 sept. 1986.

(64) M. D. Baudouin, Matignon, le 5 mars 1987, à propos des déclarations de M. Chirac et de M. Mitterrand au cours du conseil sur la proposition soviétique de réduction de l'armement nucléaire, Le Monde du 9 mars 1987.

(65) M. J.B. Raimond, ministre des affaires étrangères, interview au Point, n° 757, 23 mars 1987.

(66) Le 14 juillet 1985 sur TF1.

(67) Le Monde 25 juillet 1985.

(68) Cf. notamment Le Monde 18 nov. 1987.

(69) M. DOBRY, Le jeu du consensus, Pouvoirs n° 38, 1986, p. 48. L'auteur souligne que ce ralliement s'explique largement par la proximité du pouvoir, par un réaménagement symbolique, par une forme de marchandage avec les militaires. Ainsi, l'attitude des partis dans le jeu du consensus ne dépend pas seulement de la doctrine, de la conviction dans l'efficacité d'une stratégie, ou de la demande des électeurs, mais aussi, et peut-être surtout par d'autres enjeux politiques.

De 1962 à 1966, les opinions favorables à la " force de frappe " française oscillent entre 39 et 46 %, alors qu'elles fluctuent entre 67 et 72 % entre 1982 et 1985. Surtout, les opposants à cette force sont de plus en plus rares. Néanmoins, les Français sont nettement plus réservés quant à l'usage effectif de cette arme, 42 % d'entr'eux estimant en 1982 se prononçant pour des négociations avec l'URSS " sans essayer de se défendre " (même source).

(70) Qui, selon M. DOBRY (idem, p. 47-48) se caractérise par " trois ou quatre composantes. Il s'agit de l'idée, d'abord, d'une rétorsion nucléaire " du faible au fort", adaptation aux ressources limitées de la France des années

profond glissement (71). " Mais le nouveau consensus ne suppose pas plus que l'ancien que l'on soit d'accord sur son contenu, sur ses limites, ou même sur sa signification politique " (72). Dans le domaine de la diplomatie, le " consensus ", est en réalité une somme disparate de " ralliements sincères et de ralliements tactiques " explicables par la seule crainte d'un conflit majeur aux conséquences politiques incalculables (73). Au delà des consensus préexistants, la cohabitation a contraint M. Mitterrand et M. Chirac à des compromis de chaque jour, tant en matière de défense que de politique extérieure, car il était inconcevable qu'ils prétendent mener deux politiques différentes. Cet accord au moins apparent aura certainement été un des aspects les plus positifs de la cohabitation, d'une part en ce qu'il révèle l'aptitude des hommes politiques français à faire des compromis - considérés comme le propre de la démocratie aux Etats-Unis, mais souvent assimilés à une marque de faiblesse, voire de corruption dans notre pays -, et d'autre part en ce qu'il renforce la crédibilité de la France à l'extérieur, car il rend improbable de profonds bouleversements de notre diplomatie à chaque alternance (74). Néanmoins, les barristes ne manquent pas de regretter la continuité de la politique française dans ces domaines (75), et certains observateurs redoutent que ce consensus n'équivaille dans certains cas à " un refus de faire des choix " (76) et ne plonge la diplomatie française dans le brouillard le plus épais (77). Plus, même, la cohabitation aurait " créé une atmosphère malsaine de dissimulation et de dénigrement " (78).

M. Mitterrand et M. Chirac se félicitent chacun de cet accord : " Au total, aussi bien en Espagne et qu'à Tokyo, nous avons défendu les mêmes positions et nous avons réussi (...) à faire adopter des mesures extrêmement productives... C'est quand même cela l'essentiel " (F. Mitterrand (79)). " Il est toujours possible de mettre en exergue telle ou telle nuance, mais celles-ci n'ont aucune importance, l'essentiel étant que nos partenaires aient parfaitement compris qu'un président socialiste et un gouvernement qui ne l'est pas

---

60 de la doctrine des " représailles massives ". C'est l'idée, ensuite, que la décision, en ce domaine, ne se partage pas, et que la garantie nucléaire, étant donné les risques que l'on encourt, n'est vraiment pensable qu'en ce qui concerne le territoire national du dissuadeur. Ce sont enfin ces principes qui vont justifier la sortie de la France de l'organisation intégrée de l'OTAN

(71) En particulier vers la construction d'un " pilier européen " de l'Alliance atlantique, vers une " dissuasion graduée ". Sur l'évolution du consensus, cf. aussi P. HASSNER, Un chef-d'oeuvre en péril : le consensus français sur la défense, Revue Esprit, n° 136-137, mars-avril 1988, p. 71 et s.

(72) M. DOBRY, *ibidem*, p. 60.

(73) Samy COHEN, intervention aux journées d'études de l'AFSP sur " Un an de cohabitation à la française ", Paris, 3 et 4 avril 1987.

(74) Certains chefs d'Etat étrangers ont félicité les français de ce " consensus (...) sur la politique étrangère, qui est une grande force " (R. Reagan, lors de la visite de M. Mitterrand aux Etats-Unis, Le Monde 3 avril 1987). M. J. B. Raimond (interview au Point, n° 757, 23 mars 1987), rapporte que M. Shultz dit que, grâce à ce consensus, la France l'un des alliés les plus solides.

(75) Ainsi, M. C. MILLON observe-t-il avec quelque amertume que " M. Chirac a dû admettre à Vittel qu'il n'y avait pas d'interruption de la politique étrangère de la France, car le Gouvernement est obligé de respecter le consensus avec le Président de la République en matière de défense et de politique étrangère " (Entretiens juridiques de la faculté de Droit de Lyon III, préc., p. 180).

(76) A. CHAMBRAUX, Politique militaire, politique africaine La preuve de la cohabitation par l'erreur, L'événement du Jeudi, du 3 au 9 avril 1986.

(77) C. IMBERT, Le Point n° 737, 3 nov. 1986.

(78) Samy COHEN, Deux années de cohabitation en matière de politique étrangère, Le Monde 31 mars 1988. L'auteur souligne que dans certains secteurs une diplomatie double s'est installée, créant un énorme gaspillage d'énergie, et que " la diplomatie française a perdu de sa liberté d'initiative et de son imagination ".

(79) F. Mitterrand, entretien sur RTL, Le Monde 18 nov. 1987.



parlent d'une même voix " (J. Chirac (80)). Mais l'analyse que les dyarches font de ce " consensus " est substantiellement différente, bien que les deux visions aient un point commun : chacun s'efforce de démontrer que le consensus résulte de l'adhésion de l'autre à ses idées antérieures. M. Chirac souligne que " Si l'on voit aujourd'hui les socialistes défendre les options initiées par de Gaulle, on doit en être satisfait mais se rappeler aussi que cela est dû au fait que ces options correspondent à la prise de conscience de l'ensemble des Français ", et il ironise sur " le paradoxe de certains socialistes qui aujourd'hui nous soupçonneraient de nous éloigner de ce que voulait de Gaulle " (81). M. Mitterrand s'attache également à souligner la continuité de la politique de la France dans ces domaines, mais c'est pour mieux affirmer sa primauté, et le fait que le Premier ministre s'est systématiquement rallié à ses idées dans les cas où il n'y avait pas de consensus au départ. Certes, M.M. Mitterrand et Chirac sont d'accord pour parler d'une seule voix, mais c'est pour se disputer la paternité de la partition qu'ils jouent. Certes, ils acceptent de " voyager en tandem ", mais c'est pour se disputer " le guidon ". Or c'est bien à ce niveau que semblent résider les limites de la dyarchie et du consensus. M. Raimond, ministre des affaires étrangères de la cohabitation, relate aujourd'hui les difficultés auxquelles a donné lieu la cohabitation en matière de politique étrangère, malgré ce relatif consensus (82).

## B L'AVENEMENT DE LA PRATIQUE DU DOMAINE RESERVE

En quoi consiste la théorie du domaine réservé ? Dans l'affirmation que dans les secteurs de la politique étrangère et de la défense, le Président de la République a une prééminence sur le Gouvernement que c'est à lui, et non au Gouvernement qu'il appartient de concevoir la politique de la France, tandis que dans les autres secteurs, c'est le Gouvernement qui décide de la politique de la Nation. Or, il semble que l'affirmation de l'autorité présidentielle dans ces secteurs entre 1986 et 1988 ( 1 ), ne puisse reposer que sur cette théorie ( 2 ).

---

(80) J. Chirac, exposant au " Monde " sa politique étrangère, *Le Monde* 8 juillet 1987. M. J.B. Raimond : " ..dans les crises, comme celle de la Libye, la cohabitation a très bien marché. Or c'est en période de crise que la cohabitation pourrait poser des problèmes par rapport à l'extérieur : nous n'avons pas de grandes divergences sur les questions communautaires, ni sur les problèmes Est-Ouest, ni sur ceux du Moyen-Orient. Donc, le consensus est maintenu (...) Il n'y a jamais eu de désaccord profond, malgré la multiplicité des interlocuteurs " (Interview au Point, n° 757, 23 mars 1987).

(81) Paris, 8 nov. 1986, *Le Monde* 11 nov. 1986.

82 J.B. RAIMOND, *Le Quai d'Orsay à l'épreuve de la cohabitation*, Flammarion 1989, 222 p.

## 1 ) Le maintien de l'autorité présidentielle, illusion ou réalité ?

On pourrait penser que l'affirmation de l'autorité présidentielle a, elle aussi, une vertu incantatoire ( a ). Mais ce n'est que partiellement vrai car elle se traduit dans certains cas par la soumission du gouvernement aux choix présidentiels ( b ).

### a ) L'affirmation de la prééminence du chef de l'Etat.

104 " Lorsque je vois, ici ou là, un certain nombre de commentateurs qui disent : mais, sur le plan de la *politique extérieure*, la situation née des élections du 16 mars, le fait qu'il y ait un président de la République élu par une majorité, un gouvernement représentatif d'une autre majorité, font que la politique étrangère de la France nécessite sans aucun doute, à tous moments, une mise au point permanente et précise, je réponds que *la ligne générale est celle dont j'ai hérité ou que j'ai décidée (...)* parce qu'un pays comme la France ne peut pas se permettre d'avoir une politique étrangère sur les grands axes - bien entendu il peut y avoir des différences ici ou là sur des problèmes secondaires, - seulement pour sept ans ou pour cinq ans (durée de la législature); c'est une politique pour (...) disons, un quart de siècle, en dehors de quoi la France ne serait pas un grand pays " (83). " *Cela fait cinq ans et demi que la France parle d'une seule voix, et c'est la mienne* " (84). Systématiquement, M. Mitterrand réaffirme sa primauté dans la détermination et la conduite de la politique extérieure de la France. S'il accepte que le Premier ministre siège à ses côtés aux sommets internationaux, considérant que " le Premier ministre a une vocation éminente à participer à la politique extérieure au côté du Président de la République " (85), c'est pour le traiter " comme un petit garçon " (86), et souligner que, " naturellement, c'est le Président de la République qui reste le chef de la délégation française " (87), et pour constater que, " pour une large part ", les décisions obtenues à Tokyo sont " le résultat de l'action de la France depuis plusieurs années " (88). " Sur le plan de la décision que j'ai prise (d'interdire le survol de notre territoire par les avions américains), c'est vrai que le Président de la République a eu la même réaction ", affirme le Premier ministre (89). Pas du tout, répond l'entourage présidentiel, il s'agit d'une décision de F. Mitterrand, qui avait été saisi le premier. " Fier-à-bras ! " renchérit

---

(83) F. Mitterrand, le 10 mars 1987, déclaration devant la presse diplomatique française, Le Monde 12 mars 1987 (souligné par nous).

(84) F. Mitterrand, au cours de sa visite au Mali, Le Monde, 18 nov. 1986.

(85) Le Progrès 28 mars 1986.

(86) Selon l'expression de J. Foyer, communication à la conférence-séminaire sur Les leçons de la cohabitation, organisé par la Fondation pour la démocratie, Paris, 6 nov. 1986.

(87) Au Conseil européen de La Haye, le 26 juin 1986 (Le Point, n° 756, 16 mars 1987). A l'occasion du sommet de Tokyo, c'est le porte-parole de l'Elysée qui avait rappelé que c'est " le Président de la République qui représente la France au premier chef ".

(88) Le 7 mai 1986, Le Monde 9 mai 1986.

(89) Dans l'affaire du raid américain contre la Libye, déclaration à l'Heure de vérité, sur Antenne 2, le 23 avril 1986, Le Monde 25 avril 1986.

M. Hernu (90). Le Ministre des affaires étrangères affirme-t-il que " pendant les deux ans de cohabitation, le Premier ministre a été pour la politique étrangère un président bis " ? (91). M.Cot l'invite à " relire sa Constitution " et " voir quelles sont les attributions du président de la République en matière de politique étrangère ", en se déclarant " frappé de l'acharnement que mettent les chiraquiens à contester nos institutions (...) Il y a là une manière de paradoxe " (92).

Mais M. Mitterrand lui répondra de manière plus incisive à la veille des élections présidentielles, en soulignant que M. Chirac et lui-même " sont opposés sur beaucoup de points ", mais qu' " en tant que président de la République, (il a) pour compétence, accordée par la Constitution et par la confiance des français, de tracer les grandes lignes de la diplomatie française. Cela ne veut pas dire pour autant que je vais le faire sans *consulter* les uns et les autres, et, notamment, le premier ministre " (93)...et le chef du Gouvernement d'être réduit au rang de consultant parmi d'autres du Président de la République. L'affirmation de la primauté présidentielle va crescendo : alors que, dans un premier temps, M.Mitterrand se déclarait satisfait de voir " le premier ministre, comme le faisaient ses prédécesseurs, développer avec beaucoup de dynamisme la politique qui (lui) convient " (94), voilà qu'à partir de l'été 1986, il ne se contente plus de minimiser les pouvoirs du premier ministre, mais il entend nier qu'il les ait conquis (95).

Le point d'orgue arrivera dans la " lettre à tous les français ", où M. Mitterrand écrit que dans tous les domaines où il y avait divergence entre eux, le Premier ministre a dû se soumettre à sa volonté (96). Ainsi, dans le secteur de la politique étrangère, le Président de la République a-t-il usé largement et effectivement de tous ses pouvoirs (97), soumis au contreseing ministériel, et maintenu la conception très extensive de cette mission qui avait été celle de ses prédécesseurs.

---

(90) Le 24 avril 1986, à " Questions à domicile ", TF1, Le Monde 26 avril 1986. D'après lui, " en matière de politique étrangère, c'est le premier ministre qui cale son attitude sur celle du Président de la République et non pas l'inverse ", et que " quand Jacques Chirac ira à Tokyo, les grands problèmes seront déjà réglés.."

(91) Déclaration le 29 mars 1988 sur France-Inter, Le Monde 1 avril 1988.

(92) Le 29 mars 1988, Le Monde 1 avril 1988.

(93) Déclaration à Bruxelles, le 2 mars 1988, sur TF1, Le Monde 4 mars 1988.

(94) Le Point, 10 nov. 1986.

(95) Cf. Samy COHEN, la diplomatie du duo et du duel, préc.

(96) Sa démonstration est loin d'être toujours convaincante, s'il est vrai que M. Chirac avait été hostile à l'entrée dans le marché commun de l'Espagne et du Portugal, il précisa qu'il avait seulement dit " qu'on reverrait un certain nombre de modalités strictement agricoles, ce qu'on a fait " (Le Monde 9 avril 1988), au niveau de l'IDS, la résistance du Gouvernement a été assez faible car de nombreux dirigeants de la majorité n'avaient accepté cette adhésion que du bout des lèvres (Le Monde 8 avril 1988), et sur le Tchad, " le raccourci est plus déformateur " car M. Mitterrand et M. Chirac ont en réalité été d'accord (Le Monde 8 avril 1988). M. Mitterrand lui-même affirmait à ce propos qu'il n'avait jamais " aperçu la moindre divergence de vues " entre le premier ministre et lui-même (Le Monde 20 août 1987).

(97) On notera par exemple qu'il a librement et pleinement usé de l'article 14, en refusant les lettres de créance du nouvel ambassadeur de l'Afrique du Sud, en signe de protestation contre la détention de P.A. Albertini, alors pourtant que cet ambassadeur avait l'agrément du Gouvernement, et il n'acceptera ces lettres de créances que lorsque le ressortissant français aura été libéré. (Cf. F. LUCHAIRE et G. CONAC, Le droit constitutionnel de la cohabitation, préc., p. 127.) On notera également que M. Mitterrand a rappelé l'ambassadeur de France à Tunis, M. E. Rouleau, à la veille de la visite de M. Chirac dans la capitale tunisienne.

*En matière de défense*, l'affirmation de la suprématie du Président est encore plus catégorique : " Le Président de la République fait ce qu'il veut, là où il veut, quand il veut ", affirme M. Mitterrand au ministre de la défense qui l'accompagne dans la visite de la base d'Istres (98). D'après lui, " Le devoir du gouvernement et des états-majors est de rechercher, en toute circonstance, une définition commune et harmonieuse de ce qu'ils considèrent comme l'intérêt de la France. Arrive le moment, si l'ensemble de ces contingences ne peuvent être ramenées à une définition commune, où *il faut agir d'autorité*. Dans ce domaine-là, l'autorité appartient au président de la République " (99). M. Mitterrand parviendra largement à imposer ses options au Gouvernement dans le cadre du Conseil de défense, et à l'occasion de la loi de programmation militaire, applaudi des deux mains par les députés socialistes : " Le Président de la République a rappelé le 13 octobre comment il conçoit ses pouvoirs, notamment en matière d'utilisation de la force de dissuasion : il faut agir d'autorité, et l'autorité appartient au Président de la République en matière de défense, qu'il s'agisse de la répartition entre défense et dissuasion, ou du remplacement partiel des missiles du plateau d'Albion par exemple " (100). " La dissuasion nucléaire, c'est moi ", avait, à l'instar de ses prédécesseurs, affirmé M. Mitterrand (101). " Le Président de la République est seul à pouvoir décider si et quand ses intérêts sont en cause ", rappelle-t-il haut et fort après que M. Chirac ait fait un exposé sur la stratégie de la France (102). " Notre force de dissuasion nucléaire dépend des ordres que donne le Président de la République. Nul ne peut par dessous lui décider pour la nation et pour l'armée " (103). Dans ses déclarations, M. Chirac paraît bientôt reconnaître la suprématie présidentielle, notamment lorsqu'il affirme que la Constitution, s'agissant de la défense, et la tradition, pour la politique étrangère, font que ces problèmes sont " réservés à l'appréciation du chef de l'Etat ", bien que le gouvernement applique la politique pour laquelle il a été élu (104). Bien que cela soit possible juridiquement (105), il

(98) Le 18 août 1987. M. Giraud, soulignant qu'il ne servait à rien, quittera le camp avant la fin de la visite présidentielle. L'Elysée et Matignon s'efforceront de minimiser cet incident protocolaire (Le Monde 21.8. 1987).

(99) Déclaration devant les parachutistes réunis à Caylus, le 13 octobre 1986, Le Monde du 15 (souligné par nous). M. Mitterrand a également souligné dans une interview au *Nouvel Observateur* (18-24 déc. 1987, p 42) que c'est lui qui demeure " juge du moment où l'agression contre l'Allemagne fédérale menacerait les intérêts vitaux de la France ", et que " les armes atomiques françaises, quelle que soit leur nature, stratégique ou préstratégique, font partie d'un tout. Ce tout, c'est la stratégie autonome de dissuasion nucléaire dont aucune fraction ne peut être dissociée ni soumise à une autre autorité que celle du Président de la République française ".

(100) J.J. QUEYRANNE, *Entretiens juridiques de la Faculté de Droit de Lyon III*, précités, p. 175.

(101) Cité par A. DUHAMEL, *Le point*, n° 738, 10 nov. 1986, p. 53. Durant la cohabitation, M. Mitterrand soulignera à plusieurs reprises l'influence de ce pouvoir. Avant lui, M. Giscard d'Estaing notamment avait insisté, en 1980, sur le fait que " les responsabilités du Président de la République font que c'est lui seul qui doit et peut prendre les décisions en matière de dissuasion ", et M. Mitterrand de renchérir en 1983: " La pièce maîtresse de la stratégie de la dissuasion en France, c'est le chef de l'Etat, c'est moi : tout dépend de sa détermination " (cités par M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, préc., p. 50).

(102) Cf. *Le Figaro*, 18.12.1987.

(103) *Le Monde* 17.3.1988.

(104) Cf. P. JARREAU, *Le Monde* 2 déc. 1986.

(105) On peut considérer qu'en application de l'article 34 de la Constitution, c'est au législateur qu'il appartiendrait de fixer la répartition des compétences en matière de déclenchement du feu nucléaire, car il ne fait aucun doute qu'il s'agit bien d'un principe fondamental de l'organisation de la défense nationale. En ce sens, cf. F. GOGUEL, *Interview à Alternances*, n° 1, 1986, la cohabitation, p. 63. M. DUVERGER considérait en 1978 (*Echec au Roi*, préc., p. 224) qu' " un gouvernement opposé à la politique du chef de l'Etat pourrait donc abroger le décret du 18 juillet 1962 qui prive le premier ministre de la responsabilité de l'emploi des forces et des moyens militaires et le décret du 14 janvier 1964 relatif à la force nucléaire stratégique. D'après la Constitution, c'est le premier ministre, et non le Président, qui devrait avoir le pouvoir d'engager la dissuasion atomique. Notons que l'abrogation et le remplacement des décrets en question relèvent de sa seule compétence..."

n'est pas question pour le Gouvernement d'abroger le décret du 14 janvier 1964 consacrant la monarchie nucléaire, l'opinion le comprendrait mal car cela serait interprété comme un acte de belligérance, et une remise en cause de l'orthodoxie gaullienne. Le zèle cohabitationniste pousse même le gouvernement à légaliser la monarchie nucléaire, qui ne trouvait jusqu'alors son fondement que dans un décret, en l'évoquant dans le projet de loi de programmation militaire (106). " J'ai dû arrêter les tentatives de débordement que vous avez pu constater dans les domaines de la politique extérieure et de la défense - tranche, sentencieux, M. Mitterrand -. Cela s'est réglé assez vite, et sur la politique européenne, et sur la stratégie de dissuasion, et sur la politique à l'égard du tiers monde, et sur l'Amérique centrale, et sur l'apartheid, et sur le désarmement nucléaire et sur l'IDS etc..., etc..." (107).

## b ) Les manifestations de l'autorité présidentielle.

105 M. Mitterrand avait averti en 1985 que " s'il devait y avoir confiscation de la politique extérieure par quiconque à l'issue d'un changement de majorité, ce serait un coup d'Etat " (108). Bien qu'il ait laissé M. Mauroy (109) et M. Fabius mener une activité diplomatique non négligeable, " ce jeu...se faisait... dans un esprit de subordination totale au Président " (110) et, à la veille de la cohabitation, il prit soin, en étant plus actif que jamais dans ces secteurs (111), et notamment en recevant le général Jaruzelski sans prévenir M. Fabius, de souligner qu'il était le seul maître de la politique étrangère : " Comme il est normal et constitutionnel, j'assume pleinement la responsabilité des décisions, toutes les décisions qui relèvent de mon autorité " (112), pouvoir de décision " incommunicable ", et aussi " inaltérable " que la pointe d'un diamant (113). M. Michel Noir saisit la balle au bond pour laisser entendre au Président de la République qu'après la cohabitation, il ne sera plus question que M. Mitterrand se livre à de tels " coups diplomatiques " (114), qu'il lui faudra agir de concert avec le Premier ministre (115). De

(106) Il y est en effet inscrit qu'il appartient au seul Président de la République de décider, le moment venu, de l'utilisation des forces nucléaires qualifiées de préstratégiques (cf. J. Fournier, Politique gouvernementale, les trois leviers du Président, Pouvoirs n° 41, 1987, p. 70.

(107) Entretien à O. DUHAMEL, le 7 mars 1988, Pouvoirs n° 45, 1988, p. 134.

(108) Le 10 juillet 1985, cf. R. CHIROUX, Chronique politique, R.A. n° 226, 1985, p. 406.

(109) Cf. C. CARGAI, Le rôle de Matignon dans les relations extérieures, RPP mai-juin 1985, p.97-110.

(110) Samy COHEN, La diplomatie du duo et du duel, préc.

(111) " M. Mitterrand n'a pas une minute à lui. Il est partout et s'occupe de tout, marquant ainsi dans l'accomplissement ordinaire de sa tâche les prérogatives dont il dispose et qu'il entend exercer après mars 1986 " : J.Y. LHOMEAU, Le Monde, 10 déc. 1985.

(112) F. Mitterrand, répondant au " trouble " de M. Fabius, cf. Le Monde 7 déc. 1985.

(113) Déclaration à l'émission " Découvertes " sur Europe 1, Le Monde 11 déc. 1985.

(114) Parmi ceux de M. Mitterrand qui sont régulièrement évoqués par l'opposition à la veille de la cohabitation, et condamnés comme des pratiques qui ne devront plus avoir lieu, on citera le cas de la rencontre de M. Mitterrand en Crète avec Kadhafi, à laquelle n'assistait même pas le ministre des affaires étrangères (Le Monde 18 janv. 1986).

(115) M. M. Noir a déclaré à cette occasion " qu'il avait du mal à imaginer que le Président de la République puisse prendre une telle décision sans avoir eu au préalable une consultation avec le chef du Gouvernement qui aurait marqué son désaccord. (...) Lorsqu'il n'y a pas concordance entre le chef de l'Etat et le Premier ministre soutenu par la majorité parlementaire, la Constitution doit être respectée à la lettre dans le respect des pouvoirs de chacun " Le Monde 10 déc. 1985.

fait, il ne semble pas que de tels conflits se soient reproduits durant la cohabitation, ou du moins n'ont-ils pas été rendus publics. Pourtant, si M. Noir avait considéré que " la seule autorité en matière de communauté européenne était le conseil des ministres et non pas le seul président de la République " (116), si, à la veille du sommet de la Haye, le conseiller diplomatique du Premier ministre souligne que " la Haye ne sera pas un Tokyo bis, à aucun titre ", car les sommets européens sont relatifs à des sujets " qui touchent de près la politique intérieure, même s'ils ont des prolongements internationaux ", l'Elysée souligne aussitôt que " ces sujets regardent au premier chef le Président de la République " (117), et une nouvelle fois, M. Mitterrand imposera sa prééminence dans la délégation française. Au niveau de la diplomatie, M. Chirac n'a pas pu infléchir la politique de la France comme il l'entendait (118), il a accepté que M. Mitterrand apparaisse comme " le " représentant principal de la France dès le sommet de Tokyo, il a admis qu'il ait des relations directes avec les ministres de la défense et de la politique étrangère - bien qu'ils se soient rapidement rangés dans " le camp " du Premier ministre " (119) - qu'il puisse recevoir tout haut fonctionnaire qu'il demandera à voir, qu'il continue à être informé de tout ce qui se passe dans ces domaines (même si on a pu assister à la " rétention " de certaines informations (120)), comme auparavant (et contrairement à ce qui se passe pour les autres secteurs de la politique nationale); il n'a pas réagi publiquement lorsque le Président de la République a rappelé à l'ordre un des ministres de son Gouvernement, M. Léotard, qui a reçu le chef de l'opposition armée en Angola : " Si l'on veut éviter le désordre dans la façon de conduire les affaires de la France, c'est à ne pas recommencer " (121). Le RPR critiquait-il la doctrine du 16e parallèle avant les élections ? Depuis 1986, il n'en parle plus, et il admet explicitement la " prééminence " du chef de l'Etat en ce qui concerne les opérations militaires au Tchad (122). Au fil des mois, sa soumission à l'autorité présidentielle semble de plus en plus grande, et s'il a tenu à affirmer ses pouvoirs dans ces domaines durant les premiers mois de la cohabitation, ce fut pour mieux reculer ensuite (123), même s'il continue à être actif sur la scène internationale, notamment en allant rencontrer M. Reagan aux Etats-Unis (124), ou en revendiquant la paternité des aspects les plus positifs des accords franco-espagnols ou franco-allemands (125).

---

(116) Le Monde 10 déc. 1985.

(117) Mme le porte-parole de l'Elysée, citée par Samy COHEN, Deux années de cohabitation en politique étrangère, Le Monde 31 mars 1988; Cf. Le Point n° 719, 30 juin 1986.

(118) On observera avec Samy COHEN que si M. Chirac voulait modifier la politique française à l'égard du Nicaragua, de la Turquie et de l'Afrique du Sud, ainsi que les relations avec l'Iran, " les changements apportés sont, somme toute, assez limités " (Le Monde 31 mars 1988).

(119) Dès le début de la cohabitation, il est entendu que le Président recevra ces deux ministres toutes les semaines, (cette pratique des relations directes entre chef d'Etat et ministres avait rapidement été instaurée par le général de Gaulle pour réduire l'influence du premier ministre).

(120) Cf. Samy COHEN, La diplomatie du duo et du duel, préc.

(121) Le 11 nov. 1986, CCF Pouvoirs n° 41, 1987, p. 220 (Le ministre répondra que ce n'est pas en tant que membre du Gouvernement, mais en tant que secrétaire général du Parti Républicain qu'il a agi de la sorte).

(122) Samy COHEN, la diplomatie du duo et du duel, Le Monde 30.3. 1988.

(123) En ce sens, cf. Samy COHEN, intervention aux journées d'étude de l'AFSP sur Un an de cohabitation à la française, Paris, 3-4 avril 1987; Cf. P. JARREAU Le Monde 16 mars 1987.

(124) Cf. Le Monde 3 avril 1987.

(125) Lors du sommet de Madrid : cf. Le Monde 13 mars 1987, à propos du sommet de Karlsruhe, cf. Le Monde 1-16 nov. 1987.

A partir de mars 1986, bon prince, M. Mitterrand cède la prééminence au Premier ministre dans un domaine : celui du terrorisme. Il est clair que dans ce secteur explosif, le plus important de la politique nationale lorsque M. Chirac accède au Gouvernement, le Président de la République a préféré lui laisser assumer la responsabilité première des opérations (126), ce qui était assez logique du fait, en particulier de ses compétences en matière de police, mais ce qui posait problème du fait des aspects diplomatiques et éventuellement militaires de ce problème (127). C'est le Premier ministre qui monte au créneau, qui prend les décisions, qui prend la direction des relations avec les pays concernés, qui traite le dossier du contentieux financier avec l'Iran (128), qui négocie une trêve avec le clan Abdallah (129), défendant sa politique devant le Parlement (130) Le Président, qui lance un défi au Gouvernement en l'avertissant qu' " aucun compromis ne peut être passé avec les Etats qui se livrent au terrorisme " (131), est seulement " tenu informé " de l'action gouvernementale (132), ce qui signifie qu'il est " hors-jeu ", même s'il réunit des conseils de défense restreint sur le terrorisme (133) même si le Premier ministre souligne que " ces objectifs ont été arrêtés, bien sûr, avec le Président de la République " (134), même si M. Mitterrand se réserve d'utiliser son droit de grâce comme il l'entend (135), et même s'il tente, par des actions parallèles à celles du Premier ministre, d'obtenir la libération des otages. Le Président de la République a-t-il sérieusement envisagé d'utiliser l'article 16 (136) ? On peut en douter puisqu'il semble qu'il n'ait pas voulu prendre la responsabilité d'un dossier aussi brûlant, mais il a pu en brandir la menace pour mettre le Gouvernement au pied du mur. La manière dont les ravisseurs avaient essayé de jouer, dans l'affaire Normandin (137), l'un des dyarches contre l'autre, montrait, plus que partout ailleurs, l'impérieuse nécessité d'un consensus toujours affirmé

---

(126) Cf. Le Monde 18.9.1986.

(127) Répondant à la question de savoir de qui dépend la lutte contre le terrorisme, M. Mitterrand estime que " Le gouvernement a la responsabilité de la sécurité publique et de ce qui s'y rattache. Si les décisions mettent en jeu la politique extérieure de la France, j'interviens. En tout état de cause, je me tiens informé." (interview au Point du 10 nov. 1986) Le Ministre de l'intérieur, devra jouer un rôle important (cf. Le Monde 18 nov. 1986). Cependant, m. Mitterrand a des entretiens avec les principaux responsables de la police (Le Monde 2 oct. 1986). La suprématie du Premier ministre dans l'affaire du terrorisme peut aussi s'expliquer par l'échec de la politique de M. Mitterrand dans ce domaine (cf. Samy COHEN, Deux années de cohabitation en politique étrangère, Le Monde 30-31 mars 1988; et Valeurs Actuelles, 31 mars 1986).

(128) Le Monde 15 oct. 1986.

(129) Cf. Le Monde 30 et 31 oct. 1986.

(130) Ainsi, un débat s'ouvre à l'Assemblée le 8 oct. 1986, cf. Le Monde 9 et 31 oct. 1986.

(131) Cf. Le Monde 30 oct. 1986.

(132) " J'ai été informé des décisions qu'il a prises " déclare M. Mitterrand, au retour de son voyage en Indonésie (Valeurs actuelles 29 sept. 1986). LE 14 sept. , quelques minutes après l'attentat du Pub Renault, M. Chirac rappelle que " le Président doit être tenu informé. C'est ce qui se passe " (Le Nouvel Observateur, 26 sept-2oct. 1986.

(133) Le Monde 9 oct. 1986.

(134) Le Nouvel Observateur, 26 sept-2oct. 1986.

(135) Cf. Supra, n° 96-97

(136) Bien que le doute ait été permis : cf. Valeurs actuelles, 29 sept. 1986.; et Le Nouvel Observateur 26 sept-2 oct. 1986.

(137) L'OJR a menacé d'exécuter J.L. Normandin si le Premier ministre n'éclaircissait pas les propos du chef de l'Etat. " M. Mitterrand, affirme le communiqué de l'OJR, a délibérément violé les engagements de son gouvernement et les négociations qui étaient en bonne voie en tenant des propos irresponsables sur l'affaire des otages et la fourniture d'armes de mort et de destruction au régime irakien " (Le Monde 14 mars 1987). Cf. Le Point 10 août 1987.

dans ce domaine (138). Néanmoins, en 1990, M. Chirac déclarera que l'intervention d'émissaires " prétendant " être envoyés par l'Elysée troublera l'action du Gouvernement dans ce domaine (139). Mais si le succès de sa politique a permis au Gouvernement de bénéficier pleinement de la gloire de la libération des premiers otages, le 21 juin 1986 (140), et le 11 novembre 1986 (141), il est soupçonné d'avoir versé une rançon pour obtenir la libération de J.L. Normandin et R. Auque, le 27 novembre 1987 (142), alors que le Président de la République avait insisté sur la nécessité de l'intransigeance, et la libération trop tardive des autres, juste avant les élections présidentielles, permettra à l'opposition de faire peser une suspicion sur les conditions de cette libération, qui altèrera la victoire du Gouvernement. De même, à la veille des élections présidentielles de 1988, lorsqu'il s'agit de libérer les gendarmes pris en otages à Ouvéa, c'est le chef du Gouvernement qui prendra la direction des opérations militaires (143). Dans un cas comme dans l'autre, le Premier ministre a peut-être revendiqué avec succès le premier rôle, mais il n'empêche qu'il n'a pu l'obtenir que parce que M. Mitterrand le voulait bien, parce qu'il préférait laisser M. Chirac prendre ces risques, plutôt que de les prendre lui-même, quitte, ensuite, à faire peser de lourds soupçons sur sa façon de procéder pour ternir la gloire que le chef du Gouvernement pourrait en retirer. On a ainsi l'impression que c'est le chef de l'Etat qui a décidé de la répartition des pouvoirs dans ces domaines, ce qui est par excellence une manifestation de sa prééminence.

Dans les autres secteurs du domaine réservé, il semble imposer ses choix au Gouvernement et au Parlement sur bien des points. Tandis que le Premier ministre se prononce en faveur du " découplage " de la force stratégique, le Président de la République s'y oppose catégoriquement, considérant qu'on " ne peut pas séparer arbitrairement tel ou tel autre élément de la stratégie (...) C'est la stratégie de la dissuasion qui est mise en jeu dès lors que la force préstratégique intervient " (144). Le gouvernement envisage-t-il de développer le missile sol-sol S4 et le disperser sur l'ensemble du territoire ? (145). " Quant au déploiement du S4, j'entends qu'il se fasse à Albion, pas ailleurs ", répond catégoriquement le Président (146) " J'estime que, puisque notre défense repose sur la dissuasion nucléaire, qui repose essentiellement sur la composante sous-marine, les crédits de la deuxième composante terrestre ne pourraient en rien diminuer le potentiel des sous-marins (...). Ce serait un illogisme que personne ne retiendra, que je ne retiens pas en tous les cas (...) ". Mais le Président laisse entrevoir une issue au Gouvernement : " Il

---

(138) Cf. *Le Monde*, 18. 9. 1986, *Le Nouvel Observateur*, 26 sept-2 oct. 1986. Il est cependant clair que M.M. Mitterrand et Chirac se sont opposés, même si ce n'est pas publiquement, sur les moyens de la politique à suivre, M. Mitterrand sommant le gouvernement d'être intransigeant avec certains pays, tandis qu'il négociait avec la Syrie et l'Iran; de même pour l'utilisation du droit de grâce (cf. supra), et enfin, l'évocation de l'affaire Gordji a donné lieu à l'opposition la plus vive entre eux lors de leur duel télévisé (*Le Point* 30 avril 1988).

139 J. CHIRAC, *Ma cohabitation*, TF1, 7 déc. 1990.

(140) Cf. *Le Nouvel Observateur*, 27 juin -3 juillet 1986.

(141) *Le Monde* 12 nov. 1986.

(142) *Le Monde* 30 nov. 1987.

(143) Cf. CCF Pouvoirs n° 46, 1988, p. 187.

(144) Déclaration précitée au camp de Caylus.

(145) Cf. *Le Point* 3 nov. 1986.

(146) Interview au Point, 10 nov. 1986.



est possible de prévoir, à la fois, le développement de la première composante et d'amorcer la seconde. C'est possible et compatible avec les finances. Elle ne pourra se développer au détriment de la première. *J'espère que cela est bien compris, et c'est un point sur lequel j'engage l'autorité que requiert ma fonction* " (147).

Ainsi le Président de la République parvient-il à dicter sa loi au Gouvernement et au Parlement qui lui sont hostiles, dans un domaine où il ne détient aucun pouvoir propre et où la Constitution prévoit que c'est le Premier ministre qui est le responsable de la défense nationale. La répartition des crédits en matière de défense est en effet théoriquement décidée par le Parlement, seul compétent pour voter la loi de programmation militaire, le Président de la République n'ayant aux termes de la Constitution, aucune initiative des lois, ni aucun droit de veto sur elles, (même si l'on a parfois vu se développer de telles pratiques (148)). Ayant reçu l'assentiment présidentiel, la loi de programmation militaire sera finalement votée, même par les socialistes, et cet accord constituant lui aussi une grande innovation sous la Ve République. Sans doute, le chef de l'Etat préside-t-il les conseils et comités supérieurs de la défense nationale. Mais quelles sont précisément les compétences qui lui sont attribuées à ce titre ? Pourrait-il prétendre y imposer ses décisions au Premier ministres et aux divers ministres concernés qui y participent ? A notre point de vue, son seul titre de président de ces conseils ne suffit pas à l'autoriser à y imposer ses vues, et l'on admettra avec M. Duverger qu' " aucun juriste ne peut sérieusement soutenir qu'il entre dans le droit commun d'une présidence d'un conseil ou d'une assemblée que celui qui l'exerce possède un droit de veto sur les décisions collectives dudit conseil ou de ladite assemblée. Une telle disposition serait tellement exorbitante qu'elle devrait être sollicitée par les textes " (149). Si certains auteurs avaient pu écrire au début de la cohabitation que " le Président de la République risque de présider les Conseils de défense comme il préside les Conseils des ministres, sans pouvoir en influencer le déroulement et les conclusions " (150), il semble au contraire que, soucieux d'éviter toute polémique constitutionnelle, le Gouvernement ait admis que les choix, dans le domaine de la défense, sont " l'affaire du président de la République au cours du Conseil de défense " (151). Cette soumission peut paraître un peu surprenante lorsque l'on connaît les compétences constitutionnelles du Premier ministre et du Gouvernement, et lorsque que l'on constate, d'une part que l'ordonnance du 7 janvier 1959 attribue au Premier ministre " la direction générale et la direction militaire de la défense ", et que le décret du 18 juillet 1962 précise que la direction d'ensemble de la défense nationale est assumée par les conseils et comités de défense présidés par le chef de l'Etat, mais dans le cadre de la politique définie en Conseil des ministres. Or nous avons pu constater que le Président de la République ne saurait imposer ses décisions à un gouvernement qui lui est majoritairement hostile en Conseil des ministres (152). De

(147) Déclaration précitée au camp de Caylus.

(148) Cf. *Supra*, n° 88-89.

(149) A propos du Conseil des ministres, dans *Commentaire de l'article 20 de la Constitution*, dans F. LUCHAIRE et G. CONAC, *La Constitution de la République française, préc.*, p. 577.

(150) J. C. CASANOVA, *Dyarchie, le malentendu*, *L'Express*, du 25 au 31 juillet 1986, p. 15.

(151) Déclaration de M. Baudouin, porte-parole du Gouvernement, *Le Monde* 18 octobre 1986, p. 8. On notera que les décisions du conseil de défense restent largement secrètes : à propos de la préparation de la bombe à neutrons, cf. *Le Point* 17 nov. 1986 (la position de M. Mitterrand semble avoir évolué sur ce point).

(152) Cf. *Supra*, les pouvoirs présidentiels en Conseil des ministres, n° 80 et s..

surcroît, c'est le premier ministre qui est chargé de la mise en oeuvre de ces décisions, et, concrètement, " la préparation et l'exécution des décisions de ces conseils relèvent du secrétariat général de la défense nationale, qui siège à Matignon et non à l'Élysée " (153). M. Chirac a dû renoncer également à l'intégration de la France dans l'IDS (alors que c'était un des points envisagés dans la plate-forme pour gouverner ensemble de l'UDF et du RPR (154)), car le Président de la République y est hostile (155). Il a sérieusement atténué ses réactions à l'endroit des propositions de désarmement de M. Gorbatchev, pour les rendre plus compatibles avec celles du chef de l'État (156), tandis que son ministre de la défense redoute un " Munich européen " (157). " Mon choix en votre nom est fait - déclara M. Mitterrand - : il faut désarmer. Il faut refuser la proposition de ceux qui vous disent non ..." (158).

Interrogé sur les déclarations de M. Mitterrand qui, d'une part conteste la théorie du domaine réservé, et, d'autre part, affirme sa prééminence dans ces domaines, M. Balladur estime qu'ainsi résumée, cette vision " serait contradictoire, ce qui n'est pas le cas. Comment réfuter la théorie du domaine réservé et vouloir s'en réserver un ? En réalité, en matière de politique étrangère comme de défense, nos institutions prévoient une coopération entre le Président et le Premier ministre, dont les pouvoirs sont étroitement imbriqués. Qui peut imposer son point de vue ? C'est affaire de circonstance. C'est aussi affaire de sujet..." (159). Même si M. Balladur conteste la suprématie présidentielle, il n'en demeure pas moins que son gouvernement a accepté que le Président lui impose ses vues, et ne s'est guère opposé à ses manifestations d'autorité, ce qui constitue une reconnaissance de sa prééminence. Ainsi, on peut considérer avec la majorité de la doctrine (160) que la cohabitation n'a pas remis en cause la primauté du Président dans ces domaines, même si elle l'a parfois obligé à négocier avec le Premier ministre (surtout pour la politique extérieure). Comme sur bien d'autres points (161), l'interprétation de la

(153) M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, préc., p. 105.

(154) Cf. *Le Monde* 18 janv. 1986.

(155) Dès le 27 mai 1986, le Président de la République insiste sur l'autonomie de la défense française, marquant par là son hostilité à l'intégration de la France dans l'IDS, qui a la faveur du Premier ministre (déclaration devant l'association de la presse diplomatique, le 22 mai 1986) Cf. CCF Pouvoirs n° 39, 1986, p. 170-171.

(156) La plate forme de gouvernement UDF-RPR prévoyait une politique " vigilante " et de " fermeté " envers l'URSS (cf. *Le Monde* 18 janv. 1986). Cf. *Le Monde* 6 mars 1987, *Le Point* 16 mars 1987. Tandis que l'agence TASS a accueilli favorablement les réactions de M. Mitterrand (*Le Monde* 12 mars 1987), elle reproche à M.M. Chirac et Giraud " d'avoir pris la tête des cercles conservateurs de l'Otan contre le désarmement " (*Le Point* 4 mai 1987).

(157) Cf. *Le Monde* 6 mars 1987.

(158) *Le Monde* 9 déc. 1987. M. Chirac lui répondra néanmoins en soulignant que " la réduction des armements n'est pas une fin en soi " (Discours à l'IHEDN, *Le Point* 14 déc. 1987). Sur les divergences entre le Président de la République et le Premier ministre à propos de la modernisation des armes nucléaires de l'OTAN - dont la France ne fait toujours pas partie (M. Mitterrand se prononce contre la modernisation) cf. *Le Monde* 27.2. 1988, 1er, 2, 4 mars 1988, et *Le Point* 7 mars 1988.

(159) E. BALLADUR, interview au Point, n° 741, 1er déc. 1986, p. 52.

(160) J. GICQUEL, *De la cohabitation*, Pouvoirs n° 49, 1989, p. 75 : " le chef de l'État a conservé (...) la haute main sur la défense (...) et la diplomatie (...) ". F. LUCHAIRE et G. CONAC *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., à propos de la défense, p. 127, et à propos des affaires étrangères, p. 240. Cf. aussi G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER, *manuel préc.*, p. 509-510 : pendant la cohabitation, " une véritable dyarchie s'était imposée en matière de politique étrangère "; en matière de défense, le Président " a une autorité directe sur ce qui concerne la défense nationale " (...) " la cohabitation n'a rien changé à cette situation ".

(161) Cf. O. DUHAMEL, *La gauche et la Ve République*, préc.

Constitution par M. Mitterrand a bien évolué depuis 1978, où il mettait en garde M. Giscard d'Estaing : " Si le Président de la République reste accroché sur cet usage, qui n'est pas constitutionnel, du secteur réservé et veut, en somme, imposer ses décisions à celles du Gouvernement, c'est à dire, en somme, si le Président de la République voulait trahir la Constitution, on se trouverait dans une situation extrêmement difficile " (162).

## 2) La théorie du domaine réservé, seul fondement de l'autorité présidentielle?

La prééminence du Président de la République ne résulte nullement de la Constitution, mais de l'interprétation très extensive qui en a été faite depuis le début de la Ve République, et qui a permis de donner naissance à la théorie du domaine réservé ( a ). Néanmoins, jusqu'en 1986, cette interprétation n'avait jamais été concrétisée par une distinction juridique - ou qui se prétend telle - entre les différentes prérogatives présidentielles. Là encore, la cohabitation va permettre une grande innovation ( b ).

### a ) La théorie des compétences implicites, justification de la théorie du domaine réservé?

**106** " Celui qui a la responsabilité ultime de l'emploi de nos armes et, par là, de la décision dont dépend le sort du pays, c'est le chef de l'Etat - affirme M. Mitterrand -. Il doit, dès lors, logiquement, pour assumer cette responsabilité, fixer les grandes options de la défense nationale. Ces deux obligations ne sont pas séparables. Bien entendu, le Premier ministre et le gouvernement prennent une large part à l'initiative, à l'élaboration et au choix des options. A ce stade, rien de plus normal qu'une discussion quand les points de vue diffèrent. Mais la décision finale n'appartient qu'à un seul. Tel est le principe qui découle de l'article 5 de la Constitution ".

- " Principe qui n'a jamais été contesté ? " s'étonne A. Duhamel,

- " Pas contesté, en effet ".

- " En pratique non plus ? "

- " L'article 20 de la Constitution dit que " le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation ". On voit, dans l'ambiguïté des textes, où peut se loger la contradiction. Mais en pratique, non ".

M. Mitterrand explique ici que la compétence du chef de l'Etat pour déclencher le feu nucléaire résulte de *l'article 5 de la Constitution*. En réalité, nous avons pu constater que cet article ne lui attribue aucune compétence particulière, mais précise seulement la finalité de ses pouvoirs. C'est seulement en vertu du *décret du 14 janvier 1964* que le Président de la République se voit reconnaître la compétence de déclencher le feu nucléaire, mais

---

(162) Le Monde 7 mars 1978.

pour les armes atomiques aériennes seulement. Ainsi, le Président de la République fonde son autorité sur un décret qu'il avait condamné comme étant manifestement anticonstitutionnel, à une époque où il démontrait qu'en vertu de la Constitution c'est le Premier ministre, et non le chef de l'Etat qui devrait être responsable du déclenchement du feu nucléaire, puisque c'est lui qui est le responsable de la défense nationale (163). On peut en effet relever d'une part que ce décret est contraire aux articles 20 et 21 de la Constitution, ainsi qu'à son article 34, en vertu duquel il appartient au Parlement, et non au Président de la République, de déterminer les principes fondamentaux de l'organisation de la défense nationale (164). Il est assez fascinant sur le plan juridique de pouvoir constater que c'est bien plus ce décret (du fait de l'autorité considérable qu'il confère au Président), que les dispositions de la Constitution elle-même, qui explique la prééminence présidentielle dans le domaine réservé. Selon cette démonstration, il résulterait d'un décret - inconstitutionnel de surcroît - des compétences implicites elles-mêmes contraires à la Constitution. Le raisonnement est le suivant : comment le Président pourrait-il ne pas diriger effectivement la défense, mais aussi la politique étrangère, dont l'évolution conditionnera l'emploi des armes nucléaires, dès lors que c'est à lui seul qu'il appartient " d'appuyer sur le bouton rouge " ? (165). Pour donner un habillage constitutionnel à cette démonstration, on fait appel à l'article 5, qui permettrait lui-même de fonder des compétences implicites, et de légitimer la monarchie dans le domaine réservée (sans doute s'agit-il d'une monarchie éclairée, M. Mitterrand accordant un droit d'initiative et la possibilité d'être entendu au Premier ministre mais il s'agit bien d'une monarchie puisque seul le Président de la République peut prendre " la décision finale "). Le décret du 14 janvier 1964 ne ferait ainsi que préciser l'application des principes énoncés à l'article 5. L'argumentation, bien que non conforme à la Constitution, est classique (166). N'était-elle pas celle du général de Gaulle, déclarant dans une allocution télévisée du 20 septembre 1962 : " Suivant la Constitution, le Président est, en effet, garant - vous entendez bien ? garant - de l'indépendance et de l'intégrité du pays, ainsi que des traités qui l'engagent. Bref, il répond de la France. D'autre part, il lui appartient d'assurer la continuité de l'Etat et le fonctionnement des pouvoirs publics. Bref, il répond de la République... Dans les domaines essentiels de la politique extérieure et de la défense nationale, il est tenu à une action directe... Il va de soi que l'ensemble de ces attributions permanentes ou éventuelles amène le Président à inspirer, orienter, animer l'action nationale ". M. Mitterrand avait lui-

(163) Evoqué par M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation, préc.*, p. 51 et 104, et par R. de LACHARRIERE, interview à *Valeurs Actuelles*, 24 mars 1986, p. 24.

(164) B. CHANTEBOUT, cité par René de LACHARRIERE, interview dans *Valeurs actuelles*, 24 mars 1986, p. 24, qui considère que ce décret est contraire tant aux articles 20 et 21 de la Constitution qu'à l'article 34 aux termes duquel c'est la loi (et non un décret) qui détermine les principes fondamentaux de l'organisation générale de la défense nationale.

(165) Cf. Samy COHEN, *La monarchie nucléaire, ou les coulisses de la politique étrangère sous la Ve République*, Hachette, 1986; et B. CHANTEBOUT, *La dissuasion nucléaire et le pouvoir présidentiel*, *Pouvoirs*, n° 38, 1986, p. 21.

(166) Elle avait déjà été soutenue par P. Mauroy, répondant à une question à l'Assemblée nationale sur le partage éventuel de décision entre le Premier ministre et le Président de la République pour le déclenchement du feu nucléaire (M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation, préc.*, p. 51). En ce sens, cf. aussi R. PINTO, (*Les pouvoirs du Président de la République, diplomatie, défense nationale, Après-Demain*, n° 271-272, fév.-mars 1985, p. 8.) qui souligne le caractère général et incontestable de cette argumentation. On observera que si M. Giscard d'Estaing avait appliqué, dans une certaine mesure, cette théorie des compétences implicites au décret du 14 janvier 1964, du moins en avait-il, à notre connaissance, limité les conséquences au seul domaine de la dissuasion : "Les responsabilités du Président de la République font que lui seul doit et peut prendre les décisions en matière de dissuasion " (*Le 18.11.1980, Le Monde* du 19).

même critiqué vivement l'interprétation extensive de l'article 5 visant à consacrer la primauté présidentielle dans ces domaines : " ...les pouvoirs que le Président de la République prétendrait tirer des dispositions de l'article 5 de la Constitution de 1958, " le Président de la République garant de l'indépendance nationale ", sont vidés de tout moyen d'exécution par les dispositions spéciales qui accordent au Premier ministre les pouvoirs dont il aurait besoin pour accomplir sa mission...Déjà nous connaissions ce secteur réservé qui a fait passer indûment les affaires étrangères, la défense nationale...sous la gouverne directe du Président de la République. Le secteur réservé violerait la Constitution mais le domaine suprême, lui, apparu soudain à l'horizon de nos institutions, ruine la République " (167). Si l'on en croit Gérard Conac, l'interprétation restrictive des pouvoirs présidentiels ou gouvernementaux est, contrairement à celle des compétences implicites, " celle qui correspond le plus strictement à l'Etat de Droit " (168). Selon G. Conac, dans ces domaines, " le principe de cohérence (entre les articles 5 et 20, et 15 et 21 de la Constitution) conduit à refuser en période de cohabitation le droit au Président de la République ainsi qu'au Premier ministre de revendiquer l'un contre l'autre des pouvoirs implicites au nom de leur responsabilité propre " (169).

Nous considérons au contraire que l'utilisation de la théorie des compétences implicites nous paraît non seulement inconstitutionnelle, d'autant que l'objet de l'article 5 est de limiter et non d'étendre les compétences présidentielles, mais aussi dangereuse (en particulier parce que les actes du chef de l'Etat dans ses rapports avec les autres pouvoirs publics constitutionnels ne sont soumis au contrôle d'aucune juridiction), car elle permet de lui conférer un pouvoir pratiquement illimité. Si l'on veut suivre ce raisonnement dans toute sa logique, pourquoi n'attribuerait-on pas au Président de la République un pouvoir de décision solitaire dans tous les domaines de la politique nationale, puisqu'il peut être amené à user de l'article 16, qui lui permettra d'intervenir dans tous les secteurs ? Ne doit-il pas, dès lors, logiquement, pour assurer cette responsabilité ", décider seul de toutes les orientations de la politique nationale ?

#### **b ) M. Mitterrand, créateur de la pratique du domaine réservé.**

**107** Le fondateur de la Ve République, mais plus encore ses successeurs, refusèrent de voir leur action enfermée dans les limites étroites de ces deux secteurs, car ils entendaient imprimer directement son autorité dans tous les domaines. En période de cohabitation, M. Mitterrand ne saurait avoir de telles prétentions, et se contente d'exercer un droit de critique et un droit de veto dans les autres secteurs de la politique nationale, en soulignant que sa responsabilité n'est pas engagée par l'action du Gouvernement. Au contraire, dans le secteur réservé - qu'il prend soin de ne jamais nommer ainsi - il souligne son autorité et son entière responsabilité (mais il refuse qu'elle soit mise en cause à

---

(167) Déclaration à l'Assemblée nationale, le 24 avril 1964, cité par P. ARDANT, L'article 5 et la fonction présidentielle, préc., p. 59.

(168) G. CONAC, Le droit constitutionnel de la cohabitation, préc., p. 149 (à propos de l'article 20)

(169) Idem.

l'occasion de " dysfonctionnements administratifs " (170), puisque, interrogé sur l'affaire des ventes d'armes à l'Iran, il déclarera qu'il avait interdit ces ventes dès 1981, et réitéré cette interdiction,... " La Constitution ne m'a pas confié la charge de vérifier les autorisations d'exportation de matériel de guerre " (171). Il estime donc que ses compétences constitutionnelles sont différentes entre le domaine général et le secteur réservé, ce qui est juridiquement curieux dans la mesure où il s'agit également de compétences soumises à contreseing. Tout comme l'indiquait M. Chaban-Delmas, M. Mitterrand considère que dans les domaines de la politique étrangère et de la défense, il a un pouvoir d'autorité, le gouvernement se contentant d'exécuter ses décisions, alors que dans les autres secteurs, c'est le gouvernement qui détermine la politique de la nation. Or c'est bien la première fois, sous la Ve République, qu'un président reconnaît un tel partage de ses attributions, tous ses prédécesseurs, et lui-même avant 1986, ayant réfuté cette interprétation. La gestion de ces domaines est marquée par des " règles du jeu " spécifiques, dérogoires de celles qui ont été adoptées dans les autres secteurs, et qui traduisent ce qui sera reconnu par la majorité du peuple comme l'autorité présidentielle : le Président de la République ne peut pas intervenir sur le choix des ministres, sauf pour la défense et la diplomatie, où il doit donner son accord; il en est de même pour les autres nominations, où il exerce un contrôle beaucoup plus poussé dans ces secteurs que dans les autres (172); il n'y a que dans ces domaines qu'un droit d'information général lui est reconnu, et que les agents de l'Élysée peuvent assister aux réunions préparatoires dont ils ont été écartés partout ailleurs; en aucun cas il ne peut imposer ses décisions pour faire modifier un projet de loi, sauf quand il s'agit d'un texte relatif à la défense (173). Ainsi, M. Mitterrand a-t-il consacré la pratique du domaine réservé. Sans doute, le Président de la République a-t-il disposé dans le secteur réservé de beaucoup moins de pouvoirs que ses prédécesseurs - bien qu'il faille préciser avec Samy Cohen que " sous aucun président, la politique étrangère ne s'est réduite à une succession d'actes discrétionnaires, de faits accomplis. L'idée d'un président n'en faisant à tout moment qu'à sa tête est mythique " (174). Sans doute a-t-il encore une fois largement mérité son titre de " grand prestidigitateur " (175) lorsqu'il a donné l'impression qu'il avait imposé ses décisions au Premier ministre chaque fois qu'il l'avait voulu; sans doute a-t-il dû faire des concessions, comme le Gouvernement et le Parlement en ont fait. Sans doute, le Gouvernement a-t-il eu plus d'influence que jamais dans ces domaines (en particulier au niveau de son pouvoir d'initiative (176); et sans doute ces domaines ont-ils été, pour la première fois, largement co-gérés par le Président de la République et le Premier ministre. Mais, sur le plan juridique, c'est la première fois sous la Ve République que l'autonomie de ce secteur est reconnue, est consacrée en pratique.

---

(170) Selon l'expression de G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation, préc.*, p. 128.

(171) Cité par G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation, préc.*, p. 128.

(172) Cf. J. Y. Fournier, *Les trois leviers du Président, Pouvoirs n° 41, 1987, p. 69 et suiv.*

(173) En matière de défense, à l'issue du Conseil des ministres relatif au projet de loi de programmation militaire, le porte-parole de l'Élysée déclare avec satisfaction que " le Président de la République a constaté que le projet de loi...était conforme aux orientations fondamentales qu'il avait arrêtées " (*Le figaro*, 6 nov. 1986).

(174) Samy COHEN, *La monarchie nucléaire, préc.*

(175) Cf. *Le Monde*, 8 mai 1986, p. 1.

(176) Samy COHEN, *la diplomatie du duo et du duel, préc.*, *Le Monde* 30 mars 1988.

Plus encore que dans les autres domaines de la politique nationale, il apparaît clairement que la répartition des compétences durant la cohabitation a obéi bien plus à l'idée que s'en faisait le peuple qu'au texte de la Constitution lui-même. La soumission du Premier ministre à la suprématie présidentielle s'explique non seulement par sa fidélité à l'orthodoxie gaullienne, mais aussi et peut-être surtout par le fait qu'il a été " sanctionné " par une baisse de popularité dans les sondages lorsqu'il affirmait son autorité dans les domaines traditionnellement " réservés " au Président de la République, car il paraissait ne pas respecter " la Constitution, rien que la Constitution " !. Les Français s'opposent ainsi à ce que le Premier ministre s'écarte de l'image qu'ils se font de ses pouvoirs, cette image étant de surcroît évolutive. A cet égard, l'affirmation répétée de la Prééminence présidentielle s'adresse sans doute au moins autant au peuple qu'au Parlement ou au Gouvernement. M. Mitterrand a été entendu : 70 % des personnes interrogées par la SOFRES en décembre 1986 estiment que c'est M. Mitterrand qui " représente la France aux yeux des pays étrangers ". Si 56 % des français estimaient en février 1986 qu'en cas de cohabitation c'est au Président de la République qu'il appartiendrait de décider de la politique étrangère, leur nombre s'élève à 66 % en décembre 1986 (contre 28 % puis seulement 14 % pour le Premier ministre) (177). En matière de défense, les français sont 61 puis 62 % à considérer que l'autorité appartient à M. Mitterrand, contre 24 % puis seulement 20 % qui estiment que c'est M. Chirac qui doit prendre les décisions. Néanmoins, on peut observer dans ce sondage une évolution du " devoir être " à l'" être ", puisque les questions étaient ainsi formulées : en février 1986 : " Concrètement, qui, de M. Mitterrand ou du premier ministre de droite *devrait...* ", tandis qu'elle devenait en décembre 1986 plus descriptive : " A votre avis, depuis les élections législatives, qui de M. Mitterrand ou de M. Chirac, *décide...* " (ou prend, ou mène, ou nomme, ou représente). En toute hypothèse, il est clair qu'une distinction est opérée entre les compétences de la politique nationale dans le domaine réservé (où les français prévoient puis constatent que le Président devrait décider puis décide (de l'ordre de 60 %, contre environ 20 % pour le Premier ministre), et les autres domaines de la politique nationale, où les chiffres sont pratiquement inversés, et où l'évolution se fait nettement au profit de la compétence du Premier ministre (en matière de politique économique c'est M. Chirac qui décide : 51 % puis 70 % , la compétence présidentielle recueillant 32 % puis seulement 13 %).

Ainsi la réduction des pouvoirs présidentiels durant la cohabitation n'a-t-elle été que relative. Les auteurs de la Constitution avaient-ils voulu instaurer un régime parlementaire particulier dans lequel le Président de la République pourrait, par le contrôle que lui permettait d'exercer ses pouvoirs soumis à contreseing (en particulier la signature de certains actes et la présidence de certains conseils (Conseil des ministres, du conseil supérieur de la magistrature ou conseils de défense)), saisir un arbitre au moyen des pouvoirs propres qui lui sont reconnus ? A notre point de vue, les travaux préparatoires de

(177) Sondage SOFRES-RTL-Le Monde, Le Monde 8 janvier 1987. Une évolution très comparable des chiffres est observée pour la question de savoir qui mène les négociations avec les chefs d'Etat et de gouvernements étrangers.

la Constitution le montrent clairement. Que la pratique de la Constitution se soit extrêmement éloignée de cette conception jusqu'en 1986, les Présidents de la République s'octroyant un pouvoir de direction générale de l'Etat, chacun en conviendra. Mais la majorité de la doctrine considérait que ces méta-pouvoirs n'étaient acceptés que du fait de la soumission de la majorité parlementaire au bon plaisir du Président. Pourtant, la réduction des pouvoirs présidentiels, si elle a été très importante entre 1986 et 1988, n'en est pas moins restée relative. Il est vrai que le Président de la République ne décide plus de la politique nationale dans tous les domaines, qu'il reconnaît au Gouvernement le pouvoir de déterminer et conduire la politique de la Nation dans la plupart des secteurs. Mais M. Mitterrand s'est arrogé un droit de veto sur les ordonnances, sur l'ordre du jour du Conseil des ministres, sur certaines nominations, et sur la convocation du Parlement en session extraordinaire (même si certains de ces vetos n'étaient que provisoires); et il a permis l'avènement de la pratique du secteur réservé en imposant sa suprématie sur la politique extérieure et la défense. Il appert, donc, que si la distinction entre pouvoirs propres et pouvoirs soumis à contreseing a été plus importante que jamais, néanmoins, elle n'a pas permis de limiter les prérogatives du Président de la République autant que la Constitution semblait le dicter, en distinguant entre pouvoir de contrôle (exercé par les pouvoirs soumis à contreseing, mission de surveillance, et non de direction du fonctionnement des pouvoirs publics) et pouvoir d'action (exercé grâce aux pouvoirs propres, c'est à dire le pouvoir de saisir un arbitre, peuple, Parlement ou Conseil constitutionnel, au cas où son pouvoir de contrôle lui aurait permis de déceler un fonctionnement défectueux des pouvoirs publics ou un risque d'atteinte à l'intégrité du territoire etc..). Cette pratique a été rendue possible à cause de la combinaison de certains facteurs tels que la personnalité et les idées politiques des gouvernants, mais surtout parce que l'image de la Constitution avait été tellement déformée par la pratique antérieure, que c'est le retour à la lettre de la Constitution qui paraissait illégitime, qui semblait inconstitutionnel. Voilà bien un des aspects les plus intéressants de la cohabitation : elle nous oblige à nous interroger sur les rapports dynamiques entre la norme, l'image de la norme et la pratique de la norme, et donc sur les relations entre validité effectivité et légitimité<sup>178</sup>. Mais avant d'aborder ce problème fondamental, il est nécessaire de voir comment, durant cette première expérience de cohabitation, le Président de la République a justement réussi à légitimer cette nouvelle pratique des institutions, afin de pouvoir exercer des pouvoirs supérieurs à ceux que lui reconnaît le texte de la Constitution. On pourrait penser qu'une pratique aussi extensive des pouvoirs présidentiels a été dictée par une haute idée de cette fonction, par une conception à priori du rôle du chef de l'Etat. En réalité, c'est surtout le pragmatisme qui a dicté l'attitude du Président et celle du Gouvernement et de la majorité parlementaire, qui se sont largement soumis à cette interprétation. M. Mitterrand a étendu ses pouvoirs autant que la conjoncture le lui permettait, et il a tenté de légitimer cette pratique par une redéfinition de sa fonction.

---

(178) Sur tous ces points, cf. *infra*, L II.



## SECTION II L'ARBITRE NE PEUT MAL FAIRE.

" Je ne sais pas du tout quel sera le terme, dont je suis le maître, de cette expérience, mais j'ai aussi pour devoir d'intervenir chaque fois qu'une décision pourrait *nuire* à l'unité des Français, pourrait apparaître *injuste* ou exclure du mouvement général une partie des Français. (...) Je n'ai pas de préjugé contre ce gouvernement mais il peut y avoir des points limites. (...) Je dois veiller à ce que les décisions du gouvernement ou de la majorité ne soient pas attentatoires à ce qu'il y a de *sain*, de *bon* et de *nécessaire* dans l'unité nationale " (1). Ce juge suprême du juste et de l' " injuste ", du " bon " et du mauvais, du " nécessaire " et du nuisible n'est pas Dieu descendu sur terre<sup>2</sup>, ni son premier représentant dans le domaine temporel, Saint-Louis sous son chêne<sup>3</sup>, c'est M. Mitterrand, exposant à l'occasion de sa rituelle ascension de la Roche de Solutré, sa vision de la fonction nouvelle du chef de l'Etat. Derrière cette boutade, ou celles du " bêtes Show " représentant un Président de la République qui se prend pour Dieu, se trouve une petite part de réalité, l'image que tente de donner M. Mitterrand pour se positionner - une nouvelle fois à l'instar du général de Gaulle - au dessus des contingences, au dessus du commun des mortels, au dessus de la majorité, pour protéger les faibles et les opprimés, pour ramener les brebis égarées dans le troupeau. Les experts en communication (4), pas

(1) F. MITTERRAND, à l'occasion de son pèlerinage traditionnel à la Roche de Solutré, le 18 mai 1986 (Le Monde du 20) souligné par nous.

(2) Selon le surnom qui a été donné à M. Mitterrand, d'abord au " bêtes show ", puis par toute la population.

(3) Cf. D. MOLHO, Le Point n° 473, 15 déc. 1986; et J.Y. LHOMEAU, (à propos de l'intervention de M. Mitterrand à l'émission *le monde en face* sur TF1, le 17 sept. 1987, Le Monde du 19) : " L'autoportrait que (M. Mitterrand) dresse de lui-même et de sa fonction, qu'il peaufine à chaque prestation télévisée, le situe hors du commun. L'insistance avec laquelle il a défini son rôle (...) était destinée à imposer cette conclusion. Il décide (politique étrangère, défense); il arbitre (chaque fois que l'unité nationale est menacée); il protège (les institutions et les plus faibles). Il ne guérit pas encore les écrouelles, tel un roi de France, mais quelques-uns ont fini par y croire "

(4) Ainsi, D. ROBERT, président de l'agence publicitaire Robert et Partners, auteur présumé de la campagne du Parti Socialiste, se " demande si Mitterrand ne cherche pas à se positionner comme...Dieu le père. Et les voies de Dieu sont impénétrables ! Au lieu de se vendre comme un paquet de lessive avec une étiquette clairement identifiable, il se présente comme un guide qui demande une adhésion inconditionnelle à ses publics : croyants, hérétiques et athées. (...) Il se veut au-dessus des péripéties, au-dessus des contingences. Comme Dieu. Et, comme

plus que la majorité parlementaire qui dénie au Président la faculté de se poser en arbitre impartial (5), ne se méprennent sur le sens et la portée de cette image. Incontestablement, la légitimité politique du Président - entendue comme l'adhésion de la majorité du Peuple à son projet politique - a été atteinte par les résultats des élections législatives. Dans un système républicain, où la majorité parlementaire chargée de faire la Loi, est censée exprimer la volonté générale, il lui faut donc trouver un nouveau fondement aux pouvoirs qu'il prétend exercer. Au nom de quoi, au nom de qui va-t-il imposer ses décisions à la majorité, lui dont la Constitution prévoit qu'il n'est responsable qu'en cas de haute trahison ? Seule, une nouvelle définition de la mission présidentielle, centrée autour de la mission d'arbitrage, empruntée aux théories monarchistes (6) ( I ), permettra à M. Mitterrand de fonder la légitimité de ses pouvoirs, malgré son irresponsabilité - ou, justement, du fait de sa responsabilité suprême devant le peuple - ( II ).

## I LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE, JUGE ET ARBITRE.

M. Mitterrand a su, avec une habileté remarquable, transformer l'article 5 de la Constitution en un chapeau : son chapeau de " grand prestidigitateur ", dont il parviendra à faire sortir presque n'importe quoi...des missions, des devoirs, des pouvoirs...et quelques couleuvres. C'est en adoptant une vision particulièrement large aussi bien de la finalité ( A ) que des moyens ( B ) de l'arbitrage présidentiel que M. Mitterrand parviendra à être à la fois un juge et un arbitre, sans que le peuple ne s'en émeuve outre mesure, puisqu'il semble au contraire approuver cette nouvelle conception de la présidence de la République.

---

de Gaulle, il cultive l'effet de surprise permanent, prenant sa source dans une vision plus haute que celle du commun des mortels..." (interview à l'Express, du 13 au 19 déc. 1985).

(5) M.M. Barre et Chirac lui contesteront en particulier le droit de se poser en garant de la " paix civile " (cf. Le Monde 24 mars 1988).

(6) Cf. Supra, l'avènement d'un pouvoir modérateur, n° 38 et s..

## A UNE CONCEPTION EXTENSIVE DE LA FINALITE DE L'ARBITRAGE.

Lors de l'élaboration de la Constitution, l'article 5 ne fut guère l'objet de discussions, le Comité Consultatif constitutionnel l'adoptant sans la moindre observation (7). Seul, le parti socialiste demanda la suppression de la notion d'arbitrage (8). Vingt huit ans plus tard, le leader de ce parti tirera le plus grand bénéfice de ce concept ( 1 ), dont il étendra le champ d'application au-delà de la lettre de la Constitution ( 2 ).

### 1) Une vision élastique de l'arbitrage prévu par la Constitution.

Seule une phrase de la Constitution fait explicitement référence à la mission d'arbitrage du Président ( a ). Mais, comme ses prédécesseurs, M. Mitterrand assimilera cette notion à celle de " garant " contenue dans les autres propositions de l'article 5, et dans l'article 64 de la Constitution ( b ).

#### a ) L'arbitrage explicitement prévu par la Constitution.

**108** Le Président de la République " assure par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat ". Tels sont les termes de la deuxième phrase de l'article 5 de la Constitution, la seule de ses propositions qui fasse explicitement référence à la notion d'arbitrage. Elle ne confère en elle-même aucun pouvoir au Président de la République, mais précise seulement la finalité des prérogatives qui lui sont reconnues, et en particulier de ses pouvoirs propres. L'arbitrage " n'est qu'un moyen au service d'une fin. Faute de l'avoir compris pour les uns, voulu le comprendre pour d'autres, acteurs et commentateurs ont donné en majorité à la fonction présidentielle une extension démesurée : le Président aurait une compétence générale d'arbitrage, il serait l'arbitre universel. Or l'essentiel dans l'article 5 c'est la mission attribuée au Président auquel il est indiqué, secondairement en quelque sorte, qu'il doit procéder par arbitrage,

(7) Cf. D.F. *Documents pour servir...préc.*, T.II, p. 312.

(8) Cf.D.F., *Documents pour servir...préc.*, T.II, p. 690.

directive valant en même temps limitation des possibilités d'action présidentielles " (9). En effet, si la Constitution précise les domaines dans lesquels cet arbitrage doit s'exercer, c'est pour en exclure les autres. Le Président de la République ne peut recourir au moyen qu'est l'arbitrage *que* pour assurer le fonctionnement régulier, c'est à dire non interrompu, des pouvoirs publics (10) ainsi que la continuité de l'Etat (11), à l'exclusion des autres domaines. La mission présidentielle ainsi définie ne consiste certainement pas à choisir la politique, car c'est là la rôle du Gouvernement - explique clairement le commissaire du Gouvernement devant le Comité Consultatif constitutionnel (12) - mais seulement à trancher les conflits qui pourraient surgir entre les pouvoirs publics, ou plus précisément, si l'on en croit le discours de M. Debré devant le Conseil d'Etat, à faire trancher ces conflits par l'arbitre suprême qu'est le Peuple. " On est loin de l'arbitre régulateur de toute l'activité politique, pour ne pas dire du décideur suprême, inventé par certains " (13). Le fait que ces dispositions aient fait l'objet d'une interprétation très extensive avant 1986, parce que le Président de la République pouvait s'assurer la soumission du Gouvernement et de la majorité parlementaire, a longtemps été contesté par la gauche, avant qu'elle n'accède au pouvoir. M. Mitterrand n'écrivait-il pas, au moment où il avait pu envisager de cohabiter avec M. V. Giscard d'Estaing, que " dans le système actuel, il n'y a pas d'arbitre, si ce n'est le peuple lui-même quand il vote " (14) ? Le concept d'arbitrage a fait l'objet de controverses trop connues pour qu'il soit nécessaire d'y revenir (15), et dont l'objet était souvent de convaincre de l'ambiguïté de cette notion pour pouvoir mieux la vider de tout contenu en la rendant trop extensive. Alors que chacun semblait admettre que ce concept supposait pour le moins une certaine neutralité, et une certaine extériorité par rapport au " jeu ", voilà que G. Pompidou invoque le Littré pour démontrer que " l'arbitre est quelqu'un qui dispose de tous les pouvoirs et qui décide souverainement " (16), voilà que d'après M. Mitterrand, " le Président de la République peut à tout moment faire prévaloir l'opinion qu'il a de l'intérêt national " (17), qu'il est " un peu un juge-arbitre "

---

(9) P. ARDANT, *L'article 5 et la fonction présidentielle*, Pouvoirs n° 41, 1987, p. 42.

(10) En l'absence de précision, on peut penser qu'il s'agit non seulement des pouvoirs publics constitutionnels, mais aussi des autres, c'est à dire essentiellement les pouvoirs publics locaux. En effet, on observera que l'article 16 opère cette précision en visant seulement " le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels "

(11) Dont on peut se demander s'il faut l'étendre à celle des services publics, cf. P. ARDANT, *L'article 5 et la fonction présidentielle*, préc., p. 43.

(12) Cf. D.F. *Documents pour servir...*, préc., T.II, p. 68 à 70.

(13) P. ARDANT, *L'article 5 et la fonction présidentielle*, préc., p. 44.

(14) F. MITTERRAND, *L'abeille et l'architecte*, Flammarion 1978, p. 75.

(15) Cf. G. CONAC, commentaire de l'article 5, dans *La Constitution de la République française*, Economica, 1987; P. ARDANT, *L'article 5 et la fonction présidentielle*, préc., p. 37 ets. G. VEDEL, Entretiens du samedi 1er fév. 1964 sur *Les institutions politiques de la France*, AFSP.

(16) G. Pompidou, réponse à G. Altschuler, le 23 sept. 1971, dans *Entretiens et discours*, p. 116, t. 1.

(17) Interview au Monde, le 2 juillet 1981.

(18). Alors que l'arbitrage n'était pas neutre avant 1986, puisqu'il avait pour objet de défendre la politique du Gouvernement dirigée par le Président, il ne l'est pas davantage durant la cohabitation, dès lors que le but de M. Mitterrand est essentiellement de critiquer la politique du Gouvernement (19). Mais ces critiques seront toujours formulées avec suffisamment d'à propos et de modération pour que le Président ne paraisse pas trop partial aux yeux du peuple. Il se déclare lui-même " juge-arbitre ", et n'hésite pas à jouer les censeurs, distribuant les bons points lorsque le Gouvernement a bien travaillé (20), ou sagement suivi ses conseils (21), orientant les efforts de la jeune classe (" Il a beaucoup de qualités, et je souhaiterais que ces qualités fussent appliquées exactement au bon endroit et au bon moment " (22)), indiquant quel est le devoir du Gouvernement (23) expliquant dans quel esprit il faut travailler (24), contrôlant de très près ses faits et gestes (25) donnant de mauvais points sur un ton sévère lorsqu'il le faut (26), lançant des avertissements (" si cela se reproduisait, cela me fâcherait " (27)). Un peu grand prêtre, un peu père de la nation, un peu maître d'école, il assure l'arbitrage suprême avec autorité : " Avec ce peuple assez tumultueux, assez changeant, il faut que les institutions permettent à l'un des français de veiller aux intérêts de tous " (28). " Il faut bien qu'au milieu de ces tourments, il y ait quelqu'un pour *dire* de temps à autre *ce qu'il convient d'éviter ou de*

---

(18) Déclaration à Europe 1, le 9 déc. 1986.

(19) Cf. infra. L'attitude de M. Mitterrand à l'égard du PS est un peu ambiguë : il souligne qu'il est le Président de tous les français, mais transmet un message d'amitié et de fidélité au Congrès socialiste (cf. CCF Pouvoirs n° 42, 1987, p. 185 De même, dans les " affaires " sur le financement des partis politiques, le Président précise qu'il " mettrait sa main au feu " qu'il n'a " pas reçu un centime ", et s'indigne de l'" immense escroquerie morale à l'égard de ce parti " que constitue la divulgation du rapport Barba (R. CHIROUX, Chronique politique, R.A. 1987, n° 240). Le PS ressent un certain malaise face à la cohabitation (cf. Le Monde 9 sept. 1986). Durant la campagne des présidentielles en 1988, les socialistes appuieront leur campagne sur la notion de rassemblement autour du Président, plutôt que sur leur étiquette partisane.

(20) Il félicite Mme Barzach pour son travail sur le SIDA, et même Charles Pasqua pour son efficacité dans la lutte contre le terrorisme (O. DUHAMEL et J. JAFFRE, *Le nouveau Président*, seuil 1987, p. 90).

(21) Ainsi, il félicite le Gouvernement d'avoir abandonné le projet de loi Devaquet, car il rejoignait le souhait qu'il formulait (cf. CCF Pouvoirs, n° 41, 1987, p. 220).

(22) A propos de M. Chirac, le 9 déc. 1986 à Europe 1 (Le Monde du 11).

(23) A propos de la Nouvelle-Calédonie : " Le devoir du Gouvernement et le mien, c'est de saisir ou de créer toutes les occasions d'accélérer ou de provoquer l'apaisement " Le 23.12.1987, Libération du 24.

(24) " Il ne faut pas d'esprit de système, et l'esprit de système, c'est, il faut le reconnaître, la tendance naturelle de beaucoup de nos concitoyens. L'esprit de système, qui se termine très vite en esprit d'intolérance, n'est pas acceptable " A l'émission *Découvertes* sur Europe 1, le 9 déc. 1986, Le Monde du 11.

(25) Non seulement le Président déclare qu'il fait un travail de bénédictin pour pouvoir exprimer son opinion sur chaque point, mais encore " à plusieurs reprises, il a demandé des informations voire des enquêtes sur des opérations de police conduites sous la responsabilité du Gouvernement " (G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 156).

(26) Ainsi à l'endroit du garde des Sceaux, dans l'affaire Prouteau (cf. F. LUCHAIRE et G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 159).

(27) A propos des expulsions de Maliens, le 17 nov. 1986, Le Monde du 17. " Si on veut éviter le désordre dans les affaires de la France, c'est à ne pas recommencer ", dit-il à M. Léotard (Cf. CCF Pouvoirs n° 41, 1987, p. 220).

(28) Cf. CCF, Pouvoirs, n° 43, 1987, p. 212.

*faire*, pas trop souvent, car cela finirait par me faire ressembler au pion du collègue " (29). M. Mitterrand se réjouit du retour de la fonction arbitrale : " Il est bon que cette *autorité*-là soit maintenant reconnue. Je m'y suis appliqué. Ca n'a pas été facile " (30). Décidément, c'est bien la conception gaullienne de l'arbitrage qui est avancée, dans la confusion la plus totale entre autorité et arbitrage (même si, en pratique, M. Mitterrand n'a plus les moyens qu'il avait auparavant d'imposer son autorité). L'arbitre ne se contente pas de solliciter le Conseil constitutionnel, le Parlement ou le peuple, il tranche lui-même. Néanmoins, il ne peut imposer ses décisions qu'en appelant à la morale publique : " Je donnerai tord, et le pays avec moi, à quiconque usera de la violence " (31). Entre 1986 et 1988, la notion d'arbitrage devient pour la première fois très importante en ce qu'elle acquiert une certaine autonomie, puisqu'elle n'est plus assimilée à celle de direction générale de la politique de la Nation; mais elle demeure beaucoup plus large qu'on aurait pu l'imaginer. M. Mitterrand a en effet eu " une interprétation extensive " (32) de cette notion, et, en outre, il attribue parfois aux expressions " continuité de l'Etat ", ou " fonctionnement régulier des pouvoirs publics " une signification très large (33). A plusieurs reprises, M. Mitterrand souligne qu'il a réussi à assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs publics au cours des deux alternances, celle de 1981 et celle de 1986, et qu'en demeurant au pouvoir à l'issue des dernières élections législatives, il a évité une crise grave de nos institutions (34). Lorsque le Président de la République se fait le défenseur des droits du Parlement, en limitant le recours aux ordonnances, il semble que ce soit au nom de la défense du fonctionnement régulier des pouvoirs publics (35). Le mot " régulier " étant ici entendu comme " habituel ", conforme à la " tradition républicaine ". On peut se demander s'il en est de même lorsqu'il refuse de convoquer le Parlement en session extraordinaire (36), car on voit mal en quoi le fait d'empêcher le Gouvernement de prendre les ordonnances que le Parlement l'a habilité à adopter, , ou le fait d'empêcher la réunion du Parlement en session

---

(29) *Le Monde* 25.6.1987, souligné par nous.

(30) *Le Monde* 25.6.1987, souligné par nous.

(31) *Le Monde* 6.12.1986, Libération du 8.

(32) G. CONAC, Commentaire de l'article 5, dans *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 44.

(33) G. CONAC, commentaire de l'article 5, dans *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 44.

(34) " J'ai assuré la continuité de l'Etat et j'entends maintenir ce cap " affirme-t-il par exemple dans son discours de vœux, à la radio et à la télévision, le 31 décembre 1986 (*Le Monde* 2 janvier 1987).

(35) Cf. le message de F. Mitterrand au Parlement, le 8 avril 1986 (il rappelle les termes de l'article 5 avant le se prononcer sur la procédure des ordonnances). Il se fait également le défenseur des droits du Parlement en refusant de signer l'ordonnance sur le retour au scrutin majoritaire, en invoquant la tradition républicaine (cf. supra), et dans son discours au Palais de l'Europe à Strasbourg (*Le Monde* 30 sept. 1987).

(36) Un tel refus apparaît évidemment contraire aux droits du Parlement, mais le général de Gaulle n'était-il pas parvenu à prétendre que c'était, entre autres, pour garantir le fonctionnement régulier des pouvoirs publics qu'il avait refusé de convoquer le Parlement en session extraordinaire en mars 1960 ? (cf. sa lettre au Président de l'Assemblée nationale, dans J.L. PARODI, *Les rapports entre le législatif et l'exécutif sous la Ve République*, préc., p. 275).

extraordinaire garantiraient le fonctionnement régulier des pouvoirs publics. Mais il semble surtout que M. Mitterrand assimile sa mission d'arbitre à celle de " garant ".

**b ) Assimilation de " l'arbitre " et du " garant ".**

109 Aux termes de l'article 5 de la Constitution, " *le Président de la République veille au respect de la Constitution* ". Cette mission sera entendue de manière particulièrement extensive par M. Mitterrand qui, à l'instar de ses prédécesseurs, estimera qu'elle lui donne les moyens d'imposer son interprétation de la Constitution (37). D'après le second alinéa de cet article, " *il est garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, du respect des accords de communauté et des traités* ". L'article 64 de la Constitution en fait également le " *garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* ". Alors que ces dispositions ne précisent pas que c'est au moyen de son pouvoir d'arbitrage que le président de la République pourra être ce garant, ces notions ont largement été confondues, avant comme après 1986. Si M. Mitterrand fait expressément référence à sa mission de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire quand il s'en fait le défenseur (38), s'il invoque sa mission de garant de l'indépendance nationale pour refuser de signer l'ordonnance sur les privatisations (39), lorsqu'il fait part de son opposition à la politique gouvernementale en Nouvelle Calédonie, il ne rattache pas surtout son action à sa mission de garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, mais essentiellement à sa mission générale d'arbitrage, nulle part exprimée dans le texte de la Constitution. Prenant un moyen pour une fin, dans tous ses discours importants, M. Mitterrand évoque sa " fonction d'arbitre " d'une manière très extensive, sans qu'il soit généralement possible de la distinguer de sa fonction de garant (40). Souvent, même, la distinction entre arbitrage et autorité est des plus confuses : " Le Président exerce à la fois une fonction d'autorité, notamment dans les domaines désignés par l'article 5 de la Constitution, et une fonction d'arbitrage, de conciliation, de conseil en de multiples circonstances " (41).

---

(37) Cf. infra n° 114 et s..

(38) Intervention à RTL, le 16 nov. 1987 (Le Monde du 18).

(39) Le Monde 16 juil. 1986, et cf. supra.

(40) Notamment : message au Parlement le 8 avril 1986, pèlerinage à la Roche de Solutré, le 18 mai 1986 (Le Monde du 20), intervention à l'émission *Le monde en face* sur TF1, le 17 sept. 1987 (Le Monde du 19), interview à O. DUHAMEL, Pouvoirs n° 45, 1988. Ainsi, notamment en Nouvelle-Calédonie, c'est par " un arbitrage scrupuleux " qu'il entend protéger les droits de la communauté mélanésienne et assurer la paix civile (cf. Le Monde 20 nov. 1987).

(41) Interview à O. DUHAMEL, Pouvoirs n° 45, 1988.

## 2 ) Une mission générale d'arbitrage méta-constitutionnelle.

Sans doute, le général de Gaulle avait-il souhaité " qu'au dessus des contingences politiques soit établi un arbitrage national qui fasse valoir la continuité au milieu des combinaisons " (42), et précisé que " le Président de la République (...) est essentiellement un arbitre qui a pour mission d'assurer, quoi qu'il arrive, le fonctionnement des pouvoirs publics " (43). Mais il demeure que le texte de la Constitution ne fait référence à ce moyen que dans les limites étroites que l'on a précisées. En déclarant que " la mission du Président de la République c'est de maintenir l'unité nationale " (44), qu'il est " le garant des institutions. Il est en même temps le protecteur des libertés des Français..." (45), M. V. Giscard d'Estaing avait ouvert la voie à une extension considérable des pouvoirs présidentiels, dont on ne pouvait guère trouver de fondement - ou prétendu tel - que dans l'article 5 de la Constitution. De ce chemin de terre broussailleux, M. Mitterrand fera une autoroute, la voie royale du juge suprême, de l'arbitre qui peut, dans n'importe quel domaine, juger du bien et du mal. " Le domaine dans lequel j'exerce ma fonction pleinement, c'est le domaine de la politique étrangère, c'est le domaine de la défense, c'est le domaine de la *protection des droits de l'homme*, et cela doit être aussi le domaine dans lequel je compte bien intervenir : la *justice sociale*, car il n'y a pas de redressement économique sans justice sociale. Ce sont de grands objectifs ! " (46). D'après M. Mitterrand, " la France a besoin d'un président qui décide en matière de politique étrangère (...) et en matière de défense (...) Deuxièmement, elle a besoin d'un président qui, sur d'autres questions, chaque fois que l'unité nationale apparaît comme ébréchée ou menacée, arbitre entre les intérêts concurrents. Et puis, elle a aussi besoin, dans la même personne, d'un président qui préserve les institutions et qui protège les plus faibles, qui exprime, disons, son avis, son conseil " (47). La distinction opérée entre la mission d'arbitrage et la mission de protection des plus faibles est, en pratique, des plus malaisée, et il est bien difficile de la retrouver dans les autres discours présidentiels. C'est au contraire dans un flou des plus artistiques que le Président de la République réunit toutes ces notions, lorsqu'il se fait le garant de l'unité nationale ( a ), ou le protecteur des institutions et de ceux qui risquent de souffrir des injustices ( b ).

---

(42) Discours de Bayeux, 16 juin 1946.

(43) Avis et débats du CCC, 1960, p. 118.

(44) V.G. D'Estaing, interview télévisée du 21 déc. 1976 (D.F., 1976, t. 17-18, p. 529, cité par P. ARDANT, annexes de l'article préc. de la revue Pouvoirs, n° 41).

(45) Conf. de presse du 17 janv. 1977, D.F., 1977, p. 26 (même source).

(46) Entretien sur RTL, le 16 nov. 1987, Le Monde du 18, souligné par nous.

(47) F. Mitterrand, déclaration sur TF1, le 17 sept. 1987, Le Monde du 19.



a ) " Le président de la République assure, par son arbitrage, la cohésion nationale dont il est le garant "

110 Telle est la proposition qui aurait pu expliquer certaines actions de M. Mitterrand, mais qui ne figure *pas* dans la Constitution. " Une idée nouvelle se dégage peu à peu, - explique M. Mitterrand - : en 1958, les Français avaient gagné un chef de l'exécutif, un pouvoir fort dans l'usage. Ils ont aujourd'hui l'impression d'avoir gagné avec moi un arbitre, d'avoir retrouvé une fonction arbitrale. Je dois à la fois marquer les domaines essentiels, ceux qui relèvent des pouvoirs du Président de la République définis par la Constitution...Et pour tous ceux qui sont minoritaires, je dois exercer ce pouvoir arbitral, représenter les catégories de Français qui pourraient souffrir d'un manque de justice " (48). Il revendiquera le rôle d'arbitre garant de la " sécurité " de la nation, de sa " pérennité ", de " l'harmonie et de l'équilibre de notre pays " (49), et de " la paix civile " (50). Le Président de la République se fait le garant de la " *cohésion nationale* " (51), en particulier lorsqu'il souligne les risques de guerre civile en Nouvelle-Calédonie, estimant que "...la République française a un devoir d'arbitrage pour qu'aucune de ces deux communautés ne se sente menacée, exploitée, violente " (52), et considérant que le référendum organisé par le Gouvernement " a cristallisé une situation dommageable au lieu de la régler " (53). Il estime qu'il s'est " efforcé de préserver la paix civile et une bonne entente entre les français " (54). " Je dois simplement intervenir lorsque je sens qu'il y a danger. Danger pour l'unité du pays, ou danger pour l'intérêt général " (55). Bien que *ni l'une ni l'autre ne figurent dans la Constitution*, le Président de la République prend soin d'identifier les notions de *cohésion nationale* et de *cohésion sociale* : " La cohésion sociale commande la cohésion nationale...Il ne peut pas y avoir de cohésion nationale sans cohésion sociale. Il faut prendre garde à préserver tout autant l'une que l'autre. Car, au fond, c'est la même chose " (56). Dès la veille de la cohabitation, lorsqu'il appelait les français à " faire bloc " sur " les *acquis sociaux* " de la majorité (57), M. Mitterrand avait averti qu'il était " garant de la cohésion sociale, je veux dire de la cohésion nationale "

---

(48) Déclaration du 18 mai 1986, à la Roche de Solutré, cf. CCF, Pouvoirs n° 39, 1986, p. 171.

(49) Déclaration à Mont-de-Marsan, le 14.6.1986, cf. CCF Pouvoirs n° 39, 1986, p. 171.

(50) Cf. *Le Monde* 9.2.1987.

(51) Intervention à l'émission *Découvertes* d'Europe 1, le 9 déc. 1986, *Le Monde* du 11.

(52) Intervention sur RTL, le 16 nov. 1987, *Le Monde* du 18.

(53) Intervention sur RTL, le 16 nov. 1987, *Le Monde* du 18.

(54) Discours du 22 août 1987 à Digne, *Le Monde* du 25.

(55) Intervention à l'émission *Découvertes* sur Europe 1, le 9 déc. 1986, *Le Monde* du 11.

(56) Le 18.12.1986, à Bourg-en-Bresse (cf. CCF Pouvoirs n° 41, 1987, p. 218).

(57) Cf. Conférence de presse du 21 nov. 1985, *Le Monde* du 22.

(58), le " *garant de l'essentiel* ", (59). Ainsi, au domaine que lui " réserve " la pratique des institutions (en matière de défense et de politique extérieure) M. Mitterrand " ajoute un domaine moderne, étendu grosso modo à ce qui a été fait depuis 1981 " (60). L'un des rôles auxquels je tiens le plus, c'est celui de *gardien de la solidarité* " (61), prévient-il. C'est au nom de cette cohésion que M. Mitterrand a annoncé qu'il s'opposerait aux ordonnances qui porterait atteinte aux " acquis sociaux ", et qu'il a refusé de signer l'ordonnance sur l'aménagement du temps de travail. C'est encore au nom de la cohésion sociale, ou nationale, qu'il a été particulièrement attentif aux problèmes sociaux, " ouvrant sa porte " à une délégation de cheminots en grève au fort de Brégançon (62), se déclarant " en phase " avec les lycéens en grève contre le projet de loi Devaquet (63), manifestant sa " solidarité " avec la famille de Malik Oussékine (64), répétant les appels à la " *paix sociale* " (65). M. Chirac gardera longtemps une vive amertume de ces gestes qu'il juge indignes de la fonction présidentielle (66). Or cette pratique semble perdurer après la cohabitation, puisque M. Mitterrand reçoit les lycéens grévistes en 1990.

#### **b ) Le Président de la République, défenseur des institutions et des faibles.**

111 " Je n'assume pas la responsabilité économique de la France. J'ai cependant pour mission de veiller à ce que les Français, quelle que soit leur catégorie sociale, puissent s'en tirer le mieux possible lorsque cela va mal, c'est à dire que je suis en droit de demander que les mesures prises puissent compenser les *injustices* du sort, pour rétablir

(58) Meeting de Lille, 7 fév. 1986 (cf. CCF Pouvoirs n° 38, 1986, p. 191).

(59) Dans " Le courrier de la Nièvre ", 13.2.1986 (CCF Pouvoirs n° 37, 1986, p. 196).

(60) J.Y. LHOMEAU, *Vers la cohabitation flottante*, Le Monde 23 nov. 1985. A l'occasion de sa conférence de presse du 21 nov. 1985, M. Mitterrand souligne notamment que " la dénationalisation de ce qui a été décidé en 1981 et 1982, cela risque d'être une dilapidation du patrimoine national et, naturellement, je ne puis l'accepter " (Le Monde du 23 nov. 1985).

(61) Déclaration au banquet des anciens d'Alfortville, 12.1.1986, cf. CCF Pouvoirs n° 37, 1986, p. 196.

(62) Le 1er janvier 1987 (le Gouvernement réagira vivement) Cf. P. AVRIL et J. GICQUEL, CCF Pouvoirs n° 42, 1987, p. 188.

(63) A l'émission *Découvertes d'Europe 1*, le 9 déc. 1986, Le Monde du 11. " Dans la mesure où les étudiants et les lycéens savaient bien que j'étais sur la même longueur d'ondes (...). ...ils savaient pouvoir compter sur la compréhension du président de la République, pourquoi les aurais-je privés de ce qui n'était pas un renfort mais l'affirmation d'une présence et d'une pensée ? Au nom de quoi ? ", précise M. Mitterrand après avoir rappelé qu'il avait manifesté au Gouvernement son désaccord sur le projet de Loi Devaquet.

(64) M. Mitterrand déclara que " C'est un acte de solidarité à l'égard d'une famille en grand deuil...", Le Point du 15 déc. 1986, p. 49.

(65) Cf. notamment sa déclaration de vœux, le 31 déc. 1986, à la radio et à la télévision, Le Monde 2.1.1986.

(66) J. CHIRAC, *Ma cohabitation*, TF1, 7 déc. 1990.

autant qu'il est possible *justice et équité sociales* " (67)." ..pour tous ceux qui sont minoritaires, je dois exercer le pouvoir arbitral, représenter les catégories de français qui pourraient souffrir d'un manque de justice " (68), déclare M. Mitterrand. " Le Président se veut l'avocat des minorités, des exclus, des incompris " (69) par exemple lorsqu'il se fait le protecteur des médecins généralistes (70), lorsqu'il s'inquiète du sentiment " d'injustice " que peuvent ressentir les mélanésiens de Nouvelle-Calédonie (71) et invite les indépendantistes à " ne pas désespérer " (72), lorsqu'il exprime sa solidarité aux réfugiés iraniens expulsés (73), lorsqu'il condamne comme " inadmissibles " les méthodes employées par le Gouvernement pour expulser des maliens : " Ces méthodes ne sont pas dans l'habitude de la France. Si on les revoyait, cela me fâcherait ". Il se fait aussi le défenseur des libertés lorsque, après les mesures d'interdiction de certains magazines prononcées par le Gouvernement, il déclare : " Je suis contre toute forme de censure. (...) Je suis forcément en phase avec tous ceux qui aiment la liberté " (74). On pourrait supposer que M. Mitterrand se fonde sur la mission qui lui est impartie par la première proposition de l'article 5 de la Constitution (Le Président de la République veille au respect de la Constitution), lorsqu'il estime qu'il lui appartient de " préserver les institutions " et protéger les plus faibles, voire veiller au respect des droits de l'homme, en donnant son avis, ou lorsqu'il se fait le garant du respect du préambule ou de l'article 2 de la Constitution (75) M. Mitterrand estime en effet qu'il a " l'obligation (...) de garantir l'indépendance de la justice et de veiller aux droits et libertés définis par la déclaration de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946 " (76). Néanmoins, d'une part, cela ne serait possible que si, comme le Président de la République, on " étend très largement le

---

(67) Le 16 nov. 1986, cité par G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 57, souligné par nous.

(68) Déclaration à Solutré, le 10 mai 1986, préc.

(69) G. CONAC, commentaire de l'art. 5 de la Constitution, dans *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 59.

(70) Il s'inquiète du sentiment qu'éprouvent les médecins généralistes d'être tenus pour " la piétaille du corps médical ", et déclare en Conseil des Ministres qu'il serait " sage de ne pas exaspérer ce sentiment " (CCF Pouvoirs n° 43, 1987, p. 212).

(71) Il invoque sa fonction arbitrale pour exprimer sa " profonde inquiétude " à l'endroit du projet du Gouvernement sur la Nouvelle-Calédonie car il estime que ce texte peut provoquer au sein de la communauté mélanésienne " un sentiment de manquement aux engagements pris et donc d'injustice " (Le Monde 23 mai 1986).

(72) Cf. Le Monde 12.12.1987.

(73) Cf. Le Monde 9 janvier 1988.

(74) Cf. Le Monde 22-23 mars 1987.

(75) Définissant son rôle, M. Mitterrand termine en disant qu'il y a un troisième point (après ses missions de garant de la continuité de l'Etat et de garant de l'indépendance nationale) " c'est dans le préambule de la Constitution, c'est aussi dans l'article 2 : le président de la République doit veiller à l'application des grands principes sur lesquels se fonde la République indivisible, laïque, démocratique, sociale, qui autorise toute croyance et qui doit respecter quiconque, quelles que soient son origine ou sa race. Voilà mon rôle " (déclaration à TF1, le 29 mars 1987, Le Monde du 31).

(76) Message au Parlement du 8 avril 1986.

champ d'application " du premier alinéa de l'article 5 de la Constitution (77); et, d'autre part, M. Mitterrand s'est fait le défenseur de notions qui ne figurent pas plus dans le corps de la Constitution que dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans le préambule de la Constitution de 1946, ou dans la tradition républicaine : " J'ai les moyens d'en appeler à la *morale publique*. J'ai quand même le droit, autant qu'il est possible, d'en appeler à la " *concorde* " des citoyens quand c'est nécessaire et j'ai surtout le droit d'en appeler - parce que la Constitution m'en donne la mission - à la justice. J'ai parlé de *justice sociale*...il faut que les gens se sentent à l'aise en France, qu'il n'y ait plus d'écrasement des *pauvres* par les plus aisés. Il faut que les différences s'estompent toujours dans la mesure du possible..." (78). Que le Président de la République puisse exprimer ses opinions politiques sur tous les sujets de son choix est une chose, que l'on prétende que toutes ses interventions ne sont que la fidèle exécution de son devoir de veiller au respect de la Constitution est une autre chose. Si, dans certains cas, on peut rattacher plus ou moins vaguement les déclarations ou les actions présidentielles aux missions qui lui sont conférées par l'article 5 (79), on ne saurait prétendre qu'en invoquant la " morale sociale ", les " acquis sociaux " ou " la justice sociale " pour critiquer la politique choisie par la majorité parlementaire ou pour refuser de signer certaines ordonnances, M. Mitterrand s'est contenté de veiller au respect de la Constitution. Ainsi, quand M. Mitterrand estime qu'il " doit " intervenir dans le domaine de la " justice sociale ", il se place sur un plan moral ou politique, et non sur un plan juridique. Mais le problème est qu'il a voulu tirer des conséquences juridiques de ces considérations extrajuridiques. Quant il se proclame garant de la cohésion sociale ou de la solidarité nationale, M. Mitterrand procède à " une extension novatrice " (80) de la Constitution ou, pour employer des termes moins pudiques, il invente un fondement constitutionnel à ses interventions politiques. En redéfinissant ainsi le contenu de la Constitution, le Président de la République s'ouvre un champ d'intervention pratiquement illimité.

---

(77) G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 57. J. Robert avait émis l'hypothèse d'une interprétation extensive de l'article 5 dans *De la cohabitation* D. 1986, préc., p. 185.

(78) Entretien sur RTL, le 16 nov. 1987, *Le Monde* du 18, souligné par nous.

(79) cf. G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 55 et s.

(80) G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 57.

## BUNE CONCEPTION EXTENSIVE DES MOYENS DE L'ARBITRAGE.

Par quels moyens devrait, aux termes de la Constitution, s'exercer le pouvoir d'arbitrage présidentiel ? L'analyse des travaux préparatoires de la Constitution est extrêmement révélatrice : chaque fois qu'est évoquée cette notion, c'est pour la distinguer du pouvoir gouvernemental (qui n'appartient pas au Président de la République) et / ou pour expliquer le but des pouvoirs propres conférés au Président de la République (81). Ce lien systématique montre à notre point de vue clairement que l'arbitrage présidentiel et son rôle de garant doivent s'exercer au moyen des pouvoirs propres conférés au Président (en particulier par le droit de dissolution et le référendum), même si certains pouvoirs présidentiels soumis à contreseing, comme la signature des décrets et des ordonnances, ou la présidence de certains conseils permettent au Président d'éclairer son opinion pour qu'il soit apte, ensuite, à rendre son arbitrage, c'est à dire à saisir un arbitre. Sans doute la notion d'arbitrage, et les moyens mis à la disposition du Président de la République pour l'assurer avaient-ils été tellement étendus jusqu'en 1986 qu'ils n'avaient plus de sens, le chef de l'Etat s'arrogeant un pouvoir général de direction de l'Etat pour assurer cet arbitrage - qui était devenu autorité dans la conférence de presse du général de Gaulle du 31 janvier 1964 -. On pouvait s'attendre, au moment où chacun se réclamait de " la Constitution, rien que la Constitution ", à ce que cet arbitrage ne s'exerce que par les pouvoirs propres du Président de la République. Pourtant, si M. Giscard d'Estaing estimait à la veille de la cohabitation que le chef de l'Etat serait réduit à ses pouvoirs propres, il avait lui-même évoqué, en 1978, la possibilité d'arbitrage au moyen de discours présidentiels. M. Mitterrand, réalisant bien quel est le pouvoir du verbe présidentiel, l'utilisera largement en le légitimant par l'avènement d'une nouvelle fonction présidentielle ( 1 ). S'il estime que sa parole est libre, il ne considère pas pour autant que sa plume est toujours servie, et il exercera également sa mission d'arbitre par ses actes soumis à contreseing ( 2 ).

---

(81) Cf. D.F. *Documents pour servir... préc.*, T. I, p. 246, 257, 518, 522 (exposé des motifs de l'avant-projet de Constitution du 29 juillet 1958 : " Le Président de la République assure le bon fonctionnement des institutions grâce aux pouvoirs d'arbitrage qui lui sont confiés. L'article 8 lui permet de demander une seconde délibération des lois; l'article 9 lui reconnaît le droit de soumettre au référendum (...); l'article 10 institue un mécanisme souple de dissolution. En outre, le président de la République nomme un tiers des membres du Conseil constitutionnel, qu'il peut saisir (...) ". Tome II : p. 68 à 70, 300, 312 (l'article 5 est adopté sans observations), 330 (F. LUCHAIRE, commissaire du Gouvernement : " Le Gouvernement avait estimé que lorsque le chef de l'Etat devait exercer son rôle d'arbitrage, tel qu'il est prévu dans l'article 3 de la Constitution, ses décisions devaient être dispensées du contreseing, c'était le cas lorsque le chef de l'Etat décidait du référendum ")).

## 1 ) L'avènement d'une fonction tribunitienne.

Le Président de la République se présente comme un tribun (82), magistrat chargé de défendre les intérêts de la plèbe, orateur qui s'érige en défenseur du peuple. Gardez-vous de consulter le Littré - aurait pu dire G. Pompidou -, il y est écrit que le tribun est un démagogue, un factieux. Le principe de la liberté de parole du Président de la République ne semble pas remis en cause par la cohabitation ( a ), pas plus ne ne sont contestés les moyens d'expression du chef de l'Etat ( b ).

### a ) La liberté d'expression présidentielle : une évidence ?

**112** Si le Gouvernement et la majorité parlementaire se sont parfois indignés du manque de neutralité des propos présidentiels, jamais, à notre connaissance, ils n'ont contesté au Président de la République le droit de s'exprimer sur n'importe quel sujet. L'habitude prise par tous les présidents de la Ve République de s'adresser directement aux citoyens chaque fois qu'ils le désiraient, l'intérêt que les Français portent aux discours du chef de l'Etat, l'impact qu'ils ont dans les médias, peut-être même, tout simplement le principe de la liberté d'expression énoncé dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ont fait qu'à aucun moment ne semble s'être posée la question de savoir si la Constitution autorise le président de la République à faire des déclarations et si elles sont ou non dispensées de contreseing. Le verbe présidentiel n'est évoqué dans la Constitution que dans les articles 16 (le Président de la République " en informe la Nation par un message " lorsqu'il met en oeuvre cet article, si l'indicatif vaut bien impératif, il est tenu de le faire), et l'article 18 (" Le Président de la République communique avec les deux assemblées du Parlement par des messages qu'il fait lire et qui ne donnent lieu à aucun débat "), l'un et l'autre dispensés de contreseing. L'article 19 disposant que tous les actes du Président qu'il ne vise pas sont soumis au contreseing ministériel, on aurait pu logiquement en déduire que toutes les autres déclarations du Président sont soumises au contreseing (83). L'hypothèse n'est pas aussi absurde qu'il y paraît (84). Sans doute,

---

(82) Dans *La Monarchie républicaine* (p. 221), M. DUVERGER avait évoqué la " fonction tribunitienne ", puis elle sera surtout évoquée par J.L. PARODI durant la cohabitation (cf. Communication aux journées d'étude de l'AFSP les 3 et 4 avril 1986, Paris).

(83) ESMEIN, considéra d'abord que l'absence de réglementation du droit de parole vaut autorisation implicite (dans *Eléments de droit constitutionnel*, 1899 : " puisque la Constitution ne parle que de messages adressés par le Président aux deux chambres, rien ne s'opposerait, croyons-nous, à ce qu'il en adressât directement aux citoyens

pourrait-on considérer que les discours présidentiels ne sont pas des actes, ou pour le moins pas des actes juridiques. Mais l'argument ne tient pas puisque d'une part, l'article 19 vise les " actes " du Président, et non seulement ses " actes juridiques " (85), d'autre part, les rédacteurs de la Constitution ont cru nécessaire d'évoquer, dans l'article 19, parmi les actes présidentiels, le droit de message, considérant donc qu'un discours est un acte. On pourrait ensuite estimer que si les rédacteurs de la Constitution n'ont pas cru nécessaire de réglementer ce droit de parole, alors que l'expérience des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques leur avait montré qu'il peut parfois poser problème, c'est parce qu'ils entendaient qu'il soit libre (86). Enfin, on pourrait penser que ces hommes n'avaient pas prévu l'impact que pourraient avoir les discours présidentiels, radiodiffusés ou télévisés en particulier. Ce serait ignorer qu'ils avaient pu réaliser l'influence des appels au peuple du maréchal Pétain, et qu'ils n'avaient pas oublié que, les discours présidentiels étant en pratique soumis au contreseing sous les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques, le président Millerand avait été rappelé à l'ordre lorsqu'il avait tenté de se libérer de cette tutelle, et le Président Lebrun s'était vu interdire par le Président du Conseil la possibilité de s'exprimer sur les ondes à la veille des élections de 1936 (87). Les rédacteurs de la Constitution avaient bien prévu l'importance de cette prérogative, puisque, dans sa rédaction initiale, assez longtemps maintenue, l'article qui deviendra le 18<sup>e</sup> de la Constitution prévoyait que le Président de la République " peut adresser des messages à la nation " (88) - François Luchaire soulignant qu' " aucun contrôle n'est exercé sur ces messages " puisqu'ils sont dispensés du contreseing -. Et puis un beau jour cette disposition disparaît, sans que le texte des travaux préparatoires publiés nous permette de savoir pourquoi (89). En pratique, les discours présidentiels prévus et organisés par la Constitution se révéleront de bien peu d'intérêt, et ce sont les messages à la nation, non expressément réglementés par le texte de la Constitution, qui constitueront un des fondements de la prééminence

---

français, au pays tout entier ". Mais dans l'édition de 1914, il estime au contraire que sont soumis au contreseing non seulement les actes juridiques, mais tous les actes du Président (discours, lettres ... (cité par J.Y. PLOUVIN, *Verbe présidentiel et contreseing*, Pouvoirs n° 12, 1979, p. 155 à 162).

<sup>84</sup> cf. J.Y. PLOUVIN, le verbe présidentiel, Pouvoirs.

(85) ESMEIN souligne que " les actes écrits et juridiques du Président susceptibles d'être contresignés ne sont pas les seuls dont les ministres sont responsables. Ils sont encore responsables des actes qui n'ont pas le caractère d'actes juridiques (...) : discours, lettre, créances, commandement des forces militaires " dans A. ESMEIN et J. BARTHELEMY, *Éléments de droit constitutionnel* Sirey, 1914, cité par J.Y. PLOUVIN : *Verbe présidentiel et contreseing*, Pouvoirs n° 12, 1979, p. 155 à 162.

(86) En ce sens, cf. P. LEHINGUE, *La codification des droits et devoir de parole présidentielle en France*, communication au congrès de l'AFSP, Bordeaux 5-8 octobre 1988.

(87) Alors qu'il s'agissait seulement d'un énoncé minimal auant pour objet de recommander le calme (cité par P. LEHINGUE, art. préc., p. 26).

(88) Cf.D.F. *Documents pour servir...*, préc., T.I., p. 252, 266, 283, 305, 359, 418 notamment.

(89) Cette disposition avait été supprimée du projet d'articles soumis au Conseil interministériel du 30 juin 1958, puis elle a été réintégrée aux documents soumis au Conseil interministériel du 7 juillet et à l'avant-projet de Constitution (vers le 10 juillet 1958), elle disparaîtra définitivement dans l'avant-projet de constitution du 15 juillet 1958, rédigé par un groupe restreint comprenant MM. DEBRE, JANOT, Mamert et Solal-Céligny.

présidentielle (90). Les déclarations de M. Giscard d'Estaing, redoutant une cohabitation en 1978, viendront renforcer la croyance en une liberté du verbe présidentielle qui résultait d'une pratique constante depuis la naissance de la Ve République : " Certains ont voulu dénier au Président de la République le droit de s'exprimer. Curieuse république que celle qui serait présidée par un muet ! Nul n'est en droit de me dicter ma conduite. J'agis en tant que chef de l'Etat et selon ma conscience, et ma conscience me dit ceci : Le Président de la République n'est pas un partisan, il n'est pas un chef de parti. Mais il ne peut pas rester non plus indifférent au sort de la France. Il est à la fois *arbitre* et responsable. (...) si (la Constitution l'a doté de responsabilités aussi grandes, ce n'est pas pour rester un spectateur muet. Parmi mes responsabilités, j'ai celle de réfléchir constamment, quotidiennement, aux problèmes de l'avenir, et de *mettre en garde les citoyens* contre tout choix qui rendrait difficile la conduite des affaires de la France " ...(91) Sans doute, M. V. Giscard d'Estaing s'exprimait-il ainsi alors qu'il bénéficiait du soutien de la majorité parlementaire, mais il demeure qu'en définissant en des termes aussi généraux la liberté d'expression du Président de la République, il n'entendait pas dire qu'il deviendrait muet au lendemain des élections législatives. " Quelles que soient les circonstances, je serai donc le garant des institutions et le protecteur des libertés des français ", avait-il d'ailleurs annoncé un an auparavant (92).

Entre 1986 et 1988, non seulement le Gouvernement n'a pas contesté à M. Mitterrand la liberté de s'exprimer, mais il l'a explicitement reconnue, considérant qu'il est normal que le Président exprime ses opinions, et contestant seulement le manque de neutralité des propos de M. Mitterrand (93). Le porte-parole de Matignon reconnaît que " son pouvoir demeure celui du verbe " (94), mais il semble bien difficile, en pratique de le limiter.

En décembre 1986, lorsque le Président de la République se présente comme le gardien de la cohésion sociale, M. Balladur lui dénie la fonction de " juge-arbitre ", et M. Chirac annonce qu'une réponse modulée sera apportée aux prises de position de M. Mitterrand

---

(90) J. PETOT souligne que " L'action sur l'opinion publique par les réceptions et les audiences, les allocutions radiotélévisées, les conférences de presse, les voyages en province, etc Ayant la faculté discrétionnaire de s'exprimer à la radio et à la télévision et comptant sur la publication de leurs moindres propos politiques, les présidents disposent ainsi d'un pouvoir informel qui ne résulte d'aucun texte " (dans *Faut-il réviser la Constitution de 1958 ? RDP 1985*, p. 1457).

(91) Discours de Verdun-sur-le-Doubs, le 17 janvier 1978, Dans D. MAUS *Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République*, 1982, p. 27 (art. 5), souligné par nous.

(92) Conférence de presse du 17 janvier 1977, au cours de laquelle il avait déjà souligné que " le président de la République, élu au suffrage universel, ne peut pas être un personnage muet " (dans D. MAUS, *idem*).

(93) " Un arbitre fait respecter le droit et siffle des pénalités à l'un ou l'autre camp...Je n'ai pas eu le sentiment que le Président de la République avait ce comportement et qu'il distribuait ses pénalités, comme pourrait le faire un arbitre, tantôt à droite, tantôt à gauche " (J. Chirac, *Le 6.1.1987*, cf. CCF Pouvoirs n° 42, 1987, p. 175).

(94) D. Baudouin, *Le Monde* 14 juin 1986.



chaque fois qu'il ne se comportera pas en arbitre impartial (95). Lorsque le chef de l'Etat recevra une délégation de grévistes au fort de Brégançon, le porte-parole de Matignon déclarera qu'il " a trempé le bout des pieds dans le Rubicon avec un demi-pas de trop " (96), et certains parlementaires manifestent leur désapprobation : " Un président de la République, quand il est arbitre, ne reçoit pas à son domicile les parties du conflit " (97). Le Premier ministre souligne la vanité des critiques présidentielles : " Je vois les uns ou les autres essayer, et (...) engager des actions pour tenter de déstabiliser le gouvernement parfois en donnant des coups réguliers, parfois en dessous de la ceinture (...). Ce ne sont pas des coups qui sont susceptibles de nous faire perdre l'équilibre. Parfois les uns ou les autres portent des jugements excessifs sur l'action gouvernementale. Cela peut venir de l'opposition, et c'est son rôle. Cela peut venir parfois du chef de l'Etat, et à ce moment-là j'ai l'occasion de lui exprimer mon étonnement " (98). Néanmoins, M. Chirac se sent alors obligé de préciser qu'il " gouverne pour tous les français " (99). Avec le rapprochement de l'échéance présidentielle, les attaques et les ripostes se feront de plus en plus vives, M. Chirac mettant en garde le Président de la République à l'égard d'une attitude qui serait celle d'un candidat ou d'un " chef de l'opposition " (100), et le porte-parole de Matignon relevant que M. Mitterrand avait " clairement rappelé son appartenance socialiste " (101). En mars 1988, la tension monte encore, M. Chirac reprochant à M. Mitterrand son " sectarisme ", et sa prétention à être le " garant de la paix civile ", alors que lui-même ne voit nulle menace de " guerre civile " (102).

#### **b ) Les modalités d'expression de la parole présidentielle.**

**113** A l'instar du Président de la République portugais durant la période de cohabitation qu'a connue ce pays (103), M. Mitterrand va battre inlassablement les campagnes pour dénoncer les errements de la politique Gouvernementale (104) et rester au contact du peuple. Il en avait averti l'opposition, en décembre 1985 : " Je vais intervenir assez souvent. J'ai envie de communiquer avec le pays. (...) Vous ne me verrez jamais m'enfermer dans une forteresse. J'ai ma liberté de mouvement, quoi qu'il advienne "

(95) Cf. *Le Monde* 25.12.1986.

(96) Cf. CCF Pouvoirs n° 42, 1987, p. 188.

(97) V. Giscard d'Estaing, cf. *Le Monde* 6.1.1987.

(98) Conférence de presse du 29 janvier 1987, *Le Monde* du 31.

(99) *Idem*.

(100) Au *Grand jury RTL-Le Monde* du 28 juin 1987.

(101) Cf. *Le Monde* 27-28 sept. 1987.

(102) Cf. *Le Monde* 24.3.1988. M. Barre lui conteste également le droit de se poser en garant de la paix civile.

(103) Cf. introduction.

(104) Cf. Notamment CCF Pouvoirs n° 41, 1987, p. 218-219.

(105). Très tôt conscient de l'isolement dans lequel il risque d'être enfermé, notamment par manque d'informations (106), il renforce notablement la cellule de communication de la présidence (107). Plus que jamais, il prend part aux déjeuners, visites d'entreprises ou de musées, anniversaires, inaugurations, commémorations, il rend visite aux pompiers ou aux malades (108), assiste aux matchs de football (109), se rend aux quatre coins de la France, et à l'étranger (110). Visites souvent aussi médiatiques que politiques qui vont croissant avec le rapprochement de l'échéance présidentielle. Le Premier ministre tente de le " marquer ", en le faisant, conformément à la tradition, accompagner dans ses tribulations par un membre du Gouvernement, mais M. Mitterrand parvient parfois à se libérer de ce boulet (111). Réciproquement, le Président de la République tente bientôt lui-même " d'encadrer " les interventions médiatiques du Premier ministre qui aurait tendance, pour la première fois sous la Ve République, à lui ravir la vedette (112). M. Chirac doit-il participer à " l'heure de vérité " ? Qu'à cela ne tienne, M. Mitterrand décide soudainement d'intervenir une demi-heure avant, sur toutes les chaînes publiques de télévision, pour célébrer le trentième anniversaire du traité de Rome, alors même qu'il doit aussi être

---

(105) Interview à *Découvertes* sur Europe 1, le 9 déc. 1985, *Le Monde* du 11.

(106) M. Mitterrand, qui ne peut plus disposer directement des informations par le biais des ministères, souligne qu'il est " obligé d'avoir sur chaque problème une opinion personnelle. Je fais un travail de bénédictin " (*Le Point* 26 mai 1986, p. 61).

On notera que M. Mitterrand continue, bien que non officiellement, à entretenir des contacts avec les syndicats, et par ailleurs, il transmet aux ministres concernés le courrier qu'il continue à recevoir des syndicats de base à propos de problèmes concrets (cf. *Le Monde* 26 mars 1987).

(107) Cf. J. Fournier, *Politique gouvernementale : les trois leviers du Président*, Pouvoirs n° 41, 1987, p. 73.

(108) Cf. *Le Point* 18 août 1986.

(109) " M. Mitterrand est constamment présent sur le terrain et, selon les témoignages des observateurs, il se comporte autant en candidat virtuel qu'en président. Il n'hésite pas à quitter le sommet de Venise pour assister à la finale de la coupe de France de football ou, plus exactement, serrer la main des vingt-deux joueurs devant des millions de téléspectateurs " (O. DUHAMEL et J. JAFFRE, *Le nouveau Président*, préc., p. 85).

(110) A titre d'exemple, en une semaine, il se rend à Alger, visite le salon de l'étudiant à la Vilette, reçoit le chancelier Kohl, effectue un voyage de deux jours en Franche-Comté, et se rend à Amiens (cf. *Le Monde* 26 mars 1987). Cf. aussi *Le Monde* 1er avril 1987, et *Le Point* 21 déc. 1987.

(111) Ainsi, durant son voyage dans les Landes, M. Mitterrand n'a pas été accompagné, à sa demande, par un ministre (tout particulièrement par celui de l'intérieur). Mais en principe, selon la tradition, il est accompagné d'un ministre (ainsi, M. Longuet était à ses côtés à Verdun, et M. Giraud à Coetquidan (cf. P. Avril et J. GICQUEL, *CCF Pouvoirs* n° 39, 1986, p. 175).

Cf. aussi *Le Monde* 1er avril 1987, et en particulier le dessin de PLANTU, montrant M. Pasqua qui suit M. Mitterrand dans son voyage en Franche-Comté.

(112) Jusqu'en 1986, les interventions publiques du Premier ministre apparaissaient toujours secondaires, et n'avaient pour objet que de venir appuyer celles du Président de la République. Dès les premiers mois de la cohabitation, contrairement à cette pratique, M. Chirac va multiplier les conférences de presse, les coups d'éclat, les effets d'annonce, l'explication de la politique générale du Gouvernement, jadis réservés au Président.

Jean MASSOT souligne également avant 1986 que " les conférences de presse, les allocutions radiotélévisées, les voyages en province (sont les indices de la prééminence présidentielle et) ont une fréquence et un écho dans l'opinion publique que n'atteignent jamais ceux des premiers ministres " (dans *Les rapports du Président de la République et du Premier ministre de 1958 à 1982*, dans M. DUVERGER (dir.) *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986, p. 307).

l'invité de " 7 sur 7 ", sur TF1, quatre jours plus tard (113). Les incertitudes qui pèsent sur l'avenir de la cohabitation, sur sa candidature aux élections présidentielles de 1988, ainsi que le ton volontiers énigmatique du Président, permettent de donner un écho tout particulier à chacune de ses interviews, à chacun de ses discours. M. Mitterrand s'exprime soit personnellement, soit par la voix de Me Gendreaux-Massaloux, porte-parole de l'Élysée. Il est aussi arrivé que l'épouse du Président déclare que " ce Gouvernement fait tout et n'importe quoi ", mais M. Mitterrand tient à souligner, dans un premier temps qu'il réproouve cette déclaration, puis dans un second temps qu'il respecte sa liberté de pensée et de parole (114). Aussi conscient que le général de Gaulle de l'influence du protocole sur le prestige et la légitimité de la fonction présidentielle, M. Mitterrand dose savamment la solennité de ses interventions, en particulier lorsqu'elles sont télévisées (115), et il ne s'abaisse pas à participer à des émissions du type " tournez manège ", contrairement à une partie de la classe politique (116). Le Conseil des ministres devient le lieu privilégié - et le plus officiel - d'expression des " réserves ", " sérieuses " voire " très sérieuses réserves " ou, pire encore, de la " profonde inquiétude " (117) ou même de la " désapprobation " de M. Mitterrand à l'endroit de la politique gouvernementale (118). Sur le fond, le discours présidentiel contient des critiques - plus ou moins voilées selon les cas - de l'action gouvernementale (119), mais surtout, l'affirmation des pouvoirs présidentiels. M. Mitterrand s'est senti obligé de légitimer ses discours par sa fonction tribunitienne - fondée sur une interprétation on ne peut plus extensive de l'article 5 de la Constitution -, et ces discours doivent à leur tour lui permettre de légitimer les pouvoirs qu'il s'est arrogés, en tant qu'interprète de la Constitution.

---

(113) Cf. *Le Monde* 26 mars 1987.

(114) Après que Mme D. Mitterrand ait fait cette déclaration dans un entretien accordé au journal du dimanche, le 28 déc. 1986 (Cf. CCF Pouvoirs n° 41, 1987, p. 218), M. Mitterrand s'en est indigné : " Chacun son métier. Ce sont des choses qu'il ne faut renouveler ", puis a fait amende honorable le lendemain : " J'approuve et j'admire l'action qu'elle mène car je respecte sa liberté de pensée et de parole. Je suis solidaire de son combat pour la défense des droits de l'homme " (CCF Pouvoirs n° 42, 1987, p. 187-188).

(115) Sur l'influence du protocole dans la légitimation des discours présidentiels, cf. Y. Hélias, *La sacralisation de l'Etat dans les allocutions présidentielles télévisées*, rapport au congrès de l'AFSP, Bordeaux 5-8 oct. 1988.

(116) Louis Mermaz, Hervé de Charette, Huguette Bouchardeau, Jack Lang, " ont fait leur tour de manège ", ce qui révèle l'attrait pour les hommes politiques de ces émissions dont l'audience est souvent supérieure à celle d'émissions d'information. Ainsi M. Lionel Jospin a-t-il gagné six points dans les sondages en chantant " les feuilles mortes "...si bien que M. Léotard a chanté " l'Ajaccienne " (cf. *Le Monde* 13 nov. 1987).

(117) A propos du projet du Gouvernement sur la Nouvelle-Calédonnie (*Le Monde* 23 mai 1986).

(118) Cf. notamment CCF Pouvoirs n° 39, 1986, p. 165.

(119) Par exemple lorsqu'il se démarque de la pause gouvernementale en matière de décentralisation, à Montpellier, le 4 nov. 1986, ou qu'il critique la politique de la santé et de la recherche, au point que Mme Barzach refuse de décliner son invitation à revenir dans son avion (cf. CCF Pouvoirs n° 41, 1987, p. 218), lorsqu'il déclare " inopportun " et " inutile " le projet de loi Devaquet, ou encore quand déclare dans une interview au Point du 21 sept. 1987 que la CNCL n'inspire pas " ce qu'on appelle le respect ".

## 2 ) L'arbitre définit les " règles du jeu " .

L'arbitre qu'est - ou plutôt que prétend être - le président de la République (quel qu'il soit) sous la Ve République, s'est arrogé des pouvoirs assez exorbitants. La Constitution lui attribue-t-elle des pouvoirs propres qui lui permettent d'être un garant et un arbitre ? M. Mitterrand a essayé, avant et dans une moindre mesure pendant la cohabitation, de faire élargir le domaine de l'article 11 (120), qui aurait pu être le moyen privilégié de sa fonction d'arbitre : " Si la Constitution est révisée dans le sens voulu, alors chaque fois qu'une liberté publique paraîtra menacée..., j'interviendrai " (121). La révision de la Constitution se heurtera au refus de l'opposition. En toute hypothèse, le Président de la République n'aurait pas pu abuser de cette arme, puisqu'il lui aurait fallu, pour organiser un référendum, une proposition du Gouvernement ou des deux assemblées qui lui étaient opposés. Durant la cohabitation, M. Mitterrand n'utilisa jamais ses pouvoirs propres pour exercer ces missions, mais préféra, à l'instar de ses prédécesseurs, interpréter largement ses compétences dans le cadre de ses pouvoirs soumis à contreseing. Comme avant la cohabitation, non seulement il estime pouvoir intervenir quand il veut, comme il veut pour orienter l'évolution du jeu, non seulement il ne se contente pas d'arbitrer la partie, et juge lui-même les joueurs, mais, de surcroît, c'est lui qui prétend définir les règles du jeu...au moins aussi longtemps que le Gouvernement l'accepte. " Il a la compétence des compétences, c'est lui qui détermine les domaines dans lesquels il veut intervenir " (122).

Voyons comment s'est manifestée cette autolimitation du chef de l'Etat ( a ), avant de nous interroger sur son fondement et ses limites ( b ).

### a ) L'arbitre délimite lui-même ses pouvoirs.

**114** L'article 5 de la Constitution attribue au Président de la République la fonction de veiller au respect de la Constitution, rôle traditionnel du chef de l'Etat dans toutes les démocraties. En application de ce principe, il peut saisir le Conseil constitutionnel dont il nomme le Président et certains membres (123). Mais " François Mitterrand a donné de sa

---

(120) Cf. supra n° 69 et 94, et *Le Monde* du 3 oct. 1987.

(121) Interview à TF1, le 14 juillet 1984, cité par J. PETOT, *Faut-il réviser la Constitution de 1958 ?*, RDP 1985, p. 1494.

(122) Léo HAMON, intervention à la table ronde sur *Le bilan constitutionnel du septennat*, RPP sept-oct. 1985, p. 29.

(123) C'est l'idée qui ressort du lien systématiquement établi durant les travaux préparatoires entre les pouvoirs propres du Président et les missions qui lui sont assignées à l'article 5. C'est également l'interprétation donnée

mission de gardien de la Constitution une interprétation particulièrement large. (...) Lorsqu'il peut y avoir incertitude sur la ligne de partage entre ses compétences et celles du Premier ministre, il n'admet pas qu'on lui conteste le droit d'interpréter la Constitution pour imposer sa solution " (124). La condition *sine qua non* de l'interprétation constitutionnelle est donc l'ambiguïté des textes. Il sera aisé, pour M. Mitterrand, de démontrer, comme l'ont fait ses prédécesseurs, qu'il s'agit non plus d'une Constitution qui établit un régime parlementaire (comme il le croyait en 1964 (125)), mais d'un " régime bâtard " (126) (dont on ne peut par conséquent tirer aucun principe d'interprétation) , et que la Constitution est parfois " rédigée de façon très confuse. Témoin l'ambiguïté de l'article 5 et de l'article 20 " (127). On aurait pu penser que certains objecteraient que, puisqu'il était politiquement minoritaire, il avait juridiquement tort (128). Mais M. Chirac, redoutant toute controverse constitutionnelle - qui risquerait de le conduire à contredire l'interprétation gaullienne des pouvoirs présidentiels, ou qui le ferait apparaître comme contestant les compétences présidentielles - ne refuse guère à M. Mitterrand le droit d'imposer son interprétation de la Constitution, qu'il s'agisse des droits de veto qu'il s'est arrogé (sur les ordonnances, sur la convocation du Parlement en session extraordinaire, ou sur la fixation de l'ordre du jour du Conseil des ministres), de l'affirmation de sa prééminence en matière de politique étrangère et de défense, du pouvoir d'injonction au Gouvernement qu'il s'est octroyé en le sommant de faire adopter un projet de loi sur le financement des partis politiques, ou encore de son interprétation des missions présidentielles (de garant et d'arbitre). Il serait néanmoins excessif de prétendre que le Gouvernement s'est totalement soumis aux interprétations présidentielles, puisque, notamment, M. Chirac est intervenu solennellement à la télévision pour expliquer qu'il contestait le refus de la signature d'une ordonnance, mais qu'il ne voulait pas déclencher une crise institutionnelle pour cela. En effet, certains constitutionnalistes ayant considéré que le chef de l'Etat disposait, même en période de cohabitation, du monopole de la définition de l'orthodoxie constitutionnelle (sauf lorsque le Conseil constitutionnel est compétent), il eût été dangereux pour le Premier ministre de se lancer dans un débat dont l'issue pouvait paraître incertaine (129).

---

par Paul REYNAUD (*Et après*, préc.), ou par Jean MASSOT (cité par M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, préc., p. 53).

Sur les débats qui eurent lieu à ce sujet en 1946, cf. P. DUJARDIN, 1946, *le droit, mis en scène*, P.U. de Grenoble, coll. critique du droit.

(124) G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc, p. 51.

(125) Quest. Or. Ass. Nat. 14 avril 1964, J.O. du 25. M. Mitterrand soulignait qu'en vertu de l'article 20 c'est le Gouvernement, responsable devant le Parlement, qui détermine et conduit la politique de la nation.

(126) " Les institutions sont bâtarde. J'ai d'ailleurs voté contre. Elles ont été voulues par de Gaulle qui se moquait un peu du texte, assuré qu'il était de régner et que le régime reposait sur sa personne " (s'adressant à des artistes, parmi lesquels le chanteur Renaud, cité dans *Valeurs Actuelles*, 24 mars 1986, p. 18).

(127) Interview à O. DUHAMEL, *Pouvoirs* n° 45, 1988, p 131-139.

(128) Selon l'expression inoubliable de M. Laignel devant l'Assemblée nationale, le 13 oct. 1981.

(129) Sur le caractère inacceptable de l'interprétation de la Constitution par les gouvernants, cf. *infra*, n° 274.

## b ) Un principe largement admis ?

115 Le général de Gaulle avait pu aisément s'ériger en interprète de la Constitution, non seulement du fait de la soumission de la majorité à son autorité, mais aussi - et surtout - en sa qualité de fondateur du régime : " Ayant eu à diriger les travaux du gouvernement, qui, avec le concours du comité constitutionnel, a élaboré la Constitution, je suis fondé à penser que (...) (130). Et un peu plus tard : " Il doit être évidemment entendu que l'autorité indivisible de l'Etat est confiée tout entière au Président par le peuple qui l'a élu (...) qu'il lui appartient d'ajuster le domaine suprême qui lui est propre avec ceux dont il attribue la gestion à d'autres " (131). Plus, même, il savait que son comportement créerait des précédents, et s'attribuait un rôle quasi-constituant : " Les institutions nouvelles sont en place. Du sommet de l'Etat, comment vais-je les façonner ? Dans une large mesure, il m'appartient de le faire..." (132). Et il les façonna à son image, de chef militaire, en " interprétant ", ou plutôt en déformant la Constitution (133). " Tous les présidents de la Ve République ont en effet violé la Constitution dont ils avaient la garde " (134). Sans-doute, les interprétations présidentielles n'ont-elles théoriquement pas de valeur normative, mais seulement une autorité morale, puisque les intéressés pourraient passer outre, ainsi que le Conseil constitutionnel (135). Mais il demeure qu'elles s'imposeront en pratique, et qu'elles auront une valeur de précédent, voire de coutume (136). Le pli a été pris, et tous les présidents de la Ve République imposeront sans grande difficulté leur interprétation de la Constitution (137). Au fur et à mesure que se formera le consensus politique sur la pratique de la Ve République, les cris d'indignation de la doctrine se feront plus discrets. " D'après l'article 5, c'est lui l'arbitre, c'est donc lui qui interprète en dernier ressort. Juge et partie, placé au sommet de l'Etat, il démêle ses compétences de celles du Premier ministre lorsque la Constitution les a imprudemment

---

(130) Lettre au Président de l'Assemblée nationale, mars 1960 (tendant à justifier son refus de convoquer le Parlement en session extraordinaire).

(131) Général de GAULLE, conférence de presse du 31 janvier 1964.

(132) Mémoires d'espoir, T. I., Le renouveau, Paris, 1970, p. 283-284.

(133) " La Constitution, ce chiffon de papier qui porte la signature de dix-huit millions de français, de quelle main impatiente le général de Gaulle n'arrêtera-t-il pas de la froisser !" s'indigne M.Mitterrand (*Le coup d'Etat permanent*, Paris, 196, p. 96-97).

(134) P. ARDANT, *L'article 5 et la fonction présidentielle*, préc., p. 51.

(135) cf. P. ARDANT, *L'article 5 et la fonction présidentielle*, préc., p. 42, et G. CONAC, commentaire de l'article 5 de la Constitution, dans *La Constitution de la République française*, 1987, préc.

(136) Sur les notions de précédents, d'usage et de coutume, cf infra, n° 195 à 201

(137) Sur le fondement juridique et les inconvénients de cette pratique, cf. infra, n° 274.

associées " , constate simplement G. Conac (138). Plus, même, la doctrine déploiera des trésors d'imagination pour donner un fondement légitime au pouvoir présidentiel d'interprétation de la Constitution, jadis tant critiqué (139), même si, à l'heure de la cohabitation, certains auteurs s'opposent avec force à ce prétendu pouvoir présidentiel (140). Les " Don Quichotte " d'hier sont devenus les plus dévoués serviteurs du " Pontife constitutionnel " qu'est le Président de la République (141). Ceux-là même qui, en 1978 clamaient que " nul organe de l'Etat, fût-il titulaire du pouvoir suprême, n'a le droit de délimiter sa propre compétence et celle des autres par rapport à la sienne, les deux étant réglées par la Constitution que tous doivent respecter " (142), viennent, à la veille de la cohabitation, expliquer à leurs ouailles, dans un " bréviaire " que " l'article 5 reconnaît précisément au chef de l'Etat la possibilité de faire prévaloir sa conception de la Constitution, qui correspond d'ailleurs à la suprématie qui lui est conférée par l'ensemble du texte. (...) Le Président de la République se trouvera donc juge de la cohabitation, sauf dans les domaines où l'interprétation de la Constitution est confiée au Conseil constitutionnel " (143). L'évocation des palinodies de certains " papes " du droit constitutionnel n'a pas pour objet de nous faire entrer une quelconque polémique, mais seulement de souligner d'une part comment des interprétations contradictoires de la Constitution peuvent prétendre s'imposer aussi rapidement, en fonction de la position de certains partis politiques par rapport au pouvoir, et d'autre part comment la doctrine peut parfois contribuer à légitimer par avance le discours présidentiel. Ces contradictions révèlent en outre qu'avant, comme après 1986, la démarche du chef de l'Etat comme celle d'une partie de la doctrine, est en réalité essentiellement pragmatique. Le Président, et ses conseillers, commencent par évaluer les limites jusqu'auxquelles peut aller le pouvoir présidentiel (en fonction du texte, de l'idée que s'en fait le peuple - sur laquelle ils agiront - et de la conjoncture politique), et c'est seulement à posteriori qu'interviendra une théorisation de la mission présidentielle, dont l'objet sera de légitimer ces pratiques en les habillant des apparences de la juridicité (144).

---

(138) G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 47.

(139) Cf. R. ROMI, *Le Président de la République, interprète de la Constitution*, RDP 1987, p. 1265-1295; et P. ARDANT, *L'article 5 et la fonction présidentielle* Pouvoirs n° 41, 1987, p. 41 : " Le gardien du texte en est nécessairement l'interprète ".

(140) Cf. En particulier J. MASSOT, *L'arbitre et le capitaine*, préc., p. 253 à 258; et sur l'absence de contrôle de constitutionnalité des actes du chef de l'Etat, P. ARDANT, *l'article 5 et la fonction présidentielle*, préc., conclusion.

(141) Cf. B. FRANCOIS, *Le Président, pontife constitutionnel*, rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, 5-8 oct. 1988.

(142) M. DUVERGER, *Echec au Roi*, préc., p. 143.

(143) M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, préc., p. 57-58.

(144) Cf. Le rapport de M. DOBRY au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, 5-8 octobre 1988, préc.

En évoquant la " soumission tribunitienne " de M.Mitterrand, Jean-Luc Parodi considère que le discours présidentiel consiste très largement en l'affirmation des compétences présidentielles, alors qu'en pratique, M. Mitterrand s'est largement soumis aux nouvelles données politiques transférant le centre du pouvoir de l'Elysée à Matignon, à l'exception des domaines de la politique étrangère et de la défense. Il est incontestable qu'il a " admirablement fait croire qu'il ne s'était pas soumis " (145), que ses pouvoirs n'avaient pas été considérablement réduits (146), et que tel était bien l'objet essentiel de son discours. Comment contester en effet que le Président de la République n'a jamais eu aussi peu de pouvoirs ? Comment nier que, notamment, son pouvoir d'interprétation de la Constitution n' a jamais été aussi réduit qu' entre 1986 et 1988 ? Comment ne pas admettre que l'affirmation de la toute-puissance du chef de l'Etat dans les discours présidentiels n'avait d'égale que l'impuissance à laquelle il était réduit en fait ?

Oui... mais. Mais il demeure que d'une part, le verbe présidentiel, et l'interprétation présidentielle de la Constitution, pour réduits qu'ils soient, n'étaient ni innocents, ni gratuits, qu'ils avaient pour objet, et qu'ils ont eu pour effet de modifier la vision qu'a le peuple des pouvoirs présidentiels (et dont on a pu constater qu'elle s'impose parfois avec plus de force que les règles écrites de la Constitution) - le droit n'est-il pas " un art de la persuasion " ? (147) -. D'autre part, cette réduction des prérogatives présidentielles doit être relativisée, non seulement au regard de la pratique des années 1958-1986, mais aussi par rapport à la situation de cohabitation, telle qu'elle aurait pu - ou pourrait demain - se produire. Mesurés à cette aune, les pouvoirs que M.Mitterrand a réussi à préserver sont extrêmement importants (148). En 1988, les français approuvent majoritairement la nouvelle conception des pouvoirs présidentiels, le fait que le chef de l'Etat apparaisse avant tout non pas comme un directeur de la politique de la nation, mais comme un arbitre. Le discours présidentiel a ainsi réussi à fonder une nouvelle fonction présidentielle...au plus grand bénéfice de M. Mitterrand. La cohabitation lui permet d'effectuer une remontée spectaculaire dans les sondages, passant de 39 % début mars 1986 à 59 % en juillet, et même à 61 % en novembre. M. Mitterrand est parvenu à conserver la maîtrise du domaine traditionnellement le plus approuvé de l'action politique (la politique extérieure et la

---

(145) J.L. PARODI, communication aux journées d'étude de l'AFSP sur *Un an de cohabitation à la Française*, Paris, 3-4 avril 1987.

(146) " Je ne suis pas un touche à tout...On ne m'a pas arraché les morceaux de viande, on ne m'a arraché que quelques os " *Le Monde* 9.6.1987.

(147) P. DUJARDIN, 1946, *Le droit, mis en scène. Propositions pour une analyse matérialiste du droit*, préc., p. 21 : " Les garanties procédurales seraient-elles si nécessaires si le droit se suffisait à lui-même, s'il était possible de répondre " en droit " à une question de droit; si le droit était solution d'un problème au lieu qu'appuyé sur la matérialité d'intérêts distincts et opposés, il soit toujours transaction et arbitrage. Définir le droit comme un art de la persuasion, ne serait pas, à ce titre, exhumer une classification historique périmée, mais rendre compte d'une actualité et d'une " vérité " du droit ". Dans ce sens cf. B. François, *Le Président de la République, Pontife constitutionnel* communication préc. au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, 1988.

(148) Sur l'hypothèse d'une nouvelle cohabitation, cf. infra, n° 155-156.



défense (149)), et à satisfaire à la fois la gauche (parce qu'il est là), et la droite (parce qu'il ne fait rien). " Ce renversement des rapports de François Mitterrand avec l'opinion résulte de l'addition d'une popularité de leader de la gauche dans l'opposition et d'arbitre inactif à droite, du Mitterrand de l'Union de la gauche d'hier et du René Coty d'autrefois. (...) C'est une popularité à la mesure de son inaction qui caractérise la côte du Président " (150). Mais l'arbitre devra doser très précisément ses interventions dans la politique nationale, et ses critiques au Gouvernement. Paraît-il trop neutre ? Cette soumission désappointe l'électorat de gauche, qui le voudrait plus actif. Veut-il le rassurer en refusant de signer une ordonnance, en critiquant la politique gouvernementale ou témoignant sa sollicitude aux étudiants et aux grévistes ? Sa cote de popularité s'effondre de dix point, car les électeurs de droite ne lui apportent leur satisfaction qu'à la condition qu'il ne gêne pas le Gouvernement (151). L'arbitre ne peut donc bénéficier d'une très grande popularité que s'il reste suffisamment neutre.

En faisant " la théorie magnifiée de sa condition " (152), M. Mitterrand a établi au sommet de l'Etat un contre-pouvoir, bien plus qu'un pouvoir neutre. Mais les français, bien qu'ils ne souhaitent pas une nouvelle cohabitation, ont apprécié que le représentant d'une petite moitié de la France puisse limiter les excès de pouvoir de la majorité. La cohabitation n'a pas été une co-gestion, pas plus qu'elle n'a permis l'avènement du pouvoir neutre dont rêvaient les monarchistes du XIXe siècle. Elle a créé autre chose, la limitation du pouvoir majoritaire par le pouvoir minoritaire au sommet, ce qui est une nouvelle forme, en France, d'exercice de la démocratie pluraliste et libérale (153). Mais cette théorie n'ayant pas encore été précisément formulée (154), et risquant de se heurter au dogme rousseauiste de la toute puissance de la majorité, il fallait bien la rattacher, en particulier pour répondre à certains doutes sur l'irresponsabilité et la légitimité présidentielle, à des doctrines préexistantes. Ainsi, la cohabitation peut-elle être présentée comme une révolution, un retour aux sources, aux souvenirs de la monarchie constitutionnelle, à la chimère de Benjamin Constant, au phantasme du mouvement de réforme de l'Etat, au rêve du général de Gaulle... presque au texte de la Constitution.

---

(149) Cf. J.L. PARODI, *La France de la cohabitation, profil de l'année politique 1986-1987*, Pouvoirs n° 44, 1988, p. 171.

(150) J.L. PARODI, *La France de la cohabitation, profil de l'année politique 1986-1987*, Pouvoirs n° 44, 1988, p. 169-170.

(151) Cf. J.L. PARODI, *idem*.

(152) H. PORTELLI, *Les conquêtes tranquilles du Premier ministre*, *Projet*, nov. déc. 1986, p. 55.

(153) Cf. *supra*, n° 34 et s..

(154) En évoquant le pouvoir modérateur, M. DUVERGER souligne trop sa neutralité (en la rattachant à la théorie de B. Constant), qui ne correspond pas à la réalité.

## II RESPONSABILITE ET LEGITIMITE PRESIDENTIELLE :

### LE POINT CRUCIAL

" *The king can do not wrong* " c'est cette ancienne règle du droit public anglais, traduite en français par l'adage " le Roi ne peut mal faire ", qui établit le principe l'irresponsabilité du Roi (1), puis du chef de l'Etat en régime parlementaire. A l'origine, le Roi ne tenant son pouvoir que de Dieu, ne pouvait en effet être responsable que devant lui. Mais ce principe survivra à la disparition de la croyance en l'origine divine du Roi. Puisque le chef de l'Etat est irresponsable, ce sont les ministres qui vont endosser la responsabilité de ses actes. Dès 1356, les Etats-Généraux avaient pris l'initiative de réclamer comme garantie la responsabilité des conseillers du Roi (2). Mais il faudra attendre plusieurs siècles avant que leurs vœux ne soient exaucés. C'est seulement très progressivement que la règle du contreseing perd son sens originel d'acte d'authentification (certifiant que l'acte a bien été fait par le Roi tout d'abord, puis qu'il est conforme à la loi, ensuite), pour signifier que les ministres endossent la responsabilité de l'acte du chef de l'Etat(3). Comme la procédure de *l'empeachment*, permettant de mettre en jeu la responsabilité pénale des ministres, avait aboutit à la responsabilité politique du Gouvernement en Angleterre; dès la première Constitution française, la cohabitation entre le Roi, alias " Monsieur veto ", et une assemblée républicaine, conduira à la première mise en jeu de la responsabilité politique des ministres (qui préfèrent démissionner tous ensemble pour éviter que la responsabilité pénale de l'un d'entre eux ne soit mise en cause). Le Roi s'obstinant et l'Assemblée n'ayant pas les moyens juridiques de surmonter ses vetos, ce tragique épisode se terminera par un " divorce à l'italienne ", malgré le caractère " inviolable et sacré " de la

---

(1) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, préc., T. II, 1928, p. 812.

(2) En 1356 et en 1560, les Etats généraux avaient pris l'initiative de réclamer comme garantie la responsabilité des conseillers du Roi.

(3) Sur l'évolution du contreseing dans les constitutions françaises, cf M. BELANGER, *Contribution à l'étude de la responsabilité politique du chef de l'Etat*, RDP 1979, p. 1272.

personne du Roi (4). Tous les autres conflits de notre histoire entre le chef de l'Etat et la majorité parlementaire se traduiront soit par la démission du Roi, de l'empereur ou du Président, soit par sa soumission à " la grande loi du régime parlementaire ", qui lui impose de choisir ses ministres dans les rangs de la majorité, devant laquelle ils seront toujours responsables, en fait sinon en droit (5). Puisque les actes du chef de l'Etat ne sont pas valables sans le contreseing ministériel, un transfert de ses pouvoirs va s'opérer au profit du chef du Gouvernement. En contresignant un acte du chef de l'Etat, le Premier ministre s'engage à en assurer l'exécution, à " répondre " de ses actes (6). Aussi, nul ne saurait le contraindre à prendre la responsabilité d'un acte lorsqu'il ne le souhaite pas (7). Il est donc, par principe, libre d'accorder ou non son contreseing (le problème est par conséquent fondamentalement différent de celui de la signature du chef de l'Etat qui, lui, n'est pas responsable de ceux de ses actes qui sont soumis au contreseing). Pouvant toujours menacer le chef de l'Etat de refuser de contresigner ses actes s'il ne se soumet pas à la volonté de la majorité parlementaire, les premiers ministres acquièrent progressivement tout le pouvoir gouvernemental, le chef de l'Etat étant réduit à inaugurer les chrysanthèmes. Progressivement, la responsabilité du chef de l'Etat deviendra proportionnelle à ses pouvoirs. Ainsi, c'est parce qu'il entendait que le Président de la République ait des pouvoirs importants que Tocqueville déclarait qu' " il était de l'essence de la République que le Président fût responsable " (8); alors que selon Benjamin Constant, " un monarque héréditaire peut et doit être irresponsable, car c'est un être à part au sommet de l'édifice " (9), car il voyait en lui un pouvoir neutre, arbitrant les conflits entre les pouvoirs publics. " Là où est la responsabilité, là est le pouvoir ". Dire que le Roi ne peut mal faire, c'est dire qu'il ne peut rien faire.

Mais le général de Gaulle n'a pas du tout l'intention d'inaugurer les chrysanthèmes et de ne rien faire. Très marqué par le mouvement de réforme de l'Etat, qui veut rétablir l'équilibre des pouvoirs singulièrement atteint par la toute-puissance des assemblées dénoncée par Carré de Malberg, il entend restaurer l'Etat, lui donner une tête, un chef qui soit en mesure s'assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs publics. Puisque la règle du contreseing a contraint l'empereur lui-même à n'être plus qu'une " machine à signer "

---

(4) Titre II, chap. II, art. 2 de la Constitution du 3 sept. 1791. On peut néanmoins considérer que la fuite de Varennes a permis de lever son immunité.

(5) Cf. *supra*, introduction.

(6) Puisque le mot *responsabilité* vient du latin *respondere*, répondre.

(7) A propos de la Constitution de 1791, cf. M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1973, p.164.

(8) A. de TOCQUEVILLE, *Souvenirs*, p. 220, cité par M. BELANGER, *Contribution à l'étude de la responsabilité politique du chef de l'Etat*, RDP 1979, p.1269.

(9) B. Constant, *Principes de politique*, p. 24 (même source).

(10), le seul moyen d'assurer l'indépendance du chef de l'Etat par rapport à l'Assemblée est (puisque la loi du 3 juin impose les règles du régime parlementaire), d'accorder au Président des pouvoirs dispensés du contreseing. Puisqu'ils ne sont pas contresignés, ces actes ne seront pas " la chose " du Premier ministre, mais celle du Président de la République (11). Quid, alors, de la responsabilité de ces actes, puisque l'article 68 de la Constitution stipule que le Président de la République n'est responsable qu'en cas de haute trahison ? Les membres du Comité consultatif constitutionnel ne s'y sont pas trompés, qui, à de nombreuses reprises, s'en sont inquiétés : " On se demande pourquoi le chef de l'Etat, avec les pouvoirs qu'on lui donne, demeure irresponsable. Dans le moment même où vous faites exercer par le chef de l'Etat des pouvoirs politiques, pouvoirs considérables, vous supprimez la règle du contreseing : cela (me) paraît inacceptable " (12). Après qu'ils aient maintes fois demandé quelles seraient les sanctions applicables au Président s'il violait la Constitution, par exemple en faisant une fausse interprétation de l'article 16 (13), le commissaire du Gouvernement finit par leur répondre qu'il pourrait être accusé de haute trahison, ou que le Parlement pourrait refuser de voter le budget à tout gouvernement (14), et M. Gilbert Jules fait observer que " le Conseil constitutionnel...a la possibilité de déposer le Président de la République ..." en déclarant son incapacité d'exercer ses fonctions (15). Si le général de Gaulle avait mis tant d'application à rendre le Président de la République indépendant des pressions de l'Assemblée - représentant les factions, les partis, les intérêts sectaires, bref, le diable -, ce n'était certainement pas pour que sa responsabilité puisse être mise en jeu devant elle. Non, c'est directement devant le peuple, et devant lui seul que le général entendait que sa responsabilité pût être mise en jeu, car c'est de lui seul qu'il voulait tenir directement sa légitimité. Aussi, c'est au peuple qu'il pourra en appeler pour trancher les conflits entre les pouvoirs publics, pour faire taire les opinions partisans, par le référendum, le droit de dissolution, ou par sa propre réélection. Le peuple lui retire-t-il sa confiance ? Il démissionne. Tout imprégné de la logique gaullienne, tout pénétré des termes de la conférence de presse du 31 janvier 1964, M. Barre ne pouvait qu'être indigné à l'idée de voir se maintenir à la tête de l'Etat un Président de la République dont la politique avait été désavouée par le peuple, et qui, pour autant, n'entendait pas rester inactif. De fait, le problème fondamental de la cohabitation est bien celui de la responsabilité présidentielle, c'est à dire de la limite des pouvoirs des gouvernants dans un Etat de Droit ( A ), et, dès lors, de leur légitimité ( B ).

---

(10) Cf. Introduction.

(11) Cf. R. JANOT, intervention au CCC le 31 juillet 1958, préc., D.F., *Documents pour servir...*T.II, p. 68.

(12) P. COSTE-FLORET, D.F., *Documents pour servir...*, T.II, p. 80, 81.

(13) cf. D.F. *Documents pour servir...*T.II, p. 76 (question de Paul REYNAUD à propos du droit de dissolution, pas de réponse), p. 77 (question de M. DEJEAN à propos de l'article 16, pas de réponse); p.81, 81 et 141 (M. COSTE-FLORET s'inquiète de l'absence de contreseing), p. 512 (M. GILBERT-JULES demande quelles sanctions seront appliquées en cas de violation de la Constitution par le Président, pas de réponse).

(14) D.F., *Documents pour servir...*, T.II, p. 97-98 (à propos de l'article 16).

(15) D.F. *Documents pour servir...*T.II, p. 108.

## A UN PRESIDENT IRRESPONSABLE ?

A l'épreuve de la cohabitation, la responsabilité politique du Président de la République s'est posée en des termes nouveaux sous la Ve République ( 1 ), et la mise en jeu de sa responsabilité pour haute trahison (qui revêt à la fois un aspect politique et pénal), pour la première fois réellement envisageable, est restée tout à fait hypothétique ( 2 ).

### 1 ) Une nouvelle conception de la responsabilité politique du Président de la République.

Que doit-on, précisément, entendre par " responsabilité politique du Président ? On admet généralement que " la responsabilité politique est la révocation du titulaire d'une fonction par l'organe qui l'a investi " (16). Ainsi, la responsabilité politique du Gouvernement en régime parlementaire signifie-t-elle qu'il doit se retirer si l'Assemblée nationale lui retire sa confiance. Le Président étant élu au suffrage universel direct, seul le peuple, à l'exclusion du Parlement ( a ), pourrait donc théoriquement avoir la faculté de le révoquer. Mais cette responsabilité apparaît toute relative dès lors qu'il appartient au Président lui-même de la mettre en jeu ou d'apprécier si elle a été mise en cause ( b ).

#### a ) Un président irresponsable devant le Parlement ?

**116** Il est tout à fait concevable, dans un régime bireprésentatif, d'imaginer des mécanismes permettant aux députés de mettre en jeu la responsabilité présidentielle, afin que, comme le chef de l'Etat (par le biais du droit de dissolution), ils soient en mesure

---

(16) M. BELANGER, *Contribution à l'étude de la responsabilité politique du chef de l'Etat*, RDP 1979, p. 1266.

d'en appeler à l'arbitrage du peuple (17). Mais la Constitution de 1958 n'organise aucune responsabilité de ce type. Avant 1986, les députés avaient à plusieurs reprises essayé d'atteindre la personne du Président de la République en tentant de renverser le Gouvernement soumis au chef de l'Etat, même si certains s'en défendent : " Aucun parlementaire, dans cette salle n'a fait et n'aurait voulu faire le procès de M. le Président de la République. Devant le chef de l'Etat, chacun s'incline, comme il se doit " (18). Toutes ces tentatives avaient été vouées à l'échec, ou à l'humiliation des parlementaires, comme à l'issue de la dissolution de 1962 (19). Néanmoins, il faut souligner que la plupart des conseillers du Général de Gaulle avec lesquels nous avons eu la chance de pouvoir parler de la cohabitation, nous ont confié qu'à leur point de vue, étant donné sa personnalité et sa conception des institutions, le Général aurait certainement refusé la cohabitation et démissionné pour mettre en jeu sa responsabilité devant le peuple au cas où une Assemblée hostile aurait été élue. Ainsi, M. Jeanneney nous a-t-il expliqué qu'une dizaine de jours avant les élections législatives qui avaient suivi la dissolution de 1962, et alors que les sondages étaient incertains et pouvaient laisser présager l'élection d'une majorité hostile au Général, il s'était adressé à lui en ces termes : " je vous écoute par conscience professionnelle, mais dans dix jours je ne serai peut-être plus là " (20). Mais rappelons que cette situation était particulière en ce que, puisqu'une dissolution venait d'avoir lieu, le Président de la République ne disposait plus de cette arme. En 1986, on avait envisagé que la majorité parlementaire mette en jeu la responsabilité du Président en le contraignant soit à démissionner, soit à se soumettre à sa politique. " Certes, la Constitution dispose que le Président de la République est élu pour sept ans. Mais le principe du septennat n'implique aucunement qu'un désaveu, infligé par le peuple souverain à ceux qui ont eu la charge des affaires publiques pendant cinq ans, n'atteigne pas le premier d'entre eux, le Président de la République, au même titre que les membres de la majorité qui a soutenu les gouvernements nommés par ce président, et qui ont agi selon les directives de celui-ci. Ce verdict, le chef de l'Etat a naturellement le droit d'en faire appel par une dissolution. Mais la règle fondamentale de la démocratie (est que ) " le suffrage universel est notre maître à tous. Le maître du Parlement, certes. Mais aussi celui

---

(17) Sur les propositions de révision de la Constitution de 1958 en ce sens, cf *infra*, L.II. Ainsi, dans le régime de l'Allemagne de Weimar, le Reichstag pouvait-il, à la majorité des deux tiers, en appeler au peuple par la voie du référendum pour renverser le Reichspräsident (cf. H. Schulze, *La position du Président du Reich dans la République de Weimar*, dans M. DUVERGER, dir, *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986, p. 114. On notera que la loi du 31 août 1870, dite Constitution Rivet, prévoyait dans son article 2 que " le Président est responsable devant l'Assemblée " (mais la loi du 13 mars 1873 atténua sérieusement cette responsabilité), Thiers finira par démissionner en 1873. cf. M. BELANGER, art. préc., p. 1291.

(18) Sénateur de la GONTRIE, 14 fév. 1963, au cours des débats tendant à instituer une Cour de sûreté de l'Etat.

(19) La motion de censure votée en 1962 était directement dirigée contre le Président de la République (cf. *supra*). Plus tard, on notera que la motion de censure déposée le 15 oct. 1976 par les groupes communiste, socialiste, et radical de gauche met en cause " la politique du Président de la République ".

20 M. JEANNELEY, interview personnelle au Colloque sur le discours de Bayeux, AFC, 15 juin 1990.

du Président " - estime François Goguel (21). Si la majorité parlementaire hostile au Président est très forte, " le Président de la République doit en tirer les conséquences et se retirer ", quitte à remettre en jeu son mandat devant les électeurs s'il le juge opportun. Sinon, faute de pouvoir déposer le Président, le Parlement peut censurer le Gouvernement - avertit Raymond Barre (22). Mais la majorité ne sera pas très forte, et il n'est plus concevable, pour M. Barre, de faire une " grève des premiers ministres ", à l'instar de la gauche qui était ainsi parvenue à déposer Millerand en 1924 (23). Il serait pourtant hâtif de prétendre que le Président de la République est demeuré totalement indépendant du Parlement, car si la majorité n'a pas été assez massive pour pouvoir le contraindre à la démission, elle a pu le forcer à une large soumission, en lui imposant le choix de son premier ministre (24), comme elle avait pu contraindre Mac Mahon à la soumission en 1877 (25), l'obligeant à se soumettre à l'application d'une politique opposée à la sienne. Pourtant, à la différence de Millerand ou de Mac Mahon, M. Mitterrand refusera de se résigner à l'impuissance, car il estime que sa responsabilité directe devant le peuple n'a pas été mise en jeu par les élections législatives. La différence majeure entre ces situations réside évidemment dans le fait que sous la Ve République le chef de l'Etat ne tenant plus ses pouvoirs du Parlement, mais du peuple, seul le peuple pourrait théoriquement mettre en jeu sa responsabilité.

#### b ) Evolution de la responsabilité présidentielle devant le peuple.

117 " A chaque consultation, le président de la République engage son sort personnel - avait considéré R. Badinter (26) -. Lorsque les français s'expriment par un vote, soit qu'il s'agisse d'un référendum, soit qu'il s'agisse d'élections législatives, la responsabilité du Président de la République est engagée ". " Admettre que le chef de l'Etat pourrait légitimement se maintenir au pouvoir contre la volonté du peuple, c'est donc ruiner d'un seul coup l'édifice constitutionnel de la Ve République. C'est commettre un attentat contre le régime. C'est pourquoi, assurés que nous sommes d'être dans la ligne tracée par le général de Gaulle, nous disons : le peuple français a le droit de renverser le Président de la République au cours du septennat. Il a en outre le moyen d'exercer ce droit

---

(21) F. GOGUEL, dans *Réforme*, 31 août 1985, cité par R. Barre dans *Faits et arguments* n° 33, dév. 1986, p. 2.; et *Alternances*, n° 1, 1986, La Cohabitation.

(22) R. Barre, *Faits et arguments* n° 20, 15 oct.-15 nov. 1984, dans le même sens, *discours de Divonne-les-Bains* : " Si cette victoire est franche et massive, je vois mal une autre solution que le départ "; et *Faits et arguments* n° 42, janv. 1986.

(23) Cf. introduction.

(24) Cf. *supra* n° 52.

(25) Cf. introduction.

(26) R. Badinter, *Le Nouvel Observateur*, 30.8 et 5.9.1976.

en envoyant à l'Assemblée une majorité hostile (...). Sans doute, en usant de ce droit, le peuple français risquerait de se perdre. Mais le droit de se sauver implique nécessairement celui de se perdre " (27)... " Cette responsabilité indirecte du chef de l'Etat devant l'Assemblée n'est que la mise en oeuvre d'une responsabilité plus haute : sa responsabilité directe devant le corps électoral " (28). Etendant ainsi à l'extrême la responsabilité présidentielle pour justifier la toute puissance du chef de l'Etat, René Capitant a peut-être ainsi été plus présidentialiste que le Président.

Aucun Président de la Ve République n'a en effet reconnu officiellement (29) que sa responsabilité pourrait être mise en cause par les élections législatives, qui ne sont que " 487 compétitions locales " (de Gaulle (30)). " En aucun cas des élections législatives quelles qu'elles soient ne peuvent remettre en cause l'élection présidentielle " (G.Pompidou (31)), le Président de la République " n'est pas du tout en cause quand on vote pour élire le président du syndicat intercommunal d'électricité " (F. Mitterrand (32)). Fait-on valoir à M. Mitterrand que la politique dont il a revendiqué la direction, et en faveur de laquelle il s'est clairement prononcé durant la campagne des élections législatives (33), a été massivement rejetée par la majorité des citoyens ? Il répond sans ambages que le score du Parti socialiste est " un résultat remarquable ", qu'il n'a " pas ressenti comme un échec " (34). Et les doxocrates de démontrer que le peuple souhaite que M. Mitterrand se maintienne au pouvoir et, surtout, qu'il ne qu'il soit pas réduit à l'impuissance (35). Il invoque le précédent du Discours de Verdun-sur-le-Doubs pour justifier son maintien à la Présidence (36), mais sans préciser que M.V. Giscard d'Estaing, lui, avait souligné

(27) R. CAPITANT, *Ecrits politiques*, Flammarion, 1971, p. 420; et J.P. MORELOU *René CAPITANT : souveraineté populaire et alternance sous la Ve République*, Pouvoirs, 1, 1977, p. 143.

(28) R. CAPITANT, *Ecrits politiques*, Flammarion, 1971, p. 24-25 (extrait de Notre République du 5 nov. 1965).

(29) Officieusement, ce n'est pas le cas, au moins, du Général de Gaulle, cf. supra n° 116, notre interview de M. JEANNENEY.

(30) Cf. F. GOGUEL, *La responsabilité du Président*, Le Figaro 16.12.1985.

(31) Conseil national de l'UNR-UDT, Poitiers, 16 juin 1966.

(32) Le 9 déc. 1985 sur Europe 1, Le Monde du 11.

(33) " Ma préférence, je ne l'ai jamais dissimulée. Ma préférence va à la majorité qui a soutenu tous mes efforts, qui a été parfaitement loyale. Quel est le français qui en doute ? " : F. Mitterrand (sur Europe 1, le 9 déc. 1985); cf. aussi Pouvoirs n° 38, 1986; Intervention de M. Mitterrand le 15 déc. sur TF1, Le Monde 17 déc. 1987 p. 191; et supra, T.I, I.

(34) Entretien avec O. DUHAMEL, Pouvoirs n° 45, 1988, p. 132-133; cf. supra T.I, I. On reconnaîtra cependant avec De Broglie (s'exprimant il y a un siècle), qu'il devait être amer : " On peut affirmer d'une façon générale que le jour où il se serait bien avéré, à la suite d'une élection nouvelle, que le président ne serait plus que le représentant attardé d'une opinion répudiée par le suffrage universel, en quelque sorte une épave que la marée, en se retirant, aurait laissée sur le sable, son attitude serait tellement fautive que même pour quelques années qui lui resteraient encore à paraître sur la scène, il aurait peine à en supporter le désagrément " dans *Revue des deux mondes*, 1er avril 1894.

(35) Idem.

(36) Le Monde 10 mars 1981.



l'impuissance à laquelle il se résignerait (37) (contrairement au général de Gaulle à G. Pompidou, dont les discours étaient beaucoup plus ambigus). Le Président de la République française se trouve, en cas de cohabitation, dans une situation assez comparable à celle du Président des Etats-Unis lorsque la majorité du Congrès lui est hostile : il peut légitimement se maintenir au pouvoir, mais ne parvient à exercer ses prérogatives que dans la mesure où le Parlement l'accepte, ou, plus précisément, n'a pas les moyens de s'y opposer. Avec ces différences, majeures, qu'il s'agit d'un régime présidentiel, et que la responsabilité du Président des Etats-Unis est remise en cause devant le Peuple tous les quatre ans (38).

C'est essentiellement au nom de sa responsabilité de garant du fonctionnement régulier des pouvoirs publics, que M. Mitterrand justifie, toujours à l'instar de ses prédécesseurs, sa décision de ne pas démissionner. Néanmoins, il n'exclut pas cette hypothèse, au cas où le Gouvernement voudrait trop empiéter sur ses pouvoirs : " je préférerais renoncer à mes fonctions que renoncer aux compétences de ma fonction " (39). Ainsi parviendra-t-il à imposer une nouvelle image de sa responsabilité : " Si le Premier ministre n'y avait pas songé, je lui aurais rappelé l'existence de l'article 20. *Je ne suis et ne veux être responsable que des actes dont je prends l'initiative ou que j'approuve.* " Raymond Barre, résolument attaché à la toute-puissance présidentielle pourtant inconcevable en période de cohabitation, ne peut se résoudre à cette nouvelle irresponsabilité présidentielle : " Le Président de la République, élu du peuple, ne peut se désintéresser de pans entiers de la politique gouvernementale. Il a la responsabilité globale du pays et ne peut tantôt se sentir concerné, tantôt jouer à Ponce-pilate à l'Elysée " (40). On peut au contraire s'étonner de ce que le chef de l'Etat se considère irresponsable, tout en prétendant exercer des pouvoirs substantiels. Pour échapper à l'alternative républicaine entre la soumission et la démission, M. Mitterrand choisit une troisième voie (41). S'il accepte que le Gouvernement applique le programme de la majorité en matière de politique intérieure (tout en s'arrogeant des droits d'initiative, de critique et de veto qui lui permettront de la freiner), il estime qu'il lui appartient toujours de diriger le " domaine réservé ". Juridiquement, ce partage est étonnant. Car on pourrait admettre qu'il est seul responsable de ses actes lorsqu'ils sont dispensés de contreseing, et que sa responsabilité d'arbitre et de garant ne peut être mise en cause devant le peuple qu'à l'occasion de l'élection présidentielle; tandis que, conformément à la Constitution, c'est le Gouvernement qui est responsable des actes soumis à contreseing. Dans cette logique, qui nous paraît être celle du texte de la Constitution, le Président de la République peut user discrétionnairement de

---

(37) *Le Monde* 27 janv. 1978.

(38) Cf. J.M. DENQUIN, *Réflexions sur la durée du mandat présidentiel*, RDP 1975, p. 1359-1395, et infra, L.II.

(39) Sur TF1, le 2 mars 1986 (*Le Monde* du 4).

(40) *Faits et arguments* n° 42, janv. 1987.

(41) Cf. G. BACOT, *Ni se soumettre, ni se démettre*, RPP janv.fév. 1978, p. 27-33.

ses pouvoirs propres, quelle que soit la situation politique, puisqu'il en est seul responsable, directement devant le peuple (sauf cas de haute trahison). S'agissant des pouvoirs soumis à contreseing, dès lors que c'est le Gouvernement et non le Président qui en porte la responsabilité, devant le Parlement, on voit mal comment, juridiquement, le Président de la République peut s'estimer fondé à exercer un quelconque pouvoir sur ces actes (dès lors, à fortiori, qu'il a refusé de considérer que sa responsabilité était mise en cause par les résultats des élections législatives). Si les rédacteurs de la Constitution ont soumis la plupart des actes du Président au contreseing, c'était précisément pour que le Parlement puisse les contrôler, tout au long de la législature, à travers la responsabilité du Gouvernement.

Si l'on admet, dans la logique miterrandienne de la cohabitation, que le Président dispose d'un pouvoir discrétionnaire sur ses actes soumis à contreseing, ils ne seront plus soumis qu'au contrôle du peuple...une fois tous les sept ans ! Bien sûr, on objectera que de nombreux garde-fous viennent limiter considérablement la portée de cette vision, qu'il s'agisse du vote des lois nécessaires pour exécuter ces actes (ainsi le budget de la défense, ou la loi de programmation militaire), ou de la direction de l'administration chargée de les appliquer (qui est à la disposition du Gouvernement, et non du Président), ou encore des sondages qui sont autant d'alertes avertissant le Président qu'il serait souhaitable qu'il se résigne à une certaine neutralité...Mais il demeure que, fondamentalement, c'est une bien curieuse vision de la responsabilité politique du chef de l'Etat, au regard du texte de la Constitution, qui a été présentée pendant la cohabitation. Mais un régime bâtard ne permet-il pas Président d'avoir les pouvoirs d'un chef d'Etat de régime présidentiel, tout en bénéficiant de l'irresponsabilité du chef d'Etat parlementaire? ...de l'intérêt de l'ambiguïté ! Si les constitutionnalistes ont tellement réfléchi sur la nature du régime de la Ve République, s'il ont si souvent la faire sortir du " ni régime parlementaire, ni régime présidentiel ", ce n'est évidemment pas par étroitesse d'esprit ou maniaquerie - n'en déplaise au général de Gaulle ou à G. Pompidou. C'est parce que le problème de fond, l'objet essentiel du droit constitutionnel dans un Etat de droit est celui du contrôle du peuple sur les gouvernants, celui de leur responsabilité, c'est à dire celui de la limite de leurs pouvoirs. Or la Constitution de 1958, malgré la révision de 1962, demeure un régime parlementaire, c'est à dire un régime dans lequel c'est le Parlement qui contrôle la politique gouvernementale, une exception notable étant faite pour les actes présidentiels dispensés de contreseing. S'ils ont organisé ce régime, c'est pour que la majorité parlementaire puisse appliquer sa politique, et que les députés en soient responsables devant les citoyens. Or la pratique de ce régime a vu se développer, même dans l'hypothèse extrême de la cohabitation, les pouvoirs d'un chef de l'Etat qui prétend imposer sa volonté au Parlement, tout en refusant de se considérer responsable de ses actes (à l'exception du Général de Gaulle à l'heure de sa démission)...ou seulement une fois tous les sept ans, s'il veut bien se représenter aux élections. Cette fois-ci, les citoyens

ont majoritairement approuvé l'action de M. Mitterrand lorsqu'il a été candidat à un second mandat. S'il n'avait pas été candidat, ou s'il avait été battu, la sanction aurait été un peu tardive, et un peu légère au regard de tels pouvoirs ! Tel demeure, à notre point de vue, le vice fondamental de la pratique de ce régime (42). Pour le Président de la République, cette situation est très confortable, dès lors que, plus encore sous la cohabitation qu'auparavant ou après, la formule de M. Chaban-Delmas est vérifiée : " Tout ce qui va mal est la faute du premier ministre, tout ce qui va bien découle de l'action du Président " (43). Aussi le porte-parole du Gouvernement se plaint-il de l'opposition entre " Marie qui parle de Dieu " et " Marthe qui nettoie par terre " (44). Mais le point-limite de l'irresponsabilité présidentielle se trouve dans la possibilité de mise en accusation du Président de la République pour haute trahison.

**2 ) De la responsabilité présidentielle pour haute-trahison,  
ou de l'utilité d'une bombe atomique pour écraser une mouche.**

La traduction du Président de la République devant la Haute Cour de justice est largement hypothétique, car elle est presque inutilisable tant elle est disproportionnée avec les cas auxquels elle pourrait s'appliquer durant la cohabitation ( a ). Elle demeure néanmoins un ultime garde-fou contre d'éventuels abus manifestes du pouvoir présidentiel, et reste utile en tant qu'arme dissuasive ( b ).

**a ) Une arme presque inutilisable.**

**118** " En octobre 1962, où l'immense majorité de la classe parlementaire hurlait à la violation de la Constitution, la procédure ne fut pas utilisée ", remarque Olivier Duhamel

---

(42) Lorsque M. Mitterrand reprochait au Premier ministre de transférer ses pouvoirs au chef de l'Etat, il lui considérait que l'inconvénient majeur de cette pratique résidait dans le transfert de ces pouvoirs du champ de la responsabilité gouvernementale (et par conséquent parlementaire) vers l'irresponsabilité présidentielle (Quest. or. Ass. Nat., 24 avril 1964).

(43) Cité par M. DUVERGER, *L'expérience française du régime semi-présidentiel*, dans *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986, p. 50.

(44) D. Baudouin, cité dans *Le Monde*, 22 mars 1988, dans le même sens, J. Toubon se plaignait au printemps 1987 : " Pour tout ce qui va mieux, François Mitterrand dit : " ça vient de moi ". Pour tout ce qui ne va pas, il dit : " Je n'y suis pour rien " " (cité dans *Le Monde* 22 mars 1988).

(45). L'arme est si lourde, le risque de crise politique si grand, que les parlementaires hésiteraient certainement très longtemps avant de se risquer à mettre en oeuvre une telle procédure. Si la cohabitation avait eu lieu en 1978, il y aurait eu très peu de chances pour que le chef de l'Etat soit mis en accusation devant la Haute Cour, puisque la majorité sénatoriale lui était favorable (46). En 1986, au contraire, puisque la majorité de chacune des chambres était hostile à M. Mitterrand, sa mise en accusation devient, pour la première fois sous la Ve République, tout à fait concevable. L'article 68 dispose en effet que " Le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison. Il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant; il est jugé par la Haute Cour de Justice ", elle-même composée de membres du Parlement élus par les assemblées en leur sein (47). Aux Etats-Unis, dans les très rares cas où cette procédure a été engagée, on se trouvait dans une situation de conflit entre la majorité parlementaire et le Président (48). Contrairement à la responsabilité pénale des ministres en Grande Bretagne, la procédure de *l'impeachment* n'a cependant pas conduit à ce que le Président devienne politiquement responsable (au sens où on l'entend pour le Gouvernement dans un régime parlementaire) devant le Congrès, bien que la distinction entre responsabilité politique et responsabilité pénale, aux Etats-Unis comme en Europe, ne soit pas toujours très claire, la responsabilité pour haute trahison pouvant revêtir à la fois un caractère politique et pénal (49). Outre l'exigence d'un vote conforme

---

(45) O. DUHAMEL, *La gauche et la Ve République*, préc., p. 435.

(46) Cf. O. DUHAMEL, *La gauche et la Ve République*, préc., p. 434, et *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, préc., p. 68.

(47) L'élection des membres de la Haute Cour de Justice prévue par l'article 67 de la Constitution, se fait ainsi : chacune des chambres élit en son sein, au scrutin secret, plurinominal (ord. du 2.1.1959 portant loi organique), après chaque renouvellement général ou partiel de ses membres, douze juges titulaires et six juges suppléants. (Sur les difficultés liées au mode de scrutin, cf. O. DUHAMEL, thèse préc., p. 434). On notera que si la composition de la Haute Cour ne fut acquise que le 29.4.1987, car les sénateurs n'avaient pu parvenir, depuis le 17.11.1986, à en compléter la composition, échouant à cinq reprises à désigner le douzième titulaire (CCF Pouvoirs n° 42, 1987, p. 180). Sur la procédure, cf. A. MOREAU, *La haute trahison du Président de la République sous la Ve République*, RDP 1987, p. 1541 et s.; et J.P. ROUGEAUX, *La Haute Cour de justice sous la Ve République*, RDP 1978, p. 1019-1053.

(48) Que ce soit dans le cas d'Andrew Jackson, en 1868 (il est mis en accusation par la chambre des représentants qui n'admet pas son indépendance par rapport au pouvoir législatif, mais il manque une voix au Sénat pour que la majorité des deux tiers soit recueillie, Cf. F. MICHAUT, *La tentative d'impeachment contre le Président Andrew Johnson (1868), dans L'équilibre et le changement des systèmes politiques, sur deux crises significatives de la fin du XIXe siècle*, PUF, Publications de l'Université de Rouen, 1977.) Cf. M. BELANGER, art. préc., p. 1301., ou dans l'affaire Nixon, qui correspondait bien à une situation de coexistence.

(49) Sur les difficultés de la distinction entre responsabilité politique et responsabilité pénale, Benjamin Constant (dans sa brochure sur la responsabilité des ministres) comme A. de TOCQUEVILLE (*De la démocratie en Amérique*, tome I, Ière partie, chap. VII : " Du jugement politique aux Etats-Unis"), souligne que l'objet de la mise en jeu de la responsabilité politique n'est pas de punir (un ministre) coupable, mais de l'écarter du pouvoir. Toujours à propos de la responsabilité des ministres, M. HAURIOU estime que la responsabilité pour faute politique se présente sous deux formes : criminelle quand c'est une juridiction répressive qui se prononce et qui

des deux assemblées à la majorité absolue, pratiquement inimaginable en dehors d'une telle cohabitation (le Président est alors presque totalement irresponsable), le vote public est un frein considérable à la fougue des parlementaires. " La publicité (du vote) est l'appui de la vertu, la sauvegarde de la liberté ", clame Robespierre. Ici, c'est surtout la liberté du chef de l'Etat qui est préservée.

Quant au champ d'application de l'article 68, il est potentiellement extrêmement large puisque la Haute Cour n'est pas liée par la définition des infractions et des peines (50), et parce que le mot " actes " est très compréhensif (51). Benjamin Constant avait souligné, en d'autres temps, qu'il était inutile et dangereux de définir la trahison car un homme habile pourrait échapper à toute accusation en commettant seulement les actes qui ne correspondaient pas à ces définitions (52). De même, durant l'élaboration de la Constitution de 1946, la suggestion de P. Cot, de définir la " haute trahison " comme le " refus d'appliquer la Constitution " avait été rejetée, au motif qu'il ne fallait pas " limiter le pouvoir conféré à l'Assemblée nationale de qualifier souverainement les faits pour lesquels elle entend déférer le Président de la République à la Haute Cour " (53). La plupart des juristes admettent avec Kelsen (54) qu'une violation manifeste de la Constitution permettrait le jugement politique d'un Président de la République. M. Gicquel estime par exemple que l'on pourrait y recourir si le Président de la République refusait de se soumettre à une majorité parlementaire confirmée après une dissolution (55). Le problème est que, d'une part, ils ne sont pas tous d'accord pour définir ce qu'est " une violation

---

peut appliquer une peine criminelle, ou parlementaire lorsque ce sont les chambres qui sont compétentes, et que la seule sanction appliquée est la perte du pouvoir (*Précis de droit constitutionnel*, 2e ed, 1929, p. 414).

Carré de MALBERG souligne que " le pouvoir d'accuser les ministres et de statuer sur leur culpabilité n'est dans le droit public français que le prolongement et la conséquence de la puissance générale et supérieure de contrôle et d'investigation qui appartient aux assemblées élues sur les affaires et les hommes du Gouvernement." (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome 1, p. 789, n. 23, cité par M. TROPER, thèse préc., p. 85).

(50) Quand il s'agit de juger le Président de la République, contrairement à ce qui est prévu par le deuxième alinéa de cet article relatif à la responsabilité des membres du Gouvernement, pour lesquels la Cour est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines.

(51) A propos, notamment, de la définition de la Haute trahison, et de la Haute Cour en général (sous l'empire de la Constitution de 1946), cf G. VEDEL, *La compétence de la Haute Cour*, Mél. MAGNOL, Sirey, 1948.

(52) (à propos des ministres) : B. Constant, *De la responsabilité des ministres*, cité par M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, préc., p. 99

(53) Rapporté par G. VEDEL, *La compétence de la Haute Cour*, Mél. MAGNOL, Sirey, 1948, p. 113. G. VEDEL considère que le principe de la légalité des délits et des peines ne fait pas obstacle à l'absence de définition de la haute trahison.

(54) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, ed. 1953, p. 124 : En cas d'édiction d'une loi anticonstitutionnelle, on peut déclarer " personnellement responsable le chef de l'Etat ou les ministres qui ont pris part à l'édiction d'une loi anticonstitutionnelle ", ou prévoir l'annulation ou l'abrogation de cette loi.

(55) " A supposer que le peuple, après dissolution de l'Assemblée, confirme son choix initial et que le Président refuse d'en tirer les conclusions politiques, la haute trahison pourrait être légitimement invoquée afin de dénouer la crise " : J. GICQUEL, cité par O. DUHAMEL, art. préc., p. 67.

manifeste de la Constitution ", et d'autre part, cette notion évolue au sein même des écrits de certains auteurs.

Certes, " une rare unanimité ressort tant des travaux préparatoires que des prises de position doctrinale tendant à considérer que si le Président abusait des pouvoirs qui lui sont confiés au titre de l'article 16, il pourrait être inculpé de haute trahison " (56). Oui, mais c'est justement sur l'appréciation du caractère abusif de l'usage de l'article 16 que naissent les divergences. Ainsi, la plupart des juristes considèrent-ils que le Président ne saurait y recourir pour s'opposer à la majorité parlementaire sans violer gravement la Constitution, alors que M. Duverger n'hésite pas à envisager cette hypothèse (57). L'incertitude est tout aussi grande pour le recours à l'article 11 pour réviser la Constitution (58): " L'irrégularité de la procédure justifierait que les deux chambres usent alors de l'article 68 de la Constitution relatif à la haute trahison ", écrivait M. Duverger (59), alors qu'il " réhabilite " cette procédure en 1986 (60)...d'où l'intérêt d'un " bréviaire ". Dès lors, en effet que la majorité des juristes - ou des plus écoutés d'entre eux - est divisée sur la constitutionnalité d'un acte présidentiel, une telle accusation devient presque impossible (comment la justifier devant le peuple ?). C'est pourquoi, entre 1986 et 1988, il était pratiquement inconcevable que M. Mitterrand fut ainsi accusé. Le refus de convocation du Parlement en session extraordinaire, qui avait jadis provoqué tant de cris d'indignation chez les juristes, ne soulève pas la moindre protestation du Premier ministre (61). S'émeut-il du refus de signature des ordonnances ? Nombreux sont les juristes qui le trouvent tout à fait fondé, ou pour le moins difficilement contestable. Et puis, dès lors que M. Mitterrand a montré que cela ne comportait aucun inconvénient en pratique, comment justifier une telle accusation devant les citoyens qui accordent très largement leur confiance au Président ? Restaient " les affaires ", Greenpeace; " Radio-Nostalgie " (financement du PS) (62); carrefour du développement (mise en accusation de C. Nucci, ancien ministre socialiste de la coopération, en Haute Cour (63); Luchaire : ventes d'armes à l'Iran (64),

---

(56) M. VOISSET, *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, LGDJ 1969, p. 239 (citée par O. DUHAMEL, art.préc., p. 67.

(57) Cf. *Supra*, n° 71 et 75.

(58) Cf. *Supra*, n° 69.

(59) M. DUVERGER, *Le respect des institutions*, Le Monde 13.11.1973.

(60) *Bréviaire de la cohabitation*, préc., p. 73.

(61) Nous avons pu constater que M. Chirac avait déclaré qu'il n'avait pas de leçons de droit constitutionnel à recevoir du chef de l'Etat, mais qu'il n'avait nullement contesté le principe de son pouvoir discrétionnaire dans la fixation de l'ordre du jour et dans la convocation du Parlement (cf. *supra* n° 92-93).

(62) Cf. Notamment Le Monde 22-23 nov. 1987.

(63) Cf. notamment, Le Nouvel Observateur, 27 juin -3 juillet 1986 et 1-7 août 1986; Le Point 27 oct. 1986; Le Monde 31 mars 1987 (déclarations de M. Mitterrand à TF1), 4-5 oct. 1987, 8 oct. 1987 (vote à l'AN sur le renvoi de C. Nucci en Haute Cour), 9 oct., 27 nov. 1987 et 12 déc. 1987 (Sénat); et CCF Pouvoirs n° 43, 1987, p. 205 et s., 45, 1988, p. 181-182, et 46, 1988, p. 176.

les " plombiers " du syndicat de la magistrature (65). Sous la III<sup>e</sup> République, un chef de l'Etat pouvait " tomber " parce que son gendre était mêlé à un scandale de décorations (66); aux Etats-Unis, Nixon a dû démissionner pour une affaire d'écoutes, le Watergate (mais R. Reagan, s'il a été très affaibli, a tout de même résisté à *l'Irangate*). Mais en France, dans les années 1980, si les français estiment que certaines de ces affaires sont importantes (67), elles n'ébranlent pas la position du Président de la République (l'affaire Luchaire n'a pas modifié les intentions de vote pour 1988 (68)). François Mitterrand se présente non pas en accusé, mais en arbitre, et parvient à garder une certaine hauteur par rapport à ces affaires : " La Constitution ne m'a pas chargé de vérifier les autorisations d'exportations de matériels de guerre ", déclare-t-il à propos de l'affaire Luchaire (69). Et il contre-attaque en demandant au Gouvernement de présenter " dans les jours qui viennent " un projet de loi permettant d'assainir les rapports entre l'argent et la politique (70). Aussi peut-on constater avec A. Garrigou que " Comme on s'accordait à ne pas dénoncer le Roi mais ses mauvais ministres ou favoris, les " affaires " ont surtout visé l'entourage du Président " (71). En toute hypothèse, on peut se demander " quel Parlement jouirait d'assez de cohésion, d'autorité et de détermination pour oser saisir la Haute Cour en une hypothèse où il n'existe aucun précédent ? " (72). En effet, " on ne met pas en accusation quelqu'un parce qu'il aura outrepassé ses pouvoirs ou fait preuve de négligence, de même qu'on ne se sert pas de marteaux-pilons pour casser des noix " (73).

---

(64) Cf. Notamment *Le Monde* 3, 6, 8-9, 11, 16, 27 nov. 1987, 2 et 3.3.1988 (question du financement du PS) ; *Le Point* 9 nov. 1987 et 28 déc. 1987; *L'évènement* du jeudi 12-18 nov. 1987; *L'Express* 13-19 nov. 1987; *Le Nouvel Observateur* 13-19 nov. 1987.

(65) C'est à dire l'affaire des écoutes du Conseil supérieur de la magistrature, dans laquelle est mis en cause C. Prouteau, conseiller technique à l'Elysée, des notes confidentielles sur le CSM étaient adressées au Président de la République cf. notamment *Le Monde* 24-25. 1. 1988, et 7-8 fév. 1988.

(66) Démission de Jules Grévy en 1887, sous la pression des chambres, à la suite d'un scandale de décorations auquel son gendre était mêlé.

(67) Sur la position du Président de la République dans l'ensemble de ces affaires, cf. A. GARRIGOU, *Le Président au risque du scandale (1986-1988)*, communication au Congrès de la FNSP, Bordeaux, -1 oct. 1988. L'auteur souligne que l'affaire LUCHAIRE est considérée par les français comme la plus grave de toutes (72 % la jugent très ou assez grave, et 64 % souhaitent une intervention de F. Mitterrand).

(68) Selon un sondage effectué par la SOFRES une semaine après le début de l'affaire, du 7 au 12 nov., et publié le 18 nov. dans *Les Dernières Nouvelles d'Alsace*.

(69) Cf. A. GARRIGOU, rapport préc., p. 16.

(70) Interrogé le 16 nov. sur ces affaires, M. Mitterrand réplique en sommant le Gouvernement de préparer un projet de loi sur le financement des partis politiques (cf. supra), cf. CCF Pouvoirs, n° 45, 1988, p. 190. Ces déclarations provoqueront des protestations des responsables de la majorité (cf. *Le Monde* 19 nov. 1987).

(71) A. GARRIGOU, rapport préc., p. 11.

(72) J. PETOT, *La Ve République et la continuité du pouvoir sous de Gaulle et Pompidou*, RDP 1974, p. 1667. Si, depuis, l'affaire Nucci a permis de créer un précédent à propos d'un ministre, l'hypothèse de la responsabilité présidentielle reste substantiellement différente, ne serait-ce qu'au regard des termes de l'article 68.

(73) BRYCE, *La République américaine*, 1900, p. 306, cité par M. BELANGER, art. préc., p. 1289.

## b ) Une arme dissuasive.

119 Pour malcommode qu'elle soit, la responsabilité présidentielle pour haute trahison n'est pas tout à fait inutile, et l'on peut imaginer qu'elle a pu, ou qu'elle pourrait jouer le rôle d'une arme dissuasive (74). Malgré les divergences des juristes, le chef de l'Etat hésiterait certainement, en cas de cohabitation, à violer gravement la Constitution. Même si elle n'est pas aussi facile d'emploi que l'article 16, l'arme de la Haute Cour peut permettre de répliquer à un abus manifeste des pouvoirs du chef de l'Etat, tel que, par exemple, un refus de promulguer une loi (75). Quelles peines pourraient être prononcées par la Haute Cour ? Là aussi, l'absence de dispositions restrictives et de précédents laissent supposer que les sanctions applicables pourraient sans doute aller jusqu'à la déchéance (76)

## B EVOLUTION DE LA LEGITIMITE PRESIDENTIELLE.

On admettra avec Pierre Vialle que " la légitimité est une qualité des gouvernants par laquelle le droit de commander leur est reconnu par les gouvernés " (77). Puisque la légitimité réside dans " la conformité du pouvoir exercé à l'image que chacun se fait du pouvoir en soi " (78), il s'agit d'une notion largement subjective (79), susceptible donc

---

(74) En ce sens, cf. A. MOREAU, *La haute trahison du Président de la République sous la Ve République*, RDP 1987, p. 1600.

(75) Sur la marge du pouvoir discrétionnaire du chef de l'Etat à ce niveau, cf supra n° 91.

(76) C'est du moins le Point de vue de J. PETOT, qui relève que " Si l'on accepte la doctrine d'ESMEIN relative à la III<sup>e</sup> République, la Haute Cour pourrait prononcer la peine de déchéance " (dans *La Ve République et la continuité du pouvoir sous de Gaulle et Pompidou*, RDP 1974, p. 1667). L'objet essentiel de la mise en jeu de la responsabilité politique est en effet davantage d'écarter un homme du pouvoir que de le punir. G. VEDEL (dans *La compétence de la Haute Cour*, M<sup>é</sup>l MAGNOL, Sirey, 1948, p. 419) note ainsi que, afin qu'il ne soit pas porté atteinte au principe de la légalité des délits et des peines, la Haute Cour pourrait statuer absolument discrétionnairement pour prononcer une sanction politique, telle que la déchéance, si elle peut également prononcer des sanctions pénales, ici sa compétence est liée, en application de la loi pénale, car l'appréciation de la responsabilité pénale ne peut se faire que dans le cadre des qualifications et des sanctions prévues par les lois en vigueur).

(77) P. VIALLE, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc., p. 28.

(78) Idem.



d'appréciations totalement divergentes d'une doctrine politique à l'autre<sup>80</sup>. Pour échapper à cette subjectivité, G. Burdeau propose de recourir à " l'idée de droit ", qui permettrait de préciser cette notion en la quantifiant, c'est à dire en admettant qu'un pouvoir est légitime s'il répond à la conception que se fait la majorité du groupe de la manière et des objectifs selon lesquels le pouvoir doit être exercé. C'est donc de la conformité avec l'idée de droit dominante dans une société que le pouvoir souverain tire sa légitimité (81). Néanmoins, on relèvera avec Pierre Vialle que cette notion reste très relative, d'autant plus que l'étroitesse des majorités et l'utilisation des sondages d'opinion peuvent contribuer à fragiliser la légitimité. Cette notion est même tellement subjective que l'on a pu s'interroger sur sa juridicité (82). Mais, même s'il ne s'agit pas nécessairement d'une notion spécifiquement juridique, son influence sur l'application des règles constitutionnelles est telle qu'on ne saurait négliger son étude, si l'on admet que " le fondement et la principale ressource d'un pouvoir politique résident dans sa légitimité " (83). Si Max Weber a pu distinguer trois types de légitimité, la légitimité traditionnelle, fondée sur la croyance en la vertu de pratiques anciennes et répétées, la légitimité charismatique, et la légitimité rationnelle, fondée sur le fait qu'une autorité a reçu une investiture légale selon des procédures prédéfinies (qui rejoint la légalité), elles sont en pratiques très souvent combinées, notamment entre 1986 et 1988. L'épreuve de la cohabitation a permis l'avènement d'une conception nouvelle, sous la Ve République, de la légitimité présidentielle, pour la première fois nettement distincte de la légitimité gouvernementale ( A ), mais, comme avant 1986, légitimité et légalité entretiennent des rapports ambigus, puisqu'en même temps elles se complètent et s'opposent ( B ).

---

(79) " Il n'y a pas de valeur de légitimité en soi, de légitimité absolue, puisqu'il n'y a pas de valeur objective, absolue, capable de s'imposer universellement à une opinion unanime " : POTIN, *Annales de philosophie politique*, T. I., p. 117, cité par P. BELTRAME, art préc p. 255 (qui souligne également la subjectivité de l'idée de légitimité).

<sup>80</sup> Sur la notion de légitimité, cf. Archives de philosophie politique, Institut International de Philosophie Politique, n° 7, l'idée de légitimité, PUF, 1967; J. LAGROYE, La légitimation, dans M. GRAWITZ et J. LECA, *Traité de sciences politiques*, PUF, 1979, p. 395 à 467; et infra, L. II, notamment n° 202 et s., et n° 228 et s.

(81) " Dès son institution, le pouvoir se trouve légitimé et limité par l'idée de droit d'où il procède ", G. BURDEAU, *Droit constitutionnel*, LGDJ 1959. Pour lui, l'idée de droit " a son origine dans la représentation que les individus se font d'un ordre social conforme à la notion de Bien Commun " (*Traité de science politique*, Tome I, p. 96).

(82) Ainsi P. BASTID estime-t-il que " la notion de légitimité a été entâchée de beaucoup d'incertitude parce qu'elle déborde manifestement l'ordre juridique ", dans *La légitimité*, Encyclopaedia Universalis, Tome 9.; et P. BELTRAME considère-t-il que " si la légalité a un contenu objectif, la légitimité ne peut avoir qu'un contenu subjectif; d'où il découle que la légitimité, contrairement à la légalité, n'est pas une notion juridique " (dans *L'utilisation de l'idée de légitimité dans la vie politique française depuis le XVI<sup>e</sup> siècle*, Mél. AUDINET, PUF, Aix, 1968, p. 253). Dans le même sens, cf. P. VIALLE, op. préc.

(83) P. VIALLE, op.cité, p. 33.

**1 ) De la " légitimité majoritaire " à la " légitimité arbitrale ", ou de la négation à l'affirmation de la hiérarchie des légitimités.**

L'attitude de M. J.L. Quermonne est assez topique, lorsqu'il analyse la légitimité du Gouvernement et du Président de la République durant la cohabitation (84). Si l'auteur commence par affirmer qu'il ne faut en aucun cas prétendre hiérarchiser la légitimité respective du Président de la République et du Gouvernement en période de cohabitation, car leur légitimité n'a ni la même source ni la même portée ( a ), c'est pour mieux conclure que la légitimité présidentielle prime sur la légitimité gouvernementale ( b ), et donc qu'il y a bien " compétition " et hiérarchie entr'elles.

**a ) De la hiérarchie à la complémentarité des légitimités.**

**120** " Il n'y a pas aujourd'hui de confusion des pouvoirs dans la cohabitation, car il existe deux légitimités, l'une présidentielle et l'autre législative. Or, la légitimité du Président de la République est imprescriptible et n'est pas remise en cause ", affirme J.J. Queyranne (85). Si M. Mitterrand avait affirmé avec tant d'application que sa responsabilité n'avait pas été mise en jeu durant les élections législatives, c'était en effet pour montrer que sa légitimité, et par conséquent le fondement de ses pouvoirs n'avaient pas été atteints par les résultats de ces élections. Jusqu'au 16 mars 1986, l'extension démesurée des pouvoirs présidentiels était essentiellement fondée sur sa très grande légitimité. Le chef de l'Etat cumulait en effet sa légitimité personnelle (charismatique ou historique surtout pour le général de Gaulle, puis démocratique car fondée sur le suffrage universel), et ce que l'on qualifiera de " légitimité majoritaire ", c'est à dire la reconnaissance par le peuple du pouvoir de gouverner de la majorité parlementaire. Puisque cette majorité était très largement soumise au chef de l'Etat, particulièrement lorsqu'il était le leader politique du parti qui détenait cette majorité (1981-1986), la " légitimité majoritaire " était largement transférée sur le Président lui-même, qui se voyait par conséquent reconnaître le droit de diriger personnellement toute l'action du Gouvernement (86). Au soir du 16 mars, M. Mitterrand ne peut nier que la majorité du peuple, et par conséquent de l'Assemblée nationale, n'adhère plus à son projet politique.

---

(84) J.L. QUERMONNE, *La légitimité respective du Président et du Gouvernement en période de cohabitation*, D.F., Regards sur l'actualité, n° 132, Juin 1987, p. 3-11.

(85) J.J. QUEYRANNE, intervention aux *Entretiens juridiques de la Faculté de Droit de Lyon III*, préc., p. 173.

(86) Sur les rapports entre le Président et la majorité, cf supra, Titre I, I, et J. CHARLOT, *Le Président et le parti majoritaire : du gaullisme au socialisme*, RPP août 1983, juil-août, p. 27-42.

Aussi doit-il opérer, pour la première fois sous la Ve République, la distinction entre sa légitimité et celle du Gouvernement (qui puise désormais la sienne non plus dans la légitimité présidentielle, mais dans la légitimité de la majorité parlementaire). Il est en effet indispensable de bien distinguer entre ces deux formes de légitimité, et d'éviter de les hiérarchiser si l'on veut se prémunir contre les conséquences que pourrait avoir l'affirmation du principe démocratique selon lequel " en démocratie, c'est la dernière expression du suffrage universel qui domine, qui prime " (87). M. Mitterrand en tirera les conséquences, puisqu'il reconnaîtra que c'est au Gouvernement de définir et de conduire la politique de la Nation. Néanmoins, pour justifier les droits de veto qu'il s'arroge, ainsi que sa prééminence en matière de politique étrangère et de défense, il doit redéfinir et élargir considérablement la notion d'arbitrage contenue dans la Constitution. Mais reste à lui trouver un fondement légitime (ailleurs que dans la prétendue élasticité de la lettre de la Loi fondamentale). Sans doute, la légitimité " rationnelle " du Président de la République est-elle incontestable, puisque son mandat est de sept ans, et elle est d'autant moins contestée qu'il a affirmé son intention de rester au pouvoir (88). Mais elle ne semble pas tout à fait suffisante pour justifier que M. Mitterrand soit aussi " actif " qu'il l'a été. Alors, marchant une nouvelle fois dans les pas du général de Gaulle, le président de la République va justifier son autorité par sa position exceptionnelle d'incarnation de l'Etat.

#### b ) L'affirmation de la primauté de la légitimité présidentielle.

121 " Le suffrage universel est un sacre bien autrement divin que l'huile de Reims ou le sang de Saint-Louis. Il ne faut pas tenter Dieu, encore moins l'homme. Le Président pourra dire à l'Assemblée : je suis plus que chacun de vous, autant et plus que vous tous... vous n'êtes en fait que les neuf-centièmes du peuple, je suis à moi seul le peuple tout entier ", avait prophétisé Félix Pyat il y a plus d'un siècle (89). Comme lui, Karl Marx avait souligné que l'élection du Président de la République au suffrage universel direct lui donnerait une légitimité supérieure à celle des parlementaires, élus de leur circonscription même s'ils sont, théoriquement, tout aussi représentatifs de la nation que le chef de l'Etat lui-même : " Tandis que les voix des votants sont éparpillées sur 750 membres de l'Assemblée nationale, elles se concentrent ici sur un individu...l'Assemblée

---

(87) J. GICQUEL, intervention à la conférence-séminaire sur *Les leçons de la cohabitation*, Fondation pour la Démocratie, Paris, 6 nov. 1986. Ce constat est généralement admis, et est d'ailleurs peu contestable (cf. O. DUHAMEL et J. JAFFRE, *Le nouveau Président*, préc., p. 207, le Président nouvellement élu en 1988 bénéficiera de l'application de ce principe).

(88) Cf. *Supra*, Titre I, I.

(89) Félix PYAT, intervention dans les *débats de l'Assemblée constituante en 1848* sur la question de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, cité par M. PRELOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 1984, p. 427.

nationale représente les divers aspects de l'esprit de la nation, mais le président en est l'incarnation. Comparé à elle, il possède une sorte de droit divin, il est président par la grâce du peuple " (90). Bien sûr, la Constitution fait du chef de l'Etat le garant de l'indépendance nationale, mais il ne devient pas pour autant plus représentatif que les députés. La Constitution, en prévoyant que " la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ", et qu' " Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice " (art. 3), n'opère aucune distinction entre le Président de la République et les parlementaires. Ici, la légitimité charismatique et surtout traditionnelle du chef de l'Etat vient renforcer sa légitimité rationnelle. Car l'élection du Président de la République au suffrage universel direct ne suffit pas, à elle seule, à justifier un tel poids de l'institution présidentielle, l'exemple des régimes dits " semi-présidentiels " dans lesquels le Président de la République est en pratique largement impuissant (même quand les pouvoirs qui lui sont reconnus par la Constitution sont supérieurs à ceux qu'il possède en France), le montre suffisamment (91). Le général de Gaulle avait assis l'autorité du Président sur le fait qu'il représentait la France toute entière, alors que les députés n'étaient que les représentants des factions. M. Mitterrand dénonce la volonté du RPR de s'accaparer l'Etat, d'en faire un Etat partisan, alors qu'il se présente lui-même comme le garant de la cohésion nationale. La majorité ne représente que certains partis, alors que, d'après M. Mitterrand (toujours comme pour le général de Gaulle), par le coup de baguette magique de l'élection présidentielle, le chef de l'Etat cesse d'être partisan, il " devient tout aussitôt autre chose que le représentant d'un parti ou d'une fraction de l'opinion française : il devient le Président de tous les français " (92), alors, sans doute, que l'effet magique ne marcherait pas pour les députés qui resteraient les élus de certains français seulement ? La Prééminence de la légitimité présidentielle viendrait, d'après J.L. Quermonne, du fait qu'elle a deux dimensions : la première vient de son élection au suffrage universel direct, et la seconde tient à sa mission " qui consiste à exercer le *pouvoir d'Etat* " (93). Mais puisque nous considérons que c'est la légitimité du général de Gaulle qui lui a permis de s'attribuer ledit " pouvoir d'Etat ", ce qui a contribué à renforcer la légitimité traditionnelle de ses successeurs, qui vont à leur tour tirer argument de leur mission consistant à incarner le " pouvoir d'Etat " pour justifier leur légitimité et inversement..., on a l'impression, pour employer une expression un peu

---

(90) K. Marx, *Le 18 brumaire de Napoléon Bonaparte*, cité par D. TURPIN, dans *Crises de la démocratie représentative*, R.A. 1985, n° 226, p. 335. Dans le même sens, cf. M. WALINE, *Quelques réflexions sur les institutions de la Ve République*, RDP 1982, p. 598. (il souligne que cette prééminence présidentielle peut être plus faible si la majorité est cohérente, mais que cela " ne peut pratiquement pas être (le cas) " avec un scrutin à la représentation proportionnelle) (sur ce point, cf. infra, Titre I, I).

(91) Cf. Supra, introduction.

(92) F. Mitterrand, intervention à l'émission *7 sur 7*, le 29 mars 1987 à TF1.

(93) J. L. QUERMONNE, *La légitimité respective du Président et du Gouvernement en période de cohabitation*, préc., p. 7, l'auteur renvoie à son ouvrage *Le gouvernement de la France sous la Ve République*, 3e ed Dalloz, 1987, pp. 585 et s.

rurale, d'être face à un renard qui se mord la queue. J.L. Quermonne conclut qu'" Une fois de plus, à travers la coexistence de majorités présidentielles et parlementaires opposées, comme à travers l'expérience antérieure de leur complémentarité, se joue l'éternelle compétition de la légitimité partisane et de la légitimité nationale ", - étant entendu que le Gouvernement ne dispose que d'une légitimité partisane, alors que M. Mitterrand bénéficie seul de la légitimité nationale ! - ..." Mais, dans la mesure où l'élection présidentielle, comme en témoigne l'échéance de 1988, reste, sous la Ve République, l'acte essentiel de notre vie politique, on peut penser qu'entre ces deux légitimités, le régime institué en 1958 aura pu sauvegarder, même à travers la cohabitation, la primauté de la légitimité nationale " (94)....Et voilà que les méta-pouvoirs de M. Mitterrand en période de cohabitation ont trouvé un fondement légitime, ou prétendu tel, à défaut d'avoir un fondement légal.

De fait, la légitimité d'un pouvoir ne s'apprécie pas dans l'absolu, mais en fonction des pouvoirs, de l'autorité que revendique l'organe qui l'invoque. Ainsi, elle s'apprécie non seulement par rapport à la source de ce pouvoir, mais aussi par rapport à sa finalité, à la mission qu'il remplit. Cette seconde appréciation a un sens conservateur assez net dans la cohabitation puisqu'elle " aboutit à reporter indéfiniment la remise en cause de cette légitimité et finalement à la rendre pratiquement impossible " (95). " Ainsi, le fondement du pouvoir change de plan, ce n'est plus son origine qui est légitime, c'est la fonction qu'il remplit " (96). La légitimité attachée à cette fonction sera d'autant plus grande qu'elle permettra à son titulaire d'apparaître comme " l'homme chargé de diriger " le vaisseau de l'Etat dans les tempêtes de l'histoire " (97), seul capable de garantir la cohésion nationale face aux conflits partisans. Mais l'invocation d'une telle " légitimité de mission " a largement pour vocation de servir de palliatif à la légalité (98).

---

(94) J.L. QUERMONNE, *La légitimité respective du Président et du Gouvernement en période de cohabitation*, préc., p. 11.

(95) P. BELTRAME, art. préc., RDP 1968, p. 257, il souligne que " cette conception de la légitimité, utilisée au premier siècle de la monarchie, est entrain de renaître actuellement.

(96) G. BURDEAU, *Problèmes politiques fondamentaux de l'Etat*, p. 353, cité par P. BELTRAME, art. préc., p. 257, n.24.

(97) P. BELTRAME, art. préc., p. 276, qui évoque ici la " légitimité de mission " dont on pu bénéficier le maréchal Pétain, ou général de Gaulle.

(98) P. BELTRAME, art. préc., RDP 1968, p. 277.

## 2 ) Légitimité et légalité : des rapports toujours ambigus.

La définition que le Littré donne de la légitimité ne permet guère de la distinguer de la légalité, puisqu'est considéré comme légitime ce " qui a le caractère de loi ". La légitimité est en effet étymologiquement et classiquement définie comme la conformité à la loi. Mais elle peut être considérée dans un sens plus large comme la " qualité de ce qui est légitime, conforme à la loi, à la justice, à la raison : la légitimité d'un pouvoir " (99). S'il y a une différenciation entre la légitimité et la légalité, c'est donc qu'il y a un décalage entre les règles relatives à l'organisation des pouvoirs publics, (la Constitution), et l'idée que le peuple se fait de la répartition et de l'exercice du pouvoir. Cette rupture avait caractérisé le fonctionnement de la Ve République jusqu'en 1986. A l'heure de la cohabitation, elle ne disparaît pas, et si la légitimité présidentielle garantit l'exercice effectif des attributions présidentielles prévues par la Constitution ( a ), en même temps elle en autorise largement le dépassement ( b ).

### a ) La légitimité comme garantie de la légalité.

122 Pour lui-même, le général de Gaulle considérait qu'il n'était pas indispensable qu'il soit élu au suffrage universel direct car il bénéficiait d'une légitimité historique, évoquant volontiers " la légitimité nationale " qu'il pensait incarner depuis 1940. Mais pour ses successeurs, il estimait que seule l'onction du suffrage universel leur permettrait de bénéficier d'une légitimité suffisante pour pouvoir remplir leur mission de garant et d'arbitre. De fait, alors qu'un Mac Mahon ou un Millerand ont été contraints à la démission, M. Mitterrand a pu arguer de sa légitimité démocratique pour qu'elle fasse contrepoids à celle de l'Assemblée, et pour qu'il soit en mesure non seulement de rester au pouvoir, mais aussi d'exercer effectivement ses pouvoirs propres s'il le jugeait nécessaire. La légitimité trop faible des Présidents des IIIe et IVe Républiques ne leur permettait pas d'exercer leurs prérogatives constitutionnelles, alors que la forte légitimité des Présidents de la Ve République garantit le respect de la légalité. Au-delà, même, elle en permet les violations<sup>100</sup>.

---

(99) Grand Larousse universel du XIXe siècle.

<sup>100</sup> Sur ce point, et sur le problème de la légitimité, en particulier dans ses rapports avec la validité et l'effectivité, cf. infra, L. II, notamment n° 228-229.

## b ) La légitimité, alibi de l'illégalité.

Alors que la légitimité rationnelle décrite par Max Weber s'identifie à la légalité, en pratique, des éléments de légitimité traditionnelle et charismatique combinés à la légitimité rationnelle peuvent permettre à une autorité de violer la légalité.

En retraçant l'histoire de la légitimité, on peut constater qu' " avant d'être un principe conservateur la légitimité a été un principe révolutionnaire, avant d'être croyance la légitimité a été doute, avant d'être affirmation elle a été interrogation, avant de symboliser l'ordre, elle l'a affaibli. La légitimité est avant tout une notion de crise. Elle joue un rôle tant qu'elle constitue un objet de revendication : un pouvoir se dit légitime aussi longtemps qu'on conteste cette légitimité, il cesse de l'invoquer quand elle n'est plus contestée. L'idée de légitimité, en tant que réflexion sur les fondements du pouvoir, est essentiellement révolutionnaire car se situant d'emblée au-delà de la légalité, elle met, de ce seul fait, en doute la légalité existante " (101). Durant la cohabitation, l'invocation de la légitimité présidentielle cumule à la fois un aspect conservateur (la référence constante - explicite ou implicite - à la pratique gaullienne permet d'en appeler à la légitimité traditionnelle); et un aspect novateur, puisqu'il s'agit de justifier pour la première fois la fait que le chef de l'Etat affirme sa prééminence dans certains domaines (politique étrangère et défense), et qu'il impose sa tutelle au Gouvernement dans d'autres domaines (préparation de l'ordre du jour du Conseil des ministres, ordonnances, nominations retardées, refus de convocation du Parlement en session extraordinaire), alors même qu'il ne bénéficie plus du soutien de la majorité parlementaire. C'est une des plus grandes surprises de la cohabitation : même quand le Président de la République a subi un désaveu populaire - qu'il le veuille ou non - lors des élections législatives, il parvient encore à bénéficier d'une légitimité suffisante pour pouvoir exercer des pouvoirs supérieurs à ceux que lui confère la Constitution pour freiner l'action du Gouvernement, sans que celui-ci ne puisse s'en indigner, et sans que le peuple ne le sanctionne, au contraire, puisque M. Mitterrand sera réélu en 1988. Ainsi, comme le souligne G. Burdeau, la légitimité peut-elle se distinguer de la légalité (définie comme la conformité au droit positif), et est-elle très relative, puisqu'elle est tributaire de facteurs contingents, tels que l'histoire, le degré d'évolution des mentalités, la stature de la personnalité des dirigeants...(102).

Si M. Mitterrand a pu disposer de tels pouvoirs durant cette expérience de cohabitation, cela tient notamment au fait que l'on observe chez les français un légitimisme indépendant

---

(101) P. BELTRAME, *L'utilisation de l'idée de légitimité dans la vie politique française depuis de XVI<sup>e</sup> siècle*, RDP 1968, p. 257.

(102) G. BURDEAU, *Encyclopaedia Universalis*, Tome 9, légalité.

de la popularité du Président (103), au fait qu'il obtient de surcroît une forte cote de popularité durant la cohabitation puisqu'il bénéficie à la fois du soutien de la gauche et de la droite (104), à la légitimité traditionnelle (les français sont tellement habitués à ce que le Président dirige tout l'Etat qu'ils conçoivent difficilement une réduction plus importante de ses pouvoirs), à la soumission forcée du Gouvernement, au fait que le Président dispose de pouvoirs propres suffisants pour pouvoir " marchander " ses prérogatives avec le Gouvernement... Bien plus qu'une mission consistant à exercer le " pouvoir d'Etat ", c'est donc une multiplicité de facteurs à la fois structurels et conjoncturels qui explique l'évolution de la légitimité et des pouvoirs présidentiels durant la cohabitation. L'affirmation de la légitimité présidentielle (par le chef de l'Etat lui-même lorsqu'il souligne que sa responsabilité n'a pas été mise en jeu, lorsqu'il insiste sur la mission de garant de la cohésion nationale, lorsqu'il affirme que son autorité en matière de défense et de politique étrangère est aussi inaltérable que la pointe d'un diamant..., par les membres de son parti, ou par des juristes), a pour objet et pour effet d'expliquer au peuple que le Président de la République exerce ses pouvoirs conformément à la Constitution... et donc légitimement (c'est à dire légalement). Puisque le peuple en est majoritairement convaincu, M. Mitterrand dispose effectivement d'une légitimité qui lui permet d'outrepasser la légalité. Certains juristes, il est vrai, ont tenté de réconcilier la réalité avec le droit en démontrant que l'élection du Président de la République au suffrage universel avait modifié ses pouvoirs (105). Nous estimons au contraire avec P. Ardant que " l'élection du Président de la République au suffrage universel direct a sans conteste renforcé sa légitimité et par là son autorité, mais elle ne transforme pas plus la fonction qu'elle ne modifie la liste des pouvoirs présidentiels. Elle ne saurait autoriser le Président à annexer de nouveaux domaines et à prendre des décisions que la Constitution remet en d'autres mains " (106). Aussi peut-on constater avec Jean Charlot qu'en pratique " la légitimité pèse plus lourd que la légalité " (107). Peut-être est-ce parce que, en l'absence de contrôle de la légalité des actes du Président de la République (lorsqu'ils concernent ses rapports avec les autres pouvoirs publics), l'autodélimitation des compétences du Président de la République n'est pas soumise au principe de la légalité, mais au principe de la légitimité

---

(103) Cf. O. DUHAMEL, *SOFRES opinion 1985*, Gallimard.

(104) Cf. *Supra*.

(105) Par exemple M. DUVERGER, lorsqu'il estime que le régime semi-présidentiel qui en résulte modifie la règle d'interprétation de la Constitution, et fait que le Président de la République est toujours libre d'apposer ou non sa signature sur un décret ou une ordonnance (cf. *supra*).

(106) P. ARDANT, *L'article 5 et la fonction présidentielle, préc.*, p. 49.

(107) J. CHARLOT, participation au débat *Primaauté présidentielle ou fait majoritaire*, *Pouvoirs* n° 4, 1978, rééd 1982, p.125. J. CHARLOT s'exprimait ici non pas à propos des pouvoirs du Président, mais à propos de la légitimité de la Ve République (moins légale et plus légitime que la IVe République).



(108). Ainsi Michel Troper considère-t-il que " la Constitution fonctionne non comme un fondement de légalité, mais comme un fondement de légitimité " (109).

L'attitude de M. Mitterrand a été pragmatique, puisque c'est, à notre point de vue, largement en fonction des prérogatives qu'il a estimé pouvoir exercer dans cette conjoncture qu'il a construit une image nouvelle de la légitimité présidentielle, qui lui permettrait de justifier les pouvoirs qu'il allait s'octroyer. L'image des pouvoirs présidentiels et surtout de l'irresponsabilité (relative) et de la légitimité du chef de l'Etat, n'est pas sans rappeler le régime monarchique qui fut une des sources d'inspiration du général de Gaulle, la légitimité conférée par le suffrage universel direct étant conçue comme le seul substitut possible, le seul équivalent symbolique de la légitimité traditionnelle et divine d'un monarque (110). M. Mitterrand assied largement sa légitimité sur la fonction de garant de la stabilité des institutions. Or ce qui caractérisait la monarchie au XIXe siècle était bien cela : " La légitimité consacrée par le temps, considérée comme un facteur de stabilité et d'ordre, telle est la grande idée qui prévaut sous la restauration " (111). C'est son inspiration monarchique qui explique la notion d'arbitrage dans la Constitution de 1958. Le Général de Gaulle veut " être un arbitre, sinon un monarque, incarnation de la légitimité, traditionnellement délié de la politique " (112). Tout en demeurant le chef incontesté de l'opposition (113) M. Mitterrand semble être parvenu à imposer l'image d'un Président relativement neutre, au dessus des partis, ce qui était considéré par de nombreux juristes comme une " fiction invraisemblable " (114) : " Il faut beaucoup d'optimisme pour croire que le futur président pourra se présenter comme le représentant du pays tout entier. Selon le général de Gaulle, le chef de l'Etat devrait n'appartenir à aucun parti et incarner le peuple dans son ensemble. Cette conception, dans un régime démocratique et en période normale, est pure mythologie. Elle ne s'applique même plus au cas, pourtant unique, du général de Gaulle lui-même ", relevait Raymond Aron en 1965 (115). " Le général de Gaulle croyait à " l'arbitrage " et imaginait non pas un gouvernement, mais un règne. La réalité politique est inclémente aux rêves et aux

---

(108) J. P. PAYRE, *Pouvoirs discrétionnaires et compétences liées du Président de la République*, RDP 1981, p. 1643.

(109) M. TROPER, *La Constitution et ses représentations sous la Ve République*, Pouvoirs n° 4, 1978, rééd 1982, p. 67.

(110) cf. J. JULLIARD, *La tentation du Prince-président*, Pouvoirs n° 41, 1987, p. 110.

(111) P. BASTID, *La légitimité*, Encyclopaedia Universalis, T.9

(112) G. VEDEL, *Les sources idéologiques de la Constitution de 1958*, dans *Etudes juridiques*, 1958, p. 5-8, reproduit dans *Pages de Doctrine*, LGDJ, T. I., p. 493-495.

(113) Même si M. Mitterrand se présente comme le président de tous les français, même si M. QUERMONNE souligne qu'il n'est pas le leader de l'opposition (art. préc. p. 110), la campagne des élections tant législatives en 1986 que présidentielles en 1988, montre bien que le Parti socialiste existe avant tout dans l'ombre portée de M. Mitterrand.

(114) J. PETOT, *Faut-il réviser la Constitution de 1958 ?*, RDP 1985, p. 1474.

(115) R. ARON, *Le Monde* déc. 1965, cité par J. PETOT, art. préc., p. 1475.

idéologies. Les parlementaires devaient apprendre que la lettre constitutionnelle n'est rien, que les forces politiques sont tout (...). Le général de Gaulle devait apprendre que, dans une nation moderne, l'on décide ou l'on ne décide pas, l'on commande ou l'on ne commande pas, mais que l'arbitrage y a aussi peu de place que dans la lampe à huile ", - renchérisait le Doyen Vedel (116). Se sont-ils trompés ? Non, car leurs propositions ont été totalement vérifiées en dehors de la période de cohabitation. Durant la cohabitation ? Non plus, car à notre point de vue, le président de la République n'a pas été un arbitre, mais un tuteur, un censeur, un contre-pouvoir au sommet de l'Etat. Le problème est de savoir dans quelle mesure le peuple, en reconnaissant de tels pouvoirs au Président, n'a pas abdiqué une part de sa souveraineté, en cédant partiellement son pouvoir de contrôle politique de l'action de la majorité parlementaire au Président de la République. " Il faudrait surtout - soulignait G. Vedel en 1958 -, que la fonction présidentielle fût réintégrée dans son ordre normal qui est celui de la politique et cessât de relever de la mystique ou de la magie. (...) C'est la juxtaposition du choix de l'homme et du choix de l'action qui permet à un peuple de se confier à son élu sans abdiquer l'âge adulte " (117).

Au fond, la question la plus importante, au demeurant celle qui semble avoir été le moins souvent posée, est celle du caractère démocratique du système de la cohabitation. Si l'on admet avec J.L. Parodi que " la démocratie est le règne de la majorité " (118), force est de constater que la majorité n'a pu régner dans la plupart des domaines que sous la tutelle du Président - même s'il a largement été réduit à une soumission tribunitienne -, et dans certains domaines sous son autorité (dans le " secteur réservé "), et que, par conséquent, il ne s'agit pas d'un système totalement démocratique. " Le propre de la démocratie, c'est l'alternance - estime Jacques Robert -. Chacun exerce le pouvoir à son tour. De ce point de vue, il y a sans doute plus de démocratie dans l'alternance que dans la cohabitation (...) La véritable cohabitation démocratique, ne serait-ce pas finalement l'acceptation totale, par la minorité, du gouvernement de la majorité, et l'acceptation par celle-ci d'avoir, un jour, à céder le pouvoir à d'autres qui méritent estime et respect ? " (119). Or on ne peut contester que M. Mitterrand a empêché la majorité parlementaire gouverner librement, soit en freinant son action (par ses interventions en tant que tribun et par ses vetos), soit en imposant sa prééminence, même s'il n'a pu, pour l'essentiel, s'opposer à l'application de sa politique nationale. D'après P. Avril, il s'agit là d'une nouvelle répartition des pouvoirs, dans laquelle le Président de la République deviendrait le gardien non pas juridique, mais le gardien politique de la Constitution, tel que Carl

---

(116) G. VEDEL, *L'inexpérience constitutionnelle de la France*, La Nef, Avril-juin 1961, p. 5-14, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ 1980, pt.I., p. 440.

(117) G. VEDEL, *Les sources idéologiques de la Constitution de 1958*, dans *Etudes juridiques*, 1958, préc., LGDJ, T.I., p. 500.

(118) J. L. PARODI, participation au débat *Primauté présidentielle ou fait majoritaire ?*, au cours du Colloque *Vingt ans de Ve République : les interprétations du régime*, Paris 1977, *Pouvoirs* n° 4, 1978, rééd 1982, p. 127.

(119) Conclusion de son article *De la cohabitation*, D. 1986, XXX, p. 186.

Schmitt avait pu le concevoir dans la Constitution de Weimar (" grand-mère indigne de la Ve République " (120)). L'idée est séduisante, elle permet de donner une cohérence à la pratique de toute la Ve République. Mais elle comporte deux inconvénients. Tout d'abord au regard du texte de la Constitution, elle n'est acceptable qu'en ce qui concerne les pouvoirs propres du Président. Ensuite, au regard des conséquences qu'elle peut avoir, on notera que la question majeure sur laquelle Carl Schmitt a négligé de se pencher est celle des limites des pouvoirs du chef de l'Etat, auquel il reconnaît la faculté de modifier la Constitution, par sa pratique des institutions. N'écrivait-il pas dans une revue juridique au lendemain de la nuit des Longs-Couteaux, que " le Führer a créé le Droit " ? (121). Aussi, cette vision ne nous semble-t-elle admissible que dans les limites de la Constitution, et à condition qu'un organe (de type Cour Suprême) soit en mesure de limiter le " pouvoir constituant " du chef de l'Etat (122).

La cohabitation révèle ainsi toute la relativité des pouvoirs du chef de l'Etat dans la Constitution de 1958, ou du moins dans les pratiques auxquelles elle peut donner lieu. De 1958 à 1986, le chef de l'Etat a été tout puissant, de 1986 à 1988, ses pouvoirs ont été extrêmement réduits, mais pas totalement; et depuis 1988, M. Mitterrand a un rôle qui se situe dans une position intermédiaire. Est-ce la cohabitation qui a modifié durablement la pratique de nos institutions ? A-t-elle créé une coutume ? Une nouvelle cohabitation se déroulerait-elle nécessairement de la même façon ? Est-ce la Constitution qui est souple, ou est-ce notre conception du droit constitutionnel qui est un peu élastique ? Il est nécessaire de répondre à toutes ces questions pour pouvoir constater que la cohabitation a bien révélé les deux caractéristiques majeures de la Ve République, à savoir l'importance des prérogatives présidentielles dans ce régime bireprésentatif moniste, et la variabilité des pratiques auxquelles ces institutions peuvent donner lieu.

---

(120) P. Avril, *La séparation des pouvoirs aujourd'hui*, intervention au colloque *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, é au 4 mars 1989.

(121) Le Führer estime qu'il représente la volonté générale du Peuple, son unité, et dès lors Carl SCHMITT lui reconnaît le pouvoir constituant (cf intervention de Lothar ZECHLIN, professeur de droit à l'Université de Hambourg, à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, le 1er mars 1989).

(122) cf. infra, L. II, en particulier n° 263 et 274.

## Chapitre II LE CADRE CHANGE, LA CONSTITUTION DEMEURE

La Constitution de 1958 aurait-elle, à l'instar du fils de Neptune, la faculté de se muer chaque fois qu'elle est en danger, d'adopter n'importe quelle forme en un instant pour protéger ses troupeaux (1) ? Mille fois, on a vanté sa souplesse, on a souligné son caractère amphibologique (2), on l'a qualifiée de caméléon (3), on s'est félicité de sa malléabilité (4), on l'a " flattée " de n'être, comme la femme du poète, jamais " ni tout à fait la même, ni tout à fait une autre " (5). Monstre protéiforme, femelle mystérieuse, docile, souple et complaisante à la fois, " régime étrange venu de nulle part " (6), qu' est-donc que notre Constitution ? Se transforme-t-elle totalement à chacune de ses mutations, ou change-t-elle seulement de peau, en restant, sous cette apparence, toujours la même ? Apparemment, la cohabitation a prouvé la souplesse, la mutabilité de notre Constitution, sa " versatilité ", qui se manifesterait par le fait qu' " au gré des circonstances, elle modifie le rôle du Président " (7). Et certains auteurs

---

(1) Protée, fils de Neptune, avait été chargé par son père de veiller sur les troupeaux marins d'animaux amphibologiques. Pour cela, il avait reçu le pouvoir d'adopter en un instant n'importe quelle forme, et de prédire l'avenir. Notons que pour PLATON, la politique était l'art d'élever les troupeaux (J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc., 1987, p. 4).

2cf. C. DEBBASCH et alii, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Economica, 2eme ed. 1986, p. 488.

(3) J. PETOT, *Faut-il réviser la Constitution de la Ve République*, RDP 1985, p. 1481.

(4) F. MITTERRAND, à l'occasion de sa visite en Franche-Comté, le 30 mars 1987, *Le Monde* du 1er avril : " Les institutions sont assez malléables ".

(5) F. LUCHAIRE, *La Constitution à l'épreuve du temps*, RPP sept.-oct. 1980, p. 20; et G. VEDEL, intervention lors du colloque d'Aix-en-Provence (8-10 sept. 1988) sur le XXXe anniversaire de la Constitution de 1958.

(6) O. DUHAMEL, *L'hypothèse de la contradiction des majorités en France*, préc., p. 270.

(7) F. LUCHAIRE et G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 6.

d'en conclure que durant la cohabitation, la Ve République aurait changé de nature (8), et qu' " Ainsi, trente ans après sa fondation, la Ve République demeure fidèle à la pensée anticipatrice de Raymond Aron : *immuable et changeante* " (9). Notre ambition est de démontrer que la cohabitation, loin d'avoir révélé le caractère protéiforme de notre Constitution (si l'on entend ce mot au sens strict), en a au contraire prouvé la rigidité, puisqu'elle a imposé le retour à la lettre d'un texte que l'on croyait disparu, à force d'être enfoui sous des pratiques qui s'en éloignaient. Il apparaît dès lors que le régime de la Ve République (entendu au sens strict) n'est nullement un protégé, mais un régime politique fixe. Ce n'est pas notre Constitution qui change au gré des circonstances, mais le système dans lequel elle est susceptible de s'inscrire. Loin d'avoir la souplesse qu'on lui prête souvent ( S.I ), la Constitution de la Ve République est donc un régime politique fixe, mais qui peut s'inscrire dans des systèmes à géométrie variable ( S.II ).

## SECTION I FLEXIBLE CONSTITUTION ?

" Dire que la Constitution est merveilleuse parce qu'elle est souple est un peu hasardeux. Elle est souple parce que, pour l'instant, elle n'a pas connu l'épreuve du feu ", avertissait Jacques Robert (10). A l'heure où l'épreuve tant redoutée de la cohabitation a été surmontée par nos institutions, presque tous les observateurs semblent d'accord pour constater que la souplesse de la Constitution est une de ses forces principales ( I ). Pourtant, tous ne paraissent pas avoir exactement la même conception de cette " souplesse ". Cette malléabilité vient-elle du fait que la Constitution peut faire l'objet de plusieurs interprétations contradictoires, parce que sa lettre le permet, à cause de son ambiguïté ? Ou bien ces interprétations sont-elles seulement possibles parce qu'il n'existe pas de mécanismes permettant de contraindre les gouvernants au respect de cette lettre, ou parce que ces mécanismes sont inadaptés ?. Peut-on en conclure que la Constitution est, comme on le prétend, un monstre protéiforme, ou doit-on s'interroger sur ce qu'il convient d'entendre, précisément, par Constitution ? ( II ).

---

(8) J. GICQUEL, *De la cohabitation, Pouvoirs*, n° 49, 1989, p.78.

(9) J. GICQUEL, *De la cohabitation, Pouvoirs*, n° 49, 1989, p. 79.

(10) J. ROBERT, RPP sept.-oct. 1985, p. 38-39.

## **I DES VICES ET VERTUS DE LA SOUPLESSE.**

Semblable au roseau de la fable, la Constitution de la Ve République tiendrait de sa souplesse sa vertu première et le secret de sa solidité ( A ). Sa capacité à se courber sous le souffle des circonstances est apparue telle que l'on a pu douter de l'existence même de notre Constitution ( B ).

### **A L'ELASTICITE, FORCE PRINCIPALE DE LA VE REPUBLIQUE ?**

Il paraît totalement malséant, pour ne pas dire stupide, de remettre en cause la souplesse de notre Constitution au moment même où la cohabitation semble en avoir donné une éclatante démonstration, prouvant que la malléabilité de notre régime est la garantie de sa solidité ( 1 ) et sa vertu première ( 2 ). C'est pourtant sur cette voie de la contestation que nous aimerions conduire le lecteur.

#### **1 ) La souplesse de la Constitution, garantie de sa solidité ?**

L'idée selon laquelle la Ve République a pu résister à toutes les épreuves qu'elle a connues en raison de son adaptabilité est tellement répandue ( b ) qu'il est impossible de la contester sans se voir opposer l'épouvantail d'une rigidité paralysante ( b ).

##### **a ) Une idée généralement admise.**

**124** N'hésitant pas à invoquer le génie napoléonien, on considère souvent que " la Constitution est assez courte et suffisamment obscure pour avoir permis de surmonter de graves crises (...) " (11). N'a-t-elle pas résisté à la guerre d'Algérie, à la crise de 1968, au départ de son fondateur, à l'alternance de 1981, à la coexistence, et même à l'existence d'une majorité parlementaire qui n'est que relative depuis 1988 ? Une nouvelle forme de cohabitation pourrait cependant l'éprouver davantage : celle qui résulterait de l'élection simultanée d'un Président de la République et d'une majorité parlementaire d'opinions divergentes (car ce problème ne pourra pas toujours être résolu par une dissolution rapide, comme ce fut le cas en 1981 et en 1988).. " Mais si on laisse de côté cette hypothèse, qui n'est pas impossible, il faut reconnaître que la Constitution est suffisamment souple pour s'accorder de bien des figures " (12).

#### **b ) Une difficile remise en cause, ou le spectre de la rigidité.**

**125** Les hommes politiques sont les premiers à se réjouir de cette fluidité de notre Constitution, et à démontrer qu'elle est indispensable. S'avise-t-on de critiquer ce " flou du droit " ? On verra aussitôt brandir le spectre de la rigidité, défaut chronique de la plupart des Constitutions de notre histoire : " On a mille fois dénoncé l'ambiguïté du texte constitutionnel. Ou, au contraire, on en a fait une exégèse farouche pour délimiter les prés-carrés du Président de la République et du Premier ministre et obtenir d'un document imprécis une règle irréfragable. Je crois que, dans ce dernier cas, on commet une erreur, et je préfère que l'on dise que la Constitution est floue. Je me félicite qu'elle le soit. Trop précise, elle deviendrait insupportable si elle prétendait répondre à toutes les situations, sans faire la part de l'improvisation, de l'arrangement, de la mobilité nécessaire en politique. Si la légitimité du Président de la République ne procédait pas, comme c'est le cas, de l'élection au suffrage universel direct, si elle n'était pas aussi démocratiquement légitime, alors je comprendrais qu'on se demande si les rapports du Président avec le Premier ministre sont judicieusement réglés par la Constitution ", observait Michel Jobert il y a quelques années (13). Entre 1986 et 1988, le problème est justement que la légitimité démocratique du Président de la République est sérieusement affaiblie (entendue au sens de l'adhésion de la majorité du peuple à son projet politique), et que la clé des conflits qui résulteront inévitablement de cette nouvelle situation ne peut se trouver que dans le texte de la Constitution. De surcroît, on peut considérer que la solidité de nos institutions s'explique par d'autres raisons que cette forme de " souplesse ".

(11) G. DUPUIS, *Pouvoirs*, n° 4, 1978, rééd 1982, p. 5. " Venu le temps moins glorieux des problèmes, elle survivra peut-être et s'adaptera alors à de nouvelles forces et à des circonstances imprévues et imprévisibles ", poursuivait-il. Dans le même sens, cf. F. LUCHAIRE, *La Constitution à l'épreuve du temps*, RPP, sept.-oct. 1980, p. 19-33.

(12) P. AVRIL, *La Constitution à l'épreuve du temps*, RPP sept.-Oct. 1980, p. 31.

(13) M. JOBERT, *Le Partage du pouvoir exécutif*, *Pouvoirs*, N° 4, rééd 1978, rééd 1982, p. 14.

**2 ) La malléabilité n'est ni la force principale, ni un trait original de la Ve République.**

Nous considérons que ce n'est pas la prétendue mutabilité de notre Constitution qui lui permet de faire face aux situations de crise, mais plutôt le fait qu'elle permette pratiquement en toute hypothèse de faire appel à l'arbitrage du peuple souverain pour trancher les conflits entre ses représentants ( a ). De surcroît, le fait que la Constitution puisse donner lieu à des interprétations variables n'est pas spécifique à la Constitution de la Ve République, puisqu'on a pu observer de telles évolutions tant dans notre histoire constitutionnelle qu'à l'étranger ( b ).

**a ) La garantie de la stabilité de la Ve République réside dans une souplesse autre que celle que l'on souligne habituellement.**

126 " Gardez-vous d'instituer une constitution tellement rigide qu'elle entrave tous les mouvements que nécessitent les circonstances. Il faut qu'elle les circoncrive et non qu'elle les gêne ", avertissait le théoricien du pouvoir modérateur (14). Nous estimons qu'il n'est pas nécessaire d'en appeler à la mutabilité des dispositions de notre Constitution pour considérer que la Constitution du 4 octobre 1958 contient une adaptabilité suffisante pour répondre aux vœux de Benjamin Constant. On admettra avec Jean-Luc Parodi que " si elle a résisté à tous ces chocs, c'est peut-être à cause de sa souplesse, mais c'est surtout parce qu'elle a introduit deux innovations. L'une, c'est d'avoir donné une autorité, une tête à l'Etat, ce qu'avait vraiment voulu le général de Gaulle, l'autre, c'est d'avoir prévu, en cas de difficultés, un recours fondamental toujours possible, le recours devant le suffrage universel " (15). Pour Jean Charlot " la mutation fondamentale par rapport aux Républiques antérieures n'est pas la mutation présidentielle qui confère au Président la primauté sur le Premier ministre, mais le fait que la Constitution donne une tête, quelle qu'elle soit, à l'Etat, qu'elle crée une " monarchie républicaine " dans le cadre de laquelle le " monarque " peut changer et, en l'occurrence peut être soit le Président, soit le Premier ministre " (16). Par ailleurs, on peut observer une certaine tendance de la doctrine à considérer

(14) B. CONSTANT, *Réactions politiques*, cité par P. BASTID, *B.Constant et sa doctrine*, T. II, 1966, p. 906.

(15) J.L. PARODI, *Les carrefours de la cohabitation*, RPP, sept-oct. 1985.

(16) J. CHARLOT, Participation au débat : " Primauté présidentielle ou fait majoritaire ", Colloque " Vingt ans de cinquième République : les interprétations du régime ", Paris, 1977, *Pouvoirs* n° 4, 1978, rééd 1982, p. 126. Il poursuivait : " Certes, si demain le Président n'était plus à la tête de l'exécutif, cela provoquerait un



que les changements de pratique constitutionnelle correspondent à des changements de Constitution, ce qui suppose évidemment une très grande souplesse de notre Loi fondamentale. En fait, on peut très bien admettre que ces changements de pratique constitutionnelle se fassent sans qu'il soit nécessaire de prétendre que la lettre de la Constitution ait plusieurs sens, éventuellement contraires. Il suffit pour cela de reconnaître que les dispositions de la Constitution ne sont pas toujours rigoureusement respectées. ...Mais ne serait-ce pas un aveu d'impuissance de la doctrine ? Ce qui fait la force, et la stabilité de nos institutions n'est donc pas, à notre point de vue, la faculté offerte aux gouvernants de faire dire au texte le contraire de ce qu'il dit, mais plutôt le fait que l'organisation des pouvoirs garantisse toujours la possibilité d'un recours à l'arbitrage du peuple en cas de conflit, et l'efficacité du pouvoir gouvernemental, qu'il soit exercé en accord avec le Président de la République, ou dans un sens opposé à ses vues politiques. Or la cohabitation a bien révélé que le gouvernement avait, malgré les critiques et les vetos présidentiels, largement pu déterminer et conduire la politique choisie par la nation lors des élections législatives de 1986. Enfin, cette diversité des pratiques constitutionnelles n'est pas tout à fait spécifique au régime français actuel.

**b ) La " souplesse " n'est pas un caractère spécifique à la Constitution de la Ve République.**

127 Les constitutionnalistes français soulignent avec tant d'insistance la malléabilité de nos institutions, que l'on pourrait croire que c'est une caractéristique originale de la Ve République. Et pourtant... Si l'on entend par souplesse de la Constitution le fait que les gouvernants puissent interpréter la Constitution dans le sens qui leur convient au gré des circonstances, qu'ils puissent violer son texte sans être sanctionnés, cela n'a rien de bien original. On peut observer des pratiques comparables dans tous les régimes autoritaires ou archaïques. On retrouve également ce trait dans notre histoire constitutionnelle, non seulement sous les régimes non démocratiques, mais également sous la IIIe République (où les écarts entre la règle et la pratique étaient si grands que l'on a parlé d'une nouvelle constitution à partir de la célèbre déclaration de Grévy (17)), et sous la IVe République (18). Si l'on estime que la souplesse de la Constitution tient à ce qu'elle puisse donner lieu à des pratiques variables selon la conjoncture, cela n'a rien non plus d'inédit. Le fait que les pouvoirs du chef de l'Etat soient, en pratique, plus ou moins importants selon d'une part le fait qu'il existe ou non une majorité au Parlement, et ensuite selon sa position par rapport à la majorité parlementaire (direction, alliance, ou hostilité) peut être observé dans bien

---

changement important qui conduirait à une Ve République bis, mais ce serait toujours la Ve République face à la IIIe et à la IVe ".

(17) Cf. notamment J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc., 1987, p.212.

(18) Ainsi le célèbre article 13 de la Constitution de 1946 prohibant les décrets-lois a-t-il été totalement bafoué. Mais ce régime n'a pas duré assez longtemps pour que l'on puisse vraiment qualifier de coutumières les violations de la Constitution.

des pays. Ce trait n'est même pas caractéristique des régimes " semi-présidentiels " (même s'il y est souvent plus marqué que dans les autres), puisqu'en Italie comme en Finlande, c'est la division des partis au Parlement qui favorise de développement des prérogatives présidentielles, et qu'aux Etats-Unis comme en Autriche, le chef de l'Etat disposera, en pratique, de pouvoirs bien plus importants lorsque la majorité lui est favorable que lorsqu'elle lui est hostile (19). Aux Etats-Unis comme en France, l'évolution de la pratique constitutionnelle a été marquée, à court terme comme à long terme, par un renforcement des pouvoirs de l'exécutif, favorisé, il est vrai, par certaines révisions formelles des textes. La différence majeure de ces adaptations de la pratique constitutionnelle réside dans le fait qu'outre Atlantique elles se sont faites sous le contrôle de la Cour suprême (20), alors qu'en France, le contrôle de la constitutionnalité des actes du chef de l'Etat échappe encore très largement au Conseil constitutionnel (21). Par ailleurs, cette souplesse ne comporte pas que des avantages.

## B DE L'ELASTICITE A L'INEXISTENCE DE LA CONSTITUTION ?

L'analyse des raisons principales qui expliquent la prédilection des gouvernants pour les " constitutions élastiques " (22) ( 1 ) nous aidera à mieux saisir les inconvénients du flou du droit constitutionnel, un flou qui paraît si grand que l'on en vient à douter de l'existence même de notre Constitution ( 2 ).

---

(19) Cf. introduction. On notera que selon le politiste Theodore LOWI, les Etats-Unis n'en sont pas restés à leur première constitution, mais en seraient à leur " nième " République américaine (dans *The second United States Republic : can the american nation survive the american government for another century ?*, Table ronde AFSP, Paris, mai 1976, cité par M.F. TOINET, *L'exemple américain, un problème esquivé plutôt que résolu*, dans *France-Forum*, avril-mai 1977, n° 155-156, *Se soumettre, se démettre ou quoi*, p. 6. De même, selon le *Chief justice* MARSHALL, " la Constitution a été écrite pour durer à travers les âges et, en conséquence, pour être adaptée aux diverses crises des affaires humaines " (cité dans CORWIN CE.S, *American constitutional history*, New York, Harper Torchbooks, 1964, p. 19 (même source)). Par ailleurs, Woodrow Wilson constatait en 1883 que la pratique de la Constitution s'était soit détachée de l'intention des constituants pour évoluer vers un régime congressionnel (c'est à dire vers un déséquilibre des pouvoirs alors que la Constitution prétendait organiser leur équilibre), et il estimait qu'il fallait instaurer la responsabilité politique de l'exécutif pour rétablir l'équilibre du système. Mais quelques années plus tard il constatait que le Gouvernement américain est plus souvent à prédominance présidentielle qu'à prédominance congressionnelle (cité par A. De LAUBADERE, *Le renforcement du pouvoir politique et la formule du Gouvernement présidentiel*, dans *Refaites une Constitution, Le jeune Parquet*, 1946, p. 189-204, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, T.I, p. 325 et 326.

(20) Sur l'étendue de ce contrôle, et sur le fait que la Cour Suprême se refuse toujours à connaître de certains litiges trop politiques, cf. infra, L. II.

(21) Cf. infra, L II, dernier chapitre (n° 261 et s).

(22) Cf. L. FAVOREU, *Une Constitution élastique ?*, *Le Monde* 5 nov. 1988. L'auteur critique la pratique des " définitions flottantes " utilisée par les partis.

### 1 ) Les raisons premières de l'éloge de la flexibilité constitutionnelle.

Il est aisément compréhensible que les gouvernants de la Ve République aient sans cesse vanté la fluidité de notre droit constitutionnel ( a ). Par contre il est plus surprenant, à priori, de constater avec quelle facilité cette conception a été admise par une partie de la doctrine ( b ).

#### a ) Credo, ou propagande des gouvernants ?

128 " Les institutions sont assez malléables " (23), suffisamment souples, se réjouissent en chœur Président de la République et Premier ministre durant la cohabitation. " Il ne faut pas avoir de notre Constitution une vision monolithique. L'une de ses qualités est, justement, sa souplesse ...", renchérissent leurs proches (24). Ils doivent en effet justifier l'interprétation nouvelle qu'ils donnent de la Constitution, tout en ne remettant pas en cause la légitimité de leurs pratiques passées, et en préservant de nouvelles lectures pour l'avenir. L'invocation de la flexibilité de la Constitution leur permet d'atteindre simultanément ces trois objectifs. Mais leurs prédécesseurs n'avaient-ils pas, eux aussi, souligné inlassablement la souplesse de notre Constitution ? Sous la IIIe République déjà, on pouvait observer la tendance de la classe politique " au scepticisme et à une conception ultra-pragmatique de la norme constitutionnelle, frisant, le cas échéant, la désinvolture. Au fil des années, le discours officiel glissait de plus en plus vers l'éloge ambigu d'un système institutionnel caractérisé par la souplesse et la capacité d'amortir les secousses de l'histoire nationale " (25). Dès sa naissance, la Ve République a été marquée par l'interprétation du général de Gaulle, dont le pragmatisme n'avait d'égal que le mépris pour les règles constitutionnelles dans lesquelles les professeurs de droit (auxquels il explique ce qu'est une Constitution) voudraient enfermer son action, à lui, rédacteur du texte, à lui, incarnation de la Nation ! (26) Suivant fidèlement le modèle gaullien, Georges Pompidou avait une prédilection toute particulière pour l'adjectif " souple ", qu'il

(23) F. MITTERRAND, à l'occasion de sa visite en Franche-Comté, le 30 mars 1987, *Le Monde* 1er avril 1987.

(24) E. BALLADUR, entretien à D. JEAMBAR et C. PEGARD, *Le Point* n° 741, 1er dec. 1986. M. BALLADUR poursuit en estimant que " la réalité politique et la volonté des français pourraient conduire à en appliquer différemment les dispositions ", mais précise qu'il est " très éloigné des conceptions de ceux qui prétendent que la cohabitation modifie les institutions ".

(25) G. LE BEGUEC, *Les français et leurs Constitutions, Pouvoirs*, n° 50, 1989, p. 118.

(26) CF. Conf. de presse du 31. 1. 19864, et supra, T. I, Ch. I.

n'employa pas moins de trois fois au cours de sa seule conférence de presse du 21 septembre 1972. Il se félicitait de ce que nous ayions " une Constitution que beaucoup trouvent bâtarde et qui est en réalité très souple, et qui laisse au chef de l'Etat beaucoup de pouvoirs pour sortir des crises..." (27). Lorsque M. V. Giscard d'Estaing soulignait qu'il avait une interprétation présidentiale de la Constitution, n'était-ce pas reconnaître qu'elle pouvait recevoir une autre interprétation très différente ? (28). Que l'on veuille la justifier par l'ambiguïté de la lettre, par les contradictions dans lesquelles elle est née, par l'esprit du régime, par sa nature bâtarde, ou par la pluralité des lectures que l'on peut faire de la Constitution, l'invocation de la souplesse de la Ve République a " permis " de légitimer bien des violations de la Constitution, car tel était en réalité son objet premier (29). Sans doute, tous les hommes politiques n'admettent-ils pas cette idée. Après que le parti socialiste se soit rallié non seulement à la Ve République, mais aussi à sa pratique dite présidentiale, il ne reste guère que M. R. Barre et le Parti communiste français pour s'opposer à l'idée d'une constitution à géométrie variable, le premier par un attachement farouche à " l'esprit gaullien " (30) (mais nous avons pu constater qu'il n'est guère conforme à la lettre du texte (31)), les autres parce qu'ils estiment qu'une Constitution " devrait être une règle assez précise, et assez formellement précise pour ne pas donner lieu, au fil des événements, à des utilisations à géométrie variable " (32). Mais on n'oubliera pas que le parti communiste a tout intérêt à ce que soit admise une interprétation la plus parlementariste possible de nos institutions, car il est actuellement difficilement concevable qu'il accède au pouvoir (depuis sa rupture avec le Parti socialiste). On peut alors s'interroger sur l'attitude de la doctrine à l'endroit de cette conception.

#### b ) Une vision aisément admise par une partie de la doctrine.

**129** Après avoir, durant les premières années de la Ve République, déversé des flots d'indignation à l'endroit des pratiques inconstitutionnelles des gouvernants, les plumes les plus brillantes du droit constitutionnel on semblé rendre les armes. Sans doute, les violations de la Constitution se firent-elles plus rares, sans doute avait-on fini par ne plus s'en étonner. Sans doute les éminents professeurs étaient-ils conscients de la vanité de leur combat. Mais c'est surtout dans des motivations

(27) *Conf. de presse* du 2 juillet 1970. Cf. G. BERLIA, RDP 1973, p. 495.

(28) Dans une interview à l'Express du 10 mai 1985, M. V. GISCARD D'ESTAING révélera que s'il avait dû, en 1978, vivre une expérience de cohabitation, il aurait pratiqué une présidence beaucoup moins directive qu'auparavant.

(29) Cf. Supra, n° 23 à 25. en particulier

(30) " On ne peut pas jouer avec la fonction du Président de la République comme on joue de l'accordéon (...), dire : il inspire et dirige la politique de la Nation ; puis, parce que la majorité parlementaire change, dire : le Président de la République n'a plus ses attributions ", s'indigne M. R. BARRE au *Club de la presse d'Europe 1*, le 14.4.1985.

(31) Cf. Supra, n° 23.

(32) A. Lepors, intervention au débat dirigé par J. JULLIARD sur France-Culture, automne 1986.

scientifiques et politiques (ou les deux à la fois), qu'il faut rechercher l'explication de cette attitude. La vision juridique " idéaliste " des institutions ayant montré ses limites, la doctrine a recherché de nouvelles méthodes d'étude du droit constitutionnel. Dans un souci de réalisme, elle s'est écartée de l'analyse exégétique, et du normativisme (consistant à décrire le régime tel qu'il devrait être) ces méthodes étant jugées stériles car incapables d'expliquer le fonctionnement réel des institutions; et s'est attachée à analyser la pratique des institutions. On ne s'intéresse plus, alors, aux violations de la Constitution, mais à la pratique de cette Constitution. Constatant que cette démarche consiste en fait à " commenter la pratique telle qu'elle est " (33), certains auteurs prônent une analyse mécaniste (34), ou stratégique (35) des institutions. En toute hypothèse, on regarde comme dépourvues d'intérêt les controverses sur la constitutionnalité de telle ou telle pratique. Par ailleurs, nous verrons que la reconnaissance du caractère souple de notre Constitution s'explique souvent par le fait que certains membres de la doctrine entendent ce terme au sens large, un peu comme le faisait le général de Gaulle. Ainsi, lorsque Jean-Claude Colliard observe que notre Constitution n'existe pas, et qu'elle est donc éternelle (36), il semble qu'il entende par là plutôt notre système constitutionnel, que notre constitution au sens formel (37). Parallèlement, des motivations politiques peuvent contribuer à expliquer certaines variations d'une partie de la doctrine. Malgré une recherche constante d'objectivité, les professeurs de droit ne sont pas toujours totalement " au dessus des contingences politiques ", et, consciemment ou non, en étant de plus ou moins bonne foi, bien souvent par conviction en le bien-fondé ou l'efficacité de telle ou telle pratique; ils peuvent se trouver non pas dans la position de " sages ", " d'arbitres ", à qui il appartiendrait de " dire le droit " (ou au moins quelles peuvent être la ou les interprétations concevables d'une norme), mais plutôt dans celle d'avocats, qui devraient défendre la légitimité (au sens de conformité à la norme) de la pratique constitutionnelle des gouvernants, devant le tribunal suprême que serait le peuple (38). Si cette vision a l'inconvénient (même si on en souligne la relativité) de ternir le prestige de la robe - mais Althusser n'a-t-il pas démontré que l'oeuvre de Montesquieu lui-même n'était pas détachable du contexte socio-politique de son auteur ? (39) -, elle a l'avantage de contribuer à expliquer les palinodies de quelques représentants de la doctrine, et aussi certaines pratiques, comme par exemple le fait que les constitutionnalistes les plus éminents s'expriment souvent dans des journaux, ouvrages ou émissions (de radio ou de télévision) qui s'adressent au " grand public "

(33) O. DUHAMEL, *l'hypothèse de la contradiction des majorités en France*, préc., p. 258.

(34) Cf. J. PETOT, *La Ve République et la continuité du pouvoir sous de Gaulle et Pompidou*, RDP 1974, p. 1652 : " Il semble utile (...) d'abandonner les analyses légalistes habituelles et d'adopter un point de vue opérationnel pour comprendre la Constitution. Celle-ci étant un moyen de la politique, elle suppose un objectif atteint grâce à l'agencement d'une série de mécanismes ".

(35) Cf. *Supra*, n° 9 à 16 et 171 à 174.

(36) Cité en substance par O. DUHAMEL, *L'hypothèse de la contradiction des majorités en France*, dans M. DUVERGER (dir), *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986, p. 271.

37 Cf. *infra*, n° 140.

38 Sur la légitimité, cf. *infra*, L II, en particulier n° 228.

(39) Cf. L. ALTHUSSER, *MONTESQUIEU, la politique et l'histoire*, Quadrige, PUF, 5ème ed. 1981.

(40), et non dans des revues spécialisées, quand la question constitutionnelle fait l'objet d'un débat politique (41). Par ailleurs, la reconnaissance de la souplesse de la Constitution est bien loin de ne comporter que des avantages.

## 2 ) Inconvénients et relativité de l'élasticité.

L'attitude qui consiste à admettre largement le caractère souple de la Constitution peut comporter de graves inconvénients ( a ). Mais la cohabitation a révélé que cette souplesse constitutionnelle ne correspond pas à la réalité, ou est pour le moins très relative ( b ).

### a ) Des inconvénients pour la démocratie.

130 Très tôt, la doctrine a dénoncé la prédilection des gouvernants pour l'adjectif " souple " comme étant révélatrice de " l'esprit " du régime " qui tend à préserver la possibilité de comportements discrétionnaires dont la contradiction suffit à établir qu'ils sont la mise en forme de l'arbitraire " (42). A l'issue de la cohabitation, M.Favoreu souligne avec plus de vigueur encore que " le phénomène de l'alternance a rendu encore plus nécessaires la stabilité et l'incontestabilité des interprétations de la Constitution pour éviter de faire de celles-ci un enjeu politique " (43). Progressivement, la conviction que la Constitution était souple s'est largement répandue et a eu pour objet, et souvent pour effet, de légitimer des pratiques contraires à la Constitution. Mais surtout, dans l'avenir, elle peut se révéler comme une porte ouverte à d'importants abus de pouvoir. Dans un contexte où des partis ou des hommes peu respectueux des principes démocratiques accèderaient au pouvoir, on voit mal comment ceux qui ont gouverné avant eux ainsi que leurs conseillers pourraient leur dénier le droit de faire dire au texte le contraire de ce qu'il dit en prétendant que sa souplesse le permet, puisqu'eux-même auront défendu de telles thèses. Sans doute avancera-t-on qu'on ne saurait tout attendre du droit, et que des barrières de papier

---

(40) Cf. notamment les observations sur ce point de M. TROPER, *La signature des ordonnances, fonctions d'une controverse*, *Pouvoirs* n° 41, *Le Président*, 1987, p. 75. Par ailleurs, certaines publications de professeurs de droit, comme par exemple le *Bréviaire de la cohabitation* de M. DUVERGER, sont très significatives à cet égard. Sur l'influence de la doctrine dans l'interprétation de la Constitution, cf. infra, L. II.

41 Cf. M.A COHENDET-CHASLOT, *La doctrine et la cohabitation, jeux de miroirs*, Rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990, et infra n° 205.

(42) G. BERLIA, RDP 1973, p. 495. et P. AVRIL, *Un tournant du régime ?*, RDP 1973, p. 779.

(43) L. FAVOREU, *Une Constitution élastique ?* *Le Monde* 5 nov. 1988.

n'ont jamais arrêté des dictateurs. Mais on ne pourrait nier non plus qu'on facilite de tels abus en brûlant soi-même les " barrières de papier "; qu'on ouvre toutes grandes les portes de l'arbitraire en expliquant au peuple durant des années que les dispositions de la Constitution sont très malléables. Par prétention ou manque de mémoire, les français semblent se considérer " au-dessus " de tels risques. Vichy n'est pourtant pas si loin.

**b ) La cohabitation a révélé la relativité de cette " souplesse " .**

**131** Pour certains, " Notre Constitution n'existe pas, elle est donc éternelle " (44). Pourtant la coexistence apparaît comme une " revanche du droit " (45), car elle montre que nous avons bien une Constitution, organisant la répartition des compétences, et permettant de résoudre les conflits entre les pouvoirs publics, tout en garantissant l'efficacité gouvernementale. Notre Constitution n'a donc rien du magma informe, malléable à l'infini, dénoncé ou glorifié par certains. Néanmoins, les quelques controverses juridiques qui se sont développées durant cette période, en particulier sur la signature des ordonnances et sur la convocation du Parlement en session extraordinaire, et la persistante prédilection des gouvernants pour l'éloge de la malléabilité de nos institutions nous obligent à nous interroger de manière plus précise sur ce que l'on entend par " souplesse de la Constitution " .

---

(44) J. C. COLLIARD, Cité en substance par O. DUHAMEL, *L'hypothèse de la contradiction des majorités en France*, dans M. DUVERGER (dir.), *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986, p. 271.

(45) P. AVRIL, *Une revanche du droit constitutionnel*, *Pouvoirs*, n° 49, 1989, p. 5.

## II ELASTICITE DES INSTITUTIONS OU DES CONCEPTS ?

En invoquant la souplesse du texte, on veut généralement dire qu'il est susceptible de plusieurs interprétations ( A ). Or le problème est de savoir non seulement ce qui rend possible ces interprétations, mais encore quelles sont les conséquences juridiques de ces " mutations " successives ? La Constitution se trouve-t-elle modifiée par chacune de ces interprétations ? ( B ).

### A UNE CONSTITUTION QUI PERMET PLUSIEURS INTERPRETATIONS ?

Avant même la cohabitation, nous avons pu constater que l'on avait fait une interprétation présidentialiste du texte constitutionnel. Puis la coexistence l'a remise en cause, pour imposer une " lecture " plus parlementariste. En dehors des variables qui déterminent ces changements (répartition des forces politiques entre les différents organes, existence ou non d'une majorité parlementaire, situation du Président par rapport à cette majorité, légitimité des différents acteurs, mode de scrutin, image des pouvoirs présidentiels...), quels sont, dans le texte même de la Constitution (en dehors des systèmes de contrainte que nous avons évoqués (1)), les éléments qui rendent possibles ces interprétations variables ? La lettre de la Constitution les permet-elle ( 1 ), ou bien sont-elles simplement possibles parce que ce texte ne prévoit pas de mécanisme permettant de les sanctionner ( 2 ) ?

---

(1) Cf. Supra, les contraintes mises en évidence par l'analyse stratégique, n° 9 à 12..



## 1 ) Des variations d'interprétations autorisées par la lettre de la Constitution ?

On peut penser que la Constitution du 4 octobre 1958 autorise des "lectures" variables soit parce que ses dispositions sont claires et permissives ( a ), soit parce qu'elles sont confuses ( b ), soit éventuellement pour ces deux raisons à la fois. Mais ce type d'analyse conduit plus souvent à légitimer qu'à expliquer réellement la prétendue souplesse de la Constitution.

### a ) L'hypothèse de la permissivité des dispositions constitutionnelles.

132 Dans bien des cas, on pourrait mettre fin aux controverses sur la constitutionnalité de telle ou telle pratique en considérant que les dispositions qui en font l'objet sont permissives. Dans cette optique, la Constitution ne ferait pas véritablement l'objet d'interprétations contraires, mais on considérerait que sa lettre, claire, puisse faire l'objet de pratiques contraires. Sans doute avons-nous pu constater que le texte ne permet pas de l'établir (lorsqu'il prévoit des dispositions permissives, il contient des formules explicites du type " peut " ou " décide "..., ce qui est relativement rare (2)), et que cette interprétation ne semblait pas conforme à l'intention des constituants (si l'on admet le postulat selon lequel le général de Gaulle ne disait pas, lors de la rédaction de la Constitution, le contraire de ce qu'il pensait) . Néanmoins, dans ces cas-là, l'argument le plus solide qui pourrait être invoqué serait qu'il s'agit de dispositions habilitantes, ou habilitatives, c'est à dire de dispositions qui " n'exigent pas que des personnes accomplissent certains actes, mais (...) leur confèrent des pouvoirs; elles n'imposent pas des obligations, mais offrent le moyen de créer librement des droits et obligations juridiques, dans les limites de l'appareil coercitif du droit " (3). Ainsi, le Parlement est-il habilité, aux termes de l'article 34, à adopter des lois dans certains domaines. Pourrait-on considérer que, de même, le Gouvernement est habilité à engager sa responsabilité devant le Parlement, aux termes de l'article 49.1, que le Président de la République est habilité à signer ou non les ordonnances, à convoquer ou non le Parlement ? Leur pouvoir serait alors discrétionnaire, puisque l'on peut observer avec Charles Eisenmann qu' " à partir du moment où il y a simplement règles de pure habilitation, il y a un point de pouvoir discrétionnaire " (4). En effet, " dès lors que la règle n'est pas une règle d'obligation,

(2) En droit administratif, cf. Ch. EISENMANN, Cours de droit administratif, Les actes de l'administration, 1949-1950, LGDJ, 1983, p. 304.

(3) H.L.A. HART, Le concept de droit, Bruxelles, facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 68. L'auteur conteste la théorie impérativiste d'AUSTIN, et insiste sur l'importance des dispositions habilitatives.

(4) Ch. EISENMANN, Cours de droit administratif, Les actes de l'administration, 1949-50, LGDJ, 1983, p. 305.

mais une règle de pouvoir simplement, de pur pouvoir, pouvoir faire une chose signifie également pouvoir ne pas la faire, c'est à dire n'être pas obligé de la faire; dès lors le pouvoir discrétionnaire s'introduit, ipso facto, consistant en ce que la norme en question, l'agent pourra, soit l'édicter, soit ne pas l'édicter " (5). Néanmoins le recours au concept de norme habilitante ne résoud pas notre problème. Tout d'abord par ce qu'il ne peut concerner que certaines dispositions de la Constitution, ensuite et surtout, parce que Charles Eisenmann précise bien que le caractère discrétionnaire qui vient d'être évoqué ne s'attache qu'aux " règles de pure habilitation, sans obligation ". Nous voici ramenés à notre point de départ, le problème étant toujours de savoir si ces autorités sont obligées ou non d'adopter ces actes, et s'ils ont le choix des actes à adopter, ce qui permettra de connaître l'étendue de leur pouvoir discrétionnaire. Par exemple, on ne saurait contester que c'est le chef de l'Etat qui est habilité à nommer le Premier ministre, mais il n'est pas, pour autant, libre de désigner ou non un premier ministre. Au contraire, le Parlement est libre d'adopter ou non des lois, il a donc un pouvoir de pure habilitation. L'analyse exégétique nous a montré qu'à ce point de vue, seules certaines dispositions de la Constitution étaient permissives, on y ajoutera les normes de pure habilitation, les autres normes habilitatives contenant seulement un degré variable de permissivité (elles sont donc plus ou moins liées). Ainsi, le recours au concept de norme habilitante ne suffit-il pas à expliquer que la lettre de la Constitution puisse se plier à plusieurs pratiques variables, voire contraires.

## b ) L'hypothèse de l'ambiguïté du texte

133 L'imprécision, la confusion, l'ambiguïté de notre Constitution a été tellement louée ou dénoncée, qu'elle apparaît aujourd'hui comme un véritable dogme. C'est cette ambiguïté qui ferait la souplesse de notre Constitution, qui lui permettrait d'établir " un régime à géométrie variable ", capable de s'accorder à bien des cas de figure (6). " L'ambiguïté des textes est un avantage - écrit François Luchaire -, puisque c'est précisément l'ambiguïté de la rédaction de 1958 qui permet à notre régime d'être tantôt un régime consulaire, tantôt un régime parlementaire à l'anglaise, tantôt un régime parlementaire à la française. Napoléon, reprenant les propos de Cambacérès, disait que pour qu'une constitution soit bonne, il faut qu'elle soit courte et obscure. Ajoutons qu'il faut aussi qu'elle soit ambiguë " (7). Même si l'on ne partage pas totalement l'opinion de cet éminent constitutionnaliste, il faut bien

(5) Ch. EISENMANN, Cours de droit administratif, Les actes de l'administration, 1949-50, LGDJ, p. 305.

(6) F. LUCHAIRE, la Constitution à l'épreuve du temps, RPP sept.-oct. 1980, p. 20 et 31.

(7) F. LUCHAIRE, La Constitution à l'épreuve du temps, préc. p. 31. Très nombreux sont les auteurs qui soulignent l'ambiguïté, la confusion du texte constitutionnel, en estimant, par exemple, que certaines de ses dispositions sont mal rédigées, ambiguës ou contradictoires entr'elles (cf. C. A. COLLIARD, Les pouvoirs du Président de la République en cas de coexistence institutionnelle, RDP 6.1989, p. 1598, p. 1602 et 1604), ou soulignant que la Constitution est courte et obscure, voire Le régime du je-ne-sais-quoi selon P.H. SIMON (cf. J. GICQUEL, Droit constitutionnel et institutions politiques, préc., 1987, p. 199).

constater qu'en pratique, toute disposition ambiguë d'un texte accorde indéniablement, du fait même de son ambiguïté, un pouvoir discrétionnaire à celui qui est chargé de l'appliquer. " Une règle peut être apparemment rigoureusement impérative à tous égards, - c'est à dire paraître prescrire à un organe d'édicter une certaine norme si telle circonstance est donnée; si la définition de cette norme, ou de cette circonstance, est entachée d'imprécision ou d' " obscurité " , si des mots employés sont susceptibles de plusieurs interprétations ou peuvent donner lieu à plusieurs appréciations, la règle laisse place à du pouvoir discrétionnaire, pour l'agent d'exécution, - qui choisira l'une des interprétations et par là achèvera de déterminer la règle " (8). Le problème est que l'appréciation du caractère clair ou confus des dispositions de la Constitution de 1958 est éminemment évolutif. Certaines d'entr'elles paraissaient parfaitement limpides durant les premières années de la Ve République (par exemple l'obligation, pour le chef de l'Etat, de convoquer le Parlement en session extraordinaire lorsque la demande lui en était régulièrement présentée, ou l'obligation faite au gouvernement d'engager sa responsabilité sur son programme, aux termes de l'article 49.1), mais c'est la violation de ces règles qui a induit une contestation de leur sens, et qui a expliqué que les gouvernants et la doctrine considèrent (au moins pour certains d'entre eux) qu'il s'agissait de dispositions non pas impératives, mais permissives; ou pour le moins qu'elles étaient confuses, et pouvaient donc faire l'objet de pratiques variables (le même raisonnement pourrait être conduit pour la possibilité de révision de la Constitution par l'article 11 par exemple). Dans une optique que l'on qualifiera de " réaliste " , on admettra très facilement que le sens de ces dispositions ait changé, qu'elles aient acquis, du fait de cette pratique, un caractère permissif. Mais cette démarche nous paraît avoir des inconvénients majeurs. D'une part, au niveau du fond du droit, elle autorise par avance toutes les violations de la Constitution, et ouvre la porte aux pires abus; et d'autre part, au niveau de la méthode du droit constitutionnel, elle nous semble déboucher sur une impasse, puisqu'elle conduit à assimiler la règle et la pratique, les règles du jeu et le jeu, et donc à rendre impossible toute étude de l'efficacité des normes (9). Dans une optique juridique plus idéaliste sans doute, nous considérons que l'on ne peut admettre que des violations successives d'un texte parviennent à le transformer, même si de brillants " avocats " sont venus démontrer le bien-fondé de ces " interprétations " . Aussi longtemps qu'une juridiction n'est pas venue préciser l'interprétation qui sera considérée comme authentique de ce texte (mais qui ne sera pas pour autant à l'abri de toute critique), on se référera au texte lui-même, et non aux " interprétations " auxquelles il a donné lieu, pour savoir s'il peut être considéré comme clair ou obscur. Peut-être, un jour, une juridiction compétente préférera-t-elle considérer qu'il s'agit de dispositions permissives (ce qui permettra de légitimer à priori et à posteriori certaines pratiques), par exemple parce qu'elle sera convaincue par une argumentation de type réaliste, et qu'elle considèrera qu'il est plus opportun de rendre " authentique " cette interprétation. L'analyse du texte (et de

---

(8) Ch. EISENMANN, Cours de droit administratif, Les actes juridiques du droit administratif, 1957-1958, LGDJ, 1983, p. 670.

(9) Cf. infra, L. II.

l'intention des constituants) ne sera pas pour autant devenue sans objet, même si elle n'apporte rien au niveau du contenu du droit positif, car elle est importante pour l'étude des facteurs qui déterminent l'évolution et l'efficacité des normes constitutionnelles. Bien que la majorité de la doctrine adhère au dogme de l'ambiguïté de la Constitution, nous considérons au contraire que, si l'on recherche l'intention affichée des rédacteurs de la Constitution et que l'on se place dans leur système d'interprétation (parlementariste), la Constitution de la Ve République est le plus souvent parfaitement claire, beaucoup plus en tout cas qu'on le prétend généralement. Sa prétendue obscurité s'explique en fait, dans la plupart des cas, par le mépris des gouvernants pour ce texte, et par le souci de réalisme de la doctrine (10). Ainsi se pose clairement la question de savoir si de telles interprétations n'ont pas, tout simplement, pu s'imposer parce qu'il n'existait pas de mécanisme permettant de les rendre nulles.

## **2 ) Des interprétations contradictoires rendues possibles par l'absence de sanction ?**

On peut considérer que la souplesse de la Constitution vient non pas du fait qu'elle prévoit ou permette, à cause du caractère permissif ou ambivalent de ses dispositions, des interprétations variables, mais du fait qu'elle les rend possibles en ne prévoyant pas de mécanismes permettant de sanctionner ses violations. Ou pourrait même aller, par conséquent, jusqu'à douter de la juridicité des dispositions concernées, puisqu'elles apparaîtraient dépourvues de sanction. Que l'on admette avec H.L.A. Hart que des règles de droit dépourvues de sanction sont tout à fait concevables (11), et que le seul fait qu'elles soient incluses dans la Constitution suffise à conférer un caractère juridique à ces dispositions, ou que l'on pense au contraire que " c'est la mise en oeuvre éventuelle de la contrainte, l'intervention possible du juge et du gendarme qui permettent d'isoler les règles juridiques des autres règles " (12), on observera qu' en toute hypothèse, la Constitution prévoit des possibilités de sanction pour la violation de ses dispositions ( a ), et que s'ils ne sont pas employés, cela peut s'expliquer par plusieurs raisons ( b ).

### **a ) Des sanctions sont possibles.**

**134** S'agissant des actes législatifs, ou des actes administratifs qui ne sont pas regardés par le Conseil d'Etat comme des actes de gouvernement, le contrôle de

(10) Cf. *infra*, L. II.

(11) H.L.A. HART, *Le concept de droit*, préc., p. 57 et s.

(12) J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc., 1987, p. 15.

leur constitutionnalité ne pose pas de difficulté majeure, puisqu'il relève de la compétence du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'Etat. Le problème le plus épineux est celui dont ces autorités refusent d'apprécier la légalité, et en particulier des actes du chef de l'Etat concernant ses rapports avec les autres pouvoirs publics constitutionnels<sup>13</sup>. Si les rédacteurs de la Constitution avaient estimé que des violations de la Constitution par le Chef de l'Etat pourraient faire l'objet d'une mise en accusation devant la Haute Cour de justice, nous avons pu constater à quels obstacles, en particulier politiques, se heurtait l'application de cette procédure, demeurée lettre morte jusqu'à présent en ce qui concerne le Président de la République (14). De même, la responsabilité du Président devant le peuple semble-t-elle relativement inefficace pour sanctionner d'éventuelles violations de la Constitution par le Chef de l'Etat.

### b ) Des mécanismes inadaptés ?

**135** Si l'article 68 de la Constitution du 4 octobre 1968 reste, à cause des difficultés de sa mise en oeuvre, une " arme lourde ", qui ne peut être utilisée que dans des cas exceptionnels, elle joue néanmoins un rôle dissuasif, et limite, dans certaines conjonctures politiques, les violations particulièrement manifestes de la Constitution. Néanmoins ce contrôle a l'inconvénient d'être éminemment politique et se révèle presque inutilisable dès lors que l'une au moins des deux chambres du Parlement partage les vues du chef de l'Etat (15). Par ailleurs, " lorsqu'un gouvernant ou un pouvoir public, détenteur d'une part de l'autorité de l'Etat ignore la constitution, il peut, malgré tout, être ramené à l'obéissance par la pression des autres pouvoirs publics, sous le contrôle ou avec le concours des citoyens. De ce point de vue - note Jean Gicquel -, la Ve République a favorisé, la juridicisation du droit constitutionnel, et, disons-le tout net l'essor de l'Etat de droit, en soumettant notamment, l'action du chef de l'Etat à l'appréciation des citoyens..." (16). On peut en effet considérer que le Président de la République est directement responsable de son action devant le peuple, qui pourrait sanctionner des violations de la Constitution, au minimum en ne le réélisant pas à l'issue de son mandat (17), ou tout au plus lorsque le chef de l'Etat engage sa responsabilité devant le peuple à l'occasion d'élections législatives ou d'un référendum. Ainsi peut-on estimer que le mépris constant du général de Gaulle pour la

<sup>13</sup> Sur la nécessité d'une extension des compétences du Conseil constitutionnel pour qu'il puisse contrôler les actes de gouvernement, cf. infra, L.II, dernier chapitre.

(14) Cf. Supra, n° 118-119.

(15) Cf. Supra, n° 118-119.

(16) "...A preuve, note-t-il, la révocation populaire du général de GAULLE, en 1969 et de V. GISCARD d'ESTAING en 1981 " : J. GICQUEL, Droit constitutionnel et institutions politiques, préc., 1987, p. 15 (souligné par l'auteur). Il évoque également le contrôle de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel, et le rôle régulateur des autorités administratives indépendantes.

(17) Sur la Responsabilité du Président de la République, cf. supra n° 116 à 119, et sur son rapport avec la durée du mandat présidentiel, cf. infra, n° 242 à 249.

sorte de mutation très curieuse, deviendrait un régime alternatif, dont les variations suivraient la conjoncture électorale. Elle serait désormais protégée ou caméléon. Cette solution aurait l'immense avantage de ne demander aucune révision des textes et d'éviter toute crise de régime " (24). Juridiquement, il est vrai que l'on voit mal comment une Constitution peut se muer du jour au lendemain. Cette vision d'un " régime " alternatif ne nous paraît donc acceptable que si l'on entend les termes " Constitution " et " régime " dans un sens particulièrement large (25). On peut ensuite recourir à la notion d' " usage approuvé par le peuple ", en considérant qu'en marge des dispositions du texte, l'assentiment populaire aux pratiques du chef de l'Etat (depuis le général de Gaulle jusqu'à François Mitterrand) opère une révision informelle, mais pourtant bien réelle, de la Constitution. Il semble que ce soit le type d'argument qui est utilisé par l'actuel Président de la République pour justifier une éventuelle révision de la Constitution par le biais de l'article 11, puisque selon lui, " l'usage établi et approuvé par le peuple peut désormais être considéré comme l'une des voies de la révision, concurremment avec l'article 89 " (26). On ne saurait considérer ici que cette justification s'explique par la notion de coutume (deuxième type d'argument avancé), qui, elle, est habituellement reconnue comme une source de droit (sous certaines conditions) (27). Car, quelque large que soit l'acception que l'on a de la notion de coutume, elle exige un usage largement répandu, et pour le moins, une répétition régulière, laquelle fait singulièrement défaut dans l'exemple évoqué. Si l'on admet que n'importe quel usage, fût-il anticonstitutionnel, " approuvé par le peuple " (mais n'oublie-t-on pas que cet usage a plutôt été désapprouvé par le peuple en 1969 ?), modifie la Constitution, alors on doit se résigner à admettre qu'elle est bien un protégée, un magma informe, que chaque chef d'Etat pourra modeler selon son bon plaisir, aussi longtemps qu'il sera assez fort pour prétendre avoir l'assentiment du peuple (le peuple étant présumé consentir, dès lors qu'il ne dit mot - ou, en réalité, aussi longtemps qu'il n'est pas en mesure de mettre en jeu la responsabilité politique ou pénale des gouvernants -). Nous considérons qu'il s'agit là de simples pratiques, et non de règles susceptibles de modifier la Constitution. Plus réaliste, Jean Gicquel pense que la Constitution de la Ve République peut faire l'objet de révisions informelles qui résultent de la pratique, et il distingue les " faussements " (imposés unilatéralement par un Gouvernant), de la " coutume " (qui ferait l'objet d'un consensus) (28). On peut en effet invoquer enfin la coutume constitutionnelle, argument qui paraît beaucoup plus solide que les précédents. Au terme d'une étude très réaliste sur la pratique de la Ve République, Jean Gicquel concluait que la "

---

(24) J. PETOT, Faut-il réviser la Constitution de 1958 ? , RDP 1985, p. 1481. Il fait ici explicitement référence à l'idée de B. JEANNEAU, selon laquelle " réversible, le régime constitutionnel français peut ainsi être alternativement à dominante présidentielle ou à dominante parlementaire, selon que le chef de l'Etat dispose ou non d'une majorité à l'Assemblée " (Pouvoirs n° 1, 1977, p. 121).

25 Cf. *infra*, n° 140-141.

(26) F. MITTERRAND, Sur les institutions, Entretien avec O. DUHAMEL, Pouvoirs n° 45, 1988, p. 138.

(27) Sur la notion de coutume, cf. *infra*, n° 195.

(28) J. GICQUEL, Droit constitutionnel et institutions politiques, *préc.*, 1987, p. 209. Pour une analyse plus précise de ces problèmes, cf. *infra*, n° 195.

transformation coutumière du régime " posait le problème de sa qualification, et révélait l'importance de la coutume comme source du droit public (29). Mais la cohabitation remet totalement en cause ce type d'explication.

## 2 ) Des thèses contredites par la cohabitation .

En imposant un retour très large à la lettre de la Constitution, la cohabitation révèle que celle-ci n'a été modifiée ni par des usages, ni par une coutume antérieure ( a ). Par ailleurs, l'idée d'une constitution à application alternative paraît être confirmée, mais elle reste très fragile sur le plan juridique, ce qui révèle la nécessité de recourir à une autre explication pour justifier ce changement d'interprétation ( b).

### a ) La remise en cause de la justification par l'usage ou la coutume.

138 Bien qu'il ait souligné dans son message au Parlement du 8 avril 1986 que " Les circonstances qui ont accompagné la naissance de la Ve République, la réforme de 1962 sur l'élection du chef de l'Etat au suffrage universel et une durable identité de vues entre la majorité parlementaire et le Président de la République ont créé et développé des usages qui, au-delà des textes, ont accru le rôle de ce dernier dans les affaires publiques (et que) la novation qui vient de se produire requiert de part et d'autre une pratique nouvelle " (30), M. Mitterrand ne renonce pas totalement à faire appel à ces usages, puisque c'est durant la période de cohabitation qu'il fait référence à l'usage gaullien de la révision constitutionnelle par l'article 11 (31). Nous venons en effet de constater que M. Mitterrand, considère que cet usage " peut désormais être considérée comme une des voies de la révision " (32) Néanmoins, tant l'échec du projet de révision de 1984 que la pratique de la cohabitation ont révélé que la Constitution n'avait pas été modifiée par les usages " approuvés par le peuple ", puisqu'ils ont pris fin, et que l'on s'est référé non pas à ces usages, mais à la lettre de la Constitution, pour déterminer la répartition des pouvoirs entre Président de la République et Premier ministre. De surcroît, sur le plan, non plus de la pratique, mais des principes juridiques, à notre connaissance, l'usage peut tout au plus être une source supplétive du droit, à moins qu'il revête certains caractères qui permettent de le qualifier de coutume.

---

(29) J. GICQUEL, Essai sur la pratique de la Ve République, bilan d'un septennat, Thèse, LGDJ, 1968, 2e ed 1977, p. 356-357.

(30) F. MITTERRAND, Message au Parlement du 8 avril 1986.

(31) Les entretiens avec O. DUHAMEL se sont achevés le 7 mars 1988.

(32) Entretien précité à O. DUHAMEL, p. 138. , cf. supra, n° 137.

La thèse selon laquelle le régime de la Ve République aurait été transformée par la coutume a été totalement contredite par la cohabitation puisque celle-ci a permis un large retour au texte. Or ce retour n'aurait pas été possible si la " Constitution coutumière " (33) était réellement devenue plus importante que le texte, comme on aurait pu le croire avant cette épreuve (34). Néanmoins, sur certains points, en particulier en matière de politique étrangère et de défense, ou en ce qui concerne la convocation du Parlement en session extraordinaire, on peut se demander dans quelle mesure les usages antérieurs que certains pourraient qualifier de coutume, ne se sont pas maintenus, malgré ce large retour au texte de la Constitution. Auraient-ils, ainsi, prouvé que la Constitution a été, sur ces points, modifiée par la pratique ? (35). Une telle vision serait à notre point de vue inadmissible. S'il est indéniable que ces usages ont été allégués pour justifier le maintien de pouvoirs présidentiels non négligeables, cela tient à des circonstances particulières à cette expérience de cohabitation (côte de popularité du Président de la République, désir commun du chef de l'Etat et du Premier ministre de préserver l'importance de la fonction présidentielle pour l'avenir, d'autant que chacun d'eux allait être candidat à cette élection; leur souci d'éviter une crise (parce que le peuple ne l'aurait pas admis, car le principal bénéficiaire pour les élections présidentielles aurait été Raymond Barre, et parce que J. Chirac, ayant déjà " claqué " une fois la porte de Matignon en 1974, ne pouvait prendre le risque de recommencer sans détruire son image d'homme d'Etat; et parce que, sur le fond, il n'y avait pas d'opposition radicale entre les principaux acteurs, dès lors que chacun en appelait à l'héritage gaullien). Puisque la variabilité des interprétations de la Constitution ne peut se justifier juridiquement par les notions d'usage ou de coutume, il faut rechercher une autre explication.

#### **b ) La nécessité de recourir à une nouvelle explication.**

**139** Seule la vision d'une " Constitution-Janus " (36), à double face, l'une tournée vers le passé, et l'une vers l'avenir, d'une Constitution à application alternative selon la conjoncture, semble avoir résisté à l'épreuve de la cohabitation. Mais le fondement juridique de cette explication est toujours aussi fragile, si l'on considère que deux pratiques contradictoires sont également conformes au texte; celle qui se caractérise par la toute-puissance d'un Président de la République devant lequel le Premier ministre est, en fait, responsable (37); et celle qui est marquée par la

---

(33) Expression employée par J. GICQUEL, thèse préc., p. 358.

(34) Cf. *infra*, n° 195.

(35) En ce sens, cf. B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, préc., 1988, p. 599.

(36) On notera que Janus, à l'instar de Protée, était un génie protecteur, doué de la faculté de prédire l'avenir (mais aussi de connaître le passé).

(37) Cf. *supra*. S. ARNE relevait en 1971 que " Le chef de l'Etat est à l'origine des pouvoirs du Gouvernement. Il est symptomatique que cela ait été reconnu dès 1959, ce qui nous montre bien, une fois de



direction effective de la politique de la nation par un chef de Gouvernement qui " n'a de comptes à rendre " de sa politique que devant le Parlement. Cette dualité constitutionnelle nous semble être une vue de l'esprit. Elle ne correspond d'ailleurs pas vraiment à la réalité qui, depuis 1988 surtout (mais déjà sous les différentes présidences avant la cohabitation, puis durant la coexistence), s'est révélée beaucoup plus complexe que ce schéma simplificateur. Alors, avons-nous une " Constitution-protée " ? Non, nous avons une constitution rigide (au sens où on l'enseigne aux étudiants en droit, c'est à dire - par opposition à une Constitution souple qui peut être révisée aussi aisément que la loi - un texte qui est placé, dans la hiérarchie des normes, au dessus de la loi, et qui ne peut être modifié que par une procédure particulière). Sans doute cette règle a-t-elle été violée en 1962, puisque l'on a utilisé pour réviser la Constitution une procédure qui est applicable aux lois ordinaires, mais cette méconnaissance du texte ne suffit pas, à notre point de vue, à le rendre désuet.

En imposant le retour au texte de la Constitution, la cohabitation a prouvé que nous avons une Constitution, une Constitution rigide, qui n'était pas susceptible d'être modifiée par la pratique, la " coutume ". Elle n'est ni Janus, ni Protée, ni une Constitution à géométrie variable, elle est un texte fixe, mais susceptible, tout en restant le même, de donner lieu à plusieurs pratiques, plus ou moins conformes ou compatibles avec le texte; elle peut s'inscrire dans différents systèmes.

Si l'on veut à tout prix employer une image simplificatrice, on dira qu'elle ne se mue pas au gré des circonstances, mais qu'elle change simplement de robe, ce qui peut donner l'impression qu'elle est différente, alors qu'elle est toujours la même, seul le cadre dans lequel elle évolue étant modifié par la conjoncture.

---

plus, que toute la Ve République est inscrite dans les événements, les déclarations et les usages de ses débuts, au besoin *contra legem* " (dans *L'esprit de la Ve République. Réflexions sur l'exercice du pouvoir*, RDP 1971, p. 662.

## Section II FLEXIBLES SYSTEMES

Si l'on adopte une définition stricte des concepts de " Constitution " et de " régime ", on pourra constater que la cohabitation n'a aucunement consisté en un changement de régime politique, mais qu'elle a au contraire démontré la rigidité de notre Constitution. Aussi, la mutation à laquelle nous avons assisté ne révèle-t-elle pas le caractère protéiforme de la Constitution, mais le fait que ce régime fixe peut s'inscrire dans des systèmes politiques très variables. Seule cette distinction entre régime et système politique nous permettra donc de bien saisir toute la relativité de cette expérience<sup>1</sup>. Le système politique étant la résultante de la combinaison entre le régime (entendu au sens étroit) et un système de variables déterminantes, le régime fixe de la Ve République est susceptible d'être pratiqué dans des systèmes politiques très variables. Cette expérience de cohabitation n'a été que l'un de ces systèmes. On constatera par exemple que si certaines données tenant à la situation des forces politiques ou à la personnalité des acteurs notamment, avaient été différentes, la coexistence aurait pu, par conséquent, se dérouler d'une autre façon ( I ). On démontrera en outre la valeur relative de cette expérience en constatant que si elle ne s'est pas traduite par la création d'un droit nouveau, elle a permis la création de précédents, et a modifié certaines variables du système. On s'interrogera donc sur l'influence qu'elle a pu ou pourrait avoir tant sur la pratique suivante que sur une nouvelle forme de cohabitation ( II ).

---

<sup>1</sup> Pour une présentation de la distinction entre régime et système, cf. supra n° 27, et pour une analyse approfondie, cf. infra, L. II.

## **I LA COHABITATION, CHANGEMENT DE SYSTEME, ET NON DE REGIME.**

Ce qui a conduit au changement de système politique observé durant la cohabitation n'a pas été la mutation de la Constitution, mais le changement du système de variables déterminantes qui a déterminé sa pratique. Aussi, cette expérience a-t-elle révélé que notre régime politique est fixe et peut s'inscrire dans divers systèmes. De nombreux débats sur le point de savoir si la Constitution est modifiée ou non par les différentes pratiques auxquelles elle peut donner lieu, pourraient prendre fin si tous les auteurs donnaient aux termes " Constitution ", et " régime " la même définition. Aussi devons-nous préciser dans quel sens nous entendrons ces concepts ( A ), pour démontrer que la cohabitation n'a été qu'un des systèmes concevables dans le régime fixe de la Ve République ( B ).

### **A ) PRECISIONS SUR LES NOTIONS DE " CONSTITUTION " ET DE " REGIME ".**

Très souvent, lorsque les hommes politiques ou la doctrine soulignent la souplesse de notre " Constitution " ou de notre " régime ", il semble qu'ils aient une conception extrêmement large de ces notions. Il résulte souvent du flou entretenu sur ce point une confusion entre la règle et la pratique, les règles du jeu et la façon dont il peut être joué, le droit et le fait. Or cette confusion nous empêche à la fois de comprendre les évolutions de la pratique, et de prévoir celles qui sont concevables dans l'avenir. C'est pourquoi nous proposerons une définition stricte des notions de " Constitution " ( 1 ) et de " régime " ( 2 ).

### 1 ) L'idée de " Constitution souple ", fruit d'une conception souple de la Constitution ?

140 Pour François Luchaire et Gérard Conac, " la nouvelle pratique instaurée après le 16 mars 1986 a mis en valeur la souplesse de la Constitution, mais aussi sa " versatilité ", puisqu'au gré des conjonctures électorales, elle modifie le rôle du Président " (2). Une telle affirmation ne nous semble acceptable qu'au prix d'une confusion totale entre le droit et la pratique, entre le texte de la Constitution et les interprétations auxquelles il peut donner lieu. De fait, lorsque certains auteurs estiment que notre constitution est modifiée au gré des circonstances c'est généralement qu'ils ont une acception très large de ce concept, assimilant la pratique de la Constitution à la Constitution elle-même. Ainsi, lorsque François Goguel, par exemple, estime que la cohabitation a consisté en un changement de Constitution, c'est en réalité parce qu'il adopte une définition particulièrement extensive de ce concept : " Je crois (...) que nous sommes entrain de changer de Constitution. Le général de Gaulle, dans une de ses conférences de presse, avait dit " Une Constitution c'est un esprit, des institutions et une pratique ". Je crois que les institutions n'ont pas changé, mais que l'esprit a changé et que la pratique a changé. Quel était l'esprit de la Constitution selon le général de Gaulle ? (...) " Du Parlement, il va de soi que le pouvoir exécutif ne saurait procéder...." Or, pratiquement, c'est du Parlement que procède le Gouvernement actuel (...) Quant à la pratique (...), c'était la primauté du Président de la République sur le Premier ministre (...). Voilà, en très gros, pourquoi je crois qu'effectivement nos institutions ont changé depuis le 16 mars " (3). L'éminent constitutionnaliste admettra par la suite qu'il utilisait ici une acception large de la Constitution, mais que si l'on se réfère à la définition stricte de ce concept, la cohabitation n'a nullement consisté en un changement de constitution. Les auteurs s'appliquent souvent à distinguer entre la Constitution telle qu'elle a été annoncée et comprise, et la Constitution telle qu'elle a été pratiquée (4). La variabilité des pratiques auxquelles notre constitution peut donner lieu pousse même certains d'entre eux à douter de son existence même. Il en est ainsi de Jean-Claude Colliard qui, après avoir constaté que le régime est déséquilibré, qu'il y ait concordance ou opposition des majorités présidentielle et parlementaire, se demande " si ce régime a une Constitution, c'est-à-dire un ensemble de règles définissant précisément un système de pouvoirs valable dans toute situation et dans toute époque. Il ne semble pas que cela soit ainsi, si l'on considère que notre système est constamment sous la dépendance d'éléments extérieurs et qu'il contient, en cas de discordance entre majorités, les germes d'une crise institutionnelle (...) " (5). Si l'on considère, comme nous l'avons fait, que les variations dans l'interprétation de la

(2) G. CONAC et F. LUCHAIRE, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, Economica 1989, p. 6.

(3) F. GOGUEL, participation au débat dirigé par J. JULIARD " *Sommes-nous en train de changer de Constitution* ", sur France-Culture, automne 1986.

(4) C. DEBBASCH et alii, *opus préc.*, 1986, p. 492 et s., et cf. supra n° 30.

(5) J.C. COLLIARD, *Un régime hésitant et déséquilibré, Pouvoirs*, n° 4, 1978, rééd 1982, p. 122.

Constitution de la Ve République, doivent être qualifiées de changement de pratique et non de changement de Constitution, alors le problème soulevé par cet auteur devient celui non pas de l'existence de la Constitution, mais celui de son effectivité (6). En effet, si l'on distingue bien le texte des pratiques auxquelles il peut donner lieu, on ne peut douter de l'existence de notre Constitution.

Sans doute, la conception large de la Constitution a-t-elle l'avantage de permettre de rendre compte de la pratique des institutions. Elle a néanmoins l'inconvénient majeur d'aboutir à une confusion entre le droit et la science politique, à une dilution des normes dans la pratique. Certains constitutionnalistes ne considèrent-ils pas, d'ailleurs, que la pratique peut modifier la Constitution ? Si tous les professeurs de droit distinguent très classiquement entre la définition matérielle (7) et la définition formelle de la Constitution (8), ils admettent que, la France étant un pays de droit écrit, il y a coïncidence de ces critères pour la Constitution de 1958. Ainsi Jean Gicquel, par exemple, rappelle-t-il que, selon le critère matériel, " prenant en considération le contenu de la constitution, celle-ci se ramène à l'ensemble des règles les plus importantes de l'Etat, ou si l'on préfère, l'ensemble des règles juridiques qui ressortissent logiquement au droit constitutionnel " (9); et que selon le critère formel, " la constitution est un ensemble de règles juridiques, élaborées et révisées selon une procédure spéciale et supérieure à celle utilisée pour la loi ordinaire "; et il souligne qu'il y a coïncidence de ces critères dans la Constitution actuelle de la France (10). Il précise ensuite que la Constitution ne contient pas nécessairement toutes les normes constitutionnelles, puisque celles-ci peuvent également résulter de la jurisprudence, voire de la coutume (11). Puis, lorsqu'il démontre que la Constitution de 1958 a été

(6) Sur le lien entre ces notions, cf. infra, L. II, en particulier n° 228-229..

(7) On notera que tous les auteurs n'ont pas une conception rigoureusement identique de cette définition. Selon C. LECLERCQ, au sens matériel, " on peut définir par " constitution " l'ensemble des règles définissant les différents organes de l'Etat et fixant leurs rapports entre eux ainsi qu'avec les citoyens " ou les sujets (Droit constitutionnel et institutions politiques, Litec, 6ème ed. 1989, p. 92). Pour P. PACTET, la constitution s'entend matériellement " de toutes les règles relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir, qu'elles figurent ou non dans un texte écrit et, dans l'affirmative, quelle que soit la catégorie juridique dont relève ce texte " (*opus préc.*, 1989, p. 67). Cf. dans les notes infra les définitions proposées par KELSEN et J. GICQUEL.

(8) Selon KELSEN, le terme de Constitution au sens matériel se définit ainsi : " la norme positive ou les normes positives qui règlent la création des normes juridiques générales ", et en un sens formel de la façon suivante : " un document qualifié de Constitution, qui - en tant que constitution écrite - contient non seulement des normes qui règlent la création des normes juridiques générales, c'est à dire la législation, mais également des normes qui se rapportent à d'autres objets politiquement importants, et, en outre, des dispositions aux termes desquelles les normes contenues dans ce document ne peuvent pas être abrogées ou modifiées de la même façon que les lois ordinaires, mais seulement par une procédure particulière, à des conditions de difficulté accrue. " (*Théorie pure du Droit*, Trad. Ch. EISENMANN, Dalloz 1962, réimpression Toulouse 1989, p. 300).

(9) J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc., 1987, p. 194.

(10) J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc., 1987, p. 195 (souligné par l'auteur). On notera que l'assimilation entre Constitution écrite et constitution rigide est contestable ainsi, C. LECLERCQ (*opus préc.* 1989, p. 93), relève-t-il que " les constitutions écrites des démocraties marxistes sont aussi des constitutions souples en ce sens qu'elles peuvent être modifiées par une loi ou un décret ".

(11) J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc., 1987, p. 196 et s. (souligné par l'auteur). Sur la notion de coutume constitutionnelle, cf. infra, n° 195.

révisée de manière informelle, en particulier par une coutume constitutionnelle *contra legem*, il semble qu'il ne considère plus qu'il y a identité entre les critères matériel et formel de notre Constitution, puisque l'on est bien obligé de constater que le texte même de la Constitution n'a pas été modifié par ces pratiques. Lorsque l'auteur considère qu' " une coutume *abrogative* au mépris de la supériorité d'une constitution rigide, peut *se substituer* partiellement à elle et la réviser *de facto* " (12), c'est en réalité non pas qu'il estime que, formellement, le texte a été modifié (ce qui serait un non-sens, puisqu'il n'évoque pas ici des modifications formelles de la lettre du texte, mais au contraire une " révision informelle "); mais parce qu'il estime que la Constitution, entendue cette fois selon le critère matériel, a été modifiée parce que certaines normes (ici la coutume) ont, non seulement en fait, mais aussi en droit, plus d'importance que d'autres. Ce raisonnement sous-tend donc d'une part l'idée que les critères matériel et formel de la Constitution peuvent être dissociés en ce qui concerne la Ve République (13).

Or, justement, il nous paraît indispensable d'utiliser des concepts précis. C'est pourquoi nous entendons le terme " Constitution " au sens formel uniquement (14). C'est pourquoi nous considérons avec Olivier Duhamel qu'en période de cohabitation, on " ne peut pas dire qu'on a changé de Constitution au sens exact du terme Constitution (...). Il n'y a pas de changement, il y a plutôt une découverte de la Constitution (...). Peut-être qu'il y a une distance par rapport à la pratique gaullienne, mais ça c'est autre chose (...). La nouveauté est plus politique que proprement constitutionnelle " (15). La cohabitation a consisté en un changement de *pratique constitutionnelle*, dans un esprit sans doute assez différent de celui que lui avait imprimé le général de Gaulle, mais *ce n'est en aucun cas un changement de Constitution*, au sens strict du terme. Sans doute, l'objet du droit constitutionnel ne se limite-t-il pas à l'analyse de ce texte (16), mais il faut impérativement définir précisément la " Constitution ", et ne pas la confondre avec la " pratique ", ou " l'esprit " des gouvernants si l'on veut pouvoir analyser les rapports entre le texte et les systèmes politiques dans lesquels il peut s'inscrire. Philippe Ardant, après avoir catégoriquement rejeté la notion de coutume constitutionnelle *contra legem*, insiste sur la nécessité de ne pas confondre pratique et coutume constitutionnelle. Mais c'est pour

---

(12) J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques, préc.*, 1987, p. 212 (souligné par l'auteur).

(13) La même analyse peut être conduite à l'égard de l'analyse de B. CHANTEBOUT, qui considère, (tout comme J. GICQUEL), qu'il y a " primauté de la coutume sur le texte de la Constitution, et plus encore sur son esprit ", et considère que ce phénomène est également observable dans les régimes politiques étrangers, et en particulier aux Etats-Unis (*opus préc.*, 1988, p. 31).

(14) Démontrant l'impossibilité d'une définition matérielle et l'inutilité d'une définition pédagogique du droit constitutionnel, François LUCHAIRE estime qu'il faut en donner une définition formelle : " *Le droit constitutionnel se compose des normes dont la suprématie s'impose à tous ( du moins dans l'ordre juridique interne français) y compris au législateur* " (souligné par l'auteur), dans *De la méthode en droit constitutionnel*, RDP 2.1981, p 281.

(15) O. DUHAMEL, " *Sommes-nous en train de changer de Constitution ?* " *idem*.

(16) Cf. *infra*, n° 183 et s..

distinguer plus tard entre " constitution théorique et constitution réelle " (17). Si, sur le fond, nous sommes tout à fait d'accord avec lui sur la nécessité de ne pas confondre le droit et le fait, nous considérons que le choix des expressions " constitution théorique " et " constitution réelle " est contestable, car il peut laisser penser que la véritable constitution est la pratique de la constitution, le texte n'étant que pure théorie. Pour échapper à cet écueil tout en soulignant l'intérêt de l'étude de la pratique constitutionnelle, nous préférons distinguer entre régime et système politique. Mais, là encore, quelques précisions terminologiques doivent être apportées.

## 2 ) L'idée de flexibilité du régime, reflet d'une conception large du régime politique.

**141** Soulignant que la Constitution a subi cinq opérations (c'est à dire des révisions formelles) en dix-huit ans, auxquelles il faut ajouter les " variations dans l'interprétation ", et qu'elle pourrait donner lieu à d'autres pratiques, François Luchaire estime que la Ve République est " un régime à géométrie variable " (18). Pour lui, en fonction des hommes et des formes politiques, nos institutions peuvent prendre des figures très différentes (19). Cette observation est incontestable si l'on adopte une définition large du régime politique. Nous avons pu constater, en évoquant la nature de la Ve République, que les controverses sur ce point s'expliquent largement par le fait que les auteurs ne donnent pas tous au concept de " régime politique " la même signification (20). Ici encore, on observera que les auteurs donnent bien souvent une définition précise d'un concept qu'ils utilisent ensuite indifféremment dans un sens étroit ou large. Dans la plupart des cas, ils considèrent qu'il faut entendre par " régime politique " " la résultante du jeu des forces politiques, et principalement des partis, dans un certain cadre institutionnel et juridique, compte tenu des données historiques, idéologiques, économiques et sociologiques propres à cet Etat " (21), et soulignent que la **structure des institutions** n'est qu'un des éléments composant un régime politique et **auquel il faut ajouter de nombreux éléments** tels que la structure économique et sociale de l'Etat, l'assise du pouvoir qu'y exercent les gouvernants, les objectifs qu'ils se proposent, les forces dont ils sont tributaires etc...(22). Mais, semblant oublier par la suite qu'ils ont donné une définition large de ce concept, ils l'emploient dans son

(17) P. ARDANT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, p 67 et s., p. 70.

(18) F. LUCHAIRE, *La Constitution à l'épreuve du temps*, RPP sept-oct 1980, pp. 20 et 28. Cette expression a souvent été employée par d'autres auteurs, notamment par J. L. QUERMONNE, *Le Gouvernement de la France sous la Ve République*, p. 576-577, et par G. COLLOMB, *Une social démocratie à la française*, RPP sept-oct. 1985, p. 17.

(19) F. LUCHAIRE, *La Constitution à l'épreuve du temps*, RPP sept-oct. 1980, pp. 20 et 28.

(20) Cf. supra, n° 27 et s..

(21) P. PACTET, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, préc., 1989, p. 35.

(22) G. BURDEAU, F. HAMON, M. TROPER, *Manuel de droit constitutionnel*, préc., 1988, p. 153.

acception étroite, c'est à dire en se référant uniquement aux règles juridiques qui règlent la répartition des pouvoirs dans l'Etat. Ceci est particulièrement net lorsqu'ils établissent la typologie des régimes politiques et qualifient celui de la Ve République (23).

La conséquence de cette confusion est que l'on ne sait jamais si l'on parle de la structure d'un régime, des règles qui en déterminent l'organisation, ou de sa pratique. On est, par conséquent, dans l'impossibilité de distinguer " le jeu des règles du jeu ", et donc de mesurer l'efficacité des normes constitutionnelles. Même si la notion de *régime politique* est le plus souvent employée dans son sens large (24), dans la mesure où ce concept a d'abord été, et continue à être, utilisé dans son sens étroit pour analyser la typologie classique des régimes politiques (25), nous considérons avec Olivier Duhamel qu'il est préférable de n'utiliser cette expression *que dans son sens strict, pour évoquer " l'ensemble des dispositions juridiques qui organisent les institutions "* (26). Dès lors, pour désigner le régime politique au sens large (c'est à dire *la résultante de la combinaison entre le régime politique au sens strict - à savoir les règles juridiques - et l'ensemble de variables déterminantes* résultant de la vie politique, économique etc...), on utilisera le concept de *système politique*. Ainsi, ce n'est pas à l'intérieur du régime politique, mais à l'intérieur du système politique que l'on opérera la distinction entre " l'aspect normatif ou institutionnel, et l'aspect pratique ou politique " (27). Pour ceux qui donnent une définition large du régime politique, il est évident que la Constitution est un véritable changement de régime. Ainsi, Jean Gicquel peut-il écrire que, par la cohabitation, la Ve République a changé de nature (28) Il résulte au contraire de la définition stricte que nous avons donnée à ce concept que la coexistence n'a pas été un changement de régime, mais un changement de système politique.

---

(23) Cf. supra, n° 26 à 30.

(24) Ainsi dans le lexique des termes juridiques (Dalloz, préc.) : " le résultat de la combinaison de multiples éléments, les uns juridiques (cadre constitutionnel, qui forme le régime politique au sens étroit de l'expression), les autres extra-juridiques (système de partis, personnalisation du pouvoir, idéologie, etc...) "

(25) D'après G. BURDEAU *et alii*, *Manuel de droit constitutionnel*, préc., 1988 p. 153, " la notion de régime politique se rattachait jusqu'à une époque récente, aux institutions gouvernementales. C'est ainsi que l'on parlait de régime représentatif ou de régime présidentiel ... "

(26) O. DUHAMEL, *Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel*, préc., p. 587.

(27) P. PACTET estime que la définition large qu'il donne du régime politique " fait apparaître les deux aspects que tout régime politique offre à l'observateur : l'aspect normatif ou institutionnel et l'aspect pratique ou politique " (*Opus* préc., 1989, p. 8).

(28) J. GICQUEL, *De la cohabitation*, Pouvoirs n° 49, 1989, p. 78.



## **B ) LA COHABITATION REVELE LA FIXITE DU REGIME ET LA FLEXIBILITE DU SYSTEME.**

Puisque nous adoptons une définition étroite de " la Constitution " et du " régime politique ", nous constaterons que ce n'est pas notre régime politique qui est protégé ou caméléon ( a ), mais le système politique dans lequel il peut s'inscrire ( b ).

### **1 ) Un régime politique fixe.**

**142** Par le seul fait qu'elle a imposé un large retour à la lettre de la Constitution, la cohabitation a révélé que le régime institutionnel prévu par ce texte (et que l'on a pu qualifier de régime parlementaire " bireprésentatif moniste " (29)) n'avait nullement été abrogé ou modifié par la pratique antérieure. Il avait seulement été " mis entre parenthèses ", plus ou moins ignoré ou bafoué selon les périodes, mais il n'était pas tombé en désuétude, la Constitution n'ayant pas été modifiée, contrairement à ce que cette pratique pouvait laisser croire. A l'issue de cette " épreuve du feu ", notre régime politique s'avère particulièrement solide et fixe, et non pas souple et protéiforme comme on le pensait. Ce n'est pas notre régime politique qui change de forme ou d'aspect lorsque la conjoncture est modifiée, mais le système dans lequel il peut être pratiqué.

### **2 ) Des systèmes politiques protéiformes.**

**143** Si l'on admet que le système politique est la résultante de la combinaison entre le régime politique et un ensemble de variables déterminantes telles que la personnalité des acteurs, le contexte économique, social, historique, la situation des forces politiques, la structure des partis etc..., on verra immédiatement qu'un régime politique fixe peut s'inscrire dans d'innombrables systèmes politiques. C'est en ce sens que l'on peut affirmer que la cohabitation a été non pas un changement de régime mais un changement de système. L'intérêt de cette expérience est de montrer que ce

---

(29) Cf. supra, n° 30 et s..

changement peut se faire très rapidement dans le temps, à l'intérieur d'un même pays. Il s'est produit en effet d'abord en 1986 (avènement de la coexistence) puis en 1988 (avènement d'une nouvelle situation politique, dans laquelle il n'y a qu'une majorité relative au Parlement). Jusqu'à cette date, tous les comparatistes admettaient qu'un *type* de régime politique donné puisse s'inscrire dans des systèmes très variables (ainsi le régime parlementaire en la Grande-Bretagne, en Italie, en France (30) ou en Islande). S'agissant d'un régime politique donné dans un pays, on savait qu'il pouvait s'inscrire dans un système évolutif à long terme ou à court terme (31), mais, en dehors des cas de révolutions ou de coups d'Etat, on n'avait guère d'exemple de changement aussi rapide de système sans remise en cause du régime (voire même plutôt permettant l'avènement du régime). C'est pourquoi cette expérience nous semble être un terrain tout à fait privilégié pour l'étude des rapports entre régime et système politique.

Nous suggérerons, dans le livre second, une méthode d'analyse des rapports entre régime et système, et mettrons en évidence les principales " variables déterminantes " qui ont influé sur cette expérience de cohabitation. Mais l'intérêt de l'analyse des rapports entre régime et système est surtout révélé par l'étude de la valeur toute relative de cette expérience, qui démontre elle-même toute la relativité de l'effectivité de la Constitution en fonction du système politique dans lequel elle s'inscrit.

---

(30) Sur la qualification du régime de la Ve République, cf. supra.

(31) Ainsi aux Etats-Unis, à long terme, il y a renforcement des pouvoirs présidentiels, et à court terme, l'efficiencia des prérogatives présidentielles varie selon la concordance ou la discordance des majorités)

## II DE LA VALEUR RELATIVE D'UNE EXPERIENCE

L'analyse de la valeur juridique des pratiques qui se sont développées durant la cohabitation nous permettra de souligner toute la relativité de cette expérience. Nous pourrions en effet constater qu'elle n'a pas modifié nos institutions, et n'a été que l'une des applications possibles de la Ve République. En effet, la coexistence, en s'inscrivant dans un régime politique fixe, n'a aucunement créé un droit ( A ). Par contre, elle a modifié certains éléments du système de variables déterminantes, ce qui peut avoir des conséquences à la fois sur la pratique qui a suivi immédiatement, et sur une éventuelle nouvelle expérience de cohabitation (B).

### A UNE EXPERIENCE QUI N'A PAS CREE UN DROIT.

Si notre Constitution était un protégé, ou un caméléon, elle aurait été modifiée par la cohabitation, et la coexistence aurait elle-même conduit à la création d'un droit, de règles qui seraient susceptibles de s'imposer pour l'avenir. Or il n'en a rien été. Les pratiques constitutionnelles auxquelles on a assisté entre mars 1986 et mai 1988 ne s'imposent pas, juridiquement, pour l'avenir ( 1 ), et sont tout au plus des précédents (2).

## 1 ) L'avènement d'un " droit de la cohabitation " ?

Loin de créer un droit nouveau, la cohabitation a largement permis de découvrir le droit de la Ve République ( a ). En effet, elle a contraint les hommes politiques à lire et à invoquer plus que jamais le texte de la Constitution, alors qu'ils se référaient jusqu'alors essentiellement - pour ne pas dire uniquement - aux pratiques précédentes. Pour la première fois sous la Ve République, la distinction entre règle et pratique devient donc capitale ( b ).

### a ) Un droit révélé et non créé.

**149** Le fait que Gérard Conac et François Luchaire aient choisi d'intituler leur ouvrage sur la coexistence " le Droit constitutionnel de la cohabitation " paraît à priori un peu surprenant (1). . En effet, cette séparation porte à croire que la cohabitation n'a pas été l'application de la Constitution de la Ve République, mais celle d'un droit particulier, en dehors de celui de la Constitution. Un peu comme si c'était une parenthèse dans le droit constitutionnel de la Ve République. Mais on sait qu'une telle présentation a été imposée par des contraintes matérielles. Cette vision serait d'autant plus inacceptable que, justement, loin de relever d'une Constitution particulière, ou de créer un droit spécial, la cohabitation a largement conduit à la découverte de notre Constitution. Arrachant le voile pudique de la coutume sous lequel se cachaient bien des pratiques inconstitutionnelles, la coexistence a révélé que la Constitution de la Ve République est bien le texte adopté en 1958 (formellement révisé à plusieurs reprises, en particulier en 1962), et non pas un ensemble de pratiques et de prétendues coutumes qui pourraient s'imposer contre le texte en toutes circonstances. Cette expérience a donc permis non pas de créer un droit nouveau, mais, dans une large mesure, de révéler le contenu d'une Constitution tant ignorée jusque là. Le droit constitutionnel de la Ve République n'a nullement été modifié, il a " seulement " été mis à jour; ce sont uniquement les pratiques de ce droit qui ont été modifiées par la coexistence.

---

(1) F. LUCHAIRE et G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, Economica, 1989. Sans doute, les éminents auteurs entendaient-ils souligner le fait qu'il s'agissait là d'un livre juridique et non d'une étude de science politique. Mais il demeure que cette option nous paraît contestable, car elle laisse penser que la pratique de la coexistence relève d'un droit particulier. En effet, le fait que cet ouvrage soit rédigé selon le même principe que le célèbre " Constitution de la République française " (1) (c'est à dire par un commentaire des dispositions constitutionnelles), mais qu'il soit publié à part, nous paraîtrait assez surprenant si l'on ne savait que l'ouvrage originel est à présent tellement volumineux qu'il ne pourrait être augmenté.

**b ) Une distinction entre règle et pratique plus importante que jamais.**

**150** En remettant en cause les pratiques qui s'étaient imposées jusqu'en 1986, cette épreuve nous a conduits à distinguer entre les aspects rigides de notre droit constitutionnel (le texte de la Constitution), et ses aspects contingents (les interprétations, les pratiques auxquelles elle peut donner lieu selon la conjoncture). Son apport pour la connaissance du droit constitutionnel français nous paraît donc fondamental. Pendant la coexistence, la pratique de la Constitution a été plus proche que jamais de la lettre du texte (2). Néanmoins, sur certains points, l'interprétation qui s'est imposée en fait durant la cohabitation ne rejoint pas totalement la lettre de la Constitution, ou du moins l'interprétation qui en avait été officiellement donnée par les rédacteurs en 1958. On pourrait croire que la révision de 1962 empêche tout retour à cette lecture, mais nous avons pu constater que la situation de coexistence, ou d'autres contextes politiques (comme le montrent les expériences d'autres régimes " semi-présidentiels " tels que l'Autriche, l'Irlande, ou l'Islande), pouvaient permettre une interprétation parlementariste de ce texte, malgré l'élection du Président de la République au suffrage universel direct (3). La cohabitation nous oblige donc à nous interroger sur les rapports entre Constitution (au sens formel) et interprétation de la Constitution. Cette distinction entre texte et pratique, entre règle du jeu et jeu, est imposée par la cohabitation tant par rapport au passé que par rapport à l'avenir (4). Puisque les interprétations de la Constitution que des Présidents de la République majoritaires avaient pu imposer sont remises en cause, ne s'imposent plus, nul ne saurait contester le fait qu'elles n'ont pas de valeur normative supérieure à celle du texte de la Constitution. A l'heure où chacun s'interroge sur les conséquences de la cohabitation, on peut également se demander quelle est la valeur des pratiques qui se sont imposées entre 1986 et 1988 et quelle sera leur influence pour l'avenir.

**2 ) La cohabitation a créé des précédents.**

La coexistence n'a pas créé un droit parce que les interprétations qu'elle a rendues possibles ne constituent pas des règles de " devoir-être " susceptibles de lier les interprètes de la Constitution pour le futur, de même que les pratiques antérieures n'ont pas lié le Président de la République ou le Premier ministre entre 1986 et 1988

---

(2) Bien que cette pratique ait été assez proche du texte durant les premiers mois du régime, lors du Gouvernement de M. DEBRE.

(3) Cf. *Supra*, introduction.

(4) Cf. *infra*; L.II.

(a). Néanmoins, les pratiques qui se sont imposées durant la cohabitation seront certainement invoquées dans l'avenir, en particulier dans l'hypothèse d'une nouvelle cohabitation ( b ).

**a ) Des pratiques dépourvues de valeur normative pour l'avenir.**

**151** On pourrait être tenté de distinguer, parmi les pratiques observées durant la cohabitation, entre celles qui peuvent paraître conformes à la Constitution (celles qui n'ont pas été contestées), et celles dont la constitutionnalité paraît douteuse au regard des critiques dont elles ont fait l'objet de la part de la doctrine ou des pouvoirs politiques. Ainsi pourrait-on penser que la valeur normative des premières ne pose pas de problème tandis que celle des secondes est contestable. En réalité, dès lors que nous sommes dans un pays de droit écrit, la valeur normative de ces pratiques pour l'avenir est nulle dans tous les cas, c'est à dire que ces pratiques ne peuvent en aucun cas imposer par elles-mêmes des règles, des " devoir-être ", des " sollen " pour l'avenir. Sans doute s'imposent-elles positivement dans l'immédiat, c'est à dire aussi longtemps qu'elles n'ont pas été remises en cause. Ainsi, quand le Président de la République refuse de signer une ordonnance, il est incontestable que cette décision produit des effets de droit puisque cela conduit à empêcher cette ordonnance d'avoir la moindre valeur juridique. Aussi longtemps que le Gouvernement ne provoque pas de crise politique, ou qu'une juridiction ne sanctionne pas ce refus en le déclarant inconstitutionnel, il s'impose donc comme une décision authentique (même si elle est n'est pas conforme à la Constitution)<sup>(5)</sup>. Néanmoins, cette interprétation de la Constitution n'aboutit pas à créer une règle de droit puisque l'auteur de cette interprétation, pas plus que les autres pouvoirs publics ne sont tenus de s'y soumettre pour l'avenir. On soulignera en effet avec Philippe Ardant que les successeurs du Président de la République " peuvent revenir sur son interprétation et le Président lui-même n'est pas juridiquement tenu par le précédent qu'il a créé " (6). De même, le Premier ministre ou la majorité parlementaire peuvent-ils très bien refuser cette interprétation, soit immédiatement (en provoquant une crise politique), soit plus tard (toujours par le même moyen, à l'occasion d'un refus ultérieur). Ces interprétations de la Constitution sont donc bien loin d'avoir la valeur normative de la jurisprudence, puisque les décisions des juridictions s'imposent à tous les pouvoirs publics, pour le présent et pour l'avenir, et ne peuvent être remises en cause que par un revirement de jurisprudence (c'est à dire qu'aussi longtemps que la juridiction elle-même n'a pas décidé de remettre en question son interprétation, elle s'impose à tous les cas identiques), ou par une révision de la Constitution (7).

<sup>(5)</sup> Sur la notion d'interprétation authentique, cf. *infra*, n° 186.

(6) P. ARDANT, *L'article 5 et la fonction présidentielle, Pouvoirs* n° 41, 1987, p. 42.

(7) Cf. *infra*, n° 188 et 274.

Contrairement à ce que certains auteurs semblent penser, nous affirmons avec force que toutes ces pratiques (*praeter* ou *contra constitutionnem*) n'ont, en elles-même aucune valeur normative pour l'avenir. La valeur normative des pratiques conformes à la Constitution vient non pas de ces pratiques elles-mêmes, mais tout simplement du texte de la Constitution. Quant à la valeur normative des pratiques *contra constitutionnem*, elle est nulle pour l'avenir en ce sens que cette interprétation ne s'imposera pas, à qui que ce soit, dans une nouvelle espèce. Pour quelques représentants de la doctrine, certaines pratiques *contra constitutionnem* antérieures à la cohabitation, mais qui ont été confirmées durant cette période auraient, du fait de cette " confirmation ", acquis valeur de coutume. Il en serait ainsi, par exemple, du fait, pour le gouvernement de ne pas engager sa responsabilité explicitement sur son programme (mais seulement sur une déclaration de politique générale). De même, l'interprétation mitterrandienne de la Constitution aurait érigé au rang de coutumes constitutionnelles (et donc de règles de valeur égale à celles du texte ?) certaines pratiques telles que la faculté offerte au Président de refuser de signer des ordonnances ou de convoquer le Parlement en session extraordinaire, ou encore celle de diriger effectivement et personnellement la politique en matière de politique étrangère et de défense (8). Nous estimons au contraire qu'il ne s'agit là que de pratiques rendues possibles par un contexte particulier, mais qui peuvent être remises en question dans une conjoncture différente. Ainsi, dans une nouvelle hypothèse de cohabitation, si la majorité politiquement opposée au Président de la République détenait un grand nombre de sièges à l'Assemblée et bénéficiait d'une très forte cote de popularité, ou si le Premier ministre n'avait pas une interprétation gaullienne, mais parlementariste de la Constitution, si le chef de l'Etat était très impopulaire, ou tout simplement très respectueux de la Constitution, ou si d'autres éléments du contexte étaient différents, le Président de la République pourrait-il très bien se considérer (ou être considéré) comme tenu de signer les ordonnances ou de convoquer le Parlement. *Ce qui change, ce n'est donc pas la règle* (le texte restant ici inchangé, et la jurisprudence faisant défaut), *mais l'image de la règle et l'interprétation de la règle*. Sans doute, peut-on observer qu' en fait c'est cette interprétation, cette image, qui va s'imposer (9). Mais ce que la cohabitation a révélé, c'est que cette interprétation ne modifie pas la règle elle-même, et ne s'impose que de manière très relative. Pourtant, si la pratique de la cohabitation ne peut être regardée comme apportant des solutions constitutionnelles d'un caractère juridique absolu ou définitif, à l'inverse, elle ne saurait être négligée car elle n'est pas pour autant dépourvue de tout influence (10).

(8) Par ex. B. CHANTEBOUT, *op. préc.*, 1988, p. 599. Cf. *infra*, n° 195 et s.

(9) Cf. *infra*, L.II., notamment n° 202 et s.

(10) Cf. C.A. COLLIARD, *Les pouvoirs du Président de la République en cas de coexistence institutionnelle (mars 1986-mai 1988)* " RDP 6.1989, p. 1603.

**b ) Des précédents susceptibles d'influencer les pratiques à venir.**

**152** Les pratiques observées pendant la Constitution ont déjà eu, et auront, sans aucun doute, une influence déterminante sur l'interprétation de ce texte. Pour la première fois sous la Ve République, l'article 20 a été largement respecté, puisque c'est le Gouvernement - et non plus le Président de la République - qui a déterminé et conduit la politique de la Nation (à l'exception notable des domaines de la diplomatie et de la défense (11)). Il est certain que cette découverte du régime de la Ve République a, pour le moins, prouvé que le texte de la Constitution pouvait être (au moins pour l'essentiel) respecté; alors que la pratique antérieure semblait démontrer qu'il était inapplicable. Exceptions qui confirment la règle selon laquelle la cohabitation impose un retour à la lettre de la Constitution, les quelques violations du texte que nous avons pu observer montrent que cette découverte de la Constitution a été incomplète. Ce bilan global sera déjà en lui-même un précédent. Cette expérience rendra sans doute plus facile, moins dramatique, une nouvelle période de cohabitation. Ensuite, de manière plus précise, chacune des pratiques auxquelles elle a donné lieu est susceptible d'être invoquée lors d'une nouvelle cohabitation. Peut-être un Président de la République de droite se référera-t-il à la pratique mitterrandienne dans quelques années pour refuser de convoquer le Parlement ou de signer une ordonnance ? En toute hypothèse, et même si les gouvernants de demain tentent de démontrer que les pratiques précédentes ont une valeur normative, il est clair que cette argumentation restera très contestable sur le plan juridique, et aura dans certains cas pour objet premier une légitimation de nouvelles violations de la Constitution. Mais ces précédents, justement parce qu'ils contribueront à faire paraître légitimes certaines interprétations contestables du texte, permettront de les faire perdurer. Ces précédents n'ont pas d'influence sur la Constitution elle-même (au sens formel, sauf, de manière indirecte, en constituant éventuellement un des éléments qui pourraient déterminer une révision constitutionnelle (12)), mais sur les interprétations possibles de cette constitution, parce qu'ils modifient l'image de nos institutions. Ils ne modifient donc pas le droit de la Constitution de la Ve République, mais seulement un des éléments du système dans lequel elle peut jouer, à savoir l'image des pouvoirs des gouvernants.

---

(11) Dans lesquels il y a eu une relative co-gestion, cf. supra, n° 100 à 107.

(12) Cf. infra, n° 230 et s..



## **B LA COHABITATION A MODIFIE CERTAINES VARIABLES DU SYSTEME.**

Le système de variables déterminantes avec lequel peut se combiner un régime politique pour donner lieu à une pratique correspondant à un système politique est éminemment complexe et évolutif. Parmi les nombreux éléments de ce système de variables, nous avons déjà pu évoquer l'équilibre des forces politiques ainsi que la personnalité et la situation des principaux acteurs (13). Nous verrons ici que l'image des prérogatives des gouvernants, c'est à dire l'image que le peuple, les gouvernants ou la doctrine se font de nos institutions, est, elle aussi, une variable très importante de ce système (14). La modification de cette image sous l'effet de la coexistence a eu une influence sur le système politique qui s'est imposé à partir de 1988 ( 1 ), et pourrait en avoir une sur une nouvelle expérience de cohabitation ( 2).

### **1 ) L'image des pouvoirs des gouvernants est redéfinie.**

Le déroulement de cette expérience a été très influencé par l'image qui existait jusqu'alors des pouvoirs des gouvernants et des rapports entre majorité parlementaire et chef d'Etat (et par conséquent entre Premier ministre et Président de la République). Mais cette épreuve a permis de modifier cette vision ( a ). La pratique de la cohabitation peut être analysée comme " un usage producteur de schémas de perception " (15) ( a ) qui vont contribuer à déterminer la pratique observée depuis 1988 ( b )

#### **a ) Une image bouleversée durant la cohabitation.**

**153** Pendant la période de coexistence, la vision des pouvoirs des gouvernants a été profondément modifiée, tant pour les citoyens que pour les hommes politiques et la doctrine.

---

(13) Cf. infra, n° 218.

(14) Rappelons que M. DUVERGER avait déjà souligné l'importance de " l'image du Président de la République dans l'opinion publique " sur les pratiques variables des régimes semi-présidentiels (cf. *Le système politique français*, préc., 1985, p. 524 et 526).

(15) Cf. D. ROUSSEAU, *Conjonctures, Constitution et image présidentielle de François Mitterrand*, AFSP, 1988, préc., p. 21.

L'idée que *les français* se faisaient de nos institutions à la veille de la cohabitation et durant cette expérience a eu une influence déterminante sur son déroulement. Si le Président de la République a pu violer la Constitution à plusieurs reprises, c'est en grande partie parce que l'opinion était tellement habituée à ce qu'il dirige personnellement et effectivement tous les pouvoirs centraux de l'Etat que l'on concevait mal que ses pouvoirs fussent soudainement réduits à l'extrême. Pour Pierre Avril, l'opinion a joué un rôle décisif dans cette période, son "légitimisme" a "dissuadé les leaders de la droite d'aller jusqu'au bout de leur victoire en s'attaquant aux prérogatives présidentielles" (16). Ainsi, en janvier 1986, à la question "Si l'opposition UDF-RPR gagne les élections législatives de mars 1986, qui, à votre avis, doit exercer le pouvoir en France?", 45 % des français répondent que ce doit être le Président de la République, contre 33 % seulement pour qui le pouvoir doit être exercé par le Premier ministre appartenant à l'UDF ou au RPR, et 22 % de français qui, perplexes, ne répondent pas (17). Après quelques mois de cohabitation, les sondages montrent que les français estiment que c'est le Premier ministre qui "dirige effectivement la France (de l'ordre de 63 à 52 % entre juin 1986 et mars 1987 (18)). Il n'en est plus que 21 à 23 % pour considérer que c'est le Président de la République (19). La courbe d'évolution des réponses à la question "qui est le chef de l'Exécutif?" est, elle aussi, très révélatrice. En avril 1986, les français sont très partagés 41 % considérant que c'est J. Chirac, et 40 % que c'est F. Mitterrand. Mais dès le mois de juin, ils sont 54 % à estimer que c'est J. Chirac, et 31 % à penser que c'est F. Mitterrand (20). S'ils considèrent qu'il y a prééminence présidentielle en matière de politique étrangère et de défense, les français pensent que c'est M. Chirac et non le Président de la République qui décide de la politique intérieure (21). Et pourtant, à la question "Depuis la mise en place du gouvernement Chirac avez-vous l'impression que M. Mitterrand a gardé l'essentiel de ses pouvoirs ou a perdu l'essentiel de ses pouvoirs?", les réponses sont partagées presque également en avril 1986. Jusqu'en

(16) P. AVRIL, *Fin de la Constitution gaulliste*, *Esprit*, 1988, n° 136-137, p. 43.

(17) Sondage IFOP-RTL-Le Point, *Le Point* n° 696, 20 janv. 1986, p. 44.

(18) A la question "qui dirige effectivement la France", 63 % répondent en juin 1986 que c'est le Premier ministre, puis ce chiffre descend à 52 % en septembre 1986 et en février 1987, remontant entre temps et après jusqu'à 55 et 58 % (sondage BVA-Paris-Match, cité par M. DUVERGER, *La cohabitation des français*, préc. PUF 1987, p. 44.).

(19) *Idem*.

(20) Sondage SOFRES-Le Point, cité par M. DUVERGER, *op. préc.*, p. 44. L'auteur estime que cette question n'est pas sérieuse, car "Demander à l'homme de la rue : "quel est le vrai chef de l'exécutif?", c'est le confronter à une énigme insoluble, d'abord parce qu'il ignore en général ce qu'est l'exécutif, ensuite parce que l'expression "vrai chef" est ambiguë : s'agit-il du chef désigné comme tel par la Constitution ou de celui qui exerce effectivement le pouvoir de chef?" (*idem*, p. 46).

La réponse à cette question sera plus nuancée en mars 1988, 49 % des personnes interrogées estimant que cela a été J. Chirac, et alors que c'était F. Mitterrand pour 37 % (8-10 mars 1988, groupe de journaux de province, cité par O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE, dans SOFRES, *L'état de l'opinion, clés pour 1989*, Seuil 1989, p. 197).

(21) En décembre 1986, 70 % des personnes interrogées par la SOFRES estiment que c'est M. Chirac (contre 13 % pour M. Mitterrand) qui "décide de la politique économique", alors qu'en février 1986, ils étaient 51 % à penser que cela devrait être (en cas de cohabitation) le Premier ministre, et 32 % le Président de la République. cf. O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE, SOFRES, *L'état de l'opinion publique, clés pour 1988*, p. 107.

décembre 1986, les français sont de plus en plus nombreux à penser que M. Mitterrand a perdu l'essentiel de ses pouvoirs (47 % contre 40 %). Mais à partir de janvier 1987, les courbes sont inversées et il ne reste en juin plus que 33 % des personnes interrogées pour répondre qu'il a perdu l'essentiel de ses pouvoirs contre 51 % qui pensent qu'il l'a gardé (22). Cette apparence discordance (entre le fait que 23 % des personnes interrogées estiment, en mars 1987 que le Président de la République dirige effectivement la France, alors que 50 % pensent qu'il a gardé l'essentiel de ses pouvoirs) révèle à quel point l'image des pouvoirs présidentiels a changé depuis janvier 1986. Désormais, *l'essentiel* dans les pouvoirs présidentiels ne semble plus être la direction effective de la politique nationale, mais plutôt les pouvoirs dont M. Mitterrand s'est appliqué à démontrer qu'ils étaient les plus importants, et qu'il les avait conservés, à savoir le pouvoir d'arbitrage (entendu cette fois non plus au sens de direction de la politique gouvernementale, mais plutôt dans le sens sportif du terme, même si cet arbitrage n'est pas impartial), et la direction (ou co-direction) de la politique étrangère et de la défense. Les français semblent satisfaits de ce nouveau partage du pouvoir (45 %), 27 % estimant cependant que M. Chirac a trop de pouvoirs, et 9 % considérant au contraire que c'est M. Mitterrand qui a trop de pouvoirs (23). Pour la majorité des personnes interrogées (59 %), le Président de la République ne gêne que peu (33 %) ou pas du tout (26 %) le gouvernement, et pour 32 %, il le gêne assez (23 %) ou beaucoup (9 %) (24).

Ce bouleversement, (et surtout la rapidité avec laquelle cette image des pouvoirs présidentiels a été transformée), est assez fascinant quand on songe à la prétendue coutume qui serait fondée sur l'assentiment populaire, selon laquelle, sous la Ve République, ce doit être le chef de l'Etat qui dirige effectivement la politique gouvernementale<sup>25</sup>. L'image qu'ont les citoyens des pouvoirs du Président de la République et du Premier ministre est donc beaucoup moins stable et rigide qu'on aurait pu le penser avant la cohabitation, puisqu'elle peut être totalement redéfinie dans un contexte politique différent. L'image nouvelle est essentiellement déterminée par

(22) Sondage SOFRES, *La Vie française*, même source, p. 45.; et O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE (dir.) SOFRES, *L'état de l'opinion, clés pour 1988*, Seuil 1988, p. 109. Maurice DUVERGER souligne le caractère bien souvent confus et contradictoire des résultats des sondages sur la vision de nos institutions par les français, observant en particulier qu'à la question " à qui incombe, selon vous, la responsabilité principale dans la conduite des affaires du pays ? ", plus de la moitié (puis seulement 46 % en mai 1987) n'hésitaient pas à répondre " au Président de la République ", tandis qu'un tiers (puis 42 % en mai 1987) disent que c'est " au Premier ministre ". D'après Maurice DUVERGER, " La confrontation des résultats de 1969, 1978 et 1987 révèle que notre régime politique reste mystérieux pour les citoyens, même en dehors de la cohabitation, qui l'a rendu plus indéchiffrable encore ". Mais, en réalité, les gouvernants n'ont-ils pas tout intérêt à entretenir le flou de cette image pour pouvoir se déplacer à leur aise dans les lignes obscures de ce tableau sans que l'on puisse s'en rendre compte, ou en être choqué ? (M. DUVERGER, *op. préc.*, p. 47. Cf. aussi les tableaux reproduits par l'auteur p. 210).

(23) La question précise était : " Compte tenu du rapport des forces politiques, estimez-vous que ce partage du pouvoir donne trop de pouvoirs à M. Mitterrand, trop de pouvoirs à M. Chirac, ou est satisfaisant ? ". Les préférences partisans sont ici très nettement marquées : SOFRES, déc. 1986, cf. O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE (dir.) SOFRES *préc.* 1988, p. 108.

(24) CF. O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE, SOFRES 1988, *préc.*, p. 109.

(25) Sur la notion de coutume, cf. *infra*, n° 195

l'observation de la pratique des pouvoirs, mais aussi (et peut-être surtout) par les discours des gouvernants, qu'il s'agisse de M. Chirac - qui mit tant d'application à expliquer qu'il dirigeait toute la politique de la nation - ou du chef de l'Etat - qui " découvrit " une nouvelle conception de la fonction présidentielle, beaucoup plus proche du texte de la Constitution que celle qui s'était imposée jusqu'alors (mais tout de même nettement plus importante que celle qui semblait prévue par ce texte). Aussi, pourrait-on s'amuser à appliquer ici le raisonnement adopté par certains à l'endroit des résultats des élections précédant celles de 1986, selon lequel le peuple, en votant massivement aux élections présidentielles pour des candidats favorables à une interprétation présidentialisante de la Constitution, et en donnant toujours à ce Président une majorité absolue à l'Assemblée nationale, aurait approuvé la pratique gaullienne des institutions, et par-là même créé une coutume en ce sens. Une telle interprétation des résultats des élections nous conduirait ici à estimer qu'aux élections législatives de 1986 comme à celles de 1988 (législatives et présidentielles), les français ont manifesté leur volonté de rompre avec cette pratique, et ont donc commencé à créer une coutume contraire. En réélisant M. Mitterrand, qui avait été un président-arbitre durant la cohabitation, et qui, durant la campagne électorale, n'avait pas proposé de programme politique (précisant que le Président se doit seulement d'élaborer un " projet ", et que c'est aux partis qu'il appartient de définir un " programme " (26)) et s'était montré favorable à une cette conception d'un chef de l'Etat qui laisse le gouvernement conduire et déterminer la politique de la nation (27), pour être lui-même essentiellement un arbitre et un rassembleur (28), les Français n'ont-ils pas montré qu'ils ne voulaient plus de la monarchie républicaine ? " Autorité, arbitrage, cette double fonction du Président de la République, croyez-moi, il faut la préserver. Ce n'est pas le moindre enjeu de l'élection du huit mai ", avait souligné M. Mitterrand dans sa lettre à tous les français...Et il fut largement réélu ! (29) " Les socialistes veulent prendre enfin leur revanche sur la Ve république, qu'ils ont subie mais jamais

---

(26) Cf. *Le Monde* 6.4.1988.

(27) cf. infra., et A. FONTAINE, *Adieu le changement ? Le Monde* 23.4.1988. Par ailleurs, l'étude de la campagne électorale elle-même est intéressante en ce que d'une part, elle est le reflet de la volonté des hommes politiques et des désirs du peuple tels qu'ils sont interprétés par les candidats, et d'autre part en ce qu'elle contribue, elle aussi, à la redéfinition de l'image des pouvoirs des gouvernants (cf. P. BRAUD, *L'influence de la compétition électorale sur la construction du mythe présidentiel*, rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, 5-8 oct. 1988). Sur le fait que M. Mitterrand a mené campagne pour une présidence d'un nouveau style, cf. sa " Lettre à tous les français " et notamment *Le Monde* 21-22.2.1988, p. 5, où A. ROLLAT souligne que " de sa propre popularité (M. Mitterrand) conclut que ses citoyens attendent surtout du chef de l'Etat qu'il se comporte, plus que jamais, en arbitre, en médiateur, en gardien de la cohésion nationale plutôt qu'en super-intendant chargé de la gestion quotidienne du pays ".

(28) La notion de rassemblement est celle qui marque le plus fortement la campagne présidentielle dont le slogan était " la France unie ". " Je crois que je peux rassembler plus que d'autres " affirmait M. Mitterrand (cf. *Le Monde*, 2.4.1988).

(29) P. BEREGOVY avait également estimé que " Ces deux dernières années ont éclairé les français (...) Ils ne veulent pas un Président touche-à-tout, ils veulent un président qui impulse la vie politique sans concentrer tous les pouvoirs entre ses mains. Ils veulent un président sûr de son autorité, et non un chef de clan. En définitive, c'est aussi cela l'enjeu de l'élection du 8 mai " (*1986-1988, Un bilan, Un enjeu, Le Monde*, 19.2.1988). Sur les résultats des élections de 1988, cf. J. JAFFRE, *France au centre, victoires socialistes, Pouvoirs*, n° 47, 1988, p. 157, et P. AVRIL et J. GICQUEL, CCF, *ibidem*.

aimée, avait rétorqué M. Chirac. L'enjeu de la prochaine élection présidentielle est le maintien de " l'esprit de nos institutions "... l'enjeu de nos élections est aussi celui de nos institutions " (30)...et il fut largement battu ! Ne peut-on en conclure que citoyens ont ainsi plébiscité cette interprétation de la Constitution qui fait du Président le responsable de la politique étrangère et de la défense, et un arbitre dans les autres domaines ? De même, en se montrant défavorables à la dissolution qui a suivi, et en n'apportant au Président qu'une majorité parlementaire relative, n'ont-ils pas manifesté leur volonté que le Président ne soit plus le chef d'une majorité, mais plutôt un " rassembleur " capable de donner naissance à un gouvernement de coalition ? (31). Les sondages réalisés durant la campagne électorale en 1988 montrent d'ailleurs nettement que le retour à la pratique institutionnelle d'avant 1986 est le cadet des soucis des français (32). Avant comme après 1986, ce type d'interprétation des résultats des élections nous paraît pour le moins hâtif, pour ne pas dire abusif (33). Il reste cependant qu'une telle vision des élections de 1986 et 1988 permet au minimum de relativiser très sérieusement la prétendue coutume constitutionnelle et le soi-disant engouement du peuple français pour une " monarchie républicaine ". La cohabitation a ainsi totalement transformé l'image du Président de la République : premier responsable de l'action gouvernementale avant 1986, il est ressenti en 1988 avant tout comme un " père de la Patrie, (...) protecteur des citoyens, (...) incarnation de la

(30) J. CHIRAC, Discours à Rennes, le 11 avril 1988, *Le Monde* du 13.

(31) P. HABERT souligne que la dissolution de l'Assemblée nationale allant à contre-courant de toute la campagne présidentielle, la dissolution est contraire aux vœux des français, dont une large majorité (58 %) ne souhaite pas que le PS ait une majorité absolue à l'Assemblée nationale. Les élections législatives suivantes sont d'ailleurs marquées par le plus haut niveau d'abstentions à de telles consultations depuis 1875 (mais on sait que cette abstention s'explique également par d'autres facteurs, et notamment la réduction du clivage gauche-droite). (dans *Les choix des électeurs au printemps 1988*, dans O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE, SOFRES, *L'état de l'opinion, clés pour 1989*, Seuil 1989, p. 88, 89). On notera que les personnes interrogées par la SOFRES en avril 1988 avaient nettement plus confiance en F. Mitterrand qu'en J. Chirac tant pour " rassembler les français " (49 % contre 22 %) que pour " assurer le bon fonctionnement des institutions " (41 % contre 31 %).

(32) Si, en octobre 1987, 56 % des personnes interrogées préfèrent que la cohabitation soit une parenthèse plutôt qu'elle ait des effets durables (cf. O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE, SOFRES, *L'état de l'Opinion, clés pour 1988*, préc., p. 114), il apparaît bientôt qu'ils ne souhaitent pas rétablir la suprématie présidentielle basée sur la domination d'une majorité parlementaire absolue par le Président de la République qui existait avant la cohabitation. Ainsi, parmi les priorités des français, " la constitution d'une majorité parlementaire pour soutenir le Président de la République " n'intervient qu'au 17e rang avec 7 % (alors que le chômage, est placé au Premier rang dans 87 % des cas), et " le rôle et les pouvoirs du Président de la République " sont placés au 18e rang avec 6 %. De même, parmi les motivations du vote en faveur de F. Mitterrand, arrive au 3e rang (avec 22 %) la conviction qu'il sera un bon président, au 4e rang l'espoir qu'il saura rassembler les français (17 %), au 5e rang l'impression qu'il " fera une nouvelle majorité avec les socialistes et une partie de la droite (16 %), et au 6e rang l'idée qu'il " laissera le Premier ministre gouverner " (pour 11 % des personnes interrogées) (source : O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE, SOFRES, *L'état de l'opinion, clés pour 1989*, préc., pp. 127 et 104). Si l'on observe les intentions de vote pour ou contre M. Barre (qui n'a cessé, depuis 1983, de prôner le retour à la pratique gaullienne des institutions), on se rend compte que l'idée qu'il " rétablira les pouvoirs du Président sous la Ve République " n'arrive qu'au 6e rang des intentions de vote en sa faveur (et en représente seulement 6 %), mais surtout qu'en contre partie, 10 % des réticences à l'égard de M. Barre (au 6e rang toujours) s'expliquent par le fait qu' " il veut un pouvoir présidentiel trop fort " (*ibidem*, p. 106).

(33) Sur l'influence de l'interprétation des résultats des sondages et des élections sur le fonctionnement des institutions, cf. *infra*, L. II.

nation " (34). Cette expérience a permis une revalorisation très nette non seulement de la fonction présidentielle, mais aussi de celle du Premier ministre et des ministres (35).

S'agissant des *hommes politiques*, il semble que l'image nouvelle qu'ils ont eue des pouvoirs des gouvernants durant la cohabitation soit assez variable selon leurs opinions. Pour un " anticohabitationniste " farouche comme M. Barre, la cohabitation a réduit à l'excès les pouvoirs présidentiels, conduisant à " l'érosion et l'affaiblissement de la fonction présidentielle, même si l'autorité personnelle du Président permet de sauvegarder les apparences, même si le Président défend avec vigueur le " pré carré " que constituent les affaires étrangères et la défense, même si, en refusant de signer les ordonnances ou en exprimant des réserves sur des décisions du Gouvernement, il se livre à ce que l'on pourrait appeler des " barouds d'honneur présidentiels " " (36)...Il n'en restera " rien de positif " (37). Le député lyonnais reconnaît pourtant que " la fonction est moins entamée qu'elle aurait pu l'être " (38). Pour M. Chirac, au contraire, la cohabitation " n'a pas eu que des effets négatifs, notamment pour apprécier ce que doit être exactement l'équilibre des pouvoirs dans notre pays et provoquer un certain retour à ce qu'était la pratique institutionnelle au début de la Ve République (39) " (...) " Le Général de Gaulle exerçait ses responsabilités dans les secteurs touchant à l'essentiel, les affaires étrangères et la défense; dans les autres domaines il laissait une très grande liberté à son Gouvernement. Ce n'est que peu à peu que le reste du pouvoir s'est transféré à l'Elysée ; j'ai toujours considéré qu'il y avait eu là un excès. Je suis personnellement partisan d'un gouvernement qui, dans le cadre des orientations définies par le chef de l'Etat...ait une relative autonomie " (40). Quant à M. Mitterrand, s'il se réjouit de ce que la cohabitation ait mis fin à une présidentialisation excessive du régime, il souligne avec vigueur que la fonction présidentielle n'a pas été atteinte par cette expérience. Dès le début de la cohabitation, il s'applique à répéter qu'il avait commencé à procéder au " rééquilibrage " des pouvoirs avec M. Fabius, et que ce mouvement devrait être

---

(34) C.A. COLLIARD, *IN Les pouvoirs du Président de la République en cas de coexistence institutionnelle* (mars 1986-mai 1988), préc., p. 1602. Selon Léo HAMON, le Président est ainsi devenu " l'homme de la nation entière " (dans *Lettre ouverte au Président de la République nouvellement élu*, LGDJ, 1988, p. 123 et s., et *Ne pas insulter l'avenir*, *Le Monde*, 12.4.1988, préc. On notera que dans le classement des présidents de la Ve République par domaines, M. Mitterrand arrive au deuxième rang (32 %) après le général de Gaulle (51 %) pour " assurer l'unité des français ", et pour " veiller au bon fonctionnement des institutions (35 % contre 46 % pour le général) (source : O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE (dir.) SOFRES, *L'état de l'opinion, clés pour 1989*, préc., p. 145).

(35) O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE notent que la cohabitation a conduit à une revalorisation du Président de la République, du Premier ministre et des ministres qui se manifeste par un retour de confiance en ces institutions (*Op. préc.*, SOFRES, 1989, p. 204).

(36) R. BARRE, *Les institutions, Faits et Arguments* n° 42, janvier 1987, p. 2.

(37) R. BARRE Cité dans *Le Monde* 12 fév. 1987, M. Chirac, *Premier ministre, a-t-il plus de pouvoirs grâce à la cohabitation ? Ses prédécesseurs répondent*, p. 12.

(38) R. BARRE, le 2 juin 1987, sur Europe 1, cité par P. AVRIL, *Fin de la constitution gaulliste ?*, *Revue Esprit*, n° 136-137, mars-avril 1988, p.44.

(39) J. CHIRAC, *conférence de presse* du 29 janvier 1987.

(40) J. CHIRAC, *Valeurs Actuelles* du 17 nov. 1986, CCF. *Pouvoirs* n° 41, 1987, p. 222.

irréversible et empêcher le retour aux pratiques monarchistes d'antan (41). Il le clame plus fort encore en 1988 : " Tout en m'inclinant, comme c'était mon devoir, devant la volonté populaire, j'ai maintenu, grâce à votre confiance, l'autorité de ma fonction. Je pense et j'espère que , quelles que soient les majorités futures, on ne retournera ni au Président " absolu " des débuts de la Ve République, maître en fait de tous les pouvoirs, ni au Président " soliveau " de la IVe République qui n'en avait aucun ", écrit-il dans sa lettre à tous les français (42). Puis il définit la mission du Président de la République : il doit être un responsable (de la diplomatie et de la défense essentiellement) et un arbitre. Citant en substance l'article 5 de la Constitution, M. Mitterrand décrit pour une large part le rôle qui fut le sien durant la cohabitation, c'est à dire, le rôle que la coexistence l'a réduit à jouer. Pour le Président de la République, la cohabitation marquera profondément le fonctionnement de nos institutions : " La trace qu'elle laissera sera profonde. Chacun des pouvoirs sait désormais qu'il existe et voudra exercer sa pleine compétence, y compris lorsque majorité présidentielle et majorité parlementaire coïncideront de nouveau " (43). Néanmoins, les hommes politiques continuent à orienter leurs regards vers l'Élysée, et non vers Matignon, et concevoir encore que l'essentiel, dans la vie institutionnelle française, est bien l'élection présidentielle, et non pas les élections parlementaires. Cette approche paraît assez surprenante à l'heure où l'on parle de plus en plus fréquemment d'une nouvelle cohabitation.

*La doctrine* semble, elle aussi, avoir révisé l'image qu'elle avait des pouvoirs respectifs du chef de l'État et du Premier ministre. Tous les auteurs ont souligné le bouleversement consistant dans le fait que le Premier ministre soit devenu le chef du Gouvernement et non plus l'aide de camp du Président, et ils se sont souvent réjouis de ce rééquilibrage des pouvoirs (44). Tous " constatent, pour le regretter ou l'approuver, la fin du " prince-président ", de la présidence absolue et de la montée en puissance du président constitutionnel, arbitre, juge, gardien ou " greffier de la République " " (45). Il appert que " la cohabitation a donné à l'institution du Premier ministre une dimension nouvelle, qui ne s'effacera sans doute jamais complètement, même si les circonstances politiques renforcent la position du chef de l'État " (46).

(41) Cf. J. Y. LHOMEAU, *Le Monde*, 8 nov. 1986, et son interview à A. DUHAMEL, *Le Point* 10 nov. 1986, p. 55.

(42) *Lettre à tous les français*, préc., p. 4.

(43) Entretien avec O. DUHAMEL, *Pouvoirs*, n° 45, 1988, p. 131-140.

(44) J. GICQUEL, *De la cohabitation*, *Pouvoirs* n° 49, 1989, p. 78-79 : "... La doctrine du juste milieu, résumée par le thème consensuel du rééquilibrage, repousse, dans un même élan, la *dérive monarchique* de la Ve République et la *dérive anarchique* de la IVe République. Soit une présidence arbitrale, dans l'acception originaire, et nullement oracle, respectueuse de l'autonomie politique du Gouvernement, en union avec la représentation nationale " (souligné par l'auteur).

(45) D. ROUSSEAU, *Conjonctures, constitution et image présidentielle de François Mitterrand*, AFSP, 1988, préc. p. 25, et cf. A. DUHAMEL, *La fin du prince-président*, et J.Y. MADEL, *Greffier de la République*, *Le Monde* 11.6. 1988.

(46) G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER, *Manuel de droit constitutionnel*, LGDJ, 1988, p. 445. Pour M. DUVERGER, " Un tuteur était d'abord nécessaire pour assurer la discipline des majorités envers un

*Exit* la conception du Président-patron omniscient et omniprésent (47), remplacée par celle du " président-patriarche ". Pour la plupart des constitutionnalistes et des politistes, " la présidence a été atteinte par l'existence même de la dyarchie, qui a montré combien l'Elysée, tenu à l'écart des circuits ordinaires du Gouvernement, est tributaire de l'appareil de Matignon " (48). Ils reconnaissent généralement avec Jean-Luc Parodi que le Président a dû se résigner à une " soumission tribunitienne ", et qu'il n'a guère maintenu que " la façade de sa fonction " (49). Si tous s'entendent pour reconnaître que la fonction présidentielle n'a cependant pas été réduite à " l'inauguration des chrysanthèmes " (50), certains auteurs s'efforcent de démontrer que la cohabitation n'a " pas entraîné une réduction du rôle du Président " (51). On peut en fait considérer que l'image de la fonction présidentielle a été, relativement à la situation politique, non pas affaiblie, mais au contraire renforcée (52). Et ceci pour deux raisons principales. Tout d'abord, en révélant que le chef de l'Etat peut rester à l'Elysée et y jouer un rôle non négligeable (même s'il est infiniment plus réduit qu'en période normale), même quand la majorité parlementaire lui est hostile, la cohabitation a crédité cette institution d'une aura de stabilité, de solidité " au dessus des contingences politiques ". Schématiquement, la Présidence de la République a gagné en grandeur ce qu'elle a perdu en pouvoir effectif. Ensuite, nous considérons que les pouvoirs présidentiels sont demeurés, durant cette période où la situation politique aurait dû pourtant les réduire à l'extrême, plus importants que ceux qui sont organisés par la Constitution (droits de veto présidentiels, diplomatie et défense, pouvoir tribunitien...). Pour certains constitutionnalistes, l'image des pouvoirs présidentiels a donc été relativement renforcée par cette épreuve. Mais la doctrine est plus perplexe sur le point de savoir quels seront les effets de cette nouvelle conception des pouvoirs après la cohabitation.

---

premier ministre que les parlementaires étaient accoutumés depuis 1875 à plier ou à briser au gré des sautes de vent. La cohabitation a montré que ce tuteur devenait superflu et que l'autonomie du Premier ministre se trouvait assurée. Désormais, le régime peut être à la fois libéré des excès monarchiques de 1962-1986 et des excès dyarchiques de 1986-1988 " (*Le Monde*, 17 mai 1989).

(47) Pour M. ROCARD, " Que tout remonte... n'est pas forcément dramatique. Ce qui l'est, c'est qu'un chef de l'Etat **descende en personne** pour s'occuper de ce qui n'est pas de son ressort...Partout il faut un vrai patron. Mais il n'existe plus nulle part de patron-Zorro, omniscient. Cela, c'est une époque révolue " (*L'express*, 25 déc. 1987). On observera que M. ROCARD n' a peut être pas très bien révisé ses " classiques " car le personnage de Zorro n'est pas du tout quelqu'un qui se mêle de tout, qui dirige tout, mais au contraire un personnage extérieur au Gouvernement, et qui n'intervient que pour protéger les faibles contre les fors.

(48) P. AVRIL, *Fin de la Constitution gaulliste ?*, préc., p. 43.

(49) P. AVRIL, *Fin de la Constitution gaulliste ?*, préc., P. 44.

(50) J. MASSOT, *La pratique présidentielle sous la Ve République*, D.F. *Regards sur l'actualité* n° 139, mars 1988, p. 37; et P. AVRIL, *Fin de la Constitution gaulliste*, préc., p. 43.

(51) C.A. COLLIARD, art. préc., p. 1605.

(52) En ce sens, B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, A. Colin, 8e ed. 1988, p. 598 et s.(pour qui ce renforcement se traduit essentiellement d'abord par l'attribution au Président d'une irresponsabilité politique totale, et ensuite par la création d'une coutume constitutionnelle selon laquelle les compétences du chef de l'Etat ne seraient pas liées, puisqu'il disposerait pleinement de tous les pouvoirs que lui attribue la Constitution); et J. P. COT, discussion à l'occasion de sa *conférence sur l'Europe*, à la Faculté de Saint-Etienne.



**b ) Une ombre portée sur l'avenir, ou les stigmates de la cohabitation.**

**154** " Synthèse ou parenthèse ? " (G. Vedel (53)), " Grippe ou Sida des institutions ? (M. Duverger (54)) ", " avatar " (J. Chirac (55)), " ratatouille politicienne " (R. Barre (56)).. quelle étrange maladie institutionnelle la cohabitation est-elle donc ? Qu'importe, en définitive le nom qu'on lui donne, l'essentiel est en fin de compte de savoir comment la guérir, quelles seront les suites, et si elle laissera ou non des séquelles indélébiles. Après avoir évoqué les opinions dominantes des citoyens, des gouvernants et de la doctrine sur ce point, nous verrons quelle influence elle a eue sur la pratique des institutions à partir de 1988. A l'automne 1987, la majorité des personnes interrogées pense qu'elle ne sera qu'une parenthèse (44 %), et souhaite qu'elle ne soit que cela (56 %), afin que l'on revienne au fonctionnement de la Ve République tel qu'on l'a connu jusqu'en mars 1986, mais 37 % d'entre elles jugent (et 33 % espèrent) qu'elle aura des effets durables sur le fonctionnement des institutions (57). Comment la guérir ? Les français ont trouvé la solution en apportant une majorité relative, certes, mais majorité tout de même, à M. Mitterrand fraîchement réélu en 1988. Il s'en est pourtant fallu de bien peu, et la majorité des citoyens voulait, certes, mettre fin à la cohabitation, mais sans pour autant revenir à la situation d'un président tout-puissant appuyé sur une majorité absolue toute à sa dévotion, qui caractérisait nos institutions jusqu'en 1986. Les suites, donc, sont caractérisées par une période de convalescence durant laquelle la disparition progressive de l'opposition droite-gauche, le désir de consensus des français (58), se traduisent par le souhait d'un gouvernement sinon d'union nationale, du moins " d'ouverture ". Si la gauche a obtenu des résultats nettement moins bons aux élections législatives qu'aux élections présidentielles de 1988, c'est non seulement parce que l'opinion est plus favorable à la personne de M. Mitterrand qu'au Parti socialiste, mais encore parce qu'elle a été déçue par une dissolution signifiant, de la part du chef de l'Etat, le refus de poursuivre la cohabitation, ou pour le moins de former un gouvernement de consensus (59).

---

(53) Pour le Doyen VEDEL, " Ou bien la discordance entre le chef de l'Etat et la majorité parlementaire est un accident vite oublié et la Ve République retrouverait ce que les tenants de cette analyse tiennent pour son essence : le présidentialisme majoritaire. Ou bien elle se perpétuera et les chances de retour à un véritable présidentialisme majoritaire disparaissent. L'histoire seule pourra départager les tenants de l'une ou l'autre thèse ".

(54) Pour Jean FOYER, il s'agit plutôt d'un SIDA (cité par J. GICQUEL, *De la cohabitation, préc.*, p. 78.

(55) Même source.

(56) Même source.

(57) Dans les deux enquêtes réalisées successivement en octobre 1987 par la SOFRES, la première était relative aux souhaits des français, et la seconde à ce qui leur paraissait le plus probable (cf. O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE (dir.) SOFRES, 1988, *préc.*, p. 114.

(58) Sur la réduction du clivage gauche-droite à l'issue de la cohabitation, et le désir de consensus des français, cf. P. HABERT, *Les choix des électeurs au printemps 1988*, dans O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE (dir.), SOFRES, *L'état de l'opinion, clés pour 1989*, Seuil 1989, p. 71.

(59) P. HABERT note que " En rupture avec toute la thématique électorale développée par François Mitterrand au cours de la campagne présidentielle, la décision de dissoudre l'Assemblée nationale ne correspond pas aux aspirations profondes de l'électorat : avant même l'annonce de la dissolution, 48 % des

Enfin, quels seront les stigmates ? Cette épreuve laissera-t-elle des traces durables dans le fonctionnement de nos institutions ? Evoquons les différentes thèses en présence avant d'apporter quelques éléments d'analyse sur la pratique des institutions depuis 1988. Certains gagent que la cohabitation sera une simple parenthèse. Sitôt réunies les conditions de la " monarchie républicaine " - à savoir essentiellement une majorité forte et toute à la dévotion du chef de l'Etat -, nous reviendrons aux pratiques d'antan, quittant les rivages du texte constitutionnel pour voguer à nouveau sur les eaux troubles de la pratique présidentialisée (60). Pour d'autres, au contraire, la cohabitation laissera des traces profondes dans le paysage constitutionnel (61). L'image nouvelle des fonctions du Président et du Premier ministre ne pourra pas s'effacer totalement, quel que soit le contexte politique (62). Ainsi, les " cohabitants " eux-mêmes semblent penser que le rééquilibrage des pouvoirs provoqué par la cohabitation sera durable. D'après M. Chirac, " La cohabitation aura eu, probablement, le mérite de marquer les limites qu'il convenait d'avoir dans une présidentialisée excessive de notre régime. La France ne doit pas avoir un Président-monarque ou un Président-empereur...pas un Président exclusivement

---

français (et 42 % des électeurs miterrandistes) souhaitent que le Président de la République " cherchât à s'entendre le plus longtemps possible avec l'Assemblée actuelle ", alors que 37 % seulement préféraient " l'annonce de la dissolution de l'Assemblée le plus rapidement possible " (dans *Les choix des électeurs au printemps 1988*, p. 89; et *L'enquête Nouvel Observateur/SOFRES, Législatives 1988*, dans O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE, *SOFRES, L'état de l'opinion, clés pour 1989*, Seuil, 1989, p. 115 et s.). Dans sa " Lettre à tous les français ", M. Mitterrand semble dire clairement qu'il ne dissoudra l'Assemblée que si la majorité veut paralyser l'action du nouveau Gouvernement, s'opposer au fonctionnement régulier des pouvoirs publics, " Cela dit, si le Premier ministre constate qu'on l'empêche d'agir, je dissoudrai l'Assemblée nationale " (souligné par nous). Et O. DUHAMEL et J. JAFFRE de constater la surprise des citoyens : " Vive la France unie, à bas l'Etat partial, leur avait répété François Mitterrand. Dissolution immédiate, recherche d'un PS dominant, constatent les français dès le lendemain du scrutin présidentiel " (dans *op. préc.*, SOFRES, 1989, *Dix leçons de 1988*, p. 235. Cf. aussi *ibidem*, p. 115 et s.). Cf. aussi H. PORTELLI, *La politique en France sous la Ve République, préc.*, 1989, p. 285 et s., et 292 et s.

(60) Imaginant, en 1978, ce que pourrait être la cohabitation, Jean CHARLOT estimait que le président de la République ne resterait pas confiné dans un rôle d'arbitre après cette expérience : "...cette situation ne pourrait être que provisoire, l'élection présidentielle suivante réglant d'une façon ou d'une autre la question. (...) Les précédents créés par les trois premiers présidents de la Ve République, l'attachement des français à l'institution présidentielle, le besoin, pour la gauche elle-même d'un chef légitime doté de larges pouvoirs inclinent à parier sur le maintien, à terme, de la primauté élyséenne " (dans *La Ve République : une mutation politique, Pouvoirs* n° 4 1978, rééd 1982, p. 115).

De même, O. DUHAMEL estimait en 1985 que " ce retour à la lettre alors écrite (en 1958), au jeu politique alors envisagé, au modèle institutionnel alors rêvé ne durerait pas. La réalité des mécanismes institutionnels instaurés en 1958-1962 ne disparaîtrait pas dans cette parenthèse. La Constitution de 1958 révélerait au contraire qu'elle peut servir au rétablissement de la Cinquième constituée " (dans *De l'alternance à la cohabitation, ou l'énigme résolue de la Constitution*, dans O. DUHAMEL et J.L. PARODI (dir.) *La Constitution de la Ve République*, ed. FNSP, 1988, p. 537. Néanmoins, O. DUHAMEL souligne en 1987 que la sur-puissance présidentielle sera très atténuée (cf. infra).

Pour R. BARILLON *et alii* (*Dictionnaire de la Constitution*, Cujas, 4e ed., nov. 1986, p. 60), dès la fin de la cohabitation, le Président de la République retrouvera tous les pouvoirs qui sont les siens car il est élu au suffrage universel direct et tient ses pouvoirs de la force de sa légitimité.

(61) En ce sens, cf. J. GICQUEL, *De la Cohabitation, préc.*, p. 79.

(62) Ainsi, pour M. COUVE DE MURVILLE notamment, " L'expérience laissera des traces, on ne pourra pas revenir à ce qui se faisait précédemment ", la France n'a pas besoin d'un " Président-Dieu-Tout-puissant " (cité dans *Le Monde* 12 fév. 1987, p. 9)

arbitre, mais un Président qui assume à la fois les responsabilités essentielles : politique étrangère, défense, et qui donne les grandes impulsions mais qui laisse le Gouvernement gouverner " (63). Miracle de la cohabitation, elle a imposé une redéfinition de la répartition des pouvoirs entre les gouvernants sur laquelle - et sur les conséquences de laquelle - les principaux acteurs de cette expérience semblent globalement d'accord. En effet, pour M. Mitterrand aussi, " Le pouvoir exécutif était trop faible sous la III<sup>e</sup> et la IV<sup>e</sup> République. La pratique de la Ve a conduit à un pouvoir de fait, excessif, du chef de l'Etat. Je n'ai cessé de le penser depuis 1958, et d'en tenir compte. La situation présente dessine, avec beaucoup de tâtonnements, une approche qui se perpétuera, même si les majorités présidentielle et parlementaire coïncident de nouveau. Cela dépendra du Président, mais aussi du Parlement, qui sont les deux partenaires obligés de notre vie démocratique " (64). Nombreux sont les constitutionnalistes pour lesquels " le temps du monarque tout-puissant est révolu. (...) Cette spécificité française du " sur-pouvoir " (...) est appelée, sinon à disparaître, du moins à se tempérer assez sensiblement . (...) La toute-puissance présidentielle qui fut si longtemps la norme de la Ve République ne devrait donc pas renaître de ses cendres " (65).

De fait, plusieurs facteurs sont intervenus pour empêcher, en 1988, le retour au " monarchisme présidentiel ". Le premier tient à l'équilibre des forces politiques : le Président de la République n'est plus soutenu par une majorité absolue mais dispose seulement de la soumission du principal parti de l'Assemblée nationale (et surtout, l'opposition peut difficilement réunir la majorité absolue des membres composant l'Assemblée, requise pour le vote d'une motion de censure, puisqu'il lui faudrait s'allier avec le Parti communiste, ce qui reste hautement improbable, même si ce n'est pas tout à fait impossible). Mais cela ne suffit à empêcher ni le fonctionnement normal des pouvoirs publics (puisque toutes les institutions de la Ve République ont été conçues justement pour faire face à l'absence de majorité absolue au Parlement, considérée alors comme inéluctable en France); ni la suprématie présidentielle. Le second facteur déterminant cette évolution est la personnalité et la situation politique des acteurs. Eclairé par sa longue expérience à l'Élysée, M. Mitterrand est parfaitement conscient du fait qu'il n'a aucun intérêt à gouverner, puisque sa cote de popularité est inversement proportionnelle à son intervention dans la direction de la politique gouvernementale. Arrivant au terme d'une longue carrière politique, il aspire davantage à imprimer le fonctionnement de nos institutions de sa marque personnelle qu'à s'engager dans l'action politique comme il le fit au début de son premier septennat. La cohabitation lui a permis de mettre enfin en oeuvre les idées constitutionnelles qu'il avait prônées si longtemps, et qu'il semblait avoir oubliées

(63) J. CHIRAC, Déclaration au *club de la presse d'Europe 1*, le 20 déc. 1987 (*Le Monde* du 22 déc. 1987). Le Premier ministre a estimé par ailleurs qu' " il ne serait pas sain que la France dispose d'un président qui se mêle de tout, avec un cabinet qui forme très rapidement un gouvernement bis ".

(64) F. MITTERRAND, interview à A. DUHAMEL, *Le point* n° 738, 10 nov. 1986.

(65) O. DUHAMEL et J. JAFFRE, *Le nouveau Président*, ed. Seuil, oct. 1987, p. 281 à 283.

entre 1981 et 1986. Dès lors que ses idées institutionnelles semblent enfin coïncider avec ses intérêts stratégiques, il sera sans doute disposé à être un Président de la République beaucoup moins directif qu'il ne le fut jusqu'en 1986, à jouer le rôle d'arbitre (et non de dirigeant) prévu par la Constitution en 1958 (66). Les années passent, les Premiers ministres s'écroulent, le Président demeure.

Mais si ces deux facteurs sont influents c'est aussi - et peut-être surtout - parce que cette nouvelle pratique correspond très largement à l'image que le peuple semble se faire à présent de la répartition des pouvoirs entre les gouvernants. D'aucuns estiment en effet que " la France continue depuis mai-juin 1988 à vivre sans coup férir (un consensus étant ainsi établi) sous un " présidentialisme relatif " (67). Comment ne pas être frappé par le fait que le chef de l'Etat reste à l'Elysée ou fait des voyages diplomatiques pendant que le Premier ministre monte au front pour s'exposer aux troubles de Nouvelle Calédonnie ou aux explosions de grèves dans de nombreux secteurs (68), qui s'applique toujours à donner l'image d'un rassembleur au dessus de la mêlée (invitant les partis de la majorité comme de l'opposition à " cesser d'offrir ce spectacle de divisions ", en expliquant longuement qu'il n'entend pas " se mêler " des divisions du parti socialiste, tout en précisant quels travaux " Hercule " doit réaliser pour être digne d'assurer sa succession (69)), qu' il continue à distribuer les blâmes et les bons points, qu' il cultive toujours son image de protecteur des faibles et des pauvres contre les riches (70), qu'il continue à recevoir les grévistes (71) ? " Le Président de la République continue donc et se satisfait d'être un arbitre, étant entendu qu'il domine la politique étrangère et la Défense ", en conclut le Doyen Leclercq (72). Bien que nous le suivions sur l'essentiel, notre appréciation sera plus nuancée, certains éléments montrant que le Président de la République est tout de même nettement plus influent que sous la cohabitation. C'est lui qui a choisi M. Rocard comme chef du Gouvernement (mais l'absence de majorité absolue à l'Assemblée rendait son choix beaucoup plus limité qu'entre 1981 et 1986). C'est lui qui, pour le neutraliser, lui a imposé comme ministres " tout l'état-major socialiste, y compris ses adversaires les plus déclarés " (73). On comprend que le Premier ministre ait ressenti

---

(66) Selon M. DUVERGER, " Le second mandat offre à François Mitterrand l'occasion d'enraciner une pratique de la Ve république enfin conforme à son esprit, où le chef de l'Etat n'exercerait en temps normal qu'une fonction d'arbitrage suprême, en laissant au chef du Gouvernement le soin de conduire la politique de la nation tant que la majorité des députés le maintient au pouvoir avec ses moyens d'agir " (*Le Monde* 17.5.1989, p. 2).

(67) LE MONG NGUYEN, *La Constitution de la Ve République*, ed. STH, 1989, p. 204.

(68) Cf. H. PORTELLI, *La politique en France sous la Ve République*, préc., 1989, p. 297.

(69) Intervention à l'émission *Sept sur sept*, le 25.3.1990, *Le Monde* du 27).

(70) Intervention télévisée du 25.3.1990, préc.

(71) Par exemple les lycéens en novembre 1990.

(72) C. LECLERCQ, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 6e ed. 1989, p. 544-545.

(73) B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, préc. 1988, p. 604. H. PORTELLI souligne que, dans le premier gouvernement Rocard, les mitterrandistes ont la majorité absolue au sein du Gouvernement, alors que les rocardiens ne sont que 6 sur 42 (dans *La politique en France sous la Ve République*, 1989, préc., p. 291).

le besoin d'affirmer son autorité, par un procédé original sous la Ve République, et qui est en lui-même révélateur à la fois de l'ambiguïté de ses rapports avec le Président et les membres du Gouvernement, et de l'incertitude qui pèse sur les compétences du Premier ministre au lendemain de la coexistence : le 25 mai 1988, M. Rocard a fait publier au Journal Officiel une circulaire adressée à tous les membres du Gouvernement, rappelant que c'est le Gouvernement qui détermine et conduit la politique de la nation et qu'il est dirigé par le Premier ministre (74). M. Mitterrand affirme plus haut que jamais sa maîtrise de la défense et de la diplomatie, sans qu'elle soit désormais contestée (75). C'est lui encore qui réunit le Conseil des ministres en l'absence du chef du Gouvernement (76), et qui n'hésite pas à menacer les ministres de révocation s'ils n'assistent pas assez assidûment aux séances de l'Assemblée (77). C'est lui enfin qui explique au peuple (et au Premier ministre ?) quelle doit être l'orientation générale de la politique gouvernementale (" redistribuer la prospérité française " (78)... toutes choses inconcevables durant la coexistence.

Mais pourtant, " il n'y a pas de changement de style notable par rapport à la période de la cohabitation. F. Mitterrand prend ses distances - ou de l'altitude -, il n'est plus un guide, ni un chef suprême (...), il cultive son aspect " rassembleur " et " père de la nation ". Comme il l'a dit lui-même, il n'est ni Président " absolu ", ni président " soliveau " " (79). Il semble donc que la répartition des compétences entre le Président de la République et le Premier ministre corresponde à une pratique intermédiaire entre la suprématie présidentielle de la première phase de la Ve République (jusqu'en 1986 (80)), et la soumission tribunitienne des années de coexistence. Quant au Parlement, dès lors que sa docilité et son impuissance

---

(74) Cité par C. LECLERCQ, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Litec, 6e ed. 1989, p. 544.

(75) Cf. supra. Le 11 octobre 1988, M. Mitterrand souligne à l'institut des hautes études de défense nationale que " Chef de l'Etat, chef des armées, je souhaite rappeler devant vous, car c'est une mission qui m'incombe, les grandes lignes de notre politique de défense " (dans *Défense nationale*, nov. 1988, p. 13 et s., cité par C. LECLERCQ, *op. préc.*, p. 545). De même, lors de l'émission *Sept sur sept* sur TF1, le 25 mars 1990, M. Mitterrand a consacré de très larges développements à la politique européenne, à la situation internationale et à la défense, montrant que c'était lui qui dirigeait la politique française dans ces domaines, alors qu'en matière de politique intérieure, il donnait des indications au Gouvernement (cf. *Le Monde* 27.3.1990).

(76) Le 23.8. 1989, M. Mitterrand a réuni le Conseil des ministres alors que M. Rocard effectuait une visite officielle dans le Pacifique-Sud (*Le Monde* 25.8.1989). P. AVRIL et J. GICQUEL notent (CCF *Pouvoirs* n° 52, 1990, p. 181) que le dernier précédent remonte au 9 mai 1984 (CCF *Pouvoirs* n° 32, p. 184).

(77) Selon M. Le Pen, le Président de la République a indiqué " les ministres qui n'atteindraient pas dans ce domaine un niveau raisonnable ne pourraient pas rester au Gouvernement, car la présence et les égards dus aux assemblées font partie des obligations impérieuses de la fonction de ministre " (*Le Monde* 29.3.1990).

(78) Intervention à l'émission *Sept sur sept*, sur TF1, le 25 mars 1990. Le chef de l'Etat fixe ainsi les objectifs à atteindre : réduire les écarts entre les riches et les pauvres, et montre la voie à suivre, (mais de manière très imprécise par rapport à ce que l'on observait entre 1981 et 1986) : " le Gouvernement (...) doit développer..." des actions en ce sens dans les domaines du logement social, des transports, de la formation, et en matière fiscale... Et J. Y. LHOMEAU de constater qu'à force de prendre du recul par rapport aux événements, " il va finir dans la peau d'un professeur plutôt que dans celle d'un acteur " (*Le Monde* 27.3.1990).

(79) P. ARDANT, *Manuel d'Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 1989, p. 480.

(80) Des nuances devant être apportées pour la période 1958-1962.

s'expliquaient largement par l'existence d'une majorité absolue (soumise soit au Président soit au Gouvernement), il semble que l'avènement d'une majorité relative puisse faciliter sa réhabilitation (81).

Sans doute est-il trop tôt pour faire un bilan sérieux sur la pratique " post-cohabitationniste ". Mais le simple fait que les usages établis durant la coexistence semblent largement perdurer (82) est en lui-même très intéressant, et contribuera, pour la suite, à modifier à son tour l'image des pouvoirs des gouvernants, qui sera une variable déterminante dans un futur système politique. Il est vrai que l'accession à l'Élysée d'un adulateur de la pratique présidentialiste - à condition qu'il soit soutenu par une majorité absolue à l'Assemblée nationale - permettrait probablement d'effacer cette image nouvelle, pour faire renaître l'illustre figure du " président monarque ". Mais il est également tout à fait possible que cette nouvelle répartition des pouvoirs, justement parce qu'elle profite au chef de l'État et parce qu'elle est appréciée par le peuple, résiste à l'épreuve du temps, et que la pratique de la Ve République reste beaucoup plus proche qu'auparavant de celle qui est prévue par le texte de la Constitution. Cet usage pourrait perdurer même si le chef de l'État était soutenu par une majorité absolue à l'Assemblée nationale, à condition que d'autres variables interviennent en ce sens (et en particulier si le parti majoritaire plaçait son dirigeant (réel) non pas à l'Élysée, mais à Matignon, ou si le Président de la République était une personnalité détachée des grands partis, comme ce fut le cas au Portugal (83)). Peut-être la cohabitation aura-t-elle ainsi déterminé un retour durable à la lettre de la Constitution, parce qu'elle correspondrait enfin aux aspirations à la fois du peuple et de la classe politique (ou au moins des gouvernants). Comme toute épreuve, elle aurait permis au régime d'accéder à une véritable maturité, dans laquelle il trouverait enfin durablement son équilibre. C'est surtout dans l'optique d'une nouvelle cohabitation que l'on peut s'interroger sur les conséquences de cette expérience.

---

(81) G. CARCASSONNE estime que l'on assiste, sous la IX législature, à une rénovation tant de la fonction de contrôle que de la fonction législative du Parlement, bien qu'il soit encore trop tôt pour formuler une appréciation définitive (dans *Réhabiliter le Parlement, Pouvoirs*, n° 49, 1989, p. 37 à 45).

(82) Pour M. LE MONG NGUYEN, " tout porte à croire que malgré le retour depuis mai-juin 1988 du fait majoritaire - qui n'est que relatif, ne l'oublions pas - le Président de la République est décidé à continuer de maintenir un équilibre entre les pouvoirs (au sein de l'exécutif et dans les relations exécutif-législatif) conformément à la lettre de la Constitution et aux principes fondamentaux de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 " (dans " *La Constitution de la Ve République* ", ed. STH, 1989, p. 202.

(83) Cf. introduction.

## 2 ) Vers une nouvelle cohabitation ?

En 1987, la majorité des français souhaitait que la cohabitation prenne fin. Mais dès le printemps 1988, leurs vœux étaient plus nuancés, et aujourd'hui, on évoque de plus en plus fréquemment l'hypothèse d'une nouvelle coexistence. Ce rêve ou ce cauchemar - selon les points de vue - a-t-il quelque chance de se réaliser prochainement ? ( a ). Si oui, comment pourrait se dérouler cette seconde cohabitation ? Dans quelle mesure, et comment peut-on prévoir cette évolution ? ( b ).

### a ) Une seconde coexistence, pourquoi ?

**155** Quelles sont les conditions qui pourraient permettre une nouvelle cohabitation ? Le relatif bon déroulement de cette première expérience a très largement dédramatisé la situation de la coexistence. Si les hommes politiques s'avisaient de prétendre à nouveau que cette situation provoquera nécessairement une crise politique grave, que les institutions n'y résisteront pas, il y a fort à parier qu'ils ne seraient pas crus par l'opinion, même s'ils n'ont pas nécessairement tout à fait tort (84). Plus jamais ils ne pourront se servir de cet épouvantail pour contraindre le peuple à faire " le bon choix ", c'est à dire à donner au chef de l'Etat une majorité parlementaire absolue toute à sa dévotion, et les élections législatives de 1988 l'ont bien montré. La cohabitation n'est plus une hypothèse d'école, mais un souvenir dont le bilan est rose et noir. Rose pour ceux qui en sont sortis vainqueurs, à savoir essentiellement le Président de la République et les partis qui le soutiennent (85). Noir pour ceux qu'elle a brisés (au moins provisoirement), comme le Premier ministre ou certains de ses chefs d'Etat-major. Pour les français c'est un souvenir mitigé, rose en ce qu'il a marqué la première période de notre histoire constitutionnelle durant laquelle une moitié de la France n'avait pas l'impression de n'être aucunement représenté à la tête de l'Etat, et noir en ce que les citoyens avaient tout de même conscience du caractère explosif de cette situation.

Ce sont à présent les contraintes du calendrier, la volonté des hommes politiques ou le désir du peuple (ou ces facteurs combinés) qui peuvent imposer une nouvelle cohabitation.

---

(84) Cf. infra, n° 156.

(85) Bien que ni M. Mitterrand ni la majorité des dirigeants du PS ne souhaitent actuellement renouveler cette expérience (cf. infra), qui a correspondu à une période de gouvernement de la droite, c'est pour eux que cette expérience a été la plus bénéfique électoralement.

*Quand* serait-il possible que la majorité parlementaire soit opposée au chef de l'Etat ? On serait tenté de dire n'importe quand. L'hypothèse la plus probable aujourd'hui serait qu'au terme du mandat actuel des membres de l'Assemblée nationale, c'est à dire en 1993, la droite emporte la majorité (absolue ou relative car il n'est pas indispensable que la majorité soit absolue pour que l'on soit dans une situation de cohabitation) des sièges de l'hémicycle. On se trouverait alors dans une situation très comparable à celle de 1986-1988. Mais beaucoup d'autres hypothèses sont envisageables. Aussi, classerons-nous les différentes possibilités de cohabitation suivant leur origine. Celles qui surviendront éventuellement à l'issue d'une élection présidentielle seront dites de type P, et celles qui peuvent provenir d'une élection législative seront dites de type L.

Dans la première catégorie, à savoir lorsque la coexistence trouve son origine directement dans *l'élection du Président de la République*, on déterminera trois hypothèses en fonction de la cause de cette élection. Dans la première, dite de type P1, c'est la mort du chef de l'Etat qui explique cette élection (dans ce cas, la légitimité du chef de l'Etat n'est donc pas mise en cause par l'élection). Ce cas ne se produit pas souvent, et c'est normalement au terme du mandat précédent qu'un chef d'Etat sera élu (hypothèse P2). Ainsi, M. Mitterrand a-t-il cohabité durant une brève période avec une majorité de droite, juste après son élection en 1981 et en 1988. On pourrait concevoir qu'une coexistence de ce type dure plus longtemps, soit parce que le peuple ou les Gouvernants le voudraient, soit parce que le chef de l'Etat aurait recouru à la dissolution moins d'un an avant, et serait contraint à cette coexistence. La situation la plus favorable au Président sera celle dans laquelle il a été élu après avoir démissionné à la suite d'un conflit avec la majorité parlementaire qu'il ne pouvait ou ne voulait résoudre autrement que par ce biais. Mais c'est également une des plus explosives (hypothèse P3). Dans toute cette série de cas, la cohabitation est causée directement par l'élection présidentielle, le chef de l'Etat n'ayant pu ou voulu dissoudre l'Assemblée.

Lorsqu'il choisira de renvoyer les parlementaires devant les électeurs, et que la coexistence résultera des *élections législatives*, on se trouvera dans la deuxième série de cohabitations. Dans cette seconde catégorie, on peut encore distinguer entre plusieurs cas de figure selon la raison qui a déterminé ces élections. On appellera L1 l'hypothèse, qui s'est réalisée en 1986, et qui pourrait se renouveler en 1993, dans laquelle les élections législatives ont lieu au terme normal du mandat des députés. En dehors de ce cas, ces élections peuvent être causées par une dissolution. Selon les raisons de cette dissolution, la cohabitation sera susceptible de se dérouler de manière très variable. Hypothèse qui ne s'est pas encore réalisée en France sous la Ve République - mais qui aurait pu être concevable en 1984 ou en 1985 si les sondages d'opinion n'avaient pas été aussi défavorables au Gouvernement -, le Président de la République en accord avec la majorité parlementaire, décide de provoquer des élections anticipées (comme le Premier ministre le fait souvent en Grande-Bretagne) parce qu'il estime que son parti aura ainsi plus de chances d'être élu. Mais son calcul



échoue et il se trouve face à une majorité hostile (hypothèse L2). Assez différentes, car dès le départ plus dramatiques, pourraient être les cas dans lesquels la dissolution aurait été provoquée par une crise. Si, par exemple, à l'occasion d'un conflit grave entre législatif et exécutif, se traduisant par le vote d'une motion de censure, comme en 1962, le peuple élisait une majorité parlementaire hostile au chef de l'Etat, la position de ce dernier serait très affaiblie (hypothèse L3). On peut aussi concevoir que cette dissolution soit consécutive à une élection présidentielle, comme ce fut le cas en 1981 et 1988. Le Président ne serait alors pas en mesure d'appliquer la politique pour laquelle il viendrait pourtant d'être élu, mais la fraîcheur de sa légitimité lui permettrait probablement de ne pas être impuissant pour autant (hypothèse L4). La situation dans laquelle le chef de l'Etat verrait ses possibilités d'action le plus restreintes serait celle d'une dissolution décidée par le Président de la République pour mettre fin à une première période de cohabitation, et qui échouerait. C'est la position dans laquelle M. Mitterrand aurait pu se trouver s'il avait décidé de dissoudre l'Assemblée nationale durant la cohabitation (et c'est bien parce qu'il redoutait un échec qui l'aurait contraint à une soumission totale qu'il a renoncé à utiliser cette arme). Plus pénible encore serait le cas d'un Président qui, à l'issue d'une première dissolution, aurait dû supporter pendant un an au moins la cohabitation avec une chambre hostile, et qui, à l'instar de Charles X, se verrait renvoyer une majorité parlementaire défavorable à l'issue d'une deuxième dissolution (hypothèses de type L5).

La situation serait probablement *d'autant plus conflictuelle que les élections contraires du Président et de l'Assemblée seraient rapprochées*, car leur légitimité serait très comparable. Le cas le plus incertain serait dès lors celui dans lequel les élections auraient lieu le même jour (hypothèse LP), mais qui n'est actuellement guère concevable que dans le cas d'une révision de la Constitution réduisant la durée du mandat présidentiel et instaurant la simultanéité de ces élections (86), ou dans des circonstances tous à fait exceptionnelles (guerre...).

Mais les impératifs du calendrier ne sont pas seuls à déterminer l'éventualité d'une nouvelle coexistence. Encore faut-il que *le peuple* (dont la volonté de voir s'instaurer une cohabitation est censée s'exprimer à travers les résultats de ces élections (87)), soit disposé à accepter (à défaut de désirer) une autre cohabitation. L'analyse de l'opinion des français durant cette première expérience nous éclairera d'une part sur les chances de renouvellement de cette situation (d'autant plus grandes que l'opinion en aura été satisfaite, et que, de surcroît, les gouvernants auront l'impression que les électeurs leur sauront gré de la rétablir), et d'autre part sur la façon dont les citoyens pourraient ressentir une seconde cohabitation. D'après les sondages, avant la cohabitation les

---

(86) Cf. infra. n° 246.

(87) Sur les précautions avec lesquelles il convient d'analyser le prétendu désir de cohabitation résultant des élections de 1986, cf. supra n° 8.

français estimaient que c'était " une mauvaise chose pour la France " (88), puis ils furent rassurés, et donc relativement satisfaits par son déroulement durant les premiers mois (89). Mais à la fin de l'année 1986 - essentiellement à cause de la crise universitaire et des grèves et parce que les électeurs de droite réalisèrent qu'elle profitait davantage à M. Mitterrand qu'à M. Chirac - les citoyens furent convaincus qu'elle était " plutôt négative " (90). Mais ce jugement a encore évolué puisque si, en février, seulement 37 % des personnes interrogées pensaient que la cohabitation avait été " plutôt positive pour la France ", 52 % partageaient cette opinion en mars 1988 (91). Durant la coexistence - même si, toujours par crainte d'une crise, les citoyens souhaitaient qu'elle dure jusqu'à l'élection présidentielle de 1988 (92) - une très forte majorité de personnes interrogées voulait qu'elle prenne fin avec l'élection présidentielle (69 % contre 18 % qui espérait qu'elle continuerait après (93)), mais en juin 1988 les opinions semblaient beaucoup plus partagées sur l'éventualité d'une nouvelle cohabitation (94). En effet, lorsque, en mai 1988, M. Mitterrand fut réélu,

---

(88) A la question posée par BVA " Estimez-vous que la cohabitation entre un Président de la République de gauche, François Mitterrand, et un Premier ministre de droite, Jacques Chirac, est une bonne ou une mauvaise chose pour la France ? ", jusqu'en avril 1986, les réponses négatives l'emportent, entre mai 1986 et décembre 1987, 40 à 51 % des personnes interrogées estiment que c'est une bonne chose (contre 32 à 44 %) (cf. tableaux dans M. DUVERGER, *La cohabitation des français*, préc., p. 52).

(89) Cf. G. GRUNBERG, *Cohabitation et opinion publique*, Revue *Esprit*, n° 136-137, mars-avril 1988 p. 58, et O. DUHAMEL et J. JAFFRE, *La découverte de la cohabitation*, SOFRES, *L'état de l'opinion*, Seuil, 1987. Cette ferveur cohabitationniste doit être relativisée en particulier au regard des circonstances politiques particulières et surtout de la crainte d'une crise institutionnelle. Ainsi le " oui à la cohabitation " n'est-il pas toujours une appréciation de principes mais plutôt de circonstances, puisque 57 % des personnes interrogées répondent oui à la question suivante en mars 1986 : " Tenant compte de ce qui se passe dans la vie politique française depuis les législatives du 16 mars, pensez-vous, ou non, que le Président de la République, François Mitterrand, et de Gouvernement de J. Chirac pourront gouverner ensemble ? " (*Le Monde* 25 mars 1986). De même, à la question posée par BVA et évoquée dans la note ci-dessus, les réponses sont inversées à partir de décembre 1987, et en juillet 1987, 51 % des personnes interrogées pensent que c'est " plutôt une mauvaise chose ", contre 33 % pour qui c'est " plutôt une bonne chose ".

(90) A la question posée par la SOFRES, " Estimez-vous que la période de cohabitation est plutôt positive pour la France ou plutôt négative ? ", 41 % des personnes interrogées en février 1986 répondent qu'elle est plutôt positive (contre 35 %), puis les proportions s'inversent et c'est à la fin de l'année 1986 que les jugements sont les plus positifs (56 % contre 29 %), mais ces chiffres s'inversent à la suite de la crise de décembre, les opinions négatives atteignant 47 % contre 36 % (cf. M. DUVERGER, *La cohabitation des français*, préc., p. 52).

De même, à la question posée par BVA "

(91) Contre 33 % qui pensent qu'elle a été plutôt négative cf. P. HABERT, *Les choix des électeurs au printemps 1988*, dans O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE (dir.), SOFRES, *L'état de l'opinion, clés pour 1989*, Seuil 1989, p. 75.

(92) Il ressort des sondages effectués par la SOFRES qu'une très forte majorité des personnes interrogées souhaite que la cohabitation dure jusqu'en 1988 (entre 65 et 79 % selon les périodes, contre seulement 15 à 26 % qui souhaitent qu'elle prenne fin plus tôt) (sondages reproduits dans M. DUVERGER, *La cohabitation des français*, Préc, p. 51).

(93) Cf. m. DUVERGER, *La cohabitation des français*, préc., p. 59.

(94) D'après un sondage réalisé le 12 juin 1988, à la question " souhaitez-vous, ou non, qu'après les élections législatives en France il y ait une nouvelle période de cohabitation entre F. Mitterrand et l'UDF et le RPR ? ", 44 %, 44 % non, et 12 % ne se prononçaient pas (*Le Point* n° 821, 13 juin 1988). Mais deux mois plutôt on pouvait observer des réponses très différentes, 57 % des personnes interrogées souhaitant que la cohabitation " soit une parenthèse et qu'après la prochaine élection présidentielle on revienne au fonctionnement de la Ve République tel qu'on l'a connu jusqu'en mars 1986 ", contre 31 % qu'elle " ait des effets durables et qu'à l'avenir le fonctionnement des institutions ne soit plus comme avant mars 1986 ".

les sondages montrèrent que la majorité des français ne voulait pas qu'il dissolve l'Assemblée nationale, et préférait qu'il cherche à s'entendre le plus longtemps possible avec l'Assemblée majoritairement à droite (95). Aussi ces deux années ne laissent-elles pas dans l'opinion un souvenir aussi noir qu'on aurait pu le croire, la majorité des personnes interrogées estimant en mars 1988 que la période de cohabitation a été plutôt positive (96). Elles ont, de surcroît, renforcé le désir de consensus des électeurs (97), ce qui a contribué à favoriser la réélection du chef de l'Etat qui apparaissait alors comme un rassembleur.

Mais *les hommes politiques* eux-mêmes accepteraient-ils de revivre une telle période ? Les deux acteurs principaux de la première représentation n'ont guère envie de jouer nouveau à ce jeu dangereux (qu'il s'agisse de M. Chirac (98) ou de M. Mitterrand (99)), tandis que parmi ceux qui avaient tenu les seconds rôles, ou ceux qui étaient restés du côté des spectateurs - éventuellement pour siffler le spectacle comme M. Barre (100) -, certains n'excluent pas toute nouvelle forme de coexistence (101).

---

(95) La majorité des personnes interrogées (48 % contre 34 %), préfère que M. Mitterrand essaye de s'entendre avec la majorité. O. DUHAMEL et J. JAFFRE relèvent que " Deux électeurs RPR-UDF sur trois souhaitaient cette deuxième cohabitation sur laquelle les socialistes étaient plus divisés " (dans *Dix leçons de 1988*, dans SOFRES, *L'état de l'opinion, clés pour 1989*, préc., p. 235; et cf. P. HABERT, *Les choix des électeurs au printemps 1988*, préc., p. 89).

(96) Une opinion positive est majoritaire dans tous les partis, sauf au PC et au FN. Pour 46 % des personnes interrogées, " la cohabitation a eu des effets positifs car elle a permis un bon équilibre du pouvoir ", et pour 46 % elle a eu " des effets négatifs, car elle a installé la division au sommet de l'Etat ". Sondage effectué par un groupe de journaux de province, 8-10 mars 1988, cité par O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE, SOFRES, *L'état de l'opinion, clés pour 1989*, préc., p. 197.

(97) Dès 1985, J. L. PARODI avait prévu que " les électeurs pourraient être sensibles à cette " cohabitation " au sens le plus fort du terme et demander des présidents plus consensuels " (dans *Les carrefours de la cohabitation*, RPP sept-oct. 1985, p. 26).

(98) Durant la cohabitation, M. Chirac soulignait déjà qu'il n'appréciait guère cette situation : " J'entends ici ou là que la cohabitation ne serait pas le meilleur système. Je suis le premier à m'en rendre compte dans la mesure où je l'assume " lors de la réunion du RPR, le 7 nov. 1987 à la mutualité, *Le Monde* 10 nov. 1987. En 1988, il envisage l'hypothèse d'une nouvelle cohabitation à l'issue des élections présidentielles (si M. Mitterrand était élu et ne dissolvait pas l'Assemblée), et se révèle peu enclin à renouveler cette expérience : " la cohabitation serait d'une nature différente, et il n'y aurait probablement par intérêt à l'assumer "...sauf si l'intérêt du pays l'exigeait (Palais des Congrès de Toulouse, le 29 fév. 1988, *Le Monde*, 2 mars 1988). Interrogé le 6 mars 1986 à l'émission " questions à domicile ", M. Chirac se fera plus catégorique : " il n'est pas question de cohabitation " pour l'avenir (cf. *Le Monde* 8 mars 1988).

(99) M. Mitterrand ne souhaite pas non plus que la cohabitation continue s'il est réélu (cf. *Le Monde* du 4 mars 1988), comme le montrera la dissolution de l'Assemblée nationale, et bien que le doute ait été permis par le caractère très consensuel de sa campagne, et par les nombreux discours sur " l'ouverture ". Il confirmera en 1990 qu'il n'a pas du tout l'intention d'accepter une nouvelle cohabitation avec un Gouvernement de droite (cf. J.Y. LHOMEAU, *La République du Professeur*, *Le Monde* 27.3.1990).

(100) M. Barre, a été le plus grand détracteur de ce mode de fonctionnement de nos institutions avant et pendant la cohabitation, déclarant notamment dans le n° 42 de " Faits et arguments " (janv. 1987) qu'il souhaitait que " cette fâcheuse expérience ne se prolonge pas après l'élection présidentielle ". N'avait-il pas averti, en 1985, qu' " on ne déjeune pas avec le diable, même avec une très grande cuiller " ? (cf. C. PEGARD, *Le Point*, 8 déc. 1986).

(101) Parmi les membres de la majorité, de nombreuses personnalités avaient souligné les aspects négatifs de la coexistence, par exemple A. Chalandon, déclarant à Tourcoing fin 1986 que " la cohabitation est

Peut-être le personnel politique sera-t-il largement renouvelé avant que ne se reproduise cette expérience, mais il demeure qu'avant de se lancer dans une telle aventure, les éventuels cohabitants analyseront de près le bilan de cette première coexistence pour les parties en présence. Or, contrairement à ce que l'on aurait pu croire au début de la cohabitation, les résultats des élections présidentielles de 1988 (102) montrent que la cohabitation a été très positive pour le Président de la République, qui, pour la première fois sous la Ve République, se présente sans bilan (103), n'est pas comptable de ce qui va mal, mais sait tirer bénéfice de ce qui va bien (104), et à qui la coexistence a permis de se forger une image d'arbitre et de rassembleur, de " père de la Nation " (105), de garant du bon fonctionnement des institutions (106), voire même de " sauveur de la Patrie " (n'a-t-il pas déclaré qu'il était

---

perverse. Vu de l'étranger, le char de l'Etat est devenu un attelage où chacun tire à hue et à dia. Vu de l'intérieur, le fonctionnement de la cohabitation est plus pernicieux encore " (cf. *Le Point*, 8 déc. 1986, p. 55).

En 1988, 89 et 90, au sein de l'UDF, du RPR, ou du PS, les positions sont partagées. Tandis que certains anciens ministres se déclarent résolument hostiles à une nouvelle forme de cohabitation (ainsi M. Juppé en mars 1988 (cf. *Le Monde* 4.3.1988)) et regrettent que la première se soit déroulée (ainsi M. PASQUA, interrogé à l'heure de vérité, sur antenne 2, fév. 1990), d'autres, comme M. NOIR, à la veille des élections de 1988 (cf. *Le Monde* 4 mars 1988) acceptent d'envisager cette hypothèse. Certains membres de la majorité, comme M. V. Giscard d'Estaing, prennent nettement position en mars 1988 pour une seconde cohabitation, souhaitant que le Président de la République ne dissolve pas l'Assemblée nationale (cf. *Le Monde* 29 mars 1988).

Du côté du PS, la déclaration de M. J. DELORS le 12 nov. 1987 à l'émission *questions à domicile* (*Le Monde* 16 nov. 1987), selon laquelle il pourrait être le premier ministre de M. R. BARRE s'il s'agissait de " rassembler 65 % à 70 % des français " (*Le Monde* 14 nov. 1987), a provoqué un véritable taulé dans les rangs du parti...et un embarras gêné au centre, les membres du CDS craignant que s'ils approuvaient cette déclaration, on soupçonne M. BARRE d'être prêt à accepter une cohabitation à l'envers !

(102) Sur les résultats de ces élections, cf. notamment O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE (dir.), *SOFRES, L'état de l'opinion, clés pour 1989*, Seuil, 1989, p. 74.

(103) Cf. J.L. PARODI, *Le Pentagone du Président, Le Nouvel Observateur*, 29.1-4.2.1988.

(104) J. JAFFRE, *Le Nouvel Observateur* 29.1-4.2.1988.

(105) Selon D. ROUSSEAU, AFSP, 1988, préc., p. 26; cf. aussi J. MASSOT, D.F., préc.

(106) A la question " à qui profite, selon vous, cette période de cohabitation ? ", 47 % des personnes interrogées répondaient en avril 1986 que c'était au Premier ministre (contre 28 % au chef de l'Etat), mais ces chiffres sont presque inversés en juin 1987, puisque M. Mitterrand apparaît comme le premier bénéficiaire de cette pratique (pour 43 %, contre 22 % seulement pour M. Chirac) (Sondage SOFRES-Le Point, *Le Point* 8 juin 1987). En effet, le Président de la République, a pu, grâce à la cohabitation, effacer l'image très négative de la politique qu'il avait dirigée entre 1981 et 1986, et qui lui avait valu d'être le Président le plus impopulaire de la Ve République. La courbe de confiance en M. Mitterrand montre nettement à quel point la cohabitation lui a été profitable : elle part de 74 % en juin 1981 et s'effondre constamment jusqu'en janvier 1985 où elle se situe à 36 %, puis elle remonte quelques mois avant les élections législatives pour se situer à 46 %. Dès le début de la cohabitation, elle grimpe à 56 %, et elle s'établira toujours entre 54 et 62 % durant cette période (source : Baromètre mensuel Figaro-magazine/ SOFRES, reproduit dans O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER, J. JAFFRE (dir.), *SOFRES, L'état de l'opinion, clés pour 1989*, ed. Seuil, 1989, p. 152). Sa côte de popularité retombera progressivement après la cohabitation, pour se situer à 44 % en mars 1990 (contre 33 % de mécontents) (IFOP, 12-20 mars 1990, *Le Monde* 27.3.1990).

A l'heure de l'élection présidentielle, M. Mitterrand n'avait pas de bilan gouvernemental (donc pas de bilan négatif) à défendre, mais il profitait d'un bilan d'arbitre, de protecteur des faibles et de rassembleur (Sur l'explication de la popularité de M. Mitterrand durant la cohabitation, cf. J. L. PARODI, qui souligne que " ce renversement des rapports de François Mitterrand avec l'opinion résulte de l'addition d'une popularité de leader de la gauche et d'une popularité arbitrale à droite " (dans *Le Figaro-Etudes politiques*, P. HABERT et C. YSMAL (dir.), *L'élection présidentielle de 1988 : résultats, analyses et commentaires* (mai 1988)) et que " C'est bien de la cohabitation et des effets bénéfiques de sa soumission tribunitienne que F. Mitterrand tire

contraint de se présenter pour un second mandat parce que la " paix civile " était menacée et que lui seul pouvait garantir " la France unie " ? (107)). Pour le Premier ministre, qui a dû défendre un bilan gouvernemental, la cohabitation fut nettement moins positive pour le chef de l'Etat (dans la mesure où il a été battu à l'élection présidentielle), mais elle comportait néanmoins quelques aspects positifs (108). En

---

son exceptionnelle popularité à la veille de l'élection " (*De la cohabitation à l'entr'ouverture, Pouvoirs*, n° 48, 1989, p. 167; cf. aussi *idem, La France de la cohabitation, profil de l'année politique (1986-1987), Pouvoirs*, n° 44, 1988, p. 167 et s.); et . Voir aussi P. HABERT, pour qui " la présidence arbitrale entraîne un net recentrage de son image dans l'opinion " (dans " *Les choix des électeurs au printemps 1988*, dans O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE, SOFRES, L'état de l'opinion, clés pour 1989, préc., p. 67 et s.). D'après un sondage des 25-26 mars 1988, 59 % des français considèrent que le bilan de M. Mitterrand est plutôt positif en ce qui concerne " le bon fonctionnement des institutions " (contre 22 %), *Ibidem*, p. 210. Parmi les auteurs qui soulignent que ce bilan a surtout été positif pour M. Mitterrand, cf. B. CHANTEBOUT, *op. préc.*, 1988, p. 598 et 600 : " Pour un homme politique qui veut se refaire une virginité, il n'est pas de meilleure situation que celle qui permet de prendre à son compte tout l'actif d'une politique et d'en refuser le passif ".

(107) Cette phrase fut le slogan de la campagne de M. Mitterrand. P. BRAUD souligne qu'un candidat à la Présidence doit défendre certaines valeurs, réduire certains antagonismes, donner à rêver...et " rassurer, c'est à dire exorciser les gens. Cela suppose, le cas échéant, de susciter d'artificielles frayeurs pour être davantage en mesure de les apaiser ensuite " (dans *L'influence de la compétition électorale sur la construction du mythe présidentiel*, rapport au Congrès national de l'AFSP, Bordeaux 5-8 oct. 1988, p. 15). H. PORTELLI rappelle que M. Mitterrand a annoncé sa candidature " pour lutter contre les " germes de division " semés par des " partis qui veulent tout " et contre les " clans ", " bandes " et " factions " qui menacent la " paix civile " (*La Politique en France sous la Ve République*, 1989, préc., P. 285).

(45) M. Chirac a, comme M. Mitterrand, bénéficié quelques temps de la " ferveur cohabitationniste " des français, et vu sa côte de popularité remonter spectaculairement durant les premiers jours de la cohabitation (un sondage IPSOS-Le Monde-France-Inter réalisé une semaine après les résultats des élections législatives de mars 1986 montrent que 63 % des français approuvent ses " réactions et comportements depuis que sont connus les résultats des élections (64 % approuvant ceux du Président de la République), *Le Monde* 25 mars 1986). Néanmoins, contrairement au Président de la République, le Premier ministre a pâti de cette situation, parce qu'il a été gravement atteint par la crise sociale et universitaire de décembre 1986 (cf. H. PORTELLI, *La Politique en France sous la Ve République*, Grasset, 1989, p. 279 et s.) et puisqu'il a dû défendre l'action de son gouvernement à un terme peu propice, l'expérience prouvant que, généralement, l'action des premiers ministres est appréciée de façon négative au bout de deux ans, car les effets positifs de leur action n'ont souvent pas eu le temps de se faire sentir. L'évolution de la confiance en les premiers ministres est en effet négative pour M. Chirac comme pour ses deux prédécesseurs (on la suivra sur les dix huit premiers mois puisque l'action de M. Fabius se limite à cette durée). D'après les sondages, si 71 % des français avaient confiance en M. Mauroy en juin 1981, ils n'étaient plus que 40 % dix-huit mois plus tard (et ceux qui ne lui faisaient pas confiance étaient passés de 16 % à 52 %). La confiance en M. Fabius a baissé de 53 % en sept. 1984 à 44 % en mars 1986 (le nombre de personnes ne lui faisant pas confiance passant de 27 à 48 %), et pour M. Chirac, sa côte de confiance est réduite de 57 à 40 % durant les dix-huit premiers mois de son action (contre 33 à 53 % pour ceux qui ne lui font pas confiance)(même source, p. 152-153). Sans doute, certains premiers ministres échappent-ils à cette érosion, et notamment M. Rocard jusqu'à présent, mais, outre les raisons tenant à la réussite de leur politique, cela tient aussi à l'ampleur des réformes effectuées. Plus les réformes entreprises par le Gouvernement sont importantes et nombreuses, plus le risque d'impopularité est grand (ce qui est particulièrement net pour les gouvernements Mauroy et Chirac). On notera que si le bilan de son action gouvernementale était majoritairement négatif en 1987, il s'améliora à la veille de l'élection présidentielle (un sondage de la SOFRES montrant qu'en mars 1988, 44 % des personnes interrogées le considéraient positif, contre 45 % qui le jugent négatif, cf. P. HABERT, SOFRES 1989, préc., p. 67 et s.). Sur la perception par l'opinion de la politique du Gouvernement Chirac, cf. O. DUHAMEL, E. DUPOIRIER et J. JAFFRE (dir.) SOFRES, *L'état de l'opinion, clés pour 1988*, préc. p. 143 et s.). Jean-Luc PARODI souligne que la cohabitation n'a pas seulement profité à M. Mitterrand, mais aussi à M. Chirac, en particulier au début et à la fin de cette période, puisqu'il " va obtenir dans les premiers mois de 1988 ses meilleurs résultats de toute la cohabitation, automne 1986 dû à l' "effet terrorisme " mis à part. Avec 49 % en janvier 1988 après vingt-deux mois d'action gouvernementale, sa cote apparaît comme l'une des meilleures des vingt dernières

effet, à la veille des élections présidentielles, 61 % des français interrogés estiment qu'il a été un bon premier ministre, et 58 % lui sont reconnaissants d'avoir accepté de " jouer le jeu de la cohabitation " (109). Pourtant lui-même en garde un souvenir assez désagréable, et n'a pas l'air disposé à renouveler cette expérience, considérant qu'en cas de nouvelle cohabitation en 1993 il serait préférable que ce soit une personne " non présidentiable " qui assume les fonctions de Premier ministre (110). En tout état de cause, une autre coexistence pourrait se dérouler de manière substantiellement différente de celle que l'on a connue entre 1986 et 1988.

### b ) Une nouvelle cohabitation, comment ?

156 On pourrait être tenté de penser qu'une nouvelle coexistence ressemblerait beaucoup à la première, tant l'importance des précédents semble grande en France. Néanmoins, le nombre et l'influence des variables qui peuvent se combiner aux dispositions de la Constitution pour déterminer un système politique sont tellement grands que l'on doit observer la plus grande prudence avant d'émettre des prévisions.

Il convient tout d'abord de distinguer entre les éléments fixes et les éléments variables. Les données inchangeables sont très peu nombreuses : il n'y a guère que le texte de la Constitution, à condition qu'il n'ait pas été modifié d'ici là (111). Mais l'interprétation de ce texte variera en fonction de nombreuses variables. Certaines d'entre elles ont été modifiées par cette première expérience, et en particulier les précédents, qui influent sur l'image des pouvoirs des gouvernants. Il est probable que les dispositions de la Constitution qui ont été interprétées de manière identique et sans discussion par les principaux acteurs seront regardées comme étant claires (la cohabitation ayant permis de préciser leur sens). Ainsi a-t-on " découvert " que les articles 20 et 21 de la Constitution prévoient bien que c'est le Gouvernement dirigé par le Premier ministre qui détermine et conduit la politique de la Nation, et non pas le chef de l'Etat comme on le prétendait auparavant ! N'est-ce pas un grand progrès que de réaliser que l'on peut interpréter un texte sans lui faire dire le contraire de ce qu'il dispose de manière on ne peut plus claire et explicite ? Bien des zones d'ombre persistent cependant. Contrairement à une partie de la doctrine, nous considérons que sur de nombreux points l'interprétation qui s'est imposée entre 1986 et 1988 pourrait

---

années, supérieure à celles de L. Fabius, P. Mauroy ou R. Barre qui, à même distance, étaient inférieures à 40 %, le premier gouvernement Chirac et celui de P. Messmer oscillant autour de 45 %. La cohabitation fait donc en quelque sorte de J. Chirac le président sortant de la droite. " (dans *De la cohabitation à l' " entr'ouverture " , profil de l'année politique, Pouvoirs n° 48, 1989, p. 165 et s.*). On ajoutera qu'après la même durée à la tête du Gouvernement, M. Rocard lui-même ne satisfait que 43 % des personnes interrogées (et en mécontente 32 %) (IFOP, *Le Journal du Dimanche* 25.3.1990, *Le Monde* du 27).

(109) SOFRES, *Le Monde* 13.4.1988 (alors qu'en mars 1987, l'action des socialistes au pouvoir était mieux jugée que celle de M. Chirac (*Le Monde* 25.3.1987)).

(110) J. CHIRAC, *Ma cohabitation*, TF1, 7 déc. 1990.

(111) Sur l'éventualité d'une révision de la Constitution, cf. infra, n° 230 et s..

être remise en cause dans des conditions différentes, en particulier en ce qui concerne la signature des ordonnances, la convocation du Parlement en session extraordinaire, et le partage des compétences en matière de politique étrangère et de défense. Parmi les principales variables inconnues, on recensera le mode de scrutin, qui peut permettre ou empêcher la formation d'une majorité plus ou moins importante, l'amplitude de cette majorité influant elle-même sur la légitimité des acteurs (112) (qui elle-même variera aussi en fonction du mode d'avènement de la cohabitation). La personnalité des acteurs, leur conception des institutions, leur situation par rapport aux forces politiques en présence, et la répartition des forces politiques entre les organes peuvent eux aussi se situer dans des schémas très variables. Le contexte économique, politique et diplomatique joue, lui aussi, un rôle déterminant. Enfin, la durée de cette nouvelle cohabitation peut être comprise entre quelques jours et cinq ans (quitte à ce qu'elle se renouvelle à l'issue des élections suivantes). Dans la pire des hypothèses, c'est à dire si elle est très conflictuelle, elle durera au maximum un an, délai minimal requis entre deux dissolutions.

Quel serait le résultat de cette combinaison de variables ? Bien des cas de figure sont envisageables. Une nouvelle cohabitation peut se dérouler très différemment de la première. Il serait, à notre point de vue, tout à fait naïf et imprudent de conclure que cette expérience a créé un " droit de la cohabitation ", réglé tous les conflits d'interprétation, et prouvé que la Ve République peut résister à toutes les crises politiques. On doit au contraire souligner que le déroulement de cette expérience, et les interprétations qui en ont résulté, ont été déterminées par de nombreux facteurs qui imprimaient deux tendances lourdes : une tendance à la modération, et une tendance à un maintien relatif du prestige de la fonction présidentielle. Dans un autre contexte, d'une part la situation pourrait être beaucoup plus explosive (en particulier en matière de diplomatie et de défense s'il n'existait pas un large consensus sur les points essentiels, ou si la conjoncture diplomatique était moins paisible (113)); et d'autre part, les pouvoirs présidentiels pourraient être beaucoup plus affaiblis. Si la gauche unie, prônant une interprétation parlementariste de la Constitution, l'avait emporté aux élections de 1978, et si M. Mitterrand, décidé à ce que le Gouvernement impose sa volonté au Président dans tous les domaines, y compris en matière de politique étrangère et de défense, avait cohabité avec un Valéry Giscard d'Estaing qui avait annoncé qu'il ne pourrait pas s'opposer à l'application de la politique choisie par le peuple aux élections législatives, nul doute que la fonction présidentielle aurait été beaucoup plus réduite qu'elle ne le fut entre 1986 et 1988. Dans un contexte différent

---

(112) Rappelons avec P. AVRIL que " si cette majorité avait été de soixante sièges au lieu de deux, sa position serait apparue intenable, car l'ampleur du désaveu aurait atteint l'autorité présidentielle trop profondément pour qu'il puisse, en s'appuyant sur la seule Constitution, achever un mandat condamné sans équivoque par le suffrage universel " (dans *Fin de la Constitution gaulliste ?*, Revue *L'Esprit*, n° 136-137, mars-avril 1988, p. 46.

(113) En ce sens, cf. S. COHEN, *Deux années de cohabitation en politique étrangère*, *Le Monde* 31.3.1988, p. 15.

au contraire, le chef de l'Etat pourrait tirer le plus grand profit des interprétations " bienveillantes " qui ont été tolérées durant la première cohabitation pour avoir une conception plus extensive encore de ses prérogatives. Cela pourrait par exemple être le cas si l'on se trouvait en présence d'un président de la République peu respectueux des textes et des principes démocratiques, face à une majorité faible et divisée.

Il serait intéressant de pouvoir recenser de manière systématique les différentes combinaisons concevables et leurs conséquences sur l'interprétation de la Constitution. Mais cela supposerait que l'on adopte une méthode à la fois suffisamment compréhensive et précise, méthode qui fait jusqu'à présent défaut. Or, c'est justement parce que la cohabitation a montré toute la relativité des interprétations constitutionnelles qu'elle a été une épreuve non seulement pour la Ve République, mais aussi pour le droit constitutionnel lui-même, et ce sont les leçons de cette expérience qui nous conduiront à essayer de voir comment pourraient être orientées des recherches pour permettre d'élaborer de nouvelles méthodes d'analyse des systèmes politiques.



***Livre II LA COHABITATION, CATALYSEUR  
DU DROIT CONSTITUTIONNEL***

En permettant un retour à la lettre de la Constitution (voire l'avènement de la Constitution), la cohabitation a révélé toute la relativité des interprétations constitutionnelles et de l'effectivité de la Constitution. Elle a ainsi été un véritable catalyseur de ce droit, puisque, par sa seule présence, elle a déclenché une réaction, une remise en cause du droit constitutionnel, entendu d'une part comme l'ensemble des normes constitutionnelles, et d'autre part comme la science consistant en l'étude de ces normes.

En effet, en montrant que le texte de la Constitution pouvait, dans certaines circonstances, retrouver une force supérieure aux pratiques sous lesquelles on le croyait englouti, elle a démontré la variabilité de l'effectivité des règles constitutionnelles (et non pas, de notre point de vue, de ces normes elles-mêmes). Ainsi, cette expérience a-t-elle provoqué une certaine remise en cause des méthodes d'analyse du droit constitutionnel, en contraignant les juristes à s'interroger sur l'efficacité de leurs systèmes d'analyse, directement déterminés par leur conception même du droit constitutionnel. "...comment faire que le droit soit appliqué ? - s'interroge le Professeur Rivero - . Car enfin, cette question naïve est la seule importante : quelle que soit la perfection d'un système de normes juridiques, la vertu éthique des solutions qu'il consacre, la qualité intellectuelle des concepts qu'il utilise, s'il s'avère inapte à régir le réel, il n'est qu'un jeu (et il en est de beaucoup plus amusants) - ou pire, une hypocrisie, consciente ou non, un écran de fumée tendu devant le règne des forts " (1). En tant que test de l'efficacité des méthodes du droit constitutionnel et de la relativité de l'effectivité des normes, l'épreuve de la cohabitation nous aidera à comprendre quels sont les facteurs qui déterminent le degré de contrainte qu'exercent les règles sur les acteurs et sur les faits, et quels sont les rapports dynamiques qui existent entre eux ( titre I ). Les résultats de cette analyse devraient alors nous permettre de nous interroger sur les moyens de renforcer l'effectivité de la Constitution ( titre II )

---

(1) J. RIVERO, *Sanction juridictionnelle et règle de droit, Etudes juridiques offertes à L. JULLIOT de la MORANDIERE*, Dalloz, 1964, p. 457-469, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ, préc., p. 273.

## Titre I UN TEST DE L'EFFECTIVITE ET DE L'EFFICACITE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Effectivité, efficacité. Dans la " Théorie pure du droit ", Kelsen emploie indifféremment ces deux termes (2). De fait, ils désignent l'un et l'autre le caractère d'une chose qui produit l'effet voulu par son auteur. Mais l'efficacité est un mot qui peut être employé dans n'importe quel domaine, alors que le concept d'effectivité concerne spécifiquement les caractères d'une règle juridique.

Tandis que l'analyse de l'effectivité de règles consiste en l'étude de l'application réelle de ces normes par référence à la volonté de leur auteur, leur *efficacité* peut aussi s'apprécier par rapport à d'autres critères. Ainsi, en s'interrogeant sur l'efficacité de la Constitution de la Ve République face aux crises, Jean Charlot est-il amené à distinguer entre deux acceptions de " la notion d'efficacité objective d'une Constitution " (3). " La première définition consisterait à dire qu'une constitution est efficace dès qu'elle répond aux attentes de ceux qui l'ont faite, que les résultats obtenus sont conformes aux intentions des constituants " (4). Mais si l'on peut constater que les principaux objectifs énoncés ont été

---

(2) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, 2e ed. Dalloz, 1962.

(3) J. CHARLOT, *L'efficacité de la Constitution face aux crises*, dans O. DUHAMEL et J.L. PARODI (Dir.), *La Constitution de la cinquième République*, préc., p. 275 et s.

(4) *Idem*, p. 275.

objectivement atteints (autorité de l'exécutif, stabilité gouvernementale et responsabilité du pouvoir) Jean Charlot souligne d'abord que ces résultats ont parfois été obtenus par des voies imprévues (apparition du fait majoritaire par exemple). Il fait ensuite observer que la Constitution étant susceptible de deux lectures, " elle a été jusqu'ici efficace du point de vue des intentions présidentielles mais inefficace par rapport aux intentions parlementaristes des pères de la Constitution " (5). Rejetant cette conception de l'efficacité constitutionnelle pour son ambiguïté (ainsi que celle qui trouverait le critère de cette efficacité dans la souplesse d'adaptation de la Constitution), il préfère adopter une acception plus pragmatique, entendant par efficacité " la mesure dans laquelle les ressources de la Constitution de la Cinquième République ont contribué au règlement légitime des crises politiques depuis 1958.(...) Le fait de surmonter et de contribuer à régler des défis majeurs est bien un critère d'efficacité constitutionnelle d'un régime. Et une source d'autorité pour les institutions ". La cohabitation a totalement conforté les conclusions de Jean Charlot puisque l'on a pu constater une " contribution souvent décisive des institutions au règlement des crises, parallèlement à un renforcement constant du consensus constitutionnel " (6). Ainsi les conceptions de l'efficacité constitutionnelle sont-elles beaucoup plus incertaines que celle d'effectivité quant au critère de référence. On trouvera encore une illustration de cette diversité dans le fait que dans la conception jusnaturaliste classique, l'efficacité du droit est assimilée à sa justice. " Le droit avait pour fonction d'assurer la justice et il était efficace s'il remplissait cette fonction " (7). Pour Michel Virally, les deux " fins du droit " étant l'ordre et la justice, l'efficacité est l'aptitude d'un ordre juridique à remplir l'objectif d'ordre, mais on doit aussi se poser la question du caractère juste ou injuste de ce droit (8).

La différence entre les notions d'efficacité et d'effectivité dépend donc largement de l'acception que l'on a de ces termes par rapport au but pris en compte (9). C'est pourquoi nous précisons que nous emploierons le terme d'effectivité à propos du texte de la Constitution plutôt que de parler d'efficacité. L'effectivité et l'efficacité ne se recoupent pas toujours nécessairement, et s'opposent parfois. On peut même se demander dans quelle mesure l'efficacité de la Constitution de la Ve République (conçue dans le sens préconisé par Jean Charlot), n'a pas été favorisée par l'ineffectivité du texte.

---

(5) Idem, p. 276. Sur la difficulté d'identifier l'intention du constituant, cf. *infra*.

(6) Idem. Nous noterons en évoquant l'analyse stratégique, que la conception proposée par O. DUHAMEL est très proche de celle-ci.

(7) M. TROPER, *La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel*, RDP 1984, p. 273.

(8) M.. VIRALLY, *Le Phénomène juridique*, RDP 1966, p. 51-52.

(9) Sur la différence entre effectivité et objectivité, cf. A. JEAMMAUD *En torno al problema de la efectividad del derecho*, communication présentée à la VIIe journée de l'association latino-américaine de méthodologie du droit, Mexico, Nov. 1982.

Bien qu'il ne semble pas y avoir unanimité sur ce point (10), on considèrera avec François Rangeon que pour les juristes, *l'effectivité* est " le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement " (11). La question posée est donc celle des rapports entre le droit et l'application qui en est faite (12). " L'effectivité est conçue de manière normative : le droit ayant par nature vocation à être appliqué, l'effectivité traduit une application correcte du droit, conforme à sa lettre ou du moins à son esprit, c'est à dire à l'intention de son auteur, l'ineffectivité exprimant au contraire un échec, une lacune, un défaut du droit " (13). C'est cette conception étroite, normativiste, de l'effectivité, que nous retiendrons ici, et non la vision large adoptée par les sociologues, selon laquelle l'effectivité " ne se limite pas à la stricte application de la règle ", mais " désigne les modalités d'application du droit " et recouvre les effets sociaux (juridiques et non juridiques) directement assignables à une règle de droit " (14).

Nous parlerons donc d' " efficacité " à propos des méthodes de la science du droit constitutionnel, tandis que nous réserverons l'emploi du mot " effectivité " à l'analyse du fonctionnement des règles constitutionnelles.

De fait, l'observation de la pratique des institutions durant la cohabitation nous a permis de constater que le phénomène majeur de cette expérience a été le renforcement de l'effectivité du texte constitutionnel. Dans cette situation conflictuelle, le texte a été plus mobilisé que jamais. Jadis tant ignorée, la Constitution devient la référence obligée, la " règle du jeu " unanimement invoquée par les hommes politiques et la doctrine (15). On a assisté à une véritable " juridicisation " de nos institutions, la politique a été " saisie par le droit " (16).

---

(10) Ainsi, pour J. TOUSCOZ, " l'effectivité est la nature de ce qui existe en fait, de ce qui existe concrètement, réellement; elle s'oppose à ce qui est fictif, imaginaire, ou purement verbal. (...) L'effectivité, c'est la qualité d'un titre juridique qui remplit effectivement sa fonction sociale ". Pour lui, " l'efficacité se mesure par référence à une intention. Au contraire, l'effectivité mesure simplement la relation qui existe entre une règle ou une situation juridique et la réalité sociale " (dans *Le Principe d'effectivité dans l'ordre international*, LGDJ, 1964, p. 1 à 4.

(11) G. CORNU (dir), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2e ed. 1990, Effectivité.

(12) Sur la notion d'application, cf. *infra*.

(13) D. RANGEON, *Réflexions sur l'effectivité du droit*, dans D. LOCHAK (dir.) *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 126.

(14) F. RANGEON, *art. préc.*, p. 128. L'auteur distingue la notion d'effectivité - ainsi conçue - de celles d'efficacité, d'efficience (dans lequel le critère de réussite est économique), et de validité (sur ce dernier point, cf. *infra*. I). D. LOCHAK fait la synthèse de cet article en relevant qu'il " nous invite à repenser la notion d'effectivité du droit, et à rejeter la démarche traditionnelle qui prétend mesurer les écarts entre le droit et son application : le droit " effectif " n'est pas celui que les juristes considèrent comme tel, mais un droit diversement appliqué, en fonction des besoins et des intérêts propres de ses destinataires, et qui échappe dans une large mesure aux prévisions et aux attentes du législateur " (*Les usages sociaux du droit*, *art. préc.*, p. 8).

(15) Cf. *Livre I*. Rappelons simplement que le Président de la République (" La Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution..." *Message au Parlement* le 8 avril 1986), comme le Premier ministre (" Les règles de notre constitution et la volonté du peuple français doivent être respectées."..Première déclaration en tant que Premier ministre, le 20 mars 1986), ont invoqué la Constitution comme on le fait d'une règle du jeu en cas de contestation.

(16) Cf. L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit, alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Economica, 1988.

Pourtant, ce retour à la lettre du texte n'a pas été aussi important qu'on aurait pu le penser dans une telle conjoncture politique, et les arguments avancés par des représentants de la doctrine pour justifier certaines interprétations discutables du Président de la République ou du Premier ministre nous ont montré que l'on continuait parfois à invoquer les pratiques antérieures à 1986 pour justifier certaines libertés prises avec le texte (17). L'ampleur et la relativité des bouleversements des pratiques constitutionnelles induits par la cohabitation va ainsi susciter de nombreuses interrogations. Entre 1958 et 1986, les problèmes le plus épineux pour la doctrine constitutionnelle française étaient de savoir d'abord comment qualifier les pratiques souvent contraires à la Constitution, et ensuite quelle était leur influence sur la Constitution elle-même. La cohabitation, en apportant une réponse partielle - et partielle seulement - à ces questions, d'une part remet en cause certaines analyses couramment admises (en particulier l'idée d'une révision de la Constitution par la pratique), et, d'autre part et surtout, elle nous montre que l'un des problèmes les plus intéressants du droit constitutionnel est bien celui de l'effectivité des normes constitutionnelles. Pourquoi la Constitution a-t-elle été aussi largement ignorée jusqu'en 1986 ? Pourquoi et comment un large retour à la lettre de la Constitution a-t-il été possible ? Pourquoi n'a-t-il été que partiel ? Quelles sont les conditions requises pour que telle ou telle norme soit respectée ? Une norme peut-elle être modifiée par la pratique, pourquoi, comment ? Une norme constitutionnelle peut-elle exister en dehors des interprétations qui en sont données par le juge ou par les gouvernants ? ... Tant de questions sur lesquelles la doctrine constitutionnelle ne s'était véritablement interrogée que lorsqu'elle avait abordé le problème de la coexistence (18).

Ces interrogations sur l'effectivité des normes nous conduiront nécessairement à adopter une démarche de type " phénoménologique " (19), à revenir aux questions les plus fondamentales, les plus simples et les plus complexes à la fois. A quoi sert le droit constitutionnel ? Est-ce qu'il " fonctionne " de manière satisfaisante ? La science du droit constitutionnel nous autorise-t-elle à nous poser de telles questions ? Mais s'agit-il d'une science, d'une technique, ou les deux à la fois ? Qu'est-ce, précisément, que le droit constitutionnel (comme ensemble de normes et comme science) ? Apparemment très théoriques, métajuridiques selon certains, ces questions ont une importance pratique capitale,

---

(17) Cf. *infra*, L. I. Et notre rapport au 1er Congrès National de Droit constitutionnel, *La doctrine et la cohabitation, jeux de miroirs*, Strasbourg, sept. 1990.

(18) Dans le cadre de l'analyse stratégique préconisée par O. DUHAMEL et J.L. PARODI, cf. *infra*.

(19) Nous entendrons seulement par là la démarche que nous adopterons pour poser ces questions, et qui ainsi qualifiée par M. VIRALLY : la phénoménologie " requiert de mettre " entre parenthèses " tout l'acquis des connaissances et de jeter ce qu'elle appelle un regard " naïf " , libéré de préjugés, sur ce qui se donne à l'expérience immédiate, avant toute construction intellectuelle s'interposant entre le regardant et le regardé, pour colorer la vision du premier " (dans *Le Phénomène juridique*, RDP 1966, p. 6). Rappelons que l'ouvrage de référence est ici la *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, P. AMSELEK, LGDJ, 1964.

car des réponses que leur apporte la doctrine dépend bien souvent directement le contenu même des normes constitutionnelles, ou pour le moins l'interprétation qui s'imposera en pratique. La question de l'effectivité des normes est en effet intimement liée à celle de leur validité. Doit-on penser, avec Kelsen et la majorité de la doctrine constitutionnelle, que l'effectivité des normes conditionne leur validité ? Ou bien peut-on considérer, à la lumière des enseignements de la cohabitation, que dans le pays de droit écrit qu'est la France, la validité de la Constitution ne dépend pas de son effectivité; mais que l'étude des rapports entre droit et pratique peut nous aider à comprendre ce qui détermine la force du droit ? La question de l'effectivité des normes n'est donc pas purement théorique puisqu'elle peut conditionner directement la conception dominante de la validité des normes, c'est à dire l'image du contenu même des règles constitutionnelles, qui détermine elle-même la pratique de ces règles. Et puisque la pratique des règles conditionne leur effectivité ... on se trouve enfermé dans un cercle dialectique (pour employer un terme " noble ") ou vicieux (dans une optique plus réaliste).

Pour illustrer ces propos trop abstraits, prenons l'exemple très simple de la convocation du Parlement en session extraordinaire. Le Président de la République est-il libre ou tenu de convoquer le Parlement en session extraordinaire lorsque la demande lui en est régulièrement présentée ? (20) La quasi-totalité de la doctrine considèrerait qu'il s'agissait d'une compétence liée jusqu'à ce que le général de Gaulle refuse de convoquer le Parlement en affirmant qu'il s'agissait d'un pouvoir discrétionnaire. Innombrables furent alors les cris d'indignation contre cette violation de la Constitution. Mais depuis le refus opposé par M. Mitterrand à la demande de M. Chirac, si de nombreux auteurs soulignent encore qu'il s'agit malgré tout d'une compétence liée; pour d'autres, l'acceptation de l'interprétation présidentielle montrerait que la " norme " est la compétence discrétionnaire. En fait, la solution proposée à cette question dépend de la manière dont on conçoit les relations entre l'effectivité et la validité. Si l'on considère que l'effectivité d'une règle conditionne sa validité, on peut en effet prétendre que la règle de la compétence liée pour la convocation du Parlement n'est pas effective (n'est pas appliquée en pratique), et donc n'est pas valide. Dès lors on estimera que le Président de la République est libre de convoquer ou non le Parlement en session extraordinaire. Dans cette optique, la règle est la compétence discrétionnaire. Si, au contraire, on pense que la validité de cette norme ne dépend pas de son effectivité, on considèrera que le Président de la République est tenu de convoquer le Parlement. Selon cette conception, la règle est la compétence liée.

On voit clairement que la question de l'effectivité des règles n'est pas un problème purement abstrait, en ce sens qu'elle conditionne directement la pratique des règles. Aucun juge ne s'étant vu attribuer la compétence de régler ce type de litiges, il n'appartient évidemment pas à la doctrine, dont les écrits ne sont pas une source formelle du droit, de " donner une solution " qui prétende être juridiquement valide (au sens Kelsénien). Mais les juristes peuvent exprimer leur interprétation,

---

(20) Sur cette question cf. *supra*, n°92.

et les plus éminents constitutionnalistes influenceront directement la pratique des institutions en légitimant ou en contestant telle ou telle interprétation.

Nous entendons seulement démontrer ici que le problème de l'effectivité des normes constitutionnelles est bien une question juridique et non métajuridique, qu'elle appartient tout à fait à l'objet de la science du droit, et que c'est peut-être parce que la doctrine l'a trop négligée que ses méthodes d'analyse des normes constitutionnelles n'ont pas permis d'expliquer de manière très satisfaisante l'évolution de la pratique institutionnelle et de l'image des normes constitutionnelles durant la coexistence (Chapitre I). Cette démarche implique une remise en cause de la conception de la science du droit constitutionnel et nous conduira à proposer de le redéfinir comme " l'étude du contenu et du fonctionnement des normes constitutionnelles ". Nous tenterons de démontrer que la cohabitation a prouvé qu'il était nécessaire d'étudier la relativité de l'effectivité des normes, qui ne se confond pas avec la relativité de leur validité. En contestant la confusion assez largement répandue en droit constitutionnel entre règle et décision, ainsi que les conceptions selon lesquelles une règle ne peut acquérir de valeur normative que par son application, on sera amené à distinguer entre droit et force du droit, entre règle du jeu et jeu, entre norme et pratique, entre règle et décision d'application de la règle. Cette distinction établie, on pourra analyser l'écart qui existe entre droit et application du droit, afin d'essayer de comprendre quels sont les facteurs qui le déterminent, et quels rapports dynamiques peuvent exister entre eux.

Le modèle d'analyse que l'on sera conduit à suggérer n'aura nullement l'ambition de résoudre tous les problèmes liés à l'analyse des normes constitutionnelles (dans leur contenu et leur pratique). L'objectif de cette étude est seulement de proposer un autre regard, une nouvelle optique sur le droit constitutionnel français, de s'interroger sur l'intérêt que peut avoir une problématique centrée sur la relativité de l'effectivité, de poser des questions, de proposer des pistes de recherche, plutôt que de prétendre apporter des solutions définitives (chapitre II).



## **Chapitre I EFFICACITE DES METHODES ET EFFECTIVITE DE LA CONSTITUTION**

Aucune des méthodes d'analyse actuellement les plus répandues chez les constitutionnalistes français n'a permis d'expliquer d'une manière totalement satisfaisante le " fonctionnement " des normes constitutionnelles durant la coexistence, peut-être parce qu'aucune d'elles ne posait véritablement le problème de la variabilité de l'effectivité des normes ( S I ). Cette inefficacité de la science du droit constitutionnel peut sans doute s'expliquer par le fait que les conceptions du droit constitutionnel qui déterminent ces méthodes ne permettent pas (au sens " autoriser ", comme au sens " rendre possible ") une véritable interrogation sur l'effectivité des normes constitutionnelles. Certains obstacles épistémologiques semblent en effet s'opposer à une redéfinition du droit constitutionnel comme l'étude du contenu et du fonctionnement des normes constitutionnelles ( S II ).

## Section I EVALUER L'ADAPTATION DES METHODES A LA QUESTION DE L'EFFECTIVITE

Ce serait faire un mauvais procès aux conceptions dominantes du droit constitutionnel que de leur reprocher de ne pas permettre d'analyser la variabilité des normes constitutionnelles, alors que tel n'est pas leur objet. Aussi ne s'agit-il nullement ici de faire un quelconque procès ou de formuler des reproches. On voudrait seulement essayer de démontrer que c'est parce que les principales méthodes d'analyse du droit constitutionnel ne prennent pas en compte la question de l'effectivité des normes, qu'elles n'ont pas pu permettre d'expliquer l'évolution de la pratique du droit durant la cohabitation. Chacune, en l'éclairant sous un angle particulier, a permis d'apporter la lumière sur certains aspects essentiels de la coexistence, mais a aussi laissé des zones d'ombre. Bien qu'il soit difficile et assez peu satisfaisant de classer les principales approches contemporaines du droit constitutionnel (parce que, d'une part, on ne saurait rattacher tous les constitutionnalistes à ces conceptions, et parce que, d'autre part, les analyses de la doctrine empruntent souvent des éléments à plusieurs de ces méthodes) (21), on étudiera dans un premier temps les conceptions qui sont centrées sur la question de la normativité constitutionnelle, c'est à dire sur la question de savoir quelles sont les normes constitutionnelles, comment les identifier, et que l'on qualifiera pour cette raison de " normativistes " (22) ( I ), et dans un second temps celles qui marquent

---

(21) Les écarts qui existent entre les rares classifications de ce type qui sont faites par la doctrine montrent nettement cette relativité. Ainsi, O. DUHAMEL opère-t-il la distinction suivante entre les traditions des constitutionnalistes français : " Les uns, positivistes, commentent la réalité constitutionnelle telle qu'elle est, glosateurs, ils interprètent le texte constitutionnel tel qu'il est écrit; les autres, normativistes, décrivent le régime tel qu'il devrait être (...) "... Il convient de leur substituer l'analyse stratégique (dans *L'hypothèse de la contradiction des majorités en France*, dans M. DUVERGER (dir.) *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986, p. 258). Dans une optique différente, M. TROPER distingue entre les conceptions qui relèvent d'une démarche " post (ou pseudo) - positiviste ", le " positivisme strict ", et le " réalisme " (dans *La doctrine et le positivisme*, dans D. LOCHAK, *Les usages sociaux du droit*, préc., p. 286 et s.). Enfin, derrière la distinction faite par le Doyen FAVOREU entre les différents objets du droit constitutionnel, on peut percevoir une classification des approches de ce droit (institutionnelle, normative, et substantielle) (dans *Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit*, RFDC, I, 1990, p. 71 et s.).

(22) Notons que ce terme est employé dans des sens variables. Par exemple, le dictionnaire CORNU (préc.) ne définit pas le normativisme, mais précise que l'on entend par " normativiste " le " nom donné à la doctrine de Kelsen selon laquelle il n'y a pas de différence de nature entre les dispositions juridiques par

un net recul de leurs auteurs par rapport à la question du contenu des normes constitutionnelles pour s'intéresser essentiellement à l'usage des normes, c'est à dire les analyses réaliste et stratégique ( II ).

## I LES CONCEPTIONS NORMATIVISTES

L'ambiguïté de la question de l'effectivité dans la doctrine Kelsénienne ( A ) a certainement contribué à déterminer la manière dont ce problème a été abordé par une large partie de la doctrine constitutionnelle française durant la cohabitation ( B).

### A LA QUESTION DE L'EFFECTIVITE DANS LE MODELE KELSENIEN.

La question de l'effectivité des normes est relativement obscure dans la Théorie pure du droit ( 1 ). De surcroît, la conception de la science du droit que préconise Kelsen comporte des limites et des inconvénients sérieux lorsque l'on confronte la question de la variabilité des normes constitutionnelles au modèle d'analyse qu'il propose ( 1 ).

---

voie générale et les dispositions juridiques par voie individuelle, le terme englobant toute prescription, que celle-ci soit abstraite et impersonnelle ou individuelle ". Par contre, O. DUHAMEL estime que les normativistes sont ceux qui " décrivent le régime tel qu'il devrait être " (dans *L'Hypothèse de la contradiction des majorités en France*, préc., p. 258).

## 1 ) L'ambiguïté de la question de l'effectivité dans la Théorie pure du droit.

L'analyse Kelsénienne de l'effectivité des normes ne semble pas être d'une totale cohérence. En effet, d'un côté, le Maître autrichien fait de l'effectivité une condition de la validité des normes ( a ), mais d'un autre côté, il rejette l'étude de l'effectivité des normes hors de la science du droit ( b ). On pourrait donc se demander dans quelle mesure la science du droit, ainsi conçue, permet toujours d'identifier les normes valides.

a ) L'effectivité, condition de la validité des normes.

157 " La définition correcte de ce rapport entre validité et efficacité est un des problèmes essentiels d'une théorie positiviste du droit, mais aussi l'un des plus difficiles " - annonce l'auteur de la théorie pure (23). " Il ne représente qu'un cas particulier de la relation entre le *sollen* de la norme juridique et le *sein* de la réalité naturelle ". Kelsen se trouve face à deux thèses opposées qu'il rejette l'une et l'autre. Il reproche aux théories idéalistes d'affirmer qu'il n'y a aucun rapport entre l'effectivité (*sein*) et la validité (*sollen*), et que la validité du droit est absolument indépendante de son efficacité. Pour lui cette vision est " fausse " car " il ne peut pas être nié qu'un ordre juridique en son entier, tout de même qu'une norme juridique prise isolément, perdent leur validité lorsqu'elles cessent d'être efficaces " (24).

La conception réaliste, qui " consiste à réduire la validité à l'efficacité, à affirmer que la validité du droit se confond purement et simplement avec son efficacité " (25) ne lui paraît pas plus acceptable. Elle est également fausse car " il existe de nombreux cas où des normes juridiques sont considérées comme valables bien qu'elles ne soient pas ou ne soient pas encore efficaces " (26).

Kelsen propose donc d'admettre que " l'efficacité de l'ordre juridique en tant que tout est condition de sa validité; pareillement, l'efficacité d'une norme juridique en particulier est condition de sa validité " (27). Donc, un ordre juridique pris globalement tout comme une norme juridique prise en particulier ne sont plus considérés comme valables lorsqu'ils cessent d'être efficaces. Pour autant, les notions d'efficacité et de validité sont tout à fait distinctes et ne doivent pas être

(23) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN, Dalloz, 1962, p. 281.

(24) *Ibid*, p. 286.

(25) *Ibid* p. 282.

(26) *Ibid* p. 286.

(27) *Ibid* p. 286.

confondues. L'efficacité est un peu à la norme ce que la nourriture est à la vie, elle ne s'identifie ni à la naissance, ni à la vie, mais est une condition du maintien de la vie (28). Mais le problème reste de mesurer cette efficacité et de préciser à partir de quand l'inefficacité affecte la validité d'une norme.

b) L'analyse de l'efficacité est exclue de la science du droit.

158 Pour apprécier l'influence de l'efficacité sur la validité, Kelsen adopte une position intermédiaire entre les deux solutions qu'il rejette. S'agissant d'un ordre juridique, il estime qu'il peut être considéré comme efficace " si ses normes sont efficaces, c'est à dire effectivement obéies et appliquées, en gros et de façon générale " (29). Lorsque, d'une part, la norme fondamentale pose la proposition de Sollen : " on doit se conduire conformément à la Constitution effectivement posée et efficace ", et que, d'autre part, on peut constater le Sein, proposition de fait : " la Constitution a été effectivement édictée et elle est efficace ", alors on peut conclure que tel ordre juridique est valable (30).

S'agissant d'une norme juridique considérée isolément, elle ne perd sa validité que lorsqu'elle " demeure d'une façon permanente inappliquée et non obéie : c'est ce que l'on appelle la désuétude " (31). Et cette solution s'applique aussi bien aux normes générales qu'aux normes individuelles (32).

Pour savoir si une norme est efficace, si elle est réellement, effectivement appliquée, il est nécessaire d'observer les faits réels. Or, pour Kelsen, la question de savoir ce qui se produit effectivement est une question métajuridique. Toutes les assertions relatives au cours vraisemblable d'une conduite (...) " ne répondent pas à la question spécifiquement juridique qui est de dire ce qui doit avoir lieu, en droit, selon le droit, mais à la question métajuridique de savoir ce qui se produit effectivement et ce qui se produira vraisemblablement " (33). On peut alors se demander comment la science du droit va permettre d'apprécier l'efficacité

---

(28) " Les normes d'un ordre juridique positif sont valables parce que la norme fondamentale qui forme la règle fondamentale de leur création est supposée valable, non parce qu'elles sont efficaces; mais elles ne sont valables que si, et par conséquent tant que cet ordre juridique est efficace. Dès que la Constitution, et par conséquent l'ordre juridique basé sur la base de cette Constitution perdent leur efficacité en tant que tout, l'ordre juridique pris globalement et par là-même chacune de ses normes en particulier perdent leur validité " *Ibid* p. 287.

(29) *Ibid* p. 287, souligné par l'auteur.

(30) *Ibid* p. 287.

(31) *Ibid* p. 288.

(32) " Les normes juridiques individuelles aussi, par exemple les décisions juridictionnelles ou les dispositions administratives qui ordonnent un acte de contrainte particulier, perdent leur validité lorsqu'elles demeurent inexécutées de façon permanente, et par conséquent inefficaces.." (*ibid*, p. 288).

(33) *Ibid* p. 145-146. KELSEN rejette dans le domaine de la sociologie toutes les questions sur l'influence des facteurs économiques et autres sur l'activité des tribunaux, ainsi que les questions sur les raisons pour lesquelles les hommes se conforment ou non aux normes juridiques. (*Théorie pure du droit*, 1ère ed. 1953, Neuchâtel, p. 83).

déterminant la validité d'une norme. Une des limites de cette théorie est justement qu'elle ne permet pas de mesurer cette efficacité.

## 2 ) Limites et inconvénients de l'approche Kelsénienne de l'effectivité.

Au regard des problèmes juridiques de la cohabitation qui nous intéressent ici, on observera que le modèle kelsénien ne permet pas toujours d'identifier les normes valides, justement parce qu'il ne donne pas les moyens d'en analyser l'effectivité ( a ). Par ailleurs, il peut conduire, indirectement, à légitimer des violations de la Constitution ( b ).

### a ) Difficultés d'identification des normes valides.

**159** Si l'on admet avec Kelsen que la validité des normes dépend de leur effectivité (34) chaque fois que l'on veut identifier les normes valides, il faut analyser leur effectivité. Le problème s'est posé fréquemment durant la cohabitation à cause de la faible effectivité d'un certain nombre de ses dispositions depuis 1958. Par exemple, il résulte clairement de l'article 8 de la Constitution que le Premier ministre n'est pas responsable devant le Président de la République, puisque ce dernier n'a pas le pouvoir de le révoquer. Si les auteurs étaient unanimes pour admettre cette interprétation, ils étaient tout aussi unanimes pour constater qu'en pratique, jusqu'en 1986, le Président de la République avait le pouvoir de révoquer le Premier ministre. On pouvait donc en conclure que la règle posée par le texte était " demeurée d'une façon permanente inappliquée et non obéie " durant près de trente ans. Fallait-il en conclure qu'elle était " tombée en désuétude " ? Il semble qu'aucun auteur ne soit allé jusqu'à l'admettre. Mais d'autres questions, comme celle de la compétence liée ou discrétionnaire du Président pour convoquer le Parlement en session extraordinaire, ou l'obligation pour le Gouvernement d'engager sa responsabilité sur son programme, pouvaient être posées dans les mêmes termes.

Ainsi le caractère ambigu de la question des relations entre efficacité et validité des normes dans la théorie pure du droit fait-il douter de sa pertinence, ou pour le moins de son utilité. La cohabitation semble en effet avoir montré que la

---

(34) Ou pour le moins la " survie " de leur validité.

validité du texte ne dépendait pas de son effectivité (35). En toute hypothèse, le caractère " obscur " de ce concept le rend difficilement utilisable (36). A partir de combien de transgressions une règle devient-elle ou cesse-t-elle d'être effective ? Comment mesurer cette effectivité (par rapport aux personnes concernées, et en fonction du contenu de la règle...) ? " Autant d'interrogations dont le traitement mériterait une véritable investigation scientifique, un véritable souci du fait, que Kelsen, tout en prétendant faire oeuvre d'empirisme, met entre parenthèses, se réfugiant, en définitive, dans l'affirmation qu'il suffit de prendre en considération l'efficacité de l'ordre juridique pris dans son ensemble " (37).

Au fond, Kelsen admet que le rapport entre validité et efficacité correspond au rapport entre droit et force. L'efficacité ainsi entendue correspond à la force du droit, à sa puissance, à la mesure dans laquelle il s'impose en fait. " Le droit est un certain ordre, une certaine organisation de la force " (38). L'ambiguïté de la position kelsénienne sur la question de l'effectivité s'explique donc largement par le fait qu'il assimile l'efficacité à la force du droit, et qu'il en fait une condition de la validité des normes, tout en excluant du domaine de la science du droit l'étude de cette force (39).

#### b) De la description à la légitimation.

**160** Selon la théorie pure du droit, la science du droit consiste seulement à décrire les normes juridiques valables. Il n'appartient en aucun cas au juriste de s'interroger sur le bien-fondé des textes, ou de porter un jugement sur leur validité (car il serait dépourvu de valeur juridique et ne pourrait donc être l'objet de la science du droit). En effet, seules les interprétations authentiques d'un texte peuvent être créatrices de droit. Or, sont considérées comme authentiques les interprétations des textes par les organes d'application du droit, c'est à dire les autorités publiques. Au contraire, les propositions formulées par la doctrine ou l'exécution de leurs obligations juridiques par les particuliers sont dépourvus de valeur obligatoire, ne sont pas authentiques.

---

(35) Cf. infra, Ch. II. F. RANGEON (*art. préc.*, p. 130 rappelle que juridiquement, la désuétude n'entraîne pas en tant que telle l'annulation d'une règle de droit qui peut, après une longue période de non-application, être redécouverte par ses destinataires.

(36) J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison, essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1980, p. 518.

(37) J. LENOBLE et F. OST, *ouvr. préc.*, p. 518.

(38) *Ibid* p. 289. Pour J. LENOBLE et F. OST, " le lien entre validité et soumission au pouvoir d'Etat (n'est) pas vraiment interrogé scientifiquement mais plutôt admis comme évident, ce qui ne manque pas de traduire, dans la pensée Kelsénienne, l'efficace d'un idéal politique " (*ouvr. préc.*, p. 519).

(39) Pour F. RANGEON (*art. préc.*, p. 130), le rapprochement fait par Kelsen entre validité et efficacité montre justement que " le droit ne s'explique pas uniquement par lui-même : même une notion aussi juridique que celle de validité renvoie à des phénomènes socio-politiques d'acceptation et de légitimation de la norme ".

La distinction ainsi opérée par Kelsen entre les autorités publiques (qui appliquent le droit) et les particuliers (qui ne pourraient que lui obéir), est fondée sur l'idée que les actes des premiers seraient valides, alors que les interprétations des particuliers sont toujours susceptibles d'être contestées. On admettra avec le professeur Amselek que cette conception est tout à fait critiquable (40). Mais c'est un problème sur lequel nous aurons l'occasion de revenir, notons seulement ici qu'en toute hypothèse, aussi longtemps qu'un acte juridique n'a pas été annulé (par un juge ou par une autre autorité), il bénéficie, en fait, d'une sorte de " présomption de validité ". Il en résulte en pratique que, bien souvent, des actes que tous les juristes regarderont comme non " valables " juridiquement (car illégaux, ou inconstitutionnels), seront en vigueur, et devront, en fait, être regardés comme valides aussi longtemps qu'ils n'ont pas été annulés par un juge (41). Par exemple, le refus présidentiel de convoquer le Parlement en session extraordinaire, ou l'utilisation, par le Général de Gaulle, de l'article 11 pour réviser la Constitution, doivent être regardés comme valides, même si l'on peut les considérer comme manifestement inconstitutionnels. Cette conception a indubitablement l'avantage de décrire réellement la pratique du droit positif. Mais elle a un " effet pervers ", en ce sens qu'elle semble être une des raisons qui expliquent la relative " soumission " de la doctrine à des interprétations constitutionnelles discutables, dans tous les cas où le Conseil constitutionnel ne s'est pas vu attribuer cette compétence. Or l'absence de contestation de ces interprétations aboutit dans une certaine mesure à les légitimer (42). On en revient alors au problème de l'effectivité. Quelle est la règle

---

(40) Car " C'est là méconnaître que les autorités publiques se trouvent exactement dans la même situation (que les particuliers) : lorsqu'une autorité administrative, ou juridictionnelle, par exemple, " applique le droit ", c'est à dire émet une norme juridique sur la base d'une autre norme juridique, l'interprétation qu'elle fait de cette dernière à cette occasion est susceptible d'être remise en cause par une autre autorité publique supérieure (législative, administrative ou juridictionnelle), voire tout simplement par elle-même (rétractation à la suite d'un changement d'opinion). Sans doute, y-a-t-il des hypothèses dans lesquelles l'interprétation effectuée par une autorité publique acquiert un caractère incontestable et définitif; mais les mêmes hypothèses existent pour les particuliers (carence des voies de recours et de sanction ou, tout simplement, forclusion des délais prescrits pour leur mise en oeuvre) (dans *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, RDP 1983, p.1474-1475).

(41) C'est ce qui explique un des points de la controverse entre P. AMSELEK et M. TROPER. Le premier observe en effet que " Kelsen confond manifestement ici " valeur " et " vigueur " : une chose, en effet, est qu'une norme juridique soit juridiquement " valable ", c'est-à-dire ait été posée conformément à d'autres normes juridiques; une autre chose est qu'une norme juridique soit " en vigueur ", c'est à dire soit applicable, soit juridiquement en application ou, comme on dit couramment, " produise effet ". Une norme non valable peut parfaitement être applicable, produire effet, et donc fonder (...) la validité d'autres normes " à moins qu'elle ne soit privée d'effet ab initio par la réglementation, ou annulée par le juge (P. AMSELEK, *Réflexions critiques autour de la conception Kelsénienne de l'ordre juridique* " (RDP 1978, p.15). M. TROPER lui répond qu'une telle distinction entre valeur et vigueur " n'a aucun sens du point de vue d'une science du droit positiviste ", puisque " la validité est le mode même d'existence des normes " (...) " si une norme est en vigueur, alors elle est valide et le fondement de sa validité doit être trouvé dans une norme supérieure ". Le juriste estime-t-il que tel acte est manifestement illégal ? Son appréciation n'a aucune valeur juridique. " ...Si une norme semble à l'observateur extérieur être non valable, parce qu'elle lui paraît contraire à une norme supérieure, elle n'en est pas moins " objectivement ", du point de vue de l'ordre juridique, valide et obligatoire ". (*La Pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek*, RDP 1978, p. 1532-1533).

(42) Cf. infra.



effective ? Est-ce celle qui a été appliquée, et qui est regardée comme valide (compétence discrétionnaire pour la convocation du Parlement par exemple), ou bien celle qui est inscrite dans le texte (compétence liée) ? Laquelle de ces interprétations doit-elle s'imposer dans l'avenir?

On peut ainsi constater qu'en faisant dépendre la validité des normes de leur effectivité, tout en ne permettant pas aux juristes de s'interroger sur le rapport entre la règle édictée et la pratique de la règle, le modèle Kelsénien ne permet pas d'expliquer l'évolution de la pratique constitutionnelle qu'on a pu observer durant la cohabitation. Or, l'influence de ce modèle est très grande dans la doctrine française, même si les applications qui en sont faites sont assez variables.

## **B DES UTILISATIONS VARIABLES DU MODELE KELSENIEN**

Notre objectif est ici de montrer quels sont les points saillants, les plus caractéristiques des approches doctrinales de la cohabitation, et de voir dans quelle mesure les conceptions du droit dont elles relèvent permettent d'expliquer l'évolution de l'effectivité de la Constitution durant la cohabitation. Dans cette optique, on peut regrouper, de manière très schématique, les principales approches qui sont centrées sur l'analyse des normes en trois grands " courants ". Cette distinction est très relative puisque certains auteurs utilisent plusieurs de ces conceptions (elles ne sont pas toutes incompatibles). En dehors des analyse réaliste et stratégique, que nous évoquerons plus tard, on peut considérer que la plupart des études sur le droit constitutionnel français étaient centrées sur l'une des approches suivantes : celle que Michel Troper qualifie de " pseudo-positiviste " ( 1 ), une autre analyse qui se rapproche du positivisme strict en ce qu'elle se veut plus descriptive ( 2 ), et enfin l'analyse centrée sur la jurisprudence constitutionnelle ( 3 ).

## 1 ) " Pseudo-positivisme ", ou exégèse critique ?

Pour André Demichel, " l'action conjugée de l'idéalisme juridique hérité des jacobins et du conformisme légaliste de la société bourgeoise a longtemps imposé, en France par exemple, la méthode exégétique comme la seule convenable aux études de droit " (43). Il décrit cette méthode comme consistant à appréhender les textes comme des valeurs en soi, et s'opposant à la méthode dialectique, qui " envisage la règle juridique comme un élément du contexte social où elle est envisagée, dont elle est le produit, voire le moteur, mais dont il est vain de vouloir l'isoler ". L'autre grande distinction de méthodes qu'il décrit est celle qui oppose d'un côté la méthode positive, consistant à décrire les règles de droit telles qu'elles sont, sans les juger; et la méthode normative, consistant à juger les normes en appréciation de principes posés comme un impératif. Actuellement, un très grand nombre d'analyses de droit constitutionnel sont conduites en empruntant des éléments à chacune de ces méthodes. Observons que s'il ne reste pas beaucoup de constitutionnalistes qui limitent leur étude à l'exégèse des textes, le formalisme semble connaître un certain renouveau ( a ). Par ailleurs, l'attitude de nombreux constitutionnalistes consiste encore à considérer que le texte a une valeur intrinsèque, même si l'on ne saurait se contenter de le décrire pour expliquer le phénomène constitutionnel. C'est dans cette optique que Maurice Duverger a pu commencer à étudier les relations entre règle et pratique de la règle pour analyser la cohabitation ( b ).

### a ) Fin de l'exégèse, renouveau du formalisme ?

**161** La méthode de l'exégèse est habituellement décrite comme étant celle qui consiste à " décortiquer " un texte pour tenter d'en saisir le sens, voire d'en extraire sinon la substantifique moelle, du moins la *ratio legis*. Le principe généralement admis est que si la règle est considérée comme claire, elle ne donne pas lieu à interprétation. Sinon, on recherche l'intention des rédacteurs pour " découvrir " le sens du texte. En pratique, tous les juristes la pratiquent à un degré plus ou moins important (44).

(43) A. DEMICHEL, *Droit constitutionnel*, Encyclopaedia Universalis, 1980, vol. IV, p. 941 et s.

(44) Sur l'interprétation en général, ses méthodes et ses fonctions (et non spécifiquement dans l'école exégétique), cf. M. Van de KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*,

Mais lorsque l'on parle couramment de l'école de l'Exégèse, on voit apparaître les augustes figures des civilistes du XIXe siècle " asservis à la lettre du texte " (45). On a pu prouver qu'en réalité " l'exégète ne s'agenouille pas devant la loi " (46) et qu'il la critique souvent en invoquant le droit naturel. Le reproche qu'on lui a fait de ne pas s'intéresser à la jurisprudence serait également très exagéré (47). Mais il reste que dans l'image que l'on donne habituellement de cette conception, le juriste limiterait l'étude du droit à cet exercice d'analyse de texte. Dans cette optique, le droit tout entier serait contenu dans le texte, et l'étude de la pratique n'aurait, par conséquent, aucun intérêt.

Il est évident qu'une telle approche du droit constitutionnel ne permettrait pas d'étudier la relativité de l'effectivité des normes, puisque le rapport entre norme et pratique ne pourrait être examiné, l'analyse de la pratique étant exclue. Mais plus aucun juriste ne prétendrait que la science du droit puisse être totalement détachée du contexte dans lequel s'inscrivent et s'appliquent les règles. A un tel point qu'en France, il est presque devenu malséant de rappeler au respect de la lettre de la Constitution. Nous pensons avoir maintes fois montré dans le livre premier à quel point ce phénomène avait été net durant la cohabitation. S'avise-t-on de rechercher l'intention du constituant ? On aura un peu l'impression d'être regardé comme un " homme des cavernes " surgissant en plein XXe siècle, tant la démarche paraît archaïque. Réalisme oblige ! Et pourtant, Outre-Atlantique, le débat qui oppose les " interpretivists ", c'est à dire les juristes qui sont favorables à l'interprétation du texte selon l'intention des rédacteurs; aux " non-interpretivists ", qui se prononcent en faveur d'une application réaliste, montre bien que le souci du formalisme n'est peut-être pas tout à fait aussi périmé qu'on pourrait l'imaginer (48). Le formalisme n'avait cependant pas tout à fait disparu en France, puisqu'il était un des éléments de la réflexion de M. Duverger, qui proposera de le dépasser.

---

Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1978, avec, en droit constitutionnel, l'étude de F. DELPEREE, *La Constitution et son interprétation*.

(45) Selon l'expression de C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, PUF, Coll droit fondamental, droit politique et théorique, 1985, p. 12.

(46) Ph. REMY, *Eloge de l'exégèse*, RRJ, 1982-2 n VII-13, p. 254 à 262. L'auteur montre que la méthode de l'exégèse consiste à aller de la règle aux questions (quid juris ?), puis de la règle au système. Quant à la philosophie de l'exégèse, elle est marquée par la liberté, la philosophie de la loi. Souvent marqués par les conceptions jusnaturalistes, ces juristes estiment que la loi n'est pas tout le droit, que le droit préexiste à la loi, et qu'il ne se trouve pas dans n'importe quelle loi. (cité par C. ATIAS, op. préc., p. 20 à 23).

(47) Cf. C. ATIAS, op. préc., p. 48.

(48) Sur le débat entre " l'interprétivisme " et le non-interprétivisme ", cf. F. MICHAUT, *L'inscription de la décision judiciaire dans un système juridique. Réflexion sur l'évolution de la doctrine américaine contemporaine*, RDP, 1989, p. 1029 et s.

b) Des vertus du " pseudo-positivisme ".

**162** L'approche de Maurice Duverger est assez typique de ce que Michel Troper considère comme n'étant pas du véritable positivisme. Elle se rapproche du positivisme, en ce qu'elle considère que seules les règles de droit " posées " sont valables (par opposition aux règles dites de droit naturel). Mais elle s'en écarte en ce qu'elle ne se limite pas à une description des règles valides. Ceux qui la pratiquent - et c'est en fait un très grand nombre de constitutionnalistes - ne se contentent pas d'exposer les règles existantes.

Ici, le juriste considère que le texte énonce une règle, qu'il a un sens, qu'il contient une norme. Suivant le modèle de l'exégèse, il s'aidera des travaux préparatoires pour connaître le sens du texte lorsqu'il sera obscur. Les pratiques, les interprétations du texte seront donc susceptibles d'être critiquées pour cause de non-conformité au texte. Dans cette optique classique, il appartient aussi au juriste de s'interroger sur les lacunes du texte, et les difficultés d'application auxquelles il peut donner lieu.

Dans la plupart de ses travaux, Maurice Duverger a été très critique à l'endroit des interprétations de la Constitution qu'il estimait non-conformes au texte. Même si nous avons pu contester, parfois assez vivement, l'évolution de ses interprétations, il demeure qu'il a essayé de construire des schémas d'analyse intéressants pour l'hypothèse de la cohabitation, tout particulièrement en 1978 et en 1986. C'est lui qui, avec le Doyen Vedel, a commencé à poser les bases d'une réflexion sur la variabilité des pratiques par rapport à un texte donné (en particulier dans son analyse sur les régimes semi-présidentiels). C'est sur cette voie que s'engagera O. Duhamel pour proposer une analyse stratégique des institutions, mais dans une optique moins normativiste.

C'est parce qu'il a su retenir la valeur normative du texte, tout en s'intéressant à la pratique des règles, que Maurice Duverger a su " établir les fondations. " d'une réflexion sur la variabilité des interprétations d'un texte en fonction de certains facteurs, et en particulier de la situation du Président de la République par rapport à la majorité parlementaire. Il a donc su mettre en lumière le facteur primordial de la relativité de l'effectivité des normes durant la cohabitation. Même si l'on ne partage pas son opinion sur de nombreux points, il faut donc lui reconnaître le mérite d'avoir ouvert la voie pour une réflexion sur la relativité de l'effectivité de la Constitution.

Mais, soucieux avant tout de positivisme et de réalisme, les constitutionnalistes semblent aujourd'hui rejeter vivement l'analyse exégétique pour n'interpréter le texte qu'à la lumière de ses applications.

## 2 ) De la pratique au droit : l'interprétation par l'application

Dans une démarche sans doute beaucoup plus conforme à l'orthodoxie Kelsénienne que celle que l'on vient de décrire, la majorité des constitutionnalistes français semble rechercher à identifier les normes constitutionnelles à partir d'une analyse de leur pratique. Observons quels sont les traits saillants de cette conception ( a ) avant d'en montrer les limites pour l'analyse de la relativité de l'effectivité des normes durant la cohabitation ( b ).

### a ) Une norme révélée par la pratique ?

**163** Toute une partie de la doctrine, qui s'était indignée des violations du texte de la Constitution au début de la Ve République, a, depuis longtemps, largement renoncé à critiquer ces interprétations, pour essayer de les expliquer juridiquement. Certains, avec Jean Gicquel, ont recouru à la notion de coutume (49), d'autres, avec François Luchaire, ont démontré la souplesse de la Constitution (50), d'autres enfin pensent avec Pierre Avril que les " interprétations constitutionnelles les plus vivement contestées en leur temps ont cessé aujourd'hui d'être remises en cause et ceux qui demeurent les plus réticents à en admettre le bien-fondé ne peuvent que s'incliner devant le fait accompli " (51).

Les méthodes, les interprétations de ces auteurs ne sont évidemment pas toujours identiques. Mais elles ont en commun, d'être centrées sur la recherche de l'identification de la norme, par opposition au réalisme. Néanmoins, dans une optique assez proche de celle de Kelsen, c'est dans les interprétations authentiques du texte, et non dans la lettre de la Constitution, que ces auteurs vont en trouver le sens. Pour Pierre Avril, " La seule vérité des textes qui soit incontestable est celle de leur application " (52). Cette approche a l'avantage de réconcilier le droit et la pratique. Puisque c'est dans l'interprétation des gouvernants qu'il faut rechercher le

---

(49) J. GICQUEL, *Essai sur la pratique de la Ve République. Bilan d'un septennat*, LGDJ, 1968, mise à jour 1977. Sur la notion de coutume cf. *infra*, Ch. II, S I, I.

(50) F. LUCHAIRE, *La Constitution à l'épreuve du temps*, RPP sept-oct. 1980, p. 19 et s. Cf. *Supra*, L. I, T II, Ch II.

(51) P. AVRIL, *De Gaulle interprète de la Constitution. Une paradoxale leçon de droit constitutionnel*, Rapport pour le colloque de l'institut Charles de Gaulle, 1990, p. 1.

(52) P. AVRIL, *L'Assemblée aujourd'hui*, Pouvoirs n° 34, 1985, p. 5.

sens de la Constitution, de fait, les pratiques seront toujours conformes au droit. Avant la cohabitation, ces auteurs pouvaient démontrer que la pratique présidentiale s'était imposée dans le droit positif, et qu'il n'y avait plus lieu de la contester, mais seulement de la constater. Mais, la coexistence remettant en cause cette conception de la Ve République, ne faut-il pas s'interroger sur les limites de ces méthodes ?

b) Des conceptions éprouvées par la cohabitation.

164 En contestant l'idée d'une " constitution - Protée " nous avons pu discuter les principaux arguments avancés en ce sens, c'est pourquoi nous nous contenterons de rappeler ici les principales conceptions en présence pour les analyser au regard de la question de l'effectivité (53). Si la coutume, ou simplement la pratique constitutionnelle avait modifié la Constitution, comment expliquer que le texte de celle-ci ait pu renaître de ses cendres - au moins pour une large partie - entre 1986 et 1988 ? Cette expérience a bien montré que les interprétations présidentielles, même si elles sont regardées comme valides, authentiques, ne recréent pas, ne modifient pas la règle. Elles n'en sont qu'une application toute relative, qui peut être modifiée. On aurait donc pu croire que l'expérience de la cohabitation allait remettre en cause ces conceptions. En fait, loin de désarmer, certains de ces auteurs ont manifesté une certaine " résistance " au retour à la lettre de la Constitution. Assez paradoxalement, ils analysent le retour à la norme constitutionnelle un peu comme une parenthèse a-normale (54).

Recherchant toujours le sens de la norme dans la pratique, ces auteurs constatent que la cohabitation a donné lieu à de nouvelles interprétations authentiques, qui seront constatées et identifiées à la Constitution. Le chef de l'Etat affirme-t-il que la détermination de l'ordre du jour d'une session extraordinaire et sa convocation " relèvent de la seule responsabilité et de la seule appréciation du Président de la République " ? Il a seulement " rappelé les principes constitutionnels ", concluent certains auteurs (55). S'il a refusé de signer les ordonnances, la question de sa compétence liée ou discrétionnaire a " été tranchée dans la pratique ", affirment d'autres constitutionnalistes (56). D'aucuns vont même jusqu'à expliquer que le Président de la République dispose bien du pouvoir d'interpréter la Constitution en vertu de l'article 5, alors même que l'objet de cet article était d'établir le cadre dans lequel devaient être limitées les compétences présidentielles

(53) Cf. *Supra*, L. I, T. II, Ch. II.

(54) Cf. *Supra*, L. I, et notre rapport au congrès de Strasbourg, sept. 1990, *La doctrine et la cohabitation, jeux de miroirs*.

(55) F. LUCHAIRE, *Le Droit constitutionnel de la cohabitation*, *Economica*, 1989, p. 186-187.

(56) J. FOURNIER, *Les trois leviers du Président*, *Pouvoirs* n° 41, 1987, p. 68. Contra : M. TROPER estime que la question de droit n'a pas été réglée (dans *La signature des ordonnances, fonctions d'une controverse*, *ibid.*).

(57). Ainsi l'interprétation authentique de la Constitution semble-t-elle assimilée à la Constitution elle-même.

Pierre Avril se réjouit-il de la " revanche du droit constitutionnel " ? C'est pour démontrer que l'on est bien obligé d'amettre, avec le Général de Gaulle, qu'une constitution n'est pas seulement un texte, mais aussi un esprit et une pratique (58).

Si Jean Gicquel observe qu'avec la coexistence la Ve République a changé de nature et a été vivifiée (59), certains représentants de la doctrine ont même vu dans la cohabitation une confirmation ou la consécration de coutumes (60), d'usages ou de conventions antérieurs (61). Nous reviendrons sur la discussion de ces arguments, relevons seulement ici que le droit constitutionnel ainsi conçu consiste, dans l'optique Kelsénienne, à décrire les normes valides, et non pas à analyser leur fonctionnement. La pratique étant largement assimilée à la norme, on ne peut pas penser, dans cette optique, le problème de l'effectivité, puisque l'on ne peut pas analyser l'écart entre règle et pratique. L'objet de la science du droit semble alors se limiter à décrire des normes fluctuant au gré de la conjoncture et de la volonté des gouvernants. Mais dans cette optique, le rôle du juriste n'est pas tout à fait passif pour autant car nous verrons que cette acceptation des pratiques contribue à les légitimer, même si telle n'est pas l'intention de ces auteurs. Si l'on admet avec Pierre Avril que " le sens d'une constitution est déterminé par ceux qui l'appliquent; leur interprétation est finalement celle qui est possible compte tenu de " l'appareil " qu'elle établit " (62), on observera que, bien souvent, sous la Ve République, on a admis que " l'interprétation du plus fort est toujours la meilleure ". Entre 1986 et 1988, le changement du rapport de forces a permis un changement d'interprétation. L'intervention de plus en plus fréquente du Conseil constitutionnel pour donner une interprétation authentique du texte, conduira à de faire une analyse assez différente de ces questions.

---

(57) Cf. *Supra*, L; I. En faveur d'une interprétation présidentielle : R. ROMI, *Le Président de la République, interprète de la Constitution*, RDP 1987, p. 1265-1295, contra P. ARDANT, *L'article 5 et la fonction présidentielle*, Pouvoirs n° 41, 1987.

(58) P. AVRIL, *Une revanche du droit constitutionnel ?*, Pouvoirs n° 49, 1989, et *De Gaulle interprète de la Constitution. Une paradoxale leçon de droit constitutionnel*, préc.

(59) J. GICQUEL, *De la cohabitation*, Pouvoirs, n° 49, 1989, p. 78.

(60) Ainsi, pour B. CHANTEBOUT, le fait que certaines interprétations présidentielles de la Constitution aient été acceptées sans contestation par la majorité parlementaire permettrait d'affirmer qu'elles disposent désormais du consensus nécessaire pour être consacrées comme coutumes (*Droit constitutionnel et science politique*, A. Colin, U, 8e ed., 1988, p. 599).

(61) Selon P. AVRIL, " la nouvelle convention sur la présidence s'est si bien imposée qu'il n'est pas une seule des " violations " naguère alléguées qui ne soit aujourd'hui admise comme l'application orthodoxe, la dernière en date concernant la prérogative présidentielle en matière de session extraordinaire, qui fut pourtant l'occasion du premier " accrochage " sérieux en 1960 " (dans *Une revanche du droit constitutionnel*, Pouvoirs n° 49, 1989, p. 8-9). Notons que cette interprétation présidentielle a été contestée par une partie de la doctrine (notamment C.A. COLLIARD, *Les pouvoirs du Président de la République en cas de coexistence institutionnelle*, RDP 1989, p. 1597 à 1601). Sur la valeur juridique des pratiques et conventions constitutionnelles, cf. *infra*, Ch. II.

(62) P. AVRIL, *Le piano mécanique*, Mél Léo HAMON, *Itinéraires*, Economica, 1982, p. 18.

### 3 ) Rigueur et limites de l'analyse jurisprudentielle.

Certains juristes, et en particulier le Doyen Louis Favoreu, ou Bruno Genevois, ont centré leur approche du droit constitutionnel sur l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Indubitablement, l'évolution du contrôle de constitutionnalité en France ces dernières années a été telle que l'on ne saurait aborder cette matière sans souligner l'influence déterminante de la jurisprudence. La rigueur et la richesse de cette démarche permettent de cerner des aspects centraux de l'évolution de l'interprétation de la Constitution durant la cohabitation ( a ). Pour autant, il ne semble pas que toute la science du droit constitutionnel puisse se limiter à ces études, comme ces auteurs en conviendront volontiers ( b ).

#### a ) Une approche indispensable.

165 Ici, ce sont sans doute les enseignements les plus importants de la doctrine Kelsénienne que l'on a retenus (63). Le contrôle de constitutionnalité est un des meilleurs moyens de renforcer la suprématie et donc l'effectivité de la Constitution (même si, en pratique, ce résultat n'est pas toujours atteint (64)).

L'analyse centrée sur la jurisprudence constitutionnelle a tout d'abord l'avantage d'être largement conforme à l'orthodoxie Kelsénienne, même si les auteurs qui l'adoptent, et spécialement le Doyen Favoreu, estiment que la doctrine ne peut se contenter de paraphraser les décisions du juge, et se doit de les critiquer quand elles révèlent une interprétation discutable des textes (65). Le caractère indispensable, et la rigueur des méthodes de cette approche la rendent de moins en moins contestée. Les réalistes eux-mêmes semblent ne plus dénoncer le caractère peu démocratique selon eux de ce contrôle, mais cherchent plutôt à essayer d'expliquer comment un tel contrôle peut être conçu comme étant compatible avec les principes énoncés par la Constitution (66). Pour Michel Troper, ce contrôle ne

---

(63) Cf. H. KELSEN, *Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine*, dans *The Journal of Politics*, vol. 4, 1942, reproduit dans RFDC, 1, 1990, p. 17 et s.

(64) Cf. *infra*, Ch. II et T II.

(65) Cf. L. FAVOREU, *interview sur " l'affaire dite de l'amendement Seguin "*, *Le Figaro*, 19 janvier 1987, reproduit dans L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Economica, 1988, p. 143 et s.

(66) M. TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie*, RFDC 1, 1990, p. 31 et s.



permet pas de garantir la hiérarchie` des normes car, selon l'interprétation réaliste, " le véritable législateur n'est pas l'auteur du texte, c'est l'interprète " (67). Si Kelsen a pu paraître se rallier à une telle vision, il ne semble que ce soit en fait que " du bout des lèvres ", tant ses critiques à l'endroit de l'interprétation réaliste sont restées vives, même dans la deuxième édition de la théorie pure du droit (68). Nous constaterons que si l'on adopte une démarche réaliste, alors tout le problème de l'effectivité ne pourra qu'être pensé dans des termes très différents (69).

L'étude de la jurisprudence constitutionnelle durant la cohabitation a permis au Doyen Favoreu de montrer quel avait été le rôle du Conseil constitutionnel dans cette forme d'alternance. Cette épreuve a, à la fois, révélé les forces et les faiblesses du contrôle de constitutionnalité.

Plus que jamais, le Conseil constitutionnel " se voit reconnaître une importance grandissante comme si la cohabitation avait été le révélateur de son rôle dans le système politique " (70). A l'heure où chacun en appelle au respect de la lettre de la Constitution, le rôle de son seul véritable interprète devient capital. Il exercera une fonction de régulateur des pouvoirs, et de modérateur de l'alternance, notamment en resserrant les voies par lesquelles ces réformes peuvent être adoptées. Tandis que l'on peut douter de l'existence des règlement autonomes tant les jurisprudences combinées du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat en ont restreint les possibilités en étendant progressivement le domaine de la loi (71), le recours aux ordonnances est rendu difficile voire inutile par l'intensification du contrôle de la Cour constitutionnelle sur les lois d'habilitation (72). Quant à la voie législative, elle est elle aussi resserrée, notamment puisque le nombre de lois contrôlées augmente de 80 % (73) et parce que l'importance des normes de référence a été accrue par l'évolution de la jurisprudence du Conseil (74). Enfin, le contrôle du Conseil constitutionnel s'exerce non seulement sur le contenu des lois, mais aussi sur la procédure, en particulier sur l'usage des amendements (75). Le Conseil a donc été en mesure de renforcer l'effectivité de la Constitution, en imposant son respect. Lorsque le Conseil a semblé s'écarter de la lettre du texte, il a fait l'objet de vives contestations. On observera avec Michael Davis que lors de la polémique de l'été 1986 " les critiques s'adressent spécialement aux motivations du Conseil et à son utilisation de principes qui ne figurent pas dans la Constitution " (76) . Cet auteur constate également que ce débat n'est pas sans rappeler celui qui a

(67) *Ibid* p. 36.

(68) Cf. par exemple, p. 282 et s., note 1, les critiques sévères qu'il adresse à la théorie de ROSS. Sur l'interprétation, cf. p. 453 et s.

(69) Cf. *infra*, B.

(70) L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit, préc.*, p. 105.

(71) cf. L. FAVOREU, *Les règlement autonomes n'existent pas*, RFDA 1987, n 6.

(72) Ainsi que par les vetos présidentiels (cf. L. FAVOREU, *op. préc.*, , p 93).

(73) L. FAVOREU, *op. préc.*, p. 91.

(74) *Ibid.* , p. 85

(75) Cf. *ibid.* p. 143 et s. et B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, STH, 1988, p. 136 et s., P. 141 et s.

(76) M. DAVIS, *Government of judges : an historical review*, in *American Journal of comparative law*, 1987, Vol. 35, p. 1501-1521. Cité par L. FAVOREU, *op. préc.*, p. 106.

lieu aux Etats-Unis, dans lequel une partie de la doctrine souhaite que l'on applique la lettre de la Constitution dans le sens voulu par les pères fondateurs (77).

Mais la cohabitation a aussi révélé les faiblesses du contrôle de constitutionnalité français. C'est surtout l'absence de contrôle des actes du chef de l'Etat à un moment où l'on ne pouvait plus considérer que le Gouvernement endossait la responsabilité de tels actes, qui est apparue comme un élément de déséquilibre du système (78). Le Conseil constitutionnel ne peut donc, en l'état actuel des choses, contribuer au renforcement de l'effectivité de la Constitution pour ce qui concerne de nombreux actes du chef de l'Etat.

b) Limites de l'analyse jurisprudentielle.

**166** L'étroitesse des compétences du Conseil constitutionnel démontre déjà par elle-même les limites de cette approche. Mais même si le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception était adopté, et même si cette Cour constitutionnelle se voyait reconnaître une compétence générale pour interpréter la Constitution, et en particulier pour régler les conflits de compétence entre les pouvoirs, tout le droit constitutionnel ne pourrait se restreindre, à notre point de vue, à l'analyse de la jurisprudence. Carré de Malberg, prônant une approche strictement positiviste du droit, estimait que " à supposer qu'il appartienne aux juges d'apprécier et de déclarer, soit par eux seuls, soit en qualité d'instance suprême, ce qui est de droit, il faudrait encore et toujours en revenir à la conclusion qu'il n'y a d'autre droit que du droit positif. Ce seraient les juges qui feraient le droit, au lieu que ce soit le législateur (...). Le procédé de création du droit se trouverait changé, mais non son caractère positif. De son côté, la science juridique n'aurait toujours pour objet que du droit positif. Elle deviendrait la science des arrêts de justice, au lieu d'être celle des textes de loi " (79). Cette vision a sans doute le mérite de la clarté. On admettra volontiers avec l'éminent auteur que l'étude du droit doit être consacrée au droit positif. Par contre, on ne pourrait pas, de notre point de vue, se contenter de décrire les normes positives. Il faudrait encore pouvoir expliquer pourquoi et comment elles sont effectives, et comment on peut renforcer cette effectivité. Or une analyse purement descriptive des textes ou de la jurisprudence ne permet pas de penser la distinction entre règle et interprétation de la règle, et donc d'analyser, pour la renforcer, l'effectivité des constitutions. L'analyse de la jurisprudence est, et deviendra sans aucun doute de plus en plus, un aspect majeur de la science du droit constitutionnel. Pour autant, on ne saurait

---

(77) *Ibid.*

(78) Cf. L. FAVOREU, *op. préc.*, p. 97, 112, et s, 115. On notera que B. GENEVOIS ne traite pas ce problème son ouvrage (*préc.*).

(79) CARRE DE MALBERG, *Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique*, Mél. GENY, Sirey, T. I, p. 202.

prétendre l'isoler totalement des autres aspects de l'analyse du droit (80). Le Doyen Favoreu est d'ailleurs le premier à reconnaître la nécessité de distinguer entre les différentes approches complémentaires du droit constitutionnel.

Les approches réaliste et stratégique sont, plus que celles que l'on vient d'évoquer, orientées sur l'analyse de la pratique des normes. Mais dans la mesure où, cette fois, c'est l'analyse des normes elles-mêmes qui est écartée, on ne pourra pas non plus étudier la relativité de l'effectivité des normes.

---

(80) Cf. *infra*, section II.

## II LES ANALYSES REALISTE ET STRATEGIQUE

Par opposition aux conceptions que l'on vient d'évoquer, l'approche réaliste ( A ), et l'analyse stratégique ( B ) ont l'avantage de permettre l'étude de la pratique des normes, et des facteurs qui déterminent son évolution. Mais dans la mesure où elles s'écartent de l'analyse des normes elles-mêmes, elles ne donnent pas les moyens d'expliquer totalement l'évolution de la relativité de l'effectivité des normes durant la cohabitation, du moins dans l'acception normativiste que nous avons proposée.

### A EFFECTIVITE ET COHABITATION DANS LA CONCEPTION REALISTE

Pour Michel Troper, il existe trois principales conceptions de la science du droit. La position pseudo-positiviste, qui correspond seule à la doctrine française, la position positiviste stricte, pour laquelle la science du droit doit se limiter à la description des normes en vigueur, et enfin une position que l'on peut rattacher au réalisme. Evoquons les idées directrices de cette deuxième conception ( 1 ) avant d'en étudier les conséquences au niveau de l'analyse de l'effectivité des normes (2).

## 1 ) Objet de la science du droit et conception de la norme dans l'approche réaliste

Dans cette conception, l'objet de la science du droit n'est pas l'analyse des normes elles-mêmes, mais la description des comportements, notamment ceux des juges ( a ). Or il est clair, pour Michel Troper, que l'activité de ceux qui interprètent les textes consiste non pas à expliciter le sens préexistant d' une norme, mais à créer cette norme ( b ).

a ) L'objet de la science du droit est l'étude du comportement des acteurs.

167 " Très grossièrement résumée, (la position réaliste) envisage elle aussi la science du droit sur le modèle des sciences empiriques, mais considère que seuls des faits empiriques peuvent faire l'objet d'une description. Or les normes ne sont pas des faits. La description devra donc porter sur des comportements, notamment ceux des juges " (1). La science du droit consiste donc à énoncer des prédictions qui seront, comme dans les autres sciences, vérifiables ou réfutables. " Enoncer une proposition de droit, c'est en effet prédire que, dans telle ou telle circonstance, un juge énoncera telle ou telle norme " (2). Contrairement au pseudo-positivisme, cette science se veut descriptive et non prescriptive (3). Elle s'oppose surtout aux deux autres approches par les éléments qu'elle étudie. Pour prédire les

(1) M. TROPER, *La doctrine et le positivisme*, dans D. LOCHAK (dir.) *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 291.

(2) M. TROPER, *La doctrine et le positivisme*, préc., p. 292. L'auteur rejoint ici les conceptions de Alf ROSS (*Validity and the conflict between legal positivism and natural law*, *Revista jurídica de Buenos-Aires*, IV, 1961, p. 46-93, texte bilingue anglais-espagnol, résumé en français), pour lequel, d'après M. TROPER " la science du droit a pour tâche de décrire un ensemble de faits sociaux observables, car le droit est un fait. Les normes sont des prescriptions. Elles sont valides lorsqu'elles sont observées et ressenties comme obligatoires par leurs destinataires, c'est à dire les juges. la science du droit est faite d'énoncés sur les normes par lesquels on affirme que telle norme est valide. Ces énoncés sont alors des prévisions relatives au comportement des juges et peuvent être vérifiées empiriquement par l'observation de ce comportement. " (M. TROPER, *Le positivisme juridique*, *Revue de synthèse, Philosophie et épistémologie juridiques*, A. Michel, Tome CVI, 118-119, 1985, p. 203.

(3) " Elle ne vise ni à persuader, ni à interpréter, ni à combler des lacunes, mais seulement à construire le raisonnement probable du juge, c'est à dire à énoncer une proposition réfutable " (*ibid.*, p. 292). Pour une critique de l'activité prescriptive de la doctrine, cf. aussi M. TROPER, *La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel*. Sur la nécessité, pour la science du droit, d'être seulement descriptive, cf. M. TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie*, RFDC, 1, 1990, p.32.

comportements, on devra analyser tous les facteurs qui peuvent influencer la décision du juge. On prendra donc en compte " non seulement les textes applicables, mais aussi les valeurs qui le conduisent à déterminer le choix du texte de référence ou des méthodes d'interprétation " (4). Or ces valeurs peuvent être d'ordre politique, religieux, social, psychologique... Analysant le comportement du juge constitutionnel, Michel Troper relève que parmi ces facteurs, il en est qui sont extra-juridiques, tels que le poids de l'opinion publique, les liens des juges avec les partis politiques ou leur idéologie professionnelle. Il en est d'autres qui sont des " facteurs proprement juridiques, c'est à dire qui tiennent à l'organisation constitutionnelle générale ", et dont l'ensemble forme un " réseau de contraintes " dans lequel est enfermé le juge (5). Parmi ces contraintes, certaines sont externes, comme les réactions possibles des autres autorités; et d'autres sont internes, comme la nécessité de justifier ses décisions et de construire une jurisprudence cohérente pour rendre plus efficaces les normes qu'il crée.

Un des apports majeurs de la conception réaliste est justement qu'elle permet, qu'elle impose, d'analyser tous les aspects de la réalité, tous les éléments juridiques, mais aussi extra-juridiques qui déterminent une pratique du droit. Nous constaterons qu'ainsi elle permet de penser, dans une conception assez large, le phénomène de la relativité des pratiques juridiques (6).

b) Discussion de l'idée selon laquelle la norme serait créée par l'interprétation.

168 " Voilà donc l'essence de la théorie réaliste de l'interprétation : le véritable législateur n'est pas l'auteur du texte, c'est l'interprète " (7). Selon la formule célèbre du Chief Justice Hugues, " the constitution is what the judges say it is " (8). Législateur lorsqu'il interprète la loi, constituant lorsqu'il crée le sens de la constitution, le Conseil constitutionnel, qui " détermine sa propre compétence " (9), élabore aussi des principes supra-constitutionnels. Tels sont les enseignements de la conception réaliste de l'interprétation.

---

(4) M. TROPER, *la doctrine et le positivisme*, préc., p. 292. (souligné par nous).

(5) M. TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie*, FRDC, préc., p. 44.

(6) Cf. *infra*, 2.

(7) M. TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie*, préc., p. 36.

(8) Hendel, Charles Evan Hugues and the Supreme Court, 1951, cité par M. TROPER, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, préc., p. 146

(9) " D'une manière générale, on peut affirmer que tout tribunal compétent pour annuler une norme pose une norme de même niveau que celle qu'il annule ou valide, mais qu'en même temps, il est amené à interpréter, donc à refaire la norme de niveau immédiatement supérieur et qu'il doit pour cela se fonder sur une troisième norme supérieure à la précédente." Michel Troper donne ici l'exemple éloquent de l'affaire *Marbury v/ Madison* (dans *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, préc., p. 147).

Si le juge peut créer la norme c'est, nous dit-on, parce que la norme n'est pas le texte. " Ce qui fait l'objet de l'interprétation, en effet, ce n'est pas une norme, mais un texte, dont précisément on cherche à déterminer quelle est la norme qu'il pose ". L'idée selon laquelle le texte aurait un sens serait un véritable mythe (10). La norme écrite ne serait " qu'un simple souhait de validité, qui, jusqu'à ce qu'elle soit acceptée par la pratique juridique, reste problématique " (11) Le texte serait à la norme ce qu'est la partition musicale à l'interprétation, ou le texte d'une pièce de théâtre à la représentation (12). L'image est jolie. Elle est instructive aussi. En interprétant un texte, on créerait son sens, on créerait la norme qu'il ne peut lui-même contenir. Donc, en interprétant la " Valse de l'Adieu " de Chopin comme une marche militaire, je créerais le sens de ce morceau, j'en ferais une marche militaire. En interprétant " 'Apollon de Bellac " de Giraudoux comme une tragédie, je transformerais cette pièce en tragédie. En interprétant l'article 5 de la Constitution comme donnant au Président de la République les pleins pouvoirs, le Conseil constitutionnel pourrait créer le sens de ce texte qui, sans cela, ne contiendrait pas de norme ?

Dans une optique délibérément formaliste, nous considérons au contraire que, tout comme une pièce de théâtre ou une partition musicale, le texte constitutionnel contient en lui-même la norme. Les interprétations qui peuvent en être faites ne sont que des interprétations, parmi les différentes interprétations possibles. Toutes ne seront pas identiques, mais dans tous les cas on doit distinguer entre interprétation et violation. Pour reprendre l'exemple de la valse, si l'on ne respecte pas la mesure, si l'on fait de fausses notes, ou si l'on choisit de changer quelques mesures parce que l'on estime que le romantisme de la partition n'est plus adapté à notre époque, ou parce que l'on se sent d'humeur guerrière, alors on ne jouera plus la valse de l'adieu, c'est un autre morceau que l'on interprètera. On ne modifiera pas cette valse, on en jouera une autre.

Il en est à peu près de même des interprétations constitutionnelles. La mission d'arbitrage évoquée à l'article 5 de la Constitution peut être conçue de manière plus ou moins importante selon la personnalité du Président, selon la conjoncture politique etc... Mais ce n'est pas parce qu'un Président prétend que cet article lui donne les pleins pouvoirs que l'on doit admettre que la constitution ne contient pas de norme par elle-même, et que la seule norme valable est celle qui a été créée par le Président, à savoir que l'arbitrage consiste à exercer une dictature. Qu'il s'agisse d'interprétations authentiques ou non, le problème est, à ce niveau là, le même. Le texte contient une norme. L'interprétation de la norme ne crée pas la

---

(10) Cf. J. LENOBLE et F. OST, qui insistent sur la fonction de légitimation du postulat de rationalité du législateur (*Droit, mythe et raison, essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1980, p. 161 et s.); et cf. M. van de KERCHOVE (dir.) *L'interprétation en droit*, mêmes éd., 1978. Contra, cf. , dans cet ouvrage, F. DELPEREE, *La Constitution et son interprétation*, p. 206-207.

(11) Max WEBER, *Sociologie du droit*, PUF, 1986, p. 227.

(12) L'image de la représentation théâtrale P. BERGER et T. LUCKMANN par Y. POIRMEUR et D. ROSENBERG (*La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français*, dans D. LOCHAK (dir.) *Les usages sociaux du droit*, PUF 1989, p. 243.

norme, pas plus qu'elle ne modifie celle du texte. Elle reste une simple interprétation de la norme. Sans doute, en pratique, cette interprétation sera-t-elle souvent plus effective que la norme contenue dans le texte, mais elle ne se substituera pas à elle.

Dans une conception qui peut se rapprocher sur ce point de la notion américaine d' " interpretivism ", nous estimons que c'est dans l'intention des auteurs du texte qu'il faut en rechercher le sens lorsqu'il est obscur, et non dans la conception subjective que se ferait le juge d'une réalité mouvante. Car le constituant, c'est à dire le peuple - bien souvent oublié dans ce débat - a approuvé par la voie du référendum le texte qui lui était soumis, dans le sens qui était présenté comme étant le sien à cette époque (13). Mais avant de développer ce point, voyons quels sont les conséquences, pour l'analyse de l'effectivité, de la conception réaliste de la science du droit et de l'interprétation.

## 2 ) L'étude de l'effectivité dans l'optique réaliste

Ce rapport doit être analysé sous deux angles différents. Nous verrons d'abord qu'une problématique de la relativité de l'effectivité de la Constitution n'est pas pensable dans la conception réaliste si l'on admet la définition normative de l'effectivité que nous avons proposée ( a ). Par contre, elle est envisageable si l'on adopte une conception sociologique de l'effectivité ( b ).

### a ) Du réalisme au nihilisme, ou l'impensable analyse normativiste de l'effectivité

**169** Admettre que la norme ne peut résulter que du sens donné au texte par les organes d'application (14) conduit, lorsqu'aucun juge ne se prononce, à considérer que c'est la pratique qui détermine le sens du texte, même contre le texte. Il en va de même lorsqu'un juge se prononce, et que son interprétation est tout à fait contraire à la lettre du texte. Cela présente deux inconvénients majeurs.

Sur le fond, une telle démarche permet de légitimer n'importe quelle violation de la Constitution. On postule que le texte n'est pas normatif, donc les écarts de l'application par rapport au texte ne peuvent pas être analysés ni, à fortiori, être qualifiés de violations de la Constitution, cela n'aurait pas de sens. La norme ne résultant que de la pratique, elle est aussi évolutive qu'elle et, par hypothèse, lui est toujours conforme. Dans cette conception, ce n'est donc pas la

---

(13) Sur ce point, cf. *infra*.

(14) Au sens Kelsénien;



pratique qui doit être conforme à la Constitution, mais la Constitution qui est présumée être toujours conforme à la pratique. En fait la question ne se pose même pas, elle ne peut pas être posée puisque la Constitution n'est que ce que les organes d'application en font. Il n'y a plus de distinction entre la règle et la pratique, le *Sollen* et le *Sein*. S'il y a identité entre le "devoir-être" et "l'être", la spécificité du droit disparaît, il n'y a plus de droit. Le réalisme se fait donc nihilisme (15). Pour Michel Troper en effet, lorsque le juge constitutionnel n'intervient pas pour donner une interprétation du texte, il appartient aux autorités d'application de créer cette norme. Dans le débat sur la signature des ordonnances, il estime que le texte n'est pas une norme, et qu'il appartient donc au Président de la République de l'interpréter de bonne foi (16). "On ne peut trouver aucun fondement juridique à l'obligation d'obéir à la Constitution" (17), le Président de la République a donc, tout au plus, une obligation morale de l'interpréter librement. La Constitution n'est donc pas une norme. Le réalisme est donc bien nihiliste.

Au niveau de la méthode, cette démarche interdit donc toute analyse des rapports entre la norme contenue dans le texte - puisque le texte est censé ne pas contenir de norme -, et les interprétations de cette norme. Il est par conséquent impossible d'analyser l'évolution de la force du texte par rapport à telle ou telle conjoncture. Entre 1958 et 1991, les normes constitutionnelles auraient donc été modifiées chaque fois que leur interprétation aurait changé. Tantôt le Premier ministre aurait été responsable devant le Président de la République, tantôt il ne l'aurait plus été. Certaines fois la norme serait que le Gouvernement doit engager sa responsabilité sur son programme, et puis elle changerait. Il pourrait ne plus l'engager du tout, ou seulement sur une déclaration de politique générale. Ici la Constitution n'est plus conçue comme un caméléon, mais comme une véritable girouette. Cette conception est-elle plus proche de la réalité qu'une autre ? Cela paraît discutable (18). Voyons seulement pour l'instant à quelles conditions elle permet de s'interroger sur la relativité des pratiques constitutionnelles...qui sera conçue ici comme une relativité des normes.

b) Il est possible d'envisager l'effectivité ou la relativité des normes dans une conception réaliste de ces notions.

**170** Adoptant une définition sociologique de l'effectivité (19), Y. Poirmeur et D. Rosenberg invitent les juristes à s'intéresser à l'étude des effets sociaux des règles de droit. Adoptant une démarche réaliste, ils apportent des

(15) Cf. les critiques adressées par KELSEN (*Théorie pure du droit*, 2e ed., préc., p. 282 et s.) à ROSS.

(16) M. TROPER, *La signature des ordonnances, fonctions d'une controverse*. Pouvoirs n° 41, 1987, p. 90.

(17) *Ibid.*

(18) Cf. *infra*, S II.

(19) Préconisée par F. RANGEON, cf. *supra*.

éléments de réflexion très intéressants sur " la production politique des règles du jeu " et " les conditions sociales de l'effectivité du texte ". Ils montrent très bien que le renforcement de l'effectivité de la Constitution durant la cohabitation ne tenait pas seulement à la force propre du texte, mais s'expliquait pas la combinaison de certains facteurs, et en particulier par l'intérêt des acteurs. De même, D. Gaxie montre-t-il, à propos de la controverse sur la signature des ordonnances, que la force du droit tient plus à l'intérêt qu'ont les acteurs à l'invoquer qu'au texte lui-même (20). Yves Poirmeur et Dominique Rosenberg attribuent l'absence d'études juridiques sur les facteurs qui déterminent l'effectivité d'un texte à l'aveuglement des juristes (21). Les constitutionnalistes seraient censés imaginer que le texte tient sa force de sa " présence magique ", alors même qu'il ne contient aucune norme, et que ce sont les acteurs qui créent les normes. En fait, cette image de juristes considérant que le système juridique est " un système logique fermé, dans lequel les décisions juridiques correctes peuvent être déduites par des moyens logiques de règles juridiques prédéterminées, sans aucune référence à des fins sociales, à des politiques ou à des standards moraux " est purement mythique (22). Aussi peut-on affirmer avec Hart que l'on ne connaît aucun juriste adoptant une telle attitude analytique (23). Par contre, certaines analyses non-juridiques négligent peut-être le fait que le contenu du texte, en particulier par sa syntaxe, ou de l'organisation des pouvoirs qu'il prévoit, est aussi un élément de contrainte déterminant la pratique des normes. La marge de liberté d'interprétation des textes par les acteurs dépend, certes, de facteurs extérieurs, mais aussi du texte lui-même. Et si l'on veut essayer de comprendre le phénomène juridique, il faudra tenter de mesurer l'influence respective de ces facteurs extrajuridiques et juridiques. Le point de désaccord le plus grand sera donc la distinction entre norme et pratique, rejetée dans l'approche réaliste par ce qu'elle serait basée sur la chimère du caractère contraignant du droit. Selon D. Gaxie, " c'est encore le postulat du caractère déterminant de la norme juridique qui fonde la *summa divisio* du " droit " (" le cadre institutionnel " " les règles ", " les compétences ", " les rapports entre les pouvoirs ") et de " la pratique " (" ce qui existe effectivement ", " le jeu des forces politiques ") et qui permet de penser cette dernière dans la logique de " l'écart par rapport à la norme " donc éventuellement comme " perturbation des mécanismes prévus " (24). Ces constats

---

(20) D. GAXIE, *Jeux croisés. Droit et politique dans la polémique sur le refus de signature des ordonnances par le Président de la République.* dans D. LOCHAK, *Les usages sociaux du droit, préc.*, p. 209 et s.

(21) J. POIRMEUR et D. ROSENBERG, *art. préc.*, p. 239 et 242.

(22) M. TROPER ne fait que décrire ainsi l'une des cinq significations de l'expression " positivisme juridique ", le courant analytique.

(23) Cf. M. TROPER, *Le positivisme juridique, préc.*, p. 188. Pour Y. POIRMEUR et D. ROSENBERG, " cette conception déterministe du constitutionnalisme doctrinal qui veut expliquer par le droit seul l'ensemble des comportements des acteurs du jeu institutionnel, donne une place exorbitante aux règles juridiques conçues comme le moteur exclusif de l'action politique " (*art. préc.*, p. 239). Nous n'avons jamais rencontré aucun juriste qui soit assez naïf pour adopter une telle conception.

(24) D. GAXIE, *Jeux croisés, préc.*, p. 213.

étant faits, sociologues et juristes pourraient peut-être collaborer pour analyser cet objet qui leur est commun : la relativité de l'effectivité des normes.

Dans l'approche de Michel Troper lui-même, on peut trouver les fondements d'une interrogation sur ce qu'il conçoit sans doute comme la relativité des normes, et que nous qualifions de relativité de l'effectivité des normes. Même si nous nous opposons radicalement à l'analyse réaliste sur de nombreux points, nous considérons que l'apport de cette conception est tout à fait capital à ce niveau. Nous estimons qu'on ne peut penser le phénomène du droit constitutionnel sans essayer de comprendre, d'analyser les facteurs qui déterminent la pratique constitutionnelle. Or il faut bien admettre qu'il s'agit d'éléments d'ordre juridique, mais aussi d'ordre extra-juridique, et que tous influent sur l'interprétation des textes. Il est indispensable, dans un premier temps, de recenser ces facteurs, pour pouvoir étudier leur combinaison. Et c'est justement les changements de ces combinaisons qui vont permettre d'expliquer la variabilité des pratiques constitutionnelles. " La plupart des constituants ont (...) voulu organiser des systèmes en équilibre. S'ils n'y sont généralement pas parvenus et si le système d'organes qui fonctionne effectivement est différent le plus souvent du modèle imaginé, c'est ou bien que les auteurs de la constitution ont eu l'illusion qu'ils pouvaient créer des normes capables de lier les organes constitués et que ceux-ci les ont par la suite interprétées et modifiées; ou bien que le système n'était pas réellement en équilibre et que certaines autorités disposaient d'une plus grande latitude que d'autres dans l'interprétation et qu'elles ont accru leurs compétences, entraînant ainsi une modification de l'ensemble. (...) Il appartient alors à la science constitutionnelle, non pas de décrire de prétendues normes constitutionnelles, encore moins de constater leur violation, mais de mettre en évidence la structure du système et d'expliquer les causes de ses transformations " (25).

En établissant la distance entre la volonté des auteurs de la Constitution et le fonctionnement réel du régime, et en assignant à la science du droit la mission de comprendre ces variations, Michel Troper a véritablement posé les bases d'une problématique de la relativité des pratiques constitutionnelles. Nous le suivrons totalement dans la voie qu'il a ainsi tracée, considérant que l'on peut chercher à mettre en évidence " des relations de causalité entre la Constitution et le comportement effectif des pouvoirs publics " (26). Nous pourrions constater que l'apport de cette démarche pour l'analyse de la cohabitation est très important. Par contre, nous ne partageons pas sa conception des normes, dont nous préférons adopter une définition formaliste, considérant que les pratiques sont le résultat du fonctionnement des normes (27). De plus, nous sommes un peu sceptique sur les

---

(25) M. TROPER, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, Mélanges EISENMANN, Cujas, Paris, 1977, p. 150-151.

(26) M. TROPER, *Le problème de l'interprétation...*, préc., p. 150.

(27) Cf. *infra*.

rapports que la science du droit ainsi conçue entretient avec son objet, et persistons à penser que l'activité de connaissance du droit doit aussi consister à décrire le contenu des normes et à étudier leur violation ou leur respect (28).

L'analyse stratégique, elle aussi, se détache d'une approche normativiste de la Constitution.

## **B LE SUCCES RELATIF DE L'ANALYSE STRATEGIQUE.**

Il n'y a pas lieu de revenir ici sur la méthode qu'Olivier Duhamel et Jean-Luc Parodi ont adoptée pour expliquer la variation des pratiques constitutionnelles sous la Ve République, et en particulier durant la cohabitation (29). On constatera seulement que cette méthode constitue un apport majeur à l'étude du fonctionnement des normes constitutionnelles et est incontestablement celle qui permet le mieux de comprendre la cohabitation, d'expliquer l'évolution des pratiques constitutionnelles durant cette période ( 1 ). Néanmoins ce succès reste relatif dans la mesure où les pouvoirs du Président de la République ont été plus importants que cette analyse semblait le laisser prévoir ( 2 ).

### **1 ) Une méthode largement efficace.**

La cohabitation a confirmé l'intérêt majeur d'une interrogation sur la variabilité des pratiques constitutionnelles ( a ) en fonction de l'évolution de la combinaison des contraintes qui pèsent sur les acteurs ( b ).

#### **a ) Une analyse centrée sur la variabilité des pratiques constitutionnelles.**

**171** En posant, à la base de leurs études, les questions de savoir ce qu'était la Ve République pour ses fondateurs, ce qu'elle est devenue, et ce qu'elle pourrait devenir; en cherchant à comprendre pourquoi elle a été pensée si différente

---

(28) Cf. *infra*, S. II.

(29) Cf. *Supra*, n° 9 à 14

de ce qu'elle a été en pratique, Olivier Duhamel et Jean-Luc Parodi proposent de s'interroger sur la relativité des pratiques constitutionnelles (30). L'objectif de cette méthode étant de comprendre et de prévoir l'évolution de la pratique des textes, on peut considérer qu'il a largement été atteint, puisque les prévisions émises par ces auteurs ont été, pour l'essentiel confirmées. Faisant l'inventaire des scénarios possibles, ils avaient démontré pourquoi la cohabitation imposerait un retour à la lettre de la Constitution (31). La coexistence a également montré l'importance des caractéristiques de la Ve République qu'ils avaient mises en lumière. " Cette expérience confirme les traits essentiels du système politique français : le poids du Président, jamais totalement désarmé; la force de la Constitution, plus que jamais sollicitée; l'importance du principe majoritaire ressource politique privilégiée " (32). Elle a également montré que le poids respectif, et l'articulation de ces trois éléments obéissaient à des relations dynamiques complexes (33).

b ) La mise en évidence d'un système de contraintes.

**172** Pour étudier les rapports entre le texte et les pratiques auxquelles il donne lieu, ces auteurs ont préconisé l'étude du " système de contraintes " qui pèse sur les acteurs. Nous avons pu constater sa pertinence pour l'étude de la cohabitation (34).

Si les normes n'e sont nullement exclues de ces contraintes, la manière dont elles sont abordées ne permet pourtant pas de penser l'effectivité dans la conception normativiste que nous avons proposée.

## 2 ) Un succès relatif

Nous n'envisagerons pas les limites de ce succès dans l'absolu, mais seulement par rapport au problème qui nous intéresse, c'est à dire celui de l'analyse de l'effectivité des normes ( a ), et de l'explication de la pratique de la cohabitation ( b ).

---

(30) Cf. O. DUHAMEL et J.L. PARODI (Dir.), *La Constitution de la Ve République*, presses de la FNSP, 1ere ed. 1985, réed 1988.

(31) *Ibid.*, p. 535.

(32) *Ibid.*, p. 550.

(33) *Ibid.*

(34) Cf. *Supra*, n° 9 à 14.

a ) Conception des normes et effectivité dans l'analyse stratégique.

173 L'analyse stratégique " s'écarte volontairement des analyses juridiques glosatrices et/ou normativistes : un texte constitutionnel établit rarement un principe ou une procédure qui s'impose au détriment de tout autre, puisque le jeu des institutions politiques permet souvent de contourner ce qui s'impose ou de détourner ce qui semblait interdit " (35). Cependant, on ne saurait en déduire l'inexistence des normes. En effet, l'objectif de cette analyse est d'éclairer " le jeu des acteurs - en indiquant dans quelle mesure ils se conforment aux contraintes institutionnelles - et le degré de perfection des normes - en indiquant dans quelles mesures elles s'imposent " (36). Olivier Duhamel a ainsi pu démontrer que la Constitution de la Ve République contenait des logiques cachées qui pouvaient permettre de comprendre que la pratique de ce texte s'écarte de celle qui avait été souhaitée par les fondateurs du régime. Les divergences de vues de ces fondateurs seront d'ailleurs un obstacle important à la recherche des intentions du constituant, le Peuple (37). Mais ces auteurs s'écartant de l'analyse normativiste, ils ne posent pas le rapport entre la règle telle qu'elle devrait être et la règle telle qu'elle est, ils ne s'interrogent pas sur le contenu des normes, ils ne cherchent pas à préconiser tel ou tel mode d'interprétation de la Constitution. Leur objet est de comprendre pourquoi la pratique a évolué dans tel sens, et comment elle pourrait changer dans l'avenir. C'est pourquoi nous utiliserons très largement les enseignements capitaux de l'analyse stratégique, mais en empruntant une voie un peu différente, puisque nous concevons la question sur l'effectivité dans une optique normativiste.

b ) Limites de l'analyse stratégique pour l'explication de la cohabitation.

174 Pierre Avril a pu considérer que, durant la cohabitation, les pouvoirs du Président de la République avaient été, en fait, plus importants que l'analyse politiste aurait pu le laisser prévoir.

Si l'on admet volontiers avec Jean-Luc Parodi que la pertinence de l'analyse stratégique a très largement été confirmée par la coexistence, il faut bien reconnaître que les pouvoirs du Chef de l'Etat n'ont pas été aussi réduits qu'elle le laissait supposer. Ces auteurs avaient annoncé la disparition des " surpouvoirs " présidentiels, et pourtant nous avons constaté que le Président de la République

---

(35) O. DUHAMEL, *Les logiques cachées de la Constitution de la Ve République*, dans O. DUHAMEL et J.L. PARODI, *op. préc.*, p. 21.

(36) *Ibid.*

sur ce point cf. *infra*, Ch. II.37

avait pu refuser de convoquer le Parlement en session extraordinaire, refuser de signer des ordonnances, et " préserver " ou peut-être créer un véritable domaine réservé en matière de défense et de diplomatie, exercer un droit de veto sur l'ordre du jour du Conseil des ministres.etc... Or nous pensons qu'il s'agit bien là d' " excès de pouvoirs " présidentiels difficilement compréhensibles dans un tel contexte (38).

L'explication de cette distance entre le prévisible et le réel s'explique largement par des facteurs tenant à la personnalité des acteurs, à leur situation par rapport aux partis, à l'image que la Constitution avait dans l'opinion publique, à l'influence des médias et de la doctrine sur cette image ....Or l'analyse stratégique " sous-estime délibérément l'influence des hommes, (... et) relativise consciemment le rôle des partis politiques (...) " (39). De fait, peut-on prévoir exactement quelle sera la personnalité des acteurs et comment ils pourront " se servir " des " règles du jeu " ? Selon Olivier Duhamel, une des rares surprises de la cohabitation a été le fait que le Président de la République n'ait pas utilisé ses armes lourdes - les pouvoirs dispensés de contreseing -, mais plutôt des armes légères, les pouvoirs soumis à contreseing, pour se livrer à ce que l'on pourrait appeler une " guérilla du verbe ". Créant, selon l'expression de Jean-Luc Parodi, une véritable fonction tribunitienne, le Président " développa un interventionnisme actif dans l'espace médiatique pour proclamer l'inopportun et le souhaitable, le juste et l'injuste, le tolérable et l'inacceptable " (40).

Les insuffisances de l'analyse stratégique pour expliquer la cohabitation s'expliquent donc probablement par le fait que ses auteurs ont sous-estimé l'influence des facteurs dont ils ont écarté l'analyse, et donc sur-estimé le degré de contrainte de la Constitution. Néanmoins, ces éléments psychologiques, sociologiques, économiques etc... sont tellement nombreux, et leur ampleur tellement variable qu'il est très difficile de les prendre en compte dans une analyse prévisionnelle (41).

Chacune des principales méthodes d'analyse du droit constitutionnel qui ont été utilisées durant la cohabitation nous a apporté, dans une mesure variable, des éléments indispensables à la compréhension du renforcement de l'effectivité de la Constitution durant la cohabitation. Mais aucune ne pose le problème en termes d'écart entre une règle impérative et une pratique relative. Pour les formalistes purs, la Constitution, la norme constitutionnelle réside uniquement dans le texte. Pour les réalistes au contraire, le texte ne contient pas de norme, c'est seulement la pratique qui permet de créer les normes.

---

(38) Même si nous admettons volontiers que notre interprétation, comme toute interprétation, est discutable. Sur tous ces points, cf. L. I.

(39) O. DUHAMEL, *Les logiques cachées de la Ve République*, préc., p. 21.

(40) O. DUHAMEL et J.L. PARODI, *A l'épreuve de la cohabitation*, dans *La Constitution de la Ve République*, préc., p. 544.

(41) Cf. *infra*, Chap. II.

Dans le premier cas la science du droit constitutionnel se cantonne à l'exégèse de la Constitution. Son rapport avec la pratique ne peut donc pas être analysé.

Dans le second cas, tout le droit constitutionnel semble être réduit à l'analyse de sa pratique. Là non plus, le rapport entre règle et pratique ne peut pas être étudié.

Entre ces deux cas de figure extrêmes, certains auteurs apportent des éléments de réflexion essentiels pour penser une problématique de la relativité de l'effectivité des normes. Mais si ces études n'ont pas été très approfondies jusqu'à présent, c'est peut-être parce que la conception dominante de la science du droit faisait apparaître de telles questions comme extérieures à l'objet du droit constitutionnel. Il est donc nécessaire de chercher quels peuvent être les obstacles épistémologiques à une telle démarche pour en montrer l'intérêt pratique.



## Section II REDEFINIR LA SCIENCE

### DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Nous avons pu constater que si certaines méthodes d'analyse du droit constitutionnel permettaient d'établir les bases d'une réflexion sur la relativité de l'effectivité des normes, aucune ne consistait à analyser précisément les relations entre la norme contenue dans le texte, et les interprétations de cette norme qui en commandent les pratiques. Pourquoi cette étude de l'effectivité (entendue au sens normatif) n'a-t-elle pas eu lieu ? Peut-être parce qu'elle est totalement dépourvue de pertinence. Peut-être aussi parce que le paradigme d'une science neutre et objective s'oppose à une telle approche.

Une problématique de l'effectivité, c'est à dire une analyse des rapports entre la norme interprétée dans le sens qu'ont voulu lui donner ses auteurs, et les pratiques de cette norme, a pour objet de se demander si " l'outil " qu'est le droit constitutionnel fonctionne, est efficace, et quels peuvent être les moyens de renforcer cette efficacité. Cette approche suppose que l'on puisse d'abord *penser* cet écart, puis le *mesurer*, ensuite le *comprendre*, et enfin le *réduire*.

Or il semble que dans l'état actuel des choses de telles démarches se heurtent à des obstacles épistémologiques. Nous verrons donc dans quelle mesure une problématique de la relativité de l'effectivité des normes est compatible avec la conception que l'on a de la science du droit constitutionnel, et nous devons faire des choix philosophico-politiques pour justifier les positions que l'on propose ( I ). Dans un second temps, nous constaterons que cette problématique impose une redéfinition de la science du droit constitutionnel comme l'étude du contenu et du fonctionnement des normes constitutionnelles ( II ).

## I SURMONTER LES OBSTACLES EPISTEMOLOGIQUES

Véritable quête du Graal des juristes du XXe siècle, la recherche d'une conception scientifique de la connaissance du droit se poursuit encore. Ses " chevaliers " ont pour nom Carre de Malberg, Duguit, Hauriou, Esmein, Austin, Kelsen, Hart, Dworkin, Troper...et combien d'autres encore. Inlassablement, ils errent dans l'obscur forêt de la complexité du problème, perpétuellement hantés par cette question : qu'est-ce qu'une véritable science du droit ?

Mais au fond, est-ce tellement important ? . Pourquoi serait-il indispensable de qualifier la connaissance du droit de science objective ? Dans la mesure où tous les modes de connaissance du droit agissent sur leur objet pour le transformer, puisque la définition même de l'objet de la science du droit dépend de choix philosophico-politiques, pourquoi vouloir prétendre qu'il s'agit d'une science objective ? ( A ) Ne serait-il pas préférable de prendre conscience des limites de cette science, et d'en avoir une conception large ? Dans ces conditions, on peut admettre que la connaissance du droit est une science. Sinon, on pourrait peut-être admettre que mieux vaut une technique efficace qu'une science imparfaite ( B ). Mais le seul vrai problème est, à notre point de vue, le contenu de cette connaissance, et les méthodes qu'elle implique.

## A LA CONNAISSANCE DU DROIT PEUT-ELLE ETRE UNE SCIENCE ?

Vaine chimère, ou ambition légitime que de faire de la connaissance du droit une véritable science ? Nous n'avons pas la prétention de répondre à une aussi vaste question. Notre seule ambition est ici de démontrer que cette réponse dépendra de la conception que l'on a de la science ( 1 ). Mais il faudra, en toute hypothèse, réaliser que la définition même de l'objet de la connaissance du droit dépend largement de certaines options, de certains choix. Au lieu de nier ce nécessaire volontarisme, on peut peut-être proposer de le reconnaître, et de procéder à ce choix, en toute humilité ( 2 ).

### 1 ) La science du droit, une utopie ?

Si l'on conçoit la science comme une activité de connaissance devant se borner à décrire un objet sans jamais agir sur lui, alors nous considérons qu'une science du droit est impossible. Car tout discours sur le droit modifie son objet, ne serait-ce que médiatement, car il agit sur l'image du droit qui détermine la pratique de ce droit. D'où, à notre point de vue, l'échec relatif des conceptions formaliste et réaliste ( a ). Par contre si, au lieu de nier ce phénomène d'interaction entre l'observateur et l'objet observé, on l'intègre dans l'analyse du phénomène juridique, alors, on peut admettre la possibilité d'une science du droit qui sera consciente de ses limites ( b ).

a ) L'impossible neutralité, et les impasses formaliste et réaliste.

**175** Influencés, sans doute par Auguste Comte, de nombreux juristes ont voulu faire de l'étude du droit une science d'observation, leur permettant d'expliquer les phénomènes juridiques, de les prévoir, et de les provoquer avec une

sécurité comparable à celle des autres sciences (1). Dans cette optique positiviste, l'observateur doit s'attacher " uniquement à découvrir, par l'usage bien combiné du raisonnement et de l'observation, (les) lois effectives (des phénomènes), c'est à dire leurs relations invariables de succession et de similitude " (2). Pour Christian Atias, " en discutant sur l'objet de la science juridique, à travers la réflexion sur les sources du droit, les juristes ont changé la notion même du droit. Il est devenu le produit de volontés constitutionnellement habilitées. Ce n'est plus le juste qu'il s'agit de rechercher, mais la volonté du législateur et des juges " (3). Même si l'on se considère positiviste, c'est à dire si l'on ne reconnaît pas l'existence du droit naturel (4), il faut bien admettre que " c'est illusion que d'espérer que la science du droit soit jamais neutre, ni la science du droit séparée de sa création...Le droit n'est pas un objet pur; il n'existe pas, on le fait. Et qu'il en ait ou non conscience, le juriste défend une cause. Décrire pour lui, c'est choisir " (5). Dans une optique positiviste, nous considérerons que l'analyse du droit, la science du droit, ne modifie pas directement la Constitution, seule véritable règle du droit constitutionnel, mais qu'elle influe sur les interprétations, les applications de la Constitution. Or le phénomène juridique, peut être considéré comme un processus d'interactions entre le texte, et un système de variables déterminantes, la résultante de ces interactions étant les interprétations du texte (6). Or, parmi ces variables déterminantes, il convient de souligner l'influence de la doctrine et l'influence de l'opinion publique dans l'idée qu'elle se fait de la justice, de la légitimité des règles (7). C'est dans cette optique-là que nous constatons l'influence indéniable de la connaissance du droit sur son objet, le droit.

Quand bien même le juriste, avec la meilleure foi du monde, voudrait se contenter de décrire le contenu de normes, il agirait, médiatement, sur ces normes ou leur application (8). Parce qu'il influencerait l'image de ces normes, qui en

---

(1) Cf. C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, PUF, 1985, Coll. Droit fondamental, droit politique et théorique, p. 31 à 33.

(2) A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, 1830-1842, Première leçon, repris dans *Discours sur l'esprit positif. Ordre et progrès*. Paris, Vrin, 1974; cité par C. ATIAS, *Epistémologie juridique, préc.*, p. 31.

(3) C. ATIAS, *op. préc.*, p. 35.

(4) Nous retenons ici la définition la plus simple du positivisme proposée par C. ATIAS (*op. préc.*, p. 48), pour une définition plus nuancée, cf. M. TROPER, *Le positivisme juridique*, *Revue de synthèse, philosophie et épistémologie juridiques*, Tome CVI, 118-119, 1985, p. 187 à 204.

(5) M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, nous. ed. 1962, Dalloz, p. 291 et 292, cité par C. ATIAS, *op. préc.*, p. 50.

(6) Cf. *infra*.

(7) Cf. *infra*.

(8) Tandis que CARRE DE MALBERG nie, avec Kelsen, l'influence des juristes sur le droit (*Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique*, Mél. GENY, t. 1, Sirey, p. 197 - bien qu'il reconnaisse que le discours de la doctrine a une certaine influence sur l'opinion, et il faut resituer ce discours, qui s'oppose à la conception Duguiste), de nombreux auteurs soulignent au contraire cette influence, directe ou indirecte, de la doctrine sur les normes ou leurs pratiques, cf. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3e ed., 1927, t. I, p. 159 à 175 : il s'oppose sur ce point à l'école historique allemande selon laquelle la doctrine serait une troisième source du droit, s'ajoutant aux textes et à la coutume (p. 159), pour lui le rôle de la doctrine consiste à découvrir sous les faits sociaux la règle de droit, et à préparer la règle coutumière ou écrite, règle constructive permettant la réalisation de cette norme (p.162). La doctrine doit toujours

détermine la pratique. Sans doute l'importance de cette influence est-elle très variable selon la qualité de la rhétorique, la position et la célébrité de son auteur, mais elle existe toujours, à un degré infime ou de manière flagrante. L'exemple du " Bréviaire de la cohabitation " de Maurice Duverger est ici particulièrement topique.

Nous avons vu que certains auteurs, comme Kelsen, ou Michel Troper, avaient essayé d'échapper à cette impasse pour fonder une véritable science du droit. " Il n'appartient pas à la science du droit de justifier quoi que ce soit. Son rôle, comme celui de toutes les autres sciences, est seulement de décrire et non pas de prescrire ", estime Michel Troper (9). Mais est-il possible de décrire sans prescrire ? Nous ne le pensons pas.

Kelsen, en excluant de la science du droit l'analyse de l'effectivité des règles dont dépend pourtant la validité, aboutit à une impasse. Il en est de même lorsqu'il fait reposer toute la validité de l'ordre juridique sur une norme hypothétique. Or cette norme supposée postule en fait l'obligation d'obéissance à la Constitution (10). Ainsi la doctrine Kelsénienne, qui se voulait descriptive, se fait-elle prescriptive. " Là où Kelsen s'imagine décrire le droit tel qu'il est, il en opère en réalité une reconstruction que l'on pourra, en fonction de ses propres prémisses théoriques, qualifier de dénaturation de la réalité juridique " (11).

Michel Troper a une attitude qui ne nous paraît pas non plus purement descriptive, même si, en toute bonne foi, il pense ne pas agir sur le droit. Il écrit que " la science juridique a précisément pour rôle de décrire les normes en vigueur en indiquant la signification des termes contenus dans les énoncés qui expriment

---

garder un droit de libre critique (p. 174). G. VEDEL, *Topologie et recherche politique* (Futuribles, juin 1961, p. 3-19, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 415 et s.) qui souligne le caractère agissant des dogmes tels que celui de la séparation des pouvoirs : que l'ensemble d'un pays se mette à croire à une théorie, et elle devient vraie (p.417); cf. M. VIRALLY, *Le juriste et la science du droit* (RDP 1964, p. 591-611) : " la science du droit agit (causalement) sur le développement du droit, parce qu'elle enseigne ceux qui le font, tout de même qu'elle est guidée par la pratique et ses inventions " (p. 594) (...) " Le juriste ne peut ni ignorer ce dialogue dans lequel il est engagé, ni en fuir les conséquences "; Cf. C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, préc., notamment p. 18, 39, 50, 57, 64; M. VILLEY (cité par C. Atias, p. 50); M. VIRALLY, RDP 1964, préc., p. 595. D. LOCHAK, *La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme*, dans D. LOCHAK (Dir.) *Les usages sociaux du droit*, Economica, 1989, p. 252 à 285, où elle insiste sur la fonction légitimante du positivisme; et M. TROPER, en réponse à cet article *La doctrine et le positivisme*, *Ibid.* p. 286 à 292; S. RIALS, *Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Ve République*, RDP 1984, p. 597 : avant une décision du Conseil constitutionnel, " la doctrine, comme c'est son rôle, bâtit, dans les semaines qui précèdent la décision, des argumentations antithétiques. Il n'y a rien là que de très ordinaire dans l'accouchement juridictionnel du droit ". F. LUCHAIRE estime qu'il appartient au juriste de rappeler les pouvoirs publics au respect de la Constitution (p.282), mais que les appréciations sur la pratique du droit relèvent du devoir du citoyen et non du juriste (p. 329).

(9) M. TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie*, RFDC, 1, 1990, p. 32.

(10) Ce n'est qu'à la condition d'entendre validité comme impérativité que se justifie le rôle de la norme fondamentale; c'est le devoir d'obéissance que la norme suprême prête à la Constitution. (...) cette validation (opérée par la Grundnorm) ne peut s'entendre que comme une proclamation du devoir d'obéissance au droit ", estiment J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1980, p. 537.

(11) *Ibid.*, p. 506.

ces normes. Cette signification peut être celle qu'a entendu lui donner l'auteur du texte ou celle que lui donnent les autorités d'application ". Soit. Mais il précise un peut plus loin que la signification du texte " n'est pas la manière dont un groupe d'hommes a compris un texte à un moment donné, mais la manière dont, d'après le droit en vigueur, on *doit* (souligné par l'auteur) le comprendre au moment de son application ". Qu'est-ce qu'une telle formulation, sinon une prescription ? Qu'elle soit justifiée est un autre problème. La fait est qu'il s'agit bien d'une prescription. De même, lorsqu'il démontre que les autorités qui appliquent un texte créent une norme que le texte ne contenait pas, nous considérons qu'il s'agit là d'une interprétation parmi d'autres de l'activité juridique, mais qu'elle est discutable (12).

Les représentations du droit qui résultent de ces analyses ont des conséquences concrètes indéniables. Dire que le juge ne peut que créer une norme, conduit à légitimer (même involontairement) les libertés qu'il prend avec le texte. Considérer que la norme n'est pas dans le texte mais dans son interprétation revient à dire que le modèle de conduite qu'est la règle n'est pas inclu dans le texte, mais seulement dans ses applications, et cela revient à nier l'essence même du phénomène juridique, la différence entre le devoir-être et l'être. Dire que la Constitution n'a pas plus de valeur juridique qu'une règle morale, c'est ouvrir toutes grandes les portes des violations de la Constitution.

Le fait est que tout juriste, à un moment ou à un autre, a une attitude prescriptive.. D'ailleurs, si l'on suit la logique de Michel Troper selon laquelle toute interprétation est création, on doit admettre avec Gérard Timsit que les interprétations doctrinales sont tout aussi nécessairement créatrices que les interprétations dites authentiques (13). Sans doute cette prescription n'a-t-elle pas, par elle-même, de force juridique, mais elle contribue à déterminer l'effectivité ou l'ineffectivité d'un texte en légitimant ou en contestant les pratiques de ce texte. Or comme, dans l'optique réaliste, l'effectivité conditionne l'existence des normes (puisqu'elles ne sont pas incluses dans les textes, mais résultent de leur interprétation par les organes d'application du droit), les discours de la doctrine influenceront le contenu des normes elles-mêmes (14). Une science du droit

---

(12) Cf. *supra* la discussion de l'approche réaliste.

(13) Pour G. TISMIT, Ch. EISENMANN comme H. Kelsen refusent d'aller au bout de leur logique en admettant que, aussi bien dans le cas d'une interprétation par le juge, interprétation authentique par un acte de volonté d'un organe d'application du droit, que dans le cas de l'interprétation par le juriste qui n'est pas un organe de droit, " il y a dans tous les cas création du droit " (*Science juridique et science politique selon Charles EISENMANN*, dans P. AMSELEK (Dir.) *La pensée de Charles EISENMANN*, Economica, PUAM, 1986, p. 26).

(14) Sur la légitimation des pratiques constitutionnelles par le discours sur le droit, cf. B. FRANCOIS, *Communication au Congrès national de l'AFSP*, Bordeaux, oct. 1988, et du même auteur *Le juge, le droit et la politique*, RFDC 1, 1990, p. 49 à 69; et D. LOCHAK, *La doctrine sous vichy ou les mésaventures du positivisme*, et M. TROPER (qui lui répond en considérant que la légitimation de normes ne peut pas être le fait de positivistes stricts puisqu'ils ne font que décrire le droit, mais seulement de pseudo-positivistes), dans D. LOCHAK (dir.) *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, et cf. D. GAXIE, *Jeux croisés. Droit et politique dans la polémique sur le refus de signature des ordonnances par le Président de la République*, *ibid.*, p. 209 à 229.

purement neutre et objective serait faite pour des dieux, non pour des hommes. Elle serait d'ailleurs inutile car elle se limiterait à la paraphrase. Lorsque, pour échapper à cette impasse, les réalistes constatent qu'ils se contentent de décrire des comportements et non des normes, alors ils ignorent la spécificité du droit (distinction entre l'être et le devoir-être). Michel Troper en était bien conscient lorsqu'il estimait que " les théories, qui ont pour ambition commune, de fonder une science sur le modèle des sciences empiriques - et qui peuvent donc se dire positivistes - doivent ou bien décrire une réalité empirique, qui ne présente aucune spécificité, ou bien décrire un objet spécifique, dont on ne peut dire qu'il est empirique " (15).

Devant cette impasse, deux solutions simples peuvent être proposées : soit intégrer ces limites dans la conception que l'on donnera de la science, soit considérer l'activité de connaissance du droit comme une simple technique.

b ) Possibilité d'une science du droit consciente de ses limites.

176 Pour Christian Atias, " si le droit n'est pas une science parce qu'il ne peut se contenter d'observer ce qui est, la connaissance du droit peut en être une " (16). Nous pensons que si l'on admet que l'observateur du droit agit sur l'objet qu'il décrit, et si l'on intègre ce fait au phénomène observé, alors on peut concevoir une science du droit qui ne soit pas fiction. " La science se meut dans le domaine de ce qui est. En ce sens, on peut dire que la connaissance, la mise en ordre du droit existant en un tout logiquement cohérent peuvent relever de la science " (17). Ainsi conçue, modestement, comme une interprétation du réel pour la rendre intelligible, la science du droit est possible. Doit-elle s'arrêter là ? Comme toute science, son objectif sera de mettre en lumière des lois au sens où les entendait Montesquieu, c'est à dire " les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses ". Le droit, comme les autres sciences humaines, peut ainsi être considéré comme une science, " si l'on admet - avec E. Schatzmann - que les phénomènes naturels obéissent à des lois et que ces lois sont connaissables, on peut dire que la science est l'ensemble de la connaissance des lois des processus naturels. Mais, en disant cela, on entend que l'homme fait partie de la nature et que son comportement et son activité individuels et collectifs obéissent également à des lois " (18). On peut concevoir une science du droit, entendue comme une étude du phénomène juridique si l'on a bien conscience des difficultés et des limites de cette activité (19). Elle peut

(15) M. TROPER, *Le positivisme juridique*, préc., p. 204.

(16) C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, préc., p. 44.

(17) G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, Paris, Sirey, 1961j, n.53, p. 81., cité par C. ATIAS, op. préc., p. 41.

(18) E. SCHATZMANN, *Le statut de la science*, Enc. Universalis, 1980, vol. XIV, p. 752.

(19) Ces limites se trouvent, comme dans toutes les sciences humaines, dans la complexité de l'objet étudié, l'homme. Si l'observation est possible, l'expérimentation est rendue difficile par le fait que

être l' " étude systématique des phénomènes observés destinée à dégager les principales variables, à expliquer les conduites, à faire connaître les formes caractéristiques des relations entre les unités " (20). Elle se différencie fondamentalement des sciences abstraites par le caractère herméneutique de son objet (21). Et l'on ne peut, pour prétendre en faire une science objective, nier ou écarter cet aspect essentiel du droit. Ce serait l'amputer que de négliger le volontarisme qui se traduit dans ses énoncés normatifs. L'amputer et donc le déformer, le méconnaître. Pour autant les méthodes de cette science doivent être aussi rigoureuses que possible. Comme dans toute science, on peut partir d'une observation méthodique et aussi objective que possible, pour formuler des hypothèses, et les vérifier - ou plus précisément essayer de les infirmer. Les progrès réalisés dans les autres sciences ont montré que l'observateur agit plus ou moins sur la réalité qu'il décrit dans la plupart des sciences (22), que les sciences de la nature non plus ne décrivent pas des faits empiriques bruts, mais seulement des représentations de la réalité, que les hypothèses formulées ne sont pas toujours vérifiables (23), que l'introduction de mesures précises, mathématiques n'était pas le critère de la scientificité. Le juriste n'a donc pas à rougir s'il ne s'exprime pas à l'aide de formules mathématiques, s'il ne fait que proposer une interprétation, toujours discutable, de la réalité, et si les expérimentations auxquelles il se livre n'ont pas la précision de celles des sciences exactes (24).

Mais les enjeux de la définition de l'objet de la science du droit sont sans doute beaucoup plus importants que dans d'autres domaines.

---

l'objet étudié évolue en cours d'expérimentation, et par le fait que la représentation (la théorie) étant étroitement liée à un projet (une action sur le sujet), n'est pas libre de toute influence idéologique (E. Schatzmann, *art. préc.*, p. 753). La spécificité du caractère normatif du droit complique encore son étude.

(20) R. ARON, *Théorie des relations internationales*, RFSP, janv. 1962, cité par Léo HAMON, *Sur une notion en débat*, RDP 1984, p. 304.

(21) Pour J. LADRIERE, on peut distinguer trois principaux types de sciences : le type formel pur, qui est celui des mathématiques, le type empirico-formel, qui correspond par exemple à la physique, dans lequel intervient l'expérimentation; et le type herméneutique, qui correspond aux sciences humaines, et qui se caractérise par le fait que dans les systèmes de comportement individuels ou collectifs auxquels elles s'intéressent, la signification (des situations et des conduites) joue un rôle important ou capital. (Dans *Sciences et discours rationnel*, Enc. Universalis, *préc.*, Vol. XIV p. 754 et s.).

(22) Ainsi, même dans les sciences dites de type formel pur l'observateur agit sur son objet d'étude, puisqu'il le crée (cf. J. LADRIERE, *art. préc.*, p. 754).

(23) Dans les sciences de type formel pur, il n'existe pas de vérification absolue de vérité, on exige seulement, comme garde-fou, le principe de non-contradiction, et dans les sciences de type empirico-formel, les théories sont mises à l'épreuve. Si l'expérience contredit la théorie, la théorie est réfutée, car des prémisses vraies ne peuvent entraîner des conséquences fausses. Mais si l'expérience ne contredit pas la théorie, celle-ci est confirmée mais par obligatoirement vérifiée, car de prémisses fausses peuvent découler des conséquences vraies. (cf. J. LADRIERE, *art. préc.*, p. 756).

(24) Sur le développement de l'expérimentation juridique, cf. P. AMSELEK, *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, RDP 1982, p. 284, et F. RANGEON, *art. préc.*



## 2 ) La détermination de l'objet de la science du droit, une question philosophico-politique ?

Lorsqu'il s'agit de déterminer ce qu'est l'objet de la connaissance du droit, on ne peut pas, à notre point de vue, avoir une approche neutre, objective. Il est nécessaire de faire un choix ( a ). La définition même de ce qu'est le droit est un acte de volonté, une option qu'il convient de reconnaître plutôt que d'en nier l'existence ( b ).

### a ) La définition du droit, une alternative philosophico-politique.

**177** Définir le droit. Entreprise ambitieuse. Deux volumes de la revue "Droits " y ont été consacrés sans qu'il soit possible que tous les juristes soient d'accord sur une définition. Est-ce le reflet de la faiblesse de cette science ? Ou plutôt celui de sa richesse ? Nous optons pour la seconde solution. Le droit n'existe pas en soi. Il n'existe que par sa raison d'être. Et c'est cela qui explique l'impossibilité d'un accord sur son contenu. Nous n'avons évidemment pas la prétention de donner une nouvelle définition du droit. Nous voulons seulement montrer le caractère relatif et surtout volontariste de toute définition du droit. Si l'on propose de définir le droit comme l'ensemble des phénomènes juridiques, c'est à dire liés à l'existence et au fonctionnement des règles de droit, encore faut-il définir ces règles. On peut admettre qu'une règle de droit, ou une norme, est un modèle servant à régir la vie en société...mais dès qu'il s'agit de savoir quels sont les autres caractères de cette règle, des discussions sans fin peuvent avoir lieu. Faut-il que cette règle soit sanctionnable par les pouvoirs publics ? Ou suffit-il qu'elle puisse être discutée à l'occasion d'un procès ? Dans notre problématique sur l'effectivité, on se demandera surtout s'il faut qu'elle soit effectivement appliquée.

Doit-on considérer, dans une optique formaliste, que la seule règle est celle qui est contenue dans les textes régulièrement adoptés ? Alors, les interprétations, les pratiques de la règle peuvent être étudiées au sein du phénomène juridique, mais seront toujours distinguées de la règle elle-même. Ou doit-on penser avec les réalistes que les seules normes existantes sont les normes qui sont créées par les organes d'application du droit ? Alors le texte est considéré comme n'ayant pas de sens, comme ne contenant pas de norme. Aucune de ces visions ne peut, à notre avis, être regardée comme vraie ou fausse. L'une et l'autre sont discutables.

La norme est-elle la règle écrite, ou la règle appliquée ? Les réalistes considèrent que les règles de droit, les normes n'existent que par l'usage que l'on

en fait, ils pensent que cet usage forme et transforme ces règles. Peut-on accepter cette interprétation ?

Fondamentalement, c'est bien une question philosophique qui se pose et de l'on ne saurait résoudre : les choses n'existent-elles que par le regard que l'on porte sur elles, que par l'image que l'on parvient à en imposer, que par l'usage que l'on en fait ? J'ai dans la main un crayon. Je l'utilise pour écrire. Nul ne conteste qu'il s'agit bien d'un crayon. Mais voilà que je décide de l'utiliser comme barrette. Est-il devenu une barrette ? Dans une optique réaliste on pourra considérer que oui, on pensera que cet objet a été modifié par l'usage qui en est fait. Dans une vision formaliste, on admettra seulement qu'il s'agit d'un crayon qui n'est pas utilisé comme tel. Mais on pensera qu'il n'est pas modifié par son usage, et qu'il pourra retrouver sa fonction normale à tout instant. Il en va un peu de même de l'interprétation de la Constitution. L'article 5 de la Constitution dispose que le Président de la République exerce une mission d'arbitrage. Entre 1958 et 1986, cet article a été interprété, utilisé comme s'il conférait au Président un pouvoir suprême et partial de direction de l'exécutif. Peut-on en conclure que le texte n'avait pas, en lui-même, de sens, qu'il n'était pas porteur d'une norme ? Ou bien que cette norme a été créée ou modifiée par la pratique ? Telle est la vision réaliste. Dans l'optique formaliste, on estimera que la pratique était seulement contraire au texte, mais ne le modifiait pas pour autant.

Sans doute, nous diront certains, mais l'essentiel n'est-il pas le résultat, c'est à dire la pratique ? Qu'importe le sens ou le contenu du texte ? Seule l'interprétation pourvue de force, d'effectivité doit être prise en compte. C'est dans la pratique qu'il faut rechercher la règle car seule une règle effective est une règle. Prenons d'autres exemples. Ceux qui ont visité le musée d'art moderne à Saint-Etienne ont pu voir, avec quelque étonnement, les guides leur expliquer qu'une toile uniformément grise était très colorée. Quelques-uns, même, ont fini par voir du rouge, du jaune et du violet dans l'oeuvre d'art. Était-elle réellement colorée ? Pour certains, oui, pour d'autres, non. Si le guide avait fini par convaincre tout le monde, on aurait affirmé que le gris était multicolore. L'art, ici, n'est-il pas surtout l'art de convaincre ? Et la seule chose qui compte, en définitive, n'est-elle pas la conviction de la majorité, l'image que l'on parvient à imposer d'une chose ? Il en est de même de l'image des règles de droit, et par exemple de la mission d'arbitrage. Suffit-il que le Président de la République parvienne à faire croire que cet article lui donne le droit d'interpréter la Constitution et d'exercer une fonction de direction de l'exécutif pour que cet article soit modifié, pour que la norme, le modèle qu'il contient soit recréé ou modifié par cette interprétation ? C'est bien ainsi qu'on analysera les choses dans une optique réaliste. Le droit ne serait-il ainsi que rhétorique ? L'interprétation du plus fort serait-elle toujours la meilleure ? Le droit ne serait-il donc que ce que le plus persuasif ou le plus puissant des interprètes parvient à faire croire qu'il est ? Incontestablement, telle est bien la pratique du droit. C'est à dire que c'est l'interprétation de la règle choisie dans sa mise en

oeuvre qui s'impose, aussi longtemps qu'elle n'a pas été remise en cause. Et cela est vrai quel que soit l'auteur de l'interprétation, Président de la République, Premier ministre, Président de l'Assemblée nationale ou du Sénat, juge, autorités administratives, simples particuliers...selon le niveau de la règle. La règle, la norme, le modèle à suivre est-il donc dans cette application, ou dans la règle écrite ?

Peut-on résumer le droit à sa pratique ? Nous persistons à penser que non.

L'application du raisonnement de certains constitutionnalistes à d'autres domaines en montrera clairement les inconvénients et les limites.

En droit matrimonial, est-ce parce qu'une femme (pour changer) frappe son mari, le trompe à longueur de journée et vit à ses crochets sans jamais participer aux tâches du ménage que les règles organisant les relations entre époux ont été modifiées ? Peut-être cette femme arrivera-t-elle à persuader son époux qu'elle a le droit de se comporter ainsi. Peut-être acceptera-t-il cette interprétation, ce mode de vie. Mais, pour autant, la règle, la norme de droit civil n'aura pas été modifiée. Elle manquera d'effectivité, mais elle existera toujours. On pourrait reprendre d'innombrables exemples dans d'autres domaines.

Est-ce par ce que le directeur d'une usine ne respecte pas les normes antipollution qu'il modifie, qu'il recrée ces règles ? On objectera qu'il ne s'agit que d'un particulier, et que ses interprétations n'ont rien d'officiel. Mais la situation est en fait exactement la même, quel que soit l'auteur de l'interprétation. On en veut pour preuve que si le Préfet n'utilise pas ses pouvoirs de police en matière d'installations classées pour faire respecter ces normes, elles ne sont toujours pas modifiées, mais manquent encore d'effectivité. Si l'on estime que seules sont authentiques les interprétations du juge, la solution est encore la même. Quand bien même le juge saisi ne sanctionnerait pas le pollueur - par exemple parce qu'il est sensible à la menace de fermeture de l'usine proférée par ses dirigeants, et aux conséquences sociales qu'elle pourrait avoir - la norme n'est toujours pas recrée. La norme manque simplement d'effectivité. Est-ce, dans le domaine du droit fiscal, parce qu'il existe des fraudeurs que les règles fiscales n'existent pas ? Non, elles existent mais ne sont pas appliquées.

En droit constitutionnel, si le Président de la République, ou le Premier ministre, interprète la Constitution de manière manifestement contraire à sa lettre, il est possible que les autres pouvoirs publics se soumettent à cette interprétation - en particulier la majorité de l'Assemblée nationale, parce qu'elle craint une dissolution. On a pu prétendre avant et pendant la cohabitation qu'une telle soumission à des interprétations valait acceptation et donc re-création de la règle. Certains n'ont-ils pas estimé qu'il ne pouvait en ce cas y avoir de viol, puisque le viol suppose que la victime ne soit pas consentante ? Cette interprétation ne nous paraît pas acceptable, la victime du viol n'est pas le titulaire de la prérogative que s'est inconstitutionnellement accordée celui qui ignore la Constitution. La victime est la Constitution elle-même.

Philosophiquement, la question de la couleur du tableau, celle du sens du statut matrimonial, de l'interprétation des normes anti-pollution, de l'application des règles fiscales, ou du sens des règles de la Constitution, est exactement la même. On peut admettre que toutes ces choses ne peuvent exister que par l'image que l'on en a. On peut penser que l'usage des règles recrée les règles. Mais on peut contester cette interprétation en considérant que le tableau est bien gris, que le texte, contrat, loi, règlement ou Constitution, a bien un sens, contient bien une norme, et que le jour où les victimes de son interprétation discutable seront assez fortes, ou auront suffisamment intérêt à contester son interprétation, elles pourront la remettre en cause soit en faisant appel au juge, soit en utilisant les mécanisme de la responsabilité politique (dont Kelsen rappelait que c'est un des moyens de faire respecter les normes (25)). La cohabitation a ainsi prouvé que lorsque la majorité parlementaire n'est plus " à la botte " du Président, ce dernier ne peut plus imposer n'importe quelle interprétation de la Constitution, mais est obligé de se rapprocher de la lettre du texte - même s'il reste des interprétations discutables -. Enfin et surtout, ce sont les enjeux de ces interprétations qui sont très différents. Si vous estimez que le tableau est riche en couleurs, au pire, vous l'achèterez une fortune au lieu de le payer au prix de la toile. Par contre, si le juge est convaincu par l'argumentation réaliste aux termes de laquelle il ne faut pas interpréter la règle selon l'intention de ses auteurs, et si l'on considère que la norme n'existe que par son application, alors les normes risquent de devenir très fluctuantes. L'évolution de la société pourra faire regarder comme normal le fait que les femmes martyrisent leurs époux, le fait que l'on préfère polluer que de menacer des emplois, que l'on fraude le fisc, ou que le Président de la République ou le Premier ministre s'arrogent tous les pouvoirs.

La doctrine réaliste pense sincèrement ne faire que décrire l'état du droit positif en considérant que les juges, ou les autorités administratives, recréent la norme en l'appliquant. Elle croit ne faire qu'observer une réalité en disant que l'on n'interprète pas les textes conformément à l'intention de leurs auteurs, mais conformément à leur vision de ce qui doit être dans l'état actuel de la société. Elle dénonce le caractère mythologique et légitimant de l'interprétation des textes dans un sens conservateur. Ses conclusions sont souvent assez convaincantes. Cependant, il est peut-être temps de dénoncer le caractère mythologique et légitimant de l'interprétation réaliste elle-même. Que l'idée que l'on se fait, que l'on donne, de la rationalité du législateur, remplisse une fonction légitimante, ce n'est guère contestable. Que la conception de " l'acte clair " soit discutable, on le concède volontiers. Mais on observera que le mythe de l'obscurité des textes est tout aussi légitimant, et beaucoup plus dangereux. En prétendant que les textes ne comportent pas de norme, et doivent toujours être interprétés car leur sens est toujours discutable, on légitime, et donc on favorise n'importe quelle violation des

---

(25) H. KELSEN, *Le contrôle de constitutionnalité des lois, Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine*, RFDC 1, 1990, p. 18.

textes. Même lorsque la doctrine réaliste prétend ne faire que décrire la réalité du droit, elle agit sur le droit, car elle en fait paraître les violations normales, au sens "conformes à la norme". L'abolition d'une distance entre l'être et le devoir-être qui en résulte est la négation même du droit et, à notre point de vue, de la réalité. Car les textes existent et ont un sens, même s'il est souvent discutable. Or la question de savoir si l'on peut accepter ou non une vision réaliste du droit, c'est à dire nihiliste, relève d'un choix, qu'il faut reconnaître au lieu de le nier, et qu'il faut faire clairement en le justifiant.

b) Nécessité d'un choix. Pour une démarche délibérément volontariste.

178 Cherchant comment on peut donner *une* définition du droit, Bernard Edelman montre que toute définition du droit est éminemment subjective. " Parce que nous donnons du droit la définition que les enjeux de notre société nous imposent. Je dirais mieux : nous donnons du droit la définition que nous impose notre situation dans ces enjeux " (26). Kelsen s'élève contre les dangers du nazisme lorsqu'il élabore la " Théorie pure du droit ", et Carl Schmitt semble au contraire le pré-légitimer lorsqu'il démontre dans sa " Notion du politique " que l'Etat ne peut être limité par le droit (27). Avoir une approche purement réaliste, c'est à dire abolir la distance entre l'être et le devoir-être, c'est penser le droit en dehors de sa raison d'être. Or nous considérons que l'on ne peut pas, sans masquer la réalité, analyser un objet en dehors de sa raison d'être.

Les marxistes ont pu démontrer que la raison d'être du droit " bourgeois ", sa fonction sociale, était d'assurer le maintien de l'exploitation du prolétariat par la classe dominante, à l'instar des autres superstructures que sont la religion, la morale, la philosophie etc... Certains ont annoncé le dépérissement du droit dans une société sans classes (28). On ne saurait nier qu'il existe une subordination du contenu du droit à la politique, puisque le droit est toujours l'instrument d'une politique. Le tout est de savoir si le droit donne au peuple, qui est dit souverain dans une démocratie, les moyens effectifs de participer à la détermination de ces règles de droit et à l'élaboration de cette politique.

On pourrait aussi démontrer que la raison d'être de la négation du droit est tout aussi idéologique que l'affirmation de la nécessité du droit. On pourrait

---

(26) B. EDELMAN, " *Ma* " définition du droit, *Droits*, Revue française de théorie juridique, définir le droit/2, n° 11, p. 21.

(27) *Ibid.*

(28) Cf. Les travaux de PACHOUKANIS, qui expose, en 1924, la théorie du dépérissement du droit. Pour STUCHKA, " le communisme signifie non la victoire du droit socialiste, mais la victoire du socialisme sur le droit : l'abolition des classes, avec leurs intérêts antagonistes, fera automatiquement disparaître le droit " (cité par A. TUNC, *art. préc.*). D'une manière générale, observons seulement avec P. AMSELEK qu'en fait de " déclin du droit ", on assiste plutôt actuellement à une évolution de la technique juridique vers des formes moins contraignantes (dans *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, RDP 1982, p. 294).

également montrer que si les mythes de la rationalité du législateur et du sens clair des textes ont des fonctions conservatrices et légitimantes, les mythes de l'aveuglement du législateur et de l'obscurité des textes remplissent les mêmes fonctions, mais en étant beaucoup plus dangereux car ils légitiment par avance n'importe quelle violation du droit, et ouvrent les portes à tous les abus.

Nier l'existence de normes, ou préconiser le respect d'un texte : ces deux démarches sont tout aussi idéologiques l'une que l'autre, et il faut faire un choix entre elles. " Il faut choisir. *La* définition du droit est anhistorique; *une* définition du droit est précaire. Je choisis la précarité contre l'éternité " (29).

Dans une démarche délibérément volontariste, nous faisons le choix de considérer que le droit doit être défini et étudié en fonction de sa raison d'être, qui est l'organisation des rapports sociaux.

## **B DE LA CONCEPTION INSTRUMENTALE DU DROIT A L'ETUDE DE L'EFFECTIVITE.**

Nous admettons avec le Professeur Amselek que " la technique juridique n'est qu'une variété particulière de l'éthique, de l'art de diriger les conduites humaines; les normes juridiques ne sont qu'une variété particulière de normes éthiques, c'est-à-dire d'instruments de direction des conduites humaines, de règles de conduite indiquant la ligne à tenir " (30). Or, si l'on admet que la Constitution est une technique ( 1 ), la science consistant en l'étude de cet objet ne peut pas se contenter de le décrire, mais doit s'interroger sur son efficacité, et sur les moyens de renforcer cette efficacité. Peut-être ne sera-t-elle alors qu'une technique ? Ou bien une science ayant pour objet une technique ? ( 2 ).

---

(29) *Ibid*, p. 23.

(30) P. AMSELEK, *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, RDP 1982, p. 285.

## 1 ) La Constitution, une technique

Dans une optique instrumentale proposée par de nombreux auteurs (31), nous considérerons la Constitution comme un outil, une technique servant à la régulation des rapports politiques ( a ). Mais puisque la validité de la Constitution a été mise en doute durant la cohabitation, on devra évoquer cette question, en particulier dans son rapport avec le problème de la raison d'être de la Constitution, et avec la question de son effectivité ( b ).

### a ) Pour une conception instrumentale de la Constitution.

179 " Le droit est avant tout ce système qui a pour charge de garder l'homme contre ses propres folies. Il est, comme disait Hegel, un **garde-fou** que les hommes ont institué pour se prémunir de leur déraison " (32). Or, durant la cohabitation, c'est le caractère de " crise " de cette situation qui explique la nécessité d'un recours accru à la Constitution, et donc d'une augmentation de son effectivité. " Le contexte de crise est le seul dans lequel le droit prenne une importance majeure et apparaisse dans une société comme un facteur dominant et indispensable. La crise délimite le champ dans lequel il peut y avoir émergence du droit en tant que facteur déterminant d'une société " (33). Ainsi la Constitution a-t-elle particulièrement bien joué son rôle de réducteur des conflits politiques et s'est, à cet égard, révélée efficace (34).

---

(31) Cette notion peut renvoyer à des conceptions assez différentes de la règle de droit. Cf. notamment A. JEAMMAUD, pour qui " les raisons ne manquent pas qui devraient convaincre d'abandonner la représentation courante des normes juridiques comme des règles de conduite et de les comprendre - donc, aussi, de les identifier - comme des modèles idéels pour les objets les plus variés " (p.4) (...) Il convient donc d'attacher la signification de norme " à la fonction dévolue à cet énoncé, indépendamment de son objet et de sa forme " (p. 6), cette fonction est " de permettre de déterminer comment les choses doivent être " (p.8) (dans *La règle de droit comme modèle*, D, 1990).

(32) *Ibid.* Pour M. VIRALLY, La " fonction de l'ordre juridique " est la rationalisation et l'organisation des rapports sociaux dans le but de garantir l'ordre et la justice (dans *Le phénomène juridique*, RDP 1966, p. 47 et s). Cf. Aussi du même auteur *Le juriste et la science du droit*, RDP 1964, p. 601, n. 12, et p. 603 et 605. Jean DABIN rappelle que " la fin de la règle de droit ne peut être que la fin de la société elle-même (...) la règle de droit est au service de la politique " (Enc. Universalis, Préc. 1980, Vol V, p. 802).

(33) J. ELLUL, *Le rôle du droit comme réducteur de crise au XIVe siècle*, Mél. M. DUVERGER, PUF, 1987, p. 66.

(34) En ce sens, O. DUHAMEL considère que le rôle d'une constitution est d'assurer " un fonctionnement efficace, normal, satisfaisant, sans trop de heurts des pouvoirs publics, quelles que soient les situations politiques " et de garantir le respect de certaines règles démocratiques et de permettre le développement de la démocratie. Pour lui, le fait que le " degré de recours " à la Constitution de 1958 varie en fonction de la situation politique n'est pas gênant " au contraire, c'est plutôt la preuve

Nous pensons que l'on ne saurait étudier le phénomène juridique sans prendre en compte ce qui est sa raison d'être : son but (35). Le droit, en général, " n'est qu'une des techniques d'organisation de la société, il n'est ni exclusif, ni omnipotent " (36). La fonction du droit de " social engineering ", de construction de la société, est d'ailleurs reconnue depuis longtemps au Etats-Unis (37), mais elle est assez peu développée dans la doctrine constitutionnelle française. Sans doute l'évoque-t-on parfois, mais on n'en tire pas les conséquences au niveau de la méthode. On admettra donc que " le droit constitutionnel peut être défini, de ce point de vue, comme l'étude des techniques permettant à un groupe de s'organiser et de se gouverner " (38). Le droit constitutionnel comme ensemble de normes est ici conçu dans une optique technicienne (les normes sont des instruments de direction des conduites humaines). Quant au droit constitutionnel en tant que discipline, on le définit ici comme l'activité de connaissance prenant l'ensemble de ces normes pour objet, afin d'en étudier les différentes teneurs possibles en rapport avec les fins pratiques (organisation de la société) qu'on lui assigne. Observons que Ihering, après avoir insisté toute sa vie sur la " réalisation " nécessaire du droit, sur le fait que le droit devait avoir une force, a, à la fin de sa vie, orienté toutes ses recherches sur le " but dans le droit ". Il écrit que l'ouvrage qu'il consacre à cette question " contient le résultat de toute sa vie scientifique ". Selon lui, " le but a créé tout le droit ". Cette idée de but " devenait pour lui le principe fondamental de la méthode juridique; plus profondément encore, il y trouvait l'idée permettant de tracer les limites mêmes de l'ordre juridique " (39). S'opposant à la stérilité de la logique alors à l'oeuvre dans la science allemande, Ihering insiste sur la fécondité de cette approche. Dans sa pensée, " toute la méthode juridique doit être animée par l'idée de but. Les institutions et les règles de droit ne sont pas des créations gratuites de l'esprit, leur raison d'être n'est pas intellectuelle ou esthétique, mais pratique. Leur but est de répondre à un certain besoin de la vie sociale. C'est à la

---

que l'on a une Constitution qui sert à quelque chose (...) (i.e.) qui sert quand on en a besoin et qui ne sert pas quand on n'en a pas besoin " (Intervention à l'émission *Sommes-nous en train de changer de Constitution ?*, avec J. JULLIARD, France-Culture, automne 1986).

(35) C. ATIAS estime rappelle que les interrogations sur le but du droit relèvent de la philosophie du droit, mais que la philosophie du droit est, - selon l'expression de M. VILLEY, l'instrument irremplaçable du progrès du droit -, et elle favorise son amélioration technique, celle de ses concepts et celle de son raisonnement. " Aucun droit ne peut être indépendant de toute philosophie " (*Op. préc.*, p. 63-64).

(36) A. TUNC, *Droit*, Enc. U., préc. L'auteur poursuit en précisant que d'autres forces modulent la société et agissent sur lui. (Mais) qu'il " est l'instrument le plus direct et efficace pour modifier les structures et les institutions. Il change les psychologies mêmes ".

(37) A. TUNC, *Droit*, préc.

(38) A. DEMICHEL, *Droit Constitutionnel*, Encyclopaedia Universalis, 1980, Vol. IV, p. 941 et s. Notons que le professeur P. AMSELEK distingue la technique juridique du droit. Il entend par technique juridique non pas le contenu même des règles juridiques, les régimes juridiques, mais " la technique de direction des conduites par des autorités publiques au moyen de normes " (dans *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, RDP 1982, p. 275).

(39) P. COULOMBEL, *Force et but dans la pensée juridique de IHERING*, Revue trimestrielle de droit civil, 1957, p. 31.



lumière de ce but qu'il faut les étudier, les critiquer, les façonner " (40). " A la définition du droit comme pouvoir de la volonté, il oppose une définition par le but au service duquel le droit existe. Le but est la satisfaction d'un intérêt " (41).

Or quel est le but du droit constitutionnel ? De garantir l'existence d'un Etat de Droit (42), c'est à dire, dans une démocratie pluraliste, un Etat dans lequel les gouvernants sont soumis au droit. Le but de la Constitution est non seulement d'organiser la répartition des pouvoirs au sein de l'Etat, mais aussi de permettre la soumission des gouvernants au droit, et le contrôle des gouvernés par les gouvernants (43). Kelsen pouvait dénoncer le fait que la doctrine, par la distinction entre droit privé et droit public, entendait légitimer la non-soumission des gouvernants aux règles de droit, au motif que les activités politiques ne seraient pas susceptibles d'être enfermées dans des règles juridiques dans les mêmes conditions que les activités privées (44). On observe aujourd'hui au contraire un net mouvement de " juridicisation " de la vie politique par le développement du Droit public, reflet du passage de l'Etat de police à l'Etat de droit (45). On constate avec

---

(40) Ibid. Notons que c'est par ce raisonnement que IHERING est arrivé à sa célèbre définition des droits subjectifs : " Les droits subjectifs sont des intérêts juridiquement protégés ".

(41) Ibid. On peut considérer avec P. AMSELEK qu' " avec l'avènement - non seulement dans les faits, mais aussi dans les idées, dans l'idéologie politique dominante - de l'interventionnisme et de l'" Etat-providence ", le droit est devenu ce qu'on pourrait appeler une technique opérationnelle ou encore une technique de gestion qui vise, non plus seulement à maintenir le bon ordre dans la Cité, mais aussi à promouvoir le développement économique et social optimum de la Cité et par-là à diriger pratiquement l'ensemble des activités de ses membres " (dans *l'Evolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, RDP 1982, p. 279).

(42) Sur la notion d'Etat de droit, cf. D. COLAS (dir) *L'Etat de droit*, PUF, Questions, 1987 (contre la notion d'Etat de droit, l'article de D. ROUSSEAU, *De l'Etat de droit à l'Etat politique*), et J.P. HENRY, *Vers la fin de l'Etat de droit ?*, RDP 1977, p. 1207 et s., qui définit l'Etat de Droit comme un système d'organisation dans lequel l'ensemble des rapports sociaux et politiques sont soumis au droit, et qui conclut en s'interrogeant sur un retour à l'Etat de droit.; cf. aussi M. FROMONT, *République fédérale d'Allemagne, L'Etat de Droit*, RDP 1984, p. 1203-1226; W. LEISNER, *L'Etat de Droit, une contradiction ?*, Mélanges Ch. EISENMANN, Cujas, Paris, 1977, p. 65-79; et Cf. infra, T. II.

(43) Sur les positions de Duguit et HAURIOU sur ce point, cf. le *Traité de droit constitutionnel* de DUGUIT, Paris, 1927, notamment T.I., p. 631 à 648 (pour qui la règle de droit, étant extérieure à l'Etat, le limite nécessairement), et HAURIOU, (pour qui la limitation de l'Etat ne se fait pas seulement par le droit - mécanismes constitutionnels et aménagement interne de l'Etat -, mais aussi par beaucoup d'autres moyens, permettant d'obtenir des équilibres) *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929. Pour un résumé sommaire de leurs positions, cf. A. de LAUBADERE, *Les doyens Maurice HAURIOU et Léon Duguit, Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, Tome XVI, 1968, p. 209-228, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 10-28.

(44) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1ère ed. 1953, Neuchâtel, p. 151-152 : " Ce dualisme, logiquement insoutenable et sans valeur scientifique, n'a qu'une portée idéologique. Enseigné par la doctrine du droit constitutionnel, il tend à assurer au Gouvernement et aux organes administratifs qui lui sont subordonnés une liberté d'action pour ainsi dire déduite de la nature des choses : non pas une liberté à l'égard du droit, qui est en vérité impossible, mais une liberté à l'égard de la loi élaborée par le Parlement ou avec sa participation ".

(45) Cf. L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, préc.; Sur les rapports entre Droit et politique cf. APD, T. XVI, *Le Droit investi par la politique*, Sirey, 1971; et cf. P. AMSELEK, *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, préc., p. 278 : La fonction des gouvernants " de direction des conduites, , d'édictation de normes juridiques est devenue une fonction humaine comme les autres, elle-même susceptible d'être "juridicisée", d'être juridiquement encadrée, d'être l'objet de normes juridiques : de là l'apparition et le développement des Constitutions et, plus généralement, le

le Professeur Amselek qu' " il n'y a plus, désormais, de fossé entre gouvernants et gouvernés, le droit se donnant comme la technique de direction des uns par les autres. Les gouvernants, même à l'échelon suprême, ne sont pas au-dessus et en dehors du droit; ils ne sont pas, comme on disait autrefois du Prince, " absous de la puissance de la loi " : ils sont eux-mêmes partie intégrante de la population à gouverner et entrent ainsi naturellement dans le champ de la technique juridique " (46).

Si l'on admet que " la fonction même du droit est d'ordonner et par conséquent de transformer, de modifier, d'orienter la réalité sociale " (47), on considèrera l'effectivité comme la mesure dans laquelle cet objectif est atteint. Mais il ne semble pas que l'on puisse faire dépendre la validité de la Constitution de son effectivité.

b) But du droit, effectivité et validité : le choix du formalisme comme garantie de la démocratie.

**180** A l'occasion de la controverse sur la signature des ordonnances, Michel Troper a considéré qu' " on ne peut trouver aucun fondement juridique à l'obligation d'obéir à la Constitution, puisque au-dessus d'elle, il n'y a aucune norme juridique positive, qui imposerait de lui obéir. La réponse ne peut alors être qu'extra- ou méta-juridique : il faut se conformer à la Constitution, parce qu'elle exprime la volonté du peuple souverain ou parce qu'elle constitue la règle du jeu politique, sans laquelle il se réduirait à un pur rapport de forces. Et se conformer à la Constitution, lorsqu'il n'existe aucun juge compétent pour déterminer le contenu de cette obligation, signifie simplement l'appliquer de bonne foi. C'est donc tout simplement une obligation morale " (48).

Une nouvelle fois est posée la question de la validité de la Constitution. Il est vrai que si l'on se réfère à la conception Kelsénienne de la validité, on peut discuter éternellement de la validité de la Constitution puisque la norme fondamentale est seulement hypothétique, et c'est en vain que l'on chercherait à démontrer son effectivité (49). On estimera avec le professeur Amselek qu'il s'agit peut-être là d'un faux problème (50), ou avec L.H.A. Hart, que cette question n'a

---

développement du droit public, c'est à dire des règles juridiques réglementant la conduite des autorités publiques, même les plus hautes (c'est surtout là que réside la différence avec le passé) ".

(46) P. AMSELEK, *Evolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, préc., p. 278.

(47) J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, LGDJ, 1964, p. 8.

(48) M. TROPER, La signature des ordonnances, fonctions d'une controverse, *Pouvoirs* n° 41, 1987, p. 90.

(49) Cf. J. LENOBLE et F. OST, *op. préc.*, 526 et s.; et L. HABIB, L'impur objet de la science du droit, dans *Droits* n° 11, Définir le Droit/ 2, p. 96.

(50) P. AMSELEK, *Réflexions critiques autour de la conception Kelsénienne de l'ordre juridique*, RDP 1978, P. 6. Dans sa réponse à cet article, M. TROPER concède que " s'il est légitime pour une science de

pas de sens (51). Le fait que la Constitution ait été adoptée par une majorité écrasante de citoyens lors du référendum du 4 octobre 1958 suffit amplement à fonder sa validité. Dans cette optique, l'argument selon lequel il n'y aurait " aucun fondement juridique à l'obligation d'obéir à la Constitution " ne nous paraît pas très réaliste. Le fondement de cette obligation est tout simplement l'expression de l'adhésion de la majorité à ce texte. Qu'importe - sinon pour l'esthétique de la logique Kelsénienne - qu'il y ait ou non une norme supérieure. Seul compte le fait que les citoyens aient adopté ce texte selon une procédure démocratique. Cela suffit largement à fonder l'obligation juridique de se soumettre aux normes contenues dans ce texte (52).

De même l'argument selon lequel on pourrait déduire de l'absence de juge compétent le fait que le respect de la Constitution serait seulement une obligation

constituer son objet en formulant une hypothèse, il ne l'est pas de soutenir qu'une hypothèse prescrit de se conduire conformément à la Constitution " (RDP 1978, p. 1536).

(51) L.H.A. HART, *Le concept de Droit*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 1980 (2e ed.), p. 127 et s., pour qui la règle de la reconnaissance suffit à fonder la validité de la Constitution. Son expression la plus simple est, pour une loi, l'énoncé que l'on peut trouver dans la bouche de n'importe quel citoyen " la loi prévoit que..." (p. 129). Or, " nous n'avons besoin du terme " validité ", et nous ne l'utilisons d'habitude, que pour répondre à des questions qui se posent à l'intérieur d'un système de règles, où une règle de droit doit son statut d'appartenance au système au fait qu'elle satisfait à certains critères fournis par la règle de reconnaissance. Une telle question ne peut se poser en ce qui concerne la règle de reconnaissance elle-même qui nous fournit ces critères; elle ne peut être ni valide ni invalide, mais elle est simplement acceptée comme appropriée à tel usage " (p. 137). Contrairement à la " Grundnorm " de Kelsen, la règle de reconnaissance est donc réelle, et non supposée. Dès lors, à partir du moment où une Constitution est appliquée, elle existe réellement, et il est inutile de lui superposer une règle en ordonnant le respect. Il suffit de constater que cette règle est acceptée comme appropriée à son usage. R. DWORKIN rappelle que dans la distinction opérée par HART entre les règles primaires et les règles secondaires (les premières étant celles qui accordent des droits ou imposent des obligations, tandis que les secondes sont celles qui décident comment et par qui de telles règles primaires peuvent être formées, reconnues, modifiées ou annulées), la règle secondaire fondamentale est celle qui détermine la manière dont doivent être créées les règles juridiques. " Hart appelle une telle règle secondaire fondamentale une " règle de reconnaissance " (...) La Constitution des Etats-Unis, avec toutes les difficultés d'interprétation qu'elle implique, peut être considérée comme une règle de reconnaissance " (...) " La règle de reconnaissance est la seule règle d'un système juridique dont la force obligatoire dépende de son acceptation " (R. DWORKIN, *Le Positivisme*, Trad. M. TROPER, Droit et Société n° 1, 1985, p. 31.)

(52) En ce sens, CARRE DE MALBERG soulignait à propos des lois que le fondement de leur caractère obligatoire devait être recherché simplement dans le fait qu'elles ont été adoptées par l'autorité publique compétente; " cette condition d'origine est à la fois indispensable et suffisante pour fonder leur validité et leur efficacité " (dans *Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique*, Mél. GENY, préc., p. 195).

Pour M. TROPER, " (...) c'est seulement par une fiction qu'on peut prétendre que le texte de la constitution a été voulu par le souverain. C'est le corps électoral qui, par référendum, a adopté la constitution et il est évidemment impossible de découvrir quel sens la majorité des électeurs attribuait à chacune des dispositions qu'elle votait " (dans *La Constitution et ses représentations sous la Ve République*, Pouvoirs, n° 4, 1978, p. 66). S. RIALS répond ainsi : " A l'évidence, en fait. Mais alors l'idée même de droit se dissout. Ceux qui respectent un traité sont rarement ceux qui l'ont passé : se trouve-t-il pour autant dénué de force obligatoire ? Il y a un jeu de fictions élémentaires sans lequel aucune vie juridique n'est possible - au premier rang desquelles la continuité et l'effectivité du souverain. La recherche de l'instantanéité créatrice, de la transparence, de l'immédiateté de la souveraineté, bute sur ces fictions dès lors que s'avère impossible une permanente démocratie directe qui impliquerait d'ailleurs elle-même des règles fondatrices " (dans *Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Ve République*, RDP 1984, p. 599).

morale, nous semble tout à fait discutable. Il n'est acceptable que si l'on estime que le texte ne contient pas de norme. Or nous considérons au contraire que le texte constitutionnel contient des normes, et que cela suffit à fonder une obligation juridique. Que le contenu de cette obligation soit discutable dans certains cas, on en conviendra volontiers. Que la norme constitutionnelle ait une effectivité variable, on ne saurait le nier. Mais, pour autant, sa validité n'est pas en cause.

Par ailleurs, notons que pour certains auteurs, la validité de la Constitution viendrait de son objet, de son but. Selon M. Virally, par exemple, " l'ordre juridique établi sur un groupe social demeure la condition nécessaire pour que ce groupe ne se désagrège pas dans le chaos (...) L'ordre juridique est justifié par sa nécessité, c'est d'elle qu'il tire sa validité " (53). On peut considérer que, si ces deux visions sont distinctes, en fait elles se rejoignent. Si le peuple souverain - ou du moins la majorité des citoyens -, adopte ce texte, lui conférant ainsi sa validité, c'est bien parce qu'il entend que ce texte soit respecté en vue du but qui est le sien : l'organisation de la répartition des pouvoirs, et le contrôle des gouvernés par les gouvernants. Et aussi longtemps qu'il n'est pas remplacé par un autre, on peut considérer qu'il reste valide, même si son effectivité est variable (la reconnaissance dont il fait l'objet étant une des variables qui détermine son effectivité).

Le choix de la conception formaliste que nous adoptons ici nous semble être imposé par des considérations relatives au but du droit constitutionnel dans un Etat de droit démocratique, la soumission des gouvernants comme des gouvernés aux règles établies ou au moins approuvées par le peuple.

On se rapproche ainsi de la conception qui prévalait au moment de la Révolution. D'ailleurs, les progrès de l'Etat de droit aussi bien à l'intérieur des Etats d'Europe occidentale, que dans les pays qui accèdent à la démocratie - en particulier les pays de l'Est - montrent un certain retour à la Conception classique de la Constitution. Pour les " constitutionnalistes " du XVIIIe siècle, les seules constitutions dignes de ce nom étaient celles qui permettaient la limitation du pouvoir des gouvernants et la garantie des droits de l'homme. Kant et les rédacteurs de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen demandaient au droit d'assurer " la coexistence des libertés " (54). A partir de la Révolution, " il est clair que la Constitution (...) est un acte volontaire et réfléchi par lequel le souverain définit le pouvoir qui s'inscrit dans l'institution étatique, fonde en fait l'Etat et la puissance qui s'exercera en son nom et détermine les conditions dans lesquelles les gouvernants sont habilités à user de cette puissance et les gouvernés tenus de s'y soumettre " (55). Le choix de cette conception n'est pas neutre, il correspond à la

---

(53) M. VIRALLY, *Le phénomène juridique*, RDP 1966, p. 59

(54) A. TUNC, *Droit, Encyclopaedia Universalis*, Vol. V, 1980, p. 796.

(55) G. BURDEAU, *Constitution politique*, Enc. Universalis, 1980, vol. IV, p. 943 et s. MOUNIER, en tant que rapporteur du comité de la Constitution, montre quelle est cette conception : " Nous avons pensé qu'une Constitution n'est autre chose qu'un ordre fixe et établi de la manière de gouverner, que cet ordre ne peut exister que s'il est établi par des règles fondamentales, créées par le consentement libre et

volonté de rendre plus efficaces les Constitutions des démocraties libérales (56). Cette vision peut paraître idéaliste aussi en ce qu'elle est irréaliste, chacun étant bien conscient du fait que le peuple qui est censé être souverain ne participe pas suffisamment à la vie politique et au choix des règles d'organisation du pouvoir (57). Mais, justement, nous considérons que le droit constitutionnel ne doit pas se borner à constater ces échecs relatifs, mais doit au contraire consister à rechercher des solutions pour que les règles de droit et les gouvernants soient mieux contrôlés par les citoyens. Notre démarche est donc délibérément " idéaliste ", en ce sens que nous pensons que le droit est au service de l'idéal qu'est une démocratie pluraliste dans laquelle le peuple serait réellement souverain, comme le proclame la Constitution.

Une conception formaliste du droit constitutionnel conduit à considérer que la seule véritable source du droit, la seule véritable règle de droit, le seul modèle normatif est le texte de la Constitution. Toutes les interprétations qui guideront la pratique et la jurisprudence ne sont que des applications du texte (58). Aussi, lorsque les gouvernants, ou le juge constitutionnel devront appliquer la Constitution, nous estimons, dans une conception " interpretivist ", qu'ils doivent le faire en interprétant le texte non pas d'après ce qu'ils estiment être leur vision du droit actuel (ce que préconise l'approche réaliste), mais d'après les intentions de l'auteur du texte au moment de son adoption (59). Nous verrons que la mise en oeuvre de toutes ces notions pose de réels problèmes. Mais il ne faut pas que

---

formel d'une nation, ou de ceux qu'elle a choisis pour la représenter; ainsi une constitution est une forme précise et constante de gouvernement, ou si l'on veut, c'est l'expression des droits et obligations des différents pouvoirs qui la composent ". Rappelons que pour KELSEN, " la fonction essentielle (de la Constitution) est de désigner les organes chargés de la création des normes générales et de déterminer la procédure qu'ils doivent suivre (...) La Constitution peut aussi déterminer le contenu de certaines lois futures en prescrivant ou interdisant tel ou tel contenu " (*Théorie pure du droit*, 1ère ed. Neuchâtel, 1953, p. 123.

(56) Pour P. DUJARDIN, " l'idéologie juridique est l'idéologie par excellence du mode de production capitaliste. L'idéologie juridique est avant tout l'idéologie de l'égalité, en tant que l'égalité de droit des individus s'oppose à la structuration féodale de la société par le privilège, c'est à dire par un droit inégal." (...) Cependant, se plaçant dans une optique marxiste, l'auteur relève qu' " à l'Etat de droit tend à se substituer l'Etat politique qui reconnaît dans la médiation partisane le principe de sa régulation et s'avoue politique sans ignorer la nécessité de la formulation juridique : Etat d'une dominance avouée et reconnue du politique sur le juridique, d'un politique qui se subordonne le juridique sans en méconnaître la fonction " (dans 1946, *Le Droit, mis en scène. Propositions pour une analyse matérialiste du droit*, Presses U. de Grenoble, Coll. critique du droit, 1977, p. 205 et 197.

(57) Sur les failles de l'Etat de droit en France, cf. S. COIGNARD et J. F. LACAN, *La République bananière. De la démocratie en France*, Belfond, 406 p.

(58) Cf. *infra*, II.

(59) Sur l'opposition, aux Etats-Unis entre les " interpretivists ", qui préconisent l'interprétation des textes par référence aux intentions des fondateurs du régime, aux " non-interpretivists " qui prescrivent une application réaliste des règles de droit, cf. *supra*, et F. MICHAUT, *L'inscription de la décision judiciaire dans un système juridique. Réflexion sur l'évolution de la doctrine américaine contemporaine*, RDP 1989, p. 1029, et L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, préc., p. 107, qui cite l'attorney général Edwin Meese, qui a exhorté les membres de la Cour suprême et l'ensemble des juges fédéraux de " s'efforcer de rendre aux dispositions et prescriptions de la charte leur signification originelle et d'en faire le seul guide auquel ils puissent se fier pour rendre leurs décisions ".

l'arbre de ces difficultés - en réalité beaucoup moins fréquentes et importantes qu'on ne le prétend souvent - cache la forêt des avantages de cette optique.

Nous estimons que la sécurité juridique impose que l'on décide - c'est bien un choix - de maintenir l'interprétation formaliste et que l'on rejette l'interprétation réaliste (60). Nous avons déjà pu observer que cette dernière conception permettait de légitimer n'importe quelle pratique ou n'importe quelle jurisprudence inconstitutionnelle, et d'ouvrir toutes grandes les portes de l'arbitraire, qu'il s'agisse de l'arbitraire des juges ou de celui des gouvernants. Rappelons que la conception des nazis, confiant au *Führer*, placé au dessus des lois, la tâche d'inventer le droit à chaque moment, peut également être regardée comme une forme de réalisme. Mais appartient-il au juriste de préconiser des modes d'interprétation de la Constitution ? Ne sort-il pas alors de la science du droit ? C'est possible, cela dépend, comme on a pu le voir, de la conception que l'on en a. Mais si l'on considère que le droit est une technique, les spécialistes de cette activité sont des techniciens.

## 2 ) L'étude du droit, connaissance d' une technique.

Au risque d'étonner ou d'irriter par notre insistance à poser cette question, demandons-nous encore " à quoi sert la connaissance du droit ? ". Quel est son objectif ? Est-ce de faire de sa pratique et de son interprétation une science objective, une discipline abstraite et neutre ? Nous avons constaté que cela ne paraissait pas possible. L'objet de ses études est une technique. Sans doute n'est-il pas très gratifiant de constater que l'on ne fait que de la technique quand on se croyait scientifique. Ou bien, appliquant le critère proposé par Lévi-Strauss, on peut considérer qu'au regard de sa finalité sociale, la science du droit est une science sociale, comme les sciences économiques et la science politique (61). Il en est ainsi, par exemple pour la médecine, ou pour l'écologie scientifique.

---

(60) J. RIVERO rappelle que les impératifs de stabilité, de sécurité, de précision et de permanence qui font partie de la fonction du droit ne sont pas incompatibles avec une élaboration jurisprudentielle, à condition que celle-ci ne soit pas trop " existentialiste ", car elle risquerait de glisser vers " l'impressionnisme " (*Apologie pour les faiseurs de système*, D. 1951, Chr. XXIII, p. 99-102, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, t. 1, p. 6-7).

(61) C. LEVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale*, t. II, 1973, les sciences sociales sont ainsi distinguées des sciences humaines, car leur finalité est pratique (cité par E. ORTIGUES, *Sciences Humaines*, Enc. U., préc. t. XIV, p. 767).

Mais n'en est-il pas de même pour d'autres activités, dont on s'est longtemps demandé s'il s'agissait d'arts ou de sciences? Un médecin doit-il renoncer à agir sur ses patients pour être certain que son activité est bien une science et non une technique ? Doit-il renoncer à s'interroger sur l'efficacité de ses traitements, et à tenter de les perfectionner parce qu'il n'exercerait pas une activité purement théorique ? De même l'écologiste scientifique, qui observe la destruction des écosystèmes par l'activité humaine doit-il, au nom de la science, renoncer à préconiser des solutions pour atténuer la pollution ? Ce n'est pas à lui qu'il appartiendra de choisir entre les diverses solutions, car ce choix a nécessairement un caractère politique, et il doit être fait par ou sous le contrôle des citoyens. Mais c'est à lui qu'il appartient de proposer les diverses solutions et d'en démontrer les avantages et les inconvénients.

De même, le constitutionnaliste ne peut pas analyser le droit comme s'il s'agissait d'un objet dépourvu de toute fonction, de toute utilité. Nous serons donc conduits à penser la fonction du juriste dans une optique totalement différente de celle qui est préconisée par l'analyse réaliste. Plutôt que de nier le rôle de la doctrine sur le contenu ou la pratique du droit, plutôt que de le condamner au nom d'une science qui, de toutes façons, ne peut pas être neutre, nous proposerons d'essayer de comprendre ce qui peut expliquer cette influence de la doctrine, et quelle peut être son influence sur le phénomène juridique ( a ). Par ailleurs, concevoir le droit constitutionnel comme une technique oblige le juriste à rechercher comment perfectionner l'efficacité de l'instrument qu'est la Constitution ( b ).

a ) Une conception qui correspond à la pratique d'une large partie de la doctrine.

181 En pratique, et Kelsen ou Michel Troper l'ont bien montré en le dénonçant, tous les juristes, consciemment ou non, exercent une activité qui, médiatement ou immédiatement, influe sur la pratique du droit. Ce phénomène a été particulièrement net durant la cohabitation, où l'on a vu les plus éminents juristes exposer dans la grande presse leur interprétation de la Constitution, en particulier dans le débat sur la signature des ordonnances. Que la doctrine ait eu une influence déterminante sur la pratique de la Constitution durant la cohabitation, cela nous paraît indéniable. Peut-être même la cohabitation n'aurait-elle pas été possible si les juristes n'avaient démontré que les règles constitutionnelles rendaient cette situation viable, justement parce que leur raison d'être est d'organiser la répartition des pouvoirs. Ensuite, la doctrine a pu influencer directement certaines interprétations. Le Président de la République se serait-il permis de refuser de signer les ordonnances, ou de convoquer le Parlement en session extraordinaire, aurait-il conservé de tels pouvoirs en matière de politique étrangère et de défense, si M. Duverger n'avait pas, dans son " Bréviaire (sic.) de la cohabitation, " pré-

légitimé ces interprétations ? Le Gouvernement se serait-il aussi facilement soumis à ces pratiques, s'il n'avait su qu'il devait, s'il s'engageait sur le terrain juridique, affronter l'argumentation de l'un des plus célèbres constitutionnalistes ? Nous sommes convaincus du contraire. Les écrits de M. Duverger ne sont certainement pas la seule raison qui explique ces interprétations, mais au moins ont-ils très largement contribué à les rendre possibles, parce qu'ils en ont affirmé la légitimité.

Sans doute, les interprétations doctrinales sont-elles contestables quand leur géométrie varie en fonction de la couleur politique des dirigeants. Mais il y aurait quelque candeur à nier la politisation des écrits juridiques, car elle existe non seulement en droit constitutionnel, mais dans tous les domaines du droit. Ce n'est pas que les juristes défendent les positions d'un parti, voire d'un groupe financier. C'est plutôt leur idéal qui va orienter leurs analyses, que ce soit en matière de protection de l'environnement, de droit fiscal, de droit du travail, de droit de la famille etc... L'objectivité est incontestablement préférable à la défense de conceptions inspirées par des idéaux. Mais cette subjectivité des analyses juridiques est inévitable, les juristes ne sont pas des dieux. Cela peut même être un élément très positif à deux conditions. La première est que l'on ait conscience de ce phénomène, la seconde que le pluralisme de ces interprétations soit garanti. Le pluralisme et l'indépendance des universités doivent donc une de ces garanties. Dans ces conditions, l'interprétation qui résultera des controverses doctrinales ne peut qu'être de meilleure qualité, puisqu'elle résulte de la confrontation d'arguments contraires qui, de toutes façons, sont toujours influencés par un idéal politique.

Néanmoins, les juristes sont généralement conduits à éviter tout discours trop ouvertement politisé. D'abord en raison du principe de neutralité du service public quand il s'agit d'enseignants. Car si ce principe est souple dans l'enseignement supérieur, cette souplesse comporte des limites. Ensuite et surtout parce qu'ils sont contraints d'utiliser des arguments juridiques, car s'ils prétendaient fonder leur analyse sur des idées politiques personnelles, leur discours ne serait pas écouté.

En revanche, il appartient aux représentants de la doctrine d'exposer leurs idées sur la Politique juridique, la Politique avec un grand P, c'est à dire la conception qu'ils préconisent pour la réalisation des objectifs politiques définis non pas par eux-mêmes, mais par le peuple ou par ses représentants. La détermination du contenu des règles ne doit évidemment pas relever du choix des juristes, mais des gouvernants contrôlés par les gouvernés. Par contre le rôle du juriste, technicien du droit constitutionnel, est d'indiquer quels seront les moyens les plus efficaces pour garantir le respect des règles déterminées par ou sous le contrôle du peuple souverain. Constatant une certaine tendance de la doctrine à prétendre que le régime parlementaire n'obéit à aucune règle préétablie, que ses règles varient selon les circonstances et les époques, le Professeur Burdeau s'en indignait : " C'est une



erreur. Les politiciens ont peut-être intérêt à ce qu'il n'y ait pas de règle, mais ce n'est pas aux juristes à leur ouvrir la voie " (62). Pourtant, " il paraît de plus en plus malséant de rappeler le viol des textes : ce serait une rigueur anachroniste et irréaliste " (63). Alors, soyons anachronistes et irréalistes.

La fonction du juriste quand il étudie ces règles est d'abord de dénoncer les supercheries par lesquelles les gouvernants (ou les pollueurs, ou les fraudeurs) prétendent qu'ils ne sont pas liés par les règles, ou affirment qu'elles les autorisent à se comporter comme ils le font. Puis ce rôle consiste à s'interroger sur ce qui détermine cette ineffectivité des règles, afin d'essayer de la réduire. Dans cette optique, il est non seulement possible, mais aussi souhaitable que la doctrine exprime ses idées critiques (64). On admettra avec le Professeur Rivero que " le juriste se doit de croire que la règle dont il est le gardien n'est pas le simple enregistrement des faits, alors qu'elle a pour raison d'être de les discipliner " (65). Il lui appartient de souligner les atteintes aux libertés que peut contenir telle loi dont on prétend qu'elle a pour but de les défendre, de démontrer que telle juridiction est peu soucieuse du respect des lois en matière de protection de l'environnement, ou, pour le constitutionnaliste, de démontrer que les gouvernants ou le Conseil constitutionnel abusent de leurs pouvoirs. Nous pensons avec François Luchaire que " le juriste a pour devoir de veiller à l'application du droit autant par ses écrits que par son enseignement; la suprématie de la norme constitutionnelle est un élément fondamental du droit et cela d'autant qu'en France cette norme concerne très directement la liberté de la personne humaine; c'est donc précisément lorsque la suprématie de la norme n'est pas suffisamment garantie que le juriste a l'obligation de la rappeler à ceux qui ont la charge de l'appliquer " (66). La doctrine est ainsi un contre-pouvoir indispensable au pluralisme démocratique. Si elle n'est pas là pour attirer l'attention des partis politiques et du peuple sur les atteintes au droit, qui remplira ce rôle ? On peut avoir deux attitudes face aux contre-pouvoirs. Certains veulent tenter de les étouffer. C'est généralement en vain. Il nous paraît plus judicieux, pour la garantie du pluralisme de la démocratie, d'admettre leur présence, mais à condition de garantir leur pluralisme, afin qu'ils se fassent contre-poids, et que l'interprétation dominante soit le résultat de la confrontation de leurs idées (67). Duguit ne s'élevait-il pas déjà contre " la tendance qui compte encore en France un certain nombre de représentants et qui est défendue par la grande majorité des juristes allemands, tendance d'après laquelle toute disposition régulièrement émanée de l'organe législatif d'un pays est une norme de droit devant laquelle je dois

(62) G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER, *Manuel de droit constitutionnel*, LGDJ, 1988, p. 133.

(63) J. PETOT conteste cette tendance, dans *Faut-il réviser la Constitution de 1958 ?*, RDP 1985, p. 1454.

(64) cf. C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, préc., p. 57.

(65) J. RIVERO, *Apologie pour les " faiseurs de système "*, préc., p. 9.

(66) F. LUCHAIRE, *De la méthode en droit constitutionnel*, RDP 1981, p. 282.

(67) Sans que cette conception s'applique spécialement à la doctrine, la théorie américaine des checks and balances fonctionne selon ce schéma : cf. Dick HOWARD, *La conception mécaniste de la Constitution*, Communication au colloque organisé par M. TROPER, AFSP, 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, 2-3-4 mars 1989.

m'incliner sans mot dire. S'il en est ainsi, l'étude du droit ne vaut pas une minute d'effort; elle est un pur travail de manoeuvre " ? (68).

En pratique, la doctrine ne se contente jamais de décrire les normes, de paraphraser les textes. Elle se soucie toujours de les resituer dans leur contexte, d'en expliquer l'efficacité ou l'inefficacité par rapport à l'objectif qui leur a été assigné. Jamais un juriste n'analyse un texte sans s'interroger sur sa raison d'être, ses lacunes et sa pratique. Ainsi, comme M. Jourdain (69), analyse-t-il la relativité de l'effectivité des normes. Seulement, il le fait souvent avec " mauvaise conscience ", car il sent bien que les éléments auxquels il doit faire appel pour expliquer cette relativité sont, pour certains du moins, extra-juridiques (facteurs sociologiques, économiques etc.). Et comme l'orthodoxie Kelsénienne interdit à la science du droit de s'interroger sur autre chose que sur le contenu des normes, le juriste a un sentiment partagé. Il se sent contraint de prendre ces éléments en compte, mais il pense qu'ainsi il sort de la science du droit. En fait, nous espérons " redonner bonne conscience à Monsieur Jourdain".

b) L'objet de la discipline du droit constitutionnel : améliorer l'efficacité de la technique constitutionnelle.



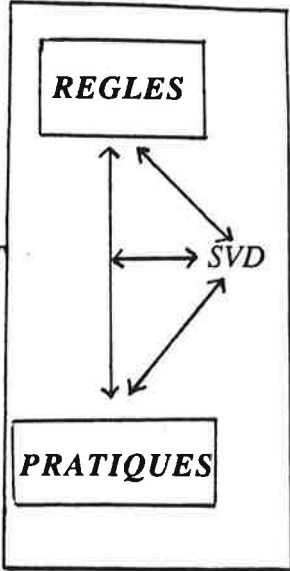
**182** Nous avons pu constater que Kelsen, en voulant enfermer la science du droit dans la description des normes valides, " interdit " au juriste de s'interroger sur l'effectivité des normes, sur les rapports entre les règles et la pratique qui en est faite. La théorie pure " veut rester une théorie et se borner à connaître son objet à l'exclusion de tout autre. Elle cherche à déterminer ce qu'est le droit et comment il se forme, sans se demander ce qu'il devrait être ou comment il devrait se former. Elle n'est pas une politique juridique, mais une science du droit " (70). Pour employer une image un peu simpliste, on pourrait dire que s'il s'agissait d'automobiles, cette science permettrait seulement de savoir ce qui est et ce qui n'est pas une automobile. Mais elle ne nous donnerait aucun indice sur la façon dont fonctionnent ces véhicules, sur ce qui détermine leur efficacité, sur ce qui permet de renforcer leur tenue de route ou leur rapidité. Si l'on posait la question de

---

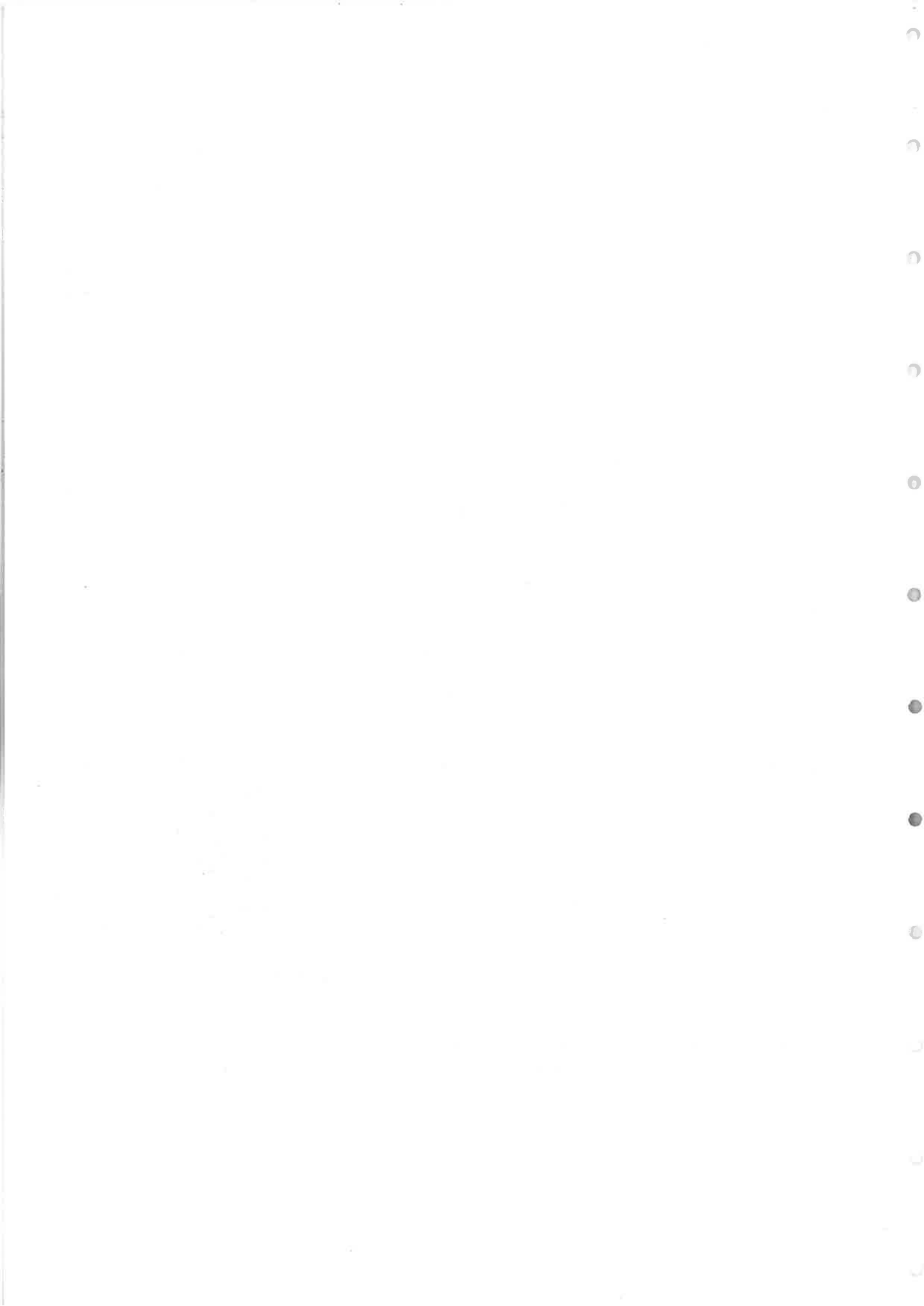
(68) L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3e ed., 1927, t. I, p. 175. Nous considérons, contrairement à Duguit, que si une loi est " en contradiction avec la conscience juridique d'une époque ", on ne doit pas pour autant la regarder comme n'étant pas valide, puisque nous adoptons une démarche formaliste. Par contre cet écart est une des variables qui va déterminer l'effectivité de la règle (cf. *infra*, Ch. II).

(69) Expression utilisée par F. MODERNE, à l'occasion d'un entretien personnel à l'occasion des cours de justice constitutionnelle d'Aix-en-Provence, juil. 1990, pour décrire l'attitude des juristes lorsqu'ils s'interrogent sur les raisons qui déterminent le respect des règles de droit.

(70) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1ère ed. Neuchâtel, 1953, p. 17.

<b>APPROCHE FORMALISTE</b>	<b>APPROCHE REALISTE</b>	<b>APPROCHE FORMALISTE-SYSTEMIQUE</b>
<p style="text-align: center;"><b>DROIT = REGLES</b></p> 	<p style="text-align: center;"><b>DROIT = PRATIQUES</b></p> 	<p style="text-align: center;"><b>DROIT =</b></p> 
<p><b>DROIT = règles, quelle que soit leur effectivité.</b></p> <p>L'effectivité ne conditionne pas la validité.</p> <p><b>SCIENCE DU DROIT = étude du contenu des règles de droit.</b></p>	<p><b>DROIT = Pratiques, quelles que soient les règles écrites, car les textes n'ont pas de sens en dehors de celui qui leur est conféré dans l'interprétation mise en oeuvre pour l'application (la règle est créée par celui qui l'applique, juge ou gouvernant).</b></p> <p>L'effectivité conditionne la validité.</p> <p><b>SCIENCE DU DROIT = description du contenu des décisions d'application.</b></p>	<p><b>DROIT = Règles + décisions d'application (par le juge ou par les gouvernants).</b></p> <p>L'effectivité ne conditionne pas la validité, mais contribue à expliquer la pratique.</p> <p><b>SCIENCE DU DROIT = Etude du contenu et du fonctionnement des règles de droit. Soit 1) analyse du contenu des règles et des pratiques. 2) détermination de leurs écarts éventuels. 3) explication de ces écarts, en particulier au regard de l'influence du système de variables déterminantes (SVD), dans le but de renforcer l'effectivité des règles.</b></p>

*Nota bene* : On entend ici par " règles " les règles écrites, et interprétées en recherchant la volonté du rédacteur, et par " pratiques " les règles telles qu'elles sont appliquées par les juges ou les gouvernants, et interprétées dans le sens qui leur est conféré lors de cette application.



savoir pourquoi, certains jours, une voiture fait un tête à queue à chaque virage, on répondrait, dans une optique strictement positiviste, que cela n'est pas un problème qui entre dans l'objet de cette science. La seule réponse serait qu'il s'agit bien (ou qu'il ne s'agit pas) d'une automobile, puisqu'elle a été reconnue comme telle par tel juge en application des critères définis par une norme supérieure. Dans une optique réaliste, la réponse serait que seule compte la pratique observable, à savoir le fait que cette voiture sort de la route à chaque virage. On ne pourrait pas rechercher les moyens de lutter contre cet inconvénient sans agir sur l'objet de la connaissance, donc sans cesser de faire de la science. Toute démarche consistant à prescrire des remèdes ne serait pas descriptive, donc sortirait du domaine de l'étude. S'il s'agissait d'un malade, dans une conception objective de la science, le médecin devrait, au mieux, faire un diagnostic, constater qu'il est atteint par une maladie, mais ne pourrait s'interroger sur les causes de ce mal, ni sur les moyens de le soigner de peur d'avoir une attitude prescriptive.

Or, si l'on admet avec le Professeur Amselek que les règles sont des outils (71), ce qui intéresse la science du droit n'est pas seulement d'identifier ces outils, mais de savoir comment ils fonctionnent, et comment on peut renforcer leur efficacité. Cela contraint le juriste à s'interroger sur les conditions qui permettent à une norme d'être effective ou non. Si la voiture sort de la route à chaque virage, je n'apprends rien en sachant qu'il s'agit ou non d'une voiture. Par contre, je pourrai améliorer son efficacité si je commence par m'interroger sur les causes de ces sorties de route. Pourquoi le véhicule quitte-t-il la chaussée ? Est-ce parce que je conduis trop vite ? parce que la chaussée est mouillée ? parce que la route est mal faite ? Parce que mes pneus sont inadaptés ? Parce que la direction de mon véhicule est trop dure ? Pour une autre raison, ou encore pour plusieurs de ces raisons à la fois ?

Pourquoi la Constitution était-elle aussi largement ignorée jusqu'en 1986 ? En raison de la popularité, du charisme et du pragmatisme du Général de Gaulle et de ses successeurs, à cause surtout de la soumission de la majorité de l'Assemblée nationale au Président de la République, à cause de l'absence de contrôle de constitutionnalité des actes du chef de l'Etat etc... Comment s'explique l'effectivité plus grande de la Constitution durant la coexistence ? Par le fait que les règles juridiques sont surtout mobilisées en cas de conflit. Par l'opposition politique entre le Chef de l'Etat et la majorité parlementaire, par l'état de l'opinion publique, par l'intérêt des acteurs en présence, conditionné notamment par la proximité de l'élection présidentielle etc... Pourquoi cette effectivité n'a-t-elle pas été totale ? Tant de questions qui sortent de l'objet de la science du droit, aussi bien dans la conception Kelsénienne que dans la doctrine réaliste. Et pourtant nous avons constaté que dans l'optique Kelsénienne, l'effectivité conditionne la validité des normes. Si l'on se propose de considérer la science, ou au moins la connaissance

---

(71) P. AMSELEK, *Le droit, technique de direction publique des conduites humaines*, dans *Droits* n° 10, Définir le droit, 1, PUF, 1989, p. 8.

du droit constitutionnel comme l'étude du contenu et du fonctionnement des normes constitutionnelles, alors on pourra utilement rechercher quels sont les facteurs qui déterminent l'application de la Constitution dans le sens où ses rédacteurs entendaient officiellement qu'elle soit interprétée. Cette discipline sera peut-être en mesure de contribuer à l'amélioration de l'efficacité du droit constitutionnel. Pour mesurer cette effectivité, l'activité du juriste commencera évidemment par une analyse approfondie des textes et de la jurisprudence, mais elle ne devra pas se limiter à cela (72).

---

(72) Proposant de transférer la théorie des relations internationales de R. ARON au droit constitutionnel, Léon HAMON relève que dans cette optique, " les lois étudiées font partie de la connaissance du droit constitutionnel, mais elles portent plus particulièrement sur les mécanismes à l'oeuvre dans la formation et l'évolution des différents droits constitutionnels à partir des données sur lesquelles elles opèrent ces droits " (dans *Sur une notion en débat*, RDP 1984, p. 304. F. RANGEON rappelle que l'évaluation de l'effectivité de la règle de droit fait partie des missions traditionnelles de la doctrine (dans *Réflexions sur l'effectivité du droit, préc.*, p. 135).

## II CONCEVOIR LE DROIT CONSTITUTIONNEL COMME L'ETUDE DU CONTENU ET DU FONCTIONNEMENT DE LA CONSTITUTION

La problématique de la relativité de l'effectivité de la Constitution conduit à une remise en cause de la définition de la science du droit constitutionnel. Nous avons pu constater qu'une définition matérielle de la Constitution conduisait à des confusions, en particulier entre règle et pratique, et qu'il nous semblait donc préférable d'adopter une définition stricte, formelle de la Constitution. Par ce qu'il nous semble indispensable d'utiliser des concepts précis et rigoureux, nous entendrons par " Constitution " le texte constitutionnel lui-même. Quant au droit constitutionnel, il doit être défini en tant qu'objet de recherche, et en tant qu'activité de recherche.

En tant que corps de règles, on peut considérer avec le Doyen Favoreu que le droit constitutionnel est le droit de la Constitution. Ce droit est de plus en plus souvent sanctionné par un juge, mais il ne l'est pas toujours, puisque certaines interprétations du texte ne peuvent être soumises au Conseil constitutionnel (1). Aussi peut-on proposer de considérer que le droit constitutionnel est un ensemble comprenant le texte de la Constitution et les applications qui en sont faites par le Conseil constitutionnel et par les pouvoirs publics., et qui s'imposent au législateur ordinaire.

En tant que discipline dont ces règles sont l'objet, le droit constitutionnel peut être défini comme la *connaissance du contenu et du fonctionnement de la Constitution*. Cela signifie que cette discipline ne doit pas se limiter à la description du contenu de cet objet - le texte et ses interprétations - mais doit aussi analyser le

---

(1) L. FAVOREU, *Le Droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit*, RFDC, 1, 1990, p. 71 à 89. Par contre, dans la mesure où le Conseil constitutionnel n'a pas encore une compétence générale pour statuer sur l'interprétation de la Constitution, il nous semble un peu prématuré de définir le droit constitutionnel comme " le droit de la Constitution sanctionné par un juge ".

fonctionnement de cet objet, c'est à dire tous les phénomènes qui déterminent les relations entre ces deux éléments.

Nous verrons dans le chapitre suivant comment cette conception a été suggérée par la cohabitation, et comment on peut essayer d'en proposer une modélisation. Il s'agira seulement ici d'évoquer les principaux avantages et problèmes de cette remise en cause, non plus au plan épistémologique, mais à un niveau plus technique. Nous serons amenés dans un premier temps à constater que si la redéfinition du droit constitutionnel comme " l'étude du contenu et du fonctionnement de la Constitution " a l'avantage de résoudre le problème de l'articulation entre la conception matérielle et la conception formelle du droit constitutionnel, certaines difficultés doivent être surmontées au niveau de la distinction entre texte et interprétation du texte ( A ). Nous constaterons ensuite que cette redéfinition de l'objet du droit constitutionnel impose une réflexion sur la position de la discipline " droit constitutionnel " par rapport aux autres disciplines juridiques et par rapport aux autres sciences ( B ).

## **A PRESENTATION GENERALE ET DIFFICULTES MAJEURES CETTE REDEFINITION**

Au niveau de la technique juridique, la redéfinition de la science du droit constitutionnel ( 1 ) impose que l'on établisse une distinction claire et précise entre le texte de la Constitution et les diverses interprétations qui en seront faites ( 2 ).

### **1 ) Une définition comprehensive du droit constitutionnel.**

En l'état actuel des choses, aucune des définitions de leur discipline ne satisfait pleinement les constitutionnalistes. La définition matérielle ou la définition formelle qui sont actuellement admises comportent des inconvénients ( a ). A ce



niveau, la redéfinition que l'on propose permettra peut-être d'aborder différemment ces problèmes ( b ).

a ) L'opposition actuelle entre définition matérielle et définition formelle.

183 Selon la définition matérielle, le droit constitutionnel serait "l'ensemble des règles qui constituent la société politique, et son expression juridique qu'est l'Etat, c'est à dire l'ensemble des règles qui organisent le statut et les fonctions des gouvernants " (2). Mais tous les auteurs ne s'entendent pas sur cette définition. Duguit, par exemple, pensait que le droit administratif faisait partie du droit constitutionnel (3). La plupart des auteurs reconnaissent d'ailleurs qu'il n'y a pas de ligne de démarcation stricte entre le droit constitutionnel et le droit administratif (4). L'extension actuelle du contrôle de constitutionnalité des lois conduira à resserrer les liens entre ces matières, dont la séparation tient très largement à des considérations d'organisation pédagogique (5). Elle se traduira en fait par un renforcement de la suprématie de la Constitution par rapport à toutes les branches du droit interne, public comme privé (6). Aussi François Luchaire suggère-t-il que l'on adopte plutôt une définition formelle du droit constitutionnel.

Selon la conception formelle, " le droit constitutionnel est tout simplement le droit des constitutions, c'est à dire la discipline qui étudie les dispositions contenues dans les textes constitutionnels " (7). Notons ici qu'André Demichel définit ici l'objet de la science du droit constitutionnel, et cette science. Pour François Luchaire, la seule définition du droit constitutionnel qui présente un intérêt juridique est la définition formelle suivante : " le droit constitutionnel se compose (...) des normes dont la suprématie s'impose à tous (du moins dans l'ordre juridique interne français) y compris au législateur " (8). Observons que ces deux

(2) A. DEMICHEL, art. préc. M. PRELOT le définit comme l'ensemble des règles relatives aux " institutions grâce auxquelles l'autorité s'établit, se transmet ou s'exerce dans l'Etat " (*Lexique de termes jur.* Dalloz, 1990, p. 196). Cf. aussi les différentes définitions recensées par F. LUCHAIRE, dans *De la méthode en droit constitutionnel*, RDP 1981, p. 280.

(3) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, préc. .

(4) Cf. notamment LAFERRIERE (*Manuel de droit constitutionnel*, 1941, p. 8), qui estimait que l'objet du droit constitutionnel était " l'organisation politique de l'Etat ", tout en soulignant qu'il n'y a pas de démarcation nette entre cette matière et le droit administratif; et G. VEDEL, *Manuel de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, 2e tirage 1984, p. 4 à 7. Sur l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit administratif, cf. par ex. Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris, *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ-Montchrestien 1988, et B. GENEVOIS, *op. préc.*, p. 299 et s.

(5) Cf. G. VEDEL, *op. préc.*

(6) Cf. L. FAVOREU, *Le Droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit*, préc., p. 85 et s.

(7) A. DEMICHEL *Droit constitutionnel*, Enc. Universalis, 1980, vol. IV, p. 941 et s.

(8) F. LUCHAIRE, *De la méthode en droit constitutionnel*, préc., p. 281.

définitions formelles ne sont pas identiques. La première, en se limitant au texte de la Constitution, exclut la jurisprudence constitutionnelle; tandis que la seconde inclut cette jurisprudence dans le corps de règles qu'est le droit constitutionnel, puisqu'aux termes de l'article 62 de la Constitution les décisions du Conseil constitutionnel " s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ". Ainsi, les règles consacrées par le Conseil constitutionnel, par exemple le principe de continuité du service public, s'imposent à tous les pouvoirs publics, y compris au législateur, sans pourtant être incluses dans le texte de la Constitution. Il en résulte certaines " incertitudes de la notion de Constitution " entendue au sens formel (9).

Mais la plupart des auteurs reconnaissent que cette définition a l'inconvénient de ne pas prendre en compte les nombreuses dispositions juridiques qui ont une valeur infraconstitutionnelle et qui sont pourtant essentielles pour déterminer le fonctionnement de l'Etat, par exemple les règles relatives au mode de scrutin, ou à l'organisation des partis politiques etc... (10).

En tout état de cause, ce qui est frappant, c'est l'assimilation très fréquente de l'objet de la science du droit constitutionnel et de cette science elle-même (11). Mais cette confusion n'est pas surprenante dans la mesure où la conception Kelsénienne dominante réduit la science du droit à la description des normes valides.

La définition que nous proposons de la discipline du droit constitutionnel est susceptible d'apporter des éléments de réflexion à chacun de ces niveaux.

b) Avantages d'une nouvelle définition du droit constitutionnel.

**184** Dans la mesure où nous donnons de la Constitution une définition formelle, c'est à dire que nous entendons par là le texte de la Constitution, mais où nous considérons que la science du droit constitutionnel a aussi pour objet l'analyse du fonctionnement de cette norme, la science du droit constitutionnel pourra, sans sortir de son objet, s'intéresser aux dispositions infraconstitutionnelles qui agissent sur le fonctionnement des institutions. Ainsi, le droit en tant que corps de règles, et le droit en tant que discipline sont-ils nettement distingués. En tant que corps de

(9) Cf. S. RIALS, *Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Ve République*, RDP 1984, p. 587 à 606.

(10) *Idem.* F. LUCHAIRE propose, pour résoudre cette question, de distinguer entre normes constitutionnelles, qui ont seules la valeur, c'est à dire la suprématie constitutionnelle, pour elles c'est donc l'aspect formel qui compte ; et règles institutionnelles, qui sont matériellement relatives aux institutions, et qui peuvent avoir ou non valeur constitutionnelle. L'emploi de cette terminologie permettrait d'éviter d'ajouter une définition matérielle à la définition formelle du droit constitutionnel.

(11) Cette confusion est notamment dénoncée par C. ATIAS, *op. préc.*, p. 31 et s., et par L. FAVOREU, *Le Droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit, préc.*, p. 73.

dispositions juridiques, le droit constitutionnel comprend donc le texte de la Constitution, et les décisions d'application de cette norme qui s'imposent au législateur ordinaire. En tant que discipline, le droit constitutionnel comprend donc l'analyse, non seulement du contenu de ces dispositions, mais aussi de tous les facteurs qui expliquent leur fonctionnement. De plus, on peut ainsi définir rigoureusement l'objet de cette science, sans pour autant méconnaître l'analyse des éléments, juridiques et extra-juridiques qui déterminent son fonctionnement.

## **2 ) Difficultés relatives à l'identification et à l'interprétation des règles**

Après avoir envisagé les aspects épistémologiques de cette question, dans le paragraphe précédent, essayons de voir quels problèmes elle pose sur un plan plus technique. Nous avons constaté que si l'on veut être en mesure d'analyser l'effectivité de la Constitution, il est indispensable de distinguer entre la norme contenue dans le texte, et les applications qui sont faites de cette norme. Le premier problème est donc d'identifier d'une part la norme constitutionnelle ( a ) et d'autre part les applications de cette norme ( b ).

a ) Problèmes d'identification de la norme constitutionnelle et nécessité de rechercher les intentions du constituant.

**185** Si l'on admet, dans une optique formaliste, que le texte de la Constitution établit des normes, contient des normes, avant même d'être appliqué, encore faut-il être en mesure d'identifier ces normes. Dès lors que l'on refuse d'identifier par principe le sens de cette norme à celui qui est donné soit par le juge soit par les pouvoirs publics, deux difficultés majeures devront être sinon surmontées, du moins prises en compte. D'abord, les interprétations du sens de la norme constitutionnelle que l'on pourra proposer seront totalement dépourvues de force juridique, c'est à dire que, s'agissant d'interprétations doctrinales, ce seront seulement des " propositions ", et non des normes au sens Kelsénien, puisque leur respect ne devra pas, par principe, être assuré par les organes d'application du droit. Ensuite, justement parce qu'aucune autorité ne peut imposer effectivement ces interprétations, elles resteront toujours discutables. Ces obstacles sont tels qu'il serait peut-être plus sage de renoncer à une analyse qui aura des fondements aussi contestables. Et pourtant, nous estimons que l'intérêt pour la connaissance du droit, d'une analyse de la relativité de l'effectivité de la Constitution est tel qu'il convient

d'essayer, malgré ces problèmes, de continuer dans cette voie. Or on peut considérer que c'est possible, à condition de prendre en compte ces problèmes.

Bien conscient de faire un choix à ce niveau, nous avons proposé de considérer que le texte constitutionnel contient une norme, c'est à dire qu'il contient des propositions de " devoir être ". Le sens de ces propositions est souvent beaucoup plus clair qu'on ne le prétend parfois dans le but de justifier une interprétation très élastique du texte (12). Lorsqu'il est discutable, nous avons proposé, très classiquement, que l'on se réfère à l'intention du constituant pour l'interpréter, car nous pensons que cette solution est la seule qui permette d'assurer la sécurité juridique indispensable à une démocratie (13). En effet, si l'on ne renonce pas à l'idée de souveraineté du peuple, il est nécessaire que les règles appliquées soient celles auxquelles il a explicitement donné son adhésion par le référendum du 4 octobre 1958, et non celles qui ont été élaborées ou qui pourront être élaborées par les gouvernants ou par des juges. Que la pratique soit différente, c'est indéniable, mais c'est justement cet écart entre le principe, entre la règle et la pratique qu'il nous faut analyser. Pour reprendre l'exemple de la convocation du Parlement en session extraordinaire, nous avons pu constater dans le livre premier qu'au moment de l'adoption de la Constitution, les rédacteurs du texte considéraient que l' " indicatif vaut impératif " - y compris le général de Gaulle - et que le régime de la Ve République était un régime parlementaire, si bien que les compétences formellement attribuées au Président de la République, mais soumises au contreseing ministériel, étaient en réalité attribuées au Premier ministre seul responsable politiquement, le Président de la République ayant seulement ici un rôle de notaire. Il était donc clair que, dans ce système d'interprétation, la compétence présidentielle était liée. C'est donc cette conception de la règle constitutionnelle que le peuple a adoptée par référendum. Telle est, à notre point de vue, la norme contenue dans la Constitution. Mais son effectivité a été variable. Elle a été faible lorsque le Général de Gaulle et M. Mitterrand ont affirmé qu'il s'agissait d'un pouvoir discrétionnaire du Président de la République. Elle a été plus forte lorsque

---

(12) Pour une critique de la notion de sens clair, cf. J.J. BIENVENU, *Les idées de Charles EISENMANN en matière d'interprétation juridique*, dans P. AMSELEK (dir.), *La pensée de Charles EISENMANN*, Economica, PUAM, 1986, p. 69 (L'auteur critique le fait qu'Eisenmann admette les conceptions classiques de sens clair et obscur des textes); et cf. M. Van de KERCHOVE, *La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique*, dans *L'interprétation en droit*, préc., p. 13 à 50; et A. JEAMMAUD, *La règle de droit comme modèle*, préc., p. 16, pour qui " l'affirmation du " sens clair " d'une texte normatif tient du mythe ou, au mieux, de l'argument à l'appui d'une lecture déterminée que l'on entend faire prévaloir. il faut au moins reconnaître la " texture ouverte du droit ", c'est-à-dire adopter un point de vue moyen entre un " formalisme " (optimiste) postulant l'univocité des énoncés normatifs et le scepticisme à l'égard des règles professé par certains courants réalistes ".

(13) Et cela même si nous convenons volontiers que ce type d'interprétation n'est pas toujours à l'abri de toute critique (pour une approche critique de la jurisprudence de la Cour de Cassation belge à ce niveau, cf. Ph. GERARD, *Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur*, dans M. Van de KERCHOVE, *L'interprétation en droit*, Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1978, p. 51 à 96.

M. Valéry Giscard d'Estaing a accepté de convoquer le Parlement tout en déclarant qu'il n'était pas favorable à cette session extraordinaire (14).

Nous pensons donc que cette norme constitutionnelle est valide, malgré la variabilité de son effectivité. Mais nous sommes bien conscient du fait que notre interprétation n'a elle-même aucune valeur juridique (au sens Kelsénien), ce n'est qu'une proposition. Elle est discutable. Mais toute interprétation juridique n'est-elle pas discutable ? Nous sommes convaincu qu'un juriste habile peut arriver à faire dire à un texte autre chose que ce qu'il dispose, s'il s'écarte des intentions des auteurs du texte. Les controverses qui ont eu lieu en 1961 sur cette question de la convocation du Parlement ont été très significatives à cet égard.

Aussi pensons-nous que s'il n'existe pas toujours, dans l'absolu, de sens clair des textes, une analyse faite de bonne foi, et guidée par des principes rigoureux permet le plus souvent d'arriver à une interprétation raisonnable du texte. Et il faut rappeler que si le mythe du sens clair des textes est contestable, le mythe de l'obscurité de la Constitution est bien plus contestable et bien plus dangereux encore. Le droit ne peut avoir la précision des sciences exactes, et il est donc des cas où l'on doit rechercher non pas une vérité pure qui n'existe pas, mais une interprétation aussi rigoureuse et raisonnable que possible, guidée par des principes qui doivent permettre de respecter, autant que faire se peut, la volonté du peuple dont on doit garantir la souveraineté. Certains ne manqueront pas d'objecter que la volonté du Constituant qu'est le peuple, d'une part est difficile à interpréter, et d'autre part est largement fictive. On reconnaîtra que ces arguments sont importants, mais là encore, il n'existe pas de vérité, et l'on doit faire un choix, sinon entre la peste et le choléra, du moins entre deux solutions qui sont l'une et l'autre discutables. Le critère du choix sera donc, une nouvelle fois, le " but du jeu ", c'est à dire la fonction du droit constitutionnel dans une démocratie pluraliste.

Lorsque, en 1987, paraît le premier volume des travaux préparatoires, François Luchaire prend soin de préciser que " de telles intentions ne peuvent avoir valeur contraignante pour ceux qui appliquent et interprètent la Constitution; d'abord, avec la procédure du référendum, ce sont les citoyens qui décident et il n'est pas possible de déterminer leurs raisons précises; ensuite, lorsqu'un texte est une oeuvre collective, ses auteurs peuvent accepter la même disposition mais avec des intentions différentes; enfin, si les textes demeurent, les intentions sont fonction des circonstances du moment et par conséquent changent, le code civil ne s'interprète pas aujourd'hui en fonction des préoccupations du législateur de 1804 " (15). Que la volonté du Constituant soit difficile à interpréter, on le concèdera

---

(14) Cf. *supra*, L. I.

(15) *Doc. Fr.*, DPS, vol. I, p. VIII. Cf. aussi du même auteur *De la méthode en droit constitutionnel*, RDP 1981, p. 317.

volontiers, mais il ne semble pas que l'on doive pour autant renoncer à la rechercher.

Il faut tout d'abord rappeler avec Pierre Avril que si le Gouvernement dirigé par le général de Gaulle est l'auteur du texte au sens littéraire, le véritable constituant, auteur au sens juridique, est le peuple (16). On a pu écrire qu'en fait le peuple avait surtout manifesté son approbation au Général en adoptant le référendum constitutionnel, que tout s'était passé entre cet homme et le peuple français (17), que les citoyens lui avaient véritablement signé " un chèque en blanc " (18). D'ailleurs, le général de Gaulle n'affirmait-il pas qu'il était lui-même " le principal auteur de la Constitution " ? (19). Cette appréciation mérite d'être nuancée. Rappelons en premier lieu qu'il est toujours très difficile d'interpréter la volonté du peuple, et que, à défaut de disposer de meilleurs moyens d'analyse de la volonté du peuple exprimée officiellement, on est contraint de la considérer comme étant unique et cohérente, alors qu'elle n'est que l'expression d'une majorité de citoyens dont les intentions et la volonté s'expliquent par des facteurs multiples (20). Mais si l'on renonce à cette fiction on ne pourra plus interpréter aucun résultat de consultation populaire comme exprimant la volonté des citoyens, et il se trouve que l'on ne connaît pas actuellement d'autre moyen d'expression de la volonté du peuple et donc d'exercice de la démocratie.

En second lieu, il est apparu clairement lors du colloque sur le XXXe anniversaire de la Constitution de 1958 que cette constitution n'était pas l'oeuvre personnelle du Général de Gaulle, comme on a trop souvent tendance à le croire, mais qu'il s'agissait véritablement d'un texte de compromis (21). Si l'adhésion des Français à la Constitution a été aussi large ce n'est pas seulement parce qu'ils espéraient voir le général régler la crise d'Algérie, mais aussi parce que la participation des représentants des principaux partis aux travaux préparatoires de la Constitution avait permis de les rassurer sur certains points (22) et de faire des compromis sur quelques dispositions de la Constitution. Or c'est largement parce que ces échanges de vues avaient permis de réduire les oppositions à la Constitution que le texte a recueilli une telle adhésion (23).

(16) P. AVRIL, *Le piano mécanique*, Mél. Léo. HAMON, Economica, 1982, p. 13 à 18. G. BACOT dénigre toute valeur juridique aux travaux préparatoires de la Constitution au motif que le peuple n'en avait pas connaissance (dans *Ni se soumettre, ni se démettre*, RPP Janv.-fév. 1978, p. 28).

(17) Raymond JANOT, qui reproche à Guy Mollet d'avoir cru que les rédacteurs du texte étaient de véritables constituants, cité par G. BERLIA, *L'élaboration et l'interprétation de la Constitution de 1958*, préc., p. 488.

(18) J. CHAPSAL, *La vie politique sous la Ve République*, PUF, Thémis, t. I, p. 50 à 55. Il estime que " pour les citoyens, la question n'est pas de savoir si les articles constitutionnels sont bons au mauvais mais si l'on est pour ou contre de Gaulle ".

(19) Le 11 avril 1969, il avança notamment cet argument pour justifier son interprétation de l'article 11.

(20) Cf. supra, n° 7 et 8.

(21) *Colloque AFC-AFSP*, Aix-en-Provence, 8-10 sept. 1988.

(22) On avait par exemple nettement souligné qu'il s'agissait bien d'un régime parlementaire, et que le Premier ministre n'était responsable que devant le Parlement, et non devant le Président de la République (cf. supra, L. I).

(23) En ce sens, cf. P. AVRIL, *Le piano mécanique*, préc., p. 18.

En troisième lieu, on conteste souvent le recours à l'intention du constituant en estimant que les Français ne connaissaient pas bien le texte pour lequel ils ont voté. Personne ne pourrait prétendre qu'en 1958 tous les Français qui ont participé au référendum avaient entièrement lu et compris le texte constitutionnel, avaient saisi toutes ses nuances et réglé tous les problèmes d'interprétation qu'il pouvait poser. C'est évident. Mais ceci est vrai pour de nombreux référendums, pour celui qui concernait le sort de la Nouvelle-Calédonie par exemple. En réalité, n'est-il pas toujours largement ainsi en droit ? Peut-on éviter cet écueil ? Qui oserait prétendre que chaque député connaît parfaitement toutes les dispositions de chaque loi qu'il vote et qu'il y adhère toujours pleinement ? Le fonctionnement du droit impose le recours à certaines fictions dont il faut être conscient, et que l'on ne peut pas éviter mais qu'il faut toujours chercher à réduire au maximum. On est donc contraint, pour interpréter un texte, de se référer aux intentions affichées de ses rédacteurs et aux débats auxquels ces idées ont donné lieu, car on doit présumer que c'est à la lumière de ces éléments que le peuple s'est prononcé. Pour la Constitution, il s'agira des travaux préparatoires et des déclarations faites par les hommes politiques durant l'élaboration de la Constitution, dont l'objet était d'éclairer son jugement sur le texte. Certains auteurs ont considéré que ces travaux préparatoires ne pouvaient être utilisés dans ce sens, car la Constitution avait été rédigée par le Gouvernement, non par une assemblée constituante. Il faut distinguer avec Pierre Avril entre les éléments dont le peuple avait connaissance au moment du vote, et ceux qu'il ignorait (24). Les premiers sont évidemment les plus importants. Or les seules intentions des rédacteurs dont le peuple français fût informé se limitaient à l'avis du Comité consultatif constitutionnel (25) et à l'exposé général des motifs contenu dans le discours prononcé le 28 septembre 1958 par le chef du Gouvernement (26). Néanmoins, nous ne concluons pas avec cet auteur qu'il faut dénier tout caractère pertinent aux autres travaux préparatoires, même s'ils n'avaient pas été publiés au moment du référendum. Car les représentants des partis qui avaient collaboré à ces travaux, et qui étaient en grande majorité des élus, en connaissaient le contenu, et ils avaient pu en informer les citoyens, et conseiller à leurs électeurs de se prononcer pour ou contre le texte en fonction des discussions qui avaient eu lieu lors de ces réunions. On admettra donc qu'il faut utiliser ces documents à la lumière de ces éléments, qu'ils sont plus difficiles à prendre en compte que les travaux d'une assemblée constituante, mais qu'ils restent cependant très utiles pour rechercher le sens du texte.

Enfin, on estime parfois que les Français d'aujourd'hui ne peuvent pas être liés par la volonté qui avait été exprimée par eux-mêmes - alors qu'ils ont pu changer d'avis - ou par d'autres citoyens trente ans auparavant. C'est indéniable, mais, là encore, on est contraint de recourir à une fiction, comme pour la plupart des actes juridiques. Il en est de même pour les lois, pour les traités, les actes

---

(24) P. AVRIL, *Le piano mécanique*, préc., p. 17.

(25) J.O. 20 août 1958.

(26) *Commentaires sur la Constitution du 4 oct. 1958*, NED n° 2530.

administratifs, les contrats etc... Le seul moyen d'éviter cet inconvénient serait de demander aux citoyens de se prononcer de manière expresse - et non implicite comme on a pu le prétendre - plusieurs fois sur leur Constitution (27).

Ainsi, la recherche du sens de la norme constitutionnelle dans l'intention du constituant est-elle difficile. Elle doit être effectuée avec prudence. Mais, pour autant, elle ne nous semble pas impossible. Observons d'ailleurs que le Conseil constitutionnel recourt parfois à la méthode historique, si chère à Savigny pour interpréter un texte dont le sens n'apparaît pas clairement (28). François Luchaire rapporte que, pour interpréter la Constitution de 1958, le Conseil constitutionnel a utilisé des lois ou même des propositions de lois antérieures à la Constitution, pour connaître le sens de certaines expressions juridiques dans l'intention des rédacteurs (29). Mais il constate que c'est le plus souvent dans les travaux préparatoires que l'on recherche l'intention des auteurs, tout en soulignant la prudence avec laquelle il faut utiliser ces documents (30). Il considère pourtant que " la jurisprudence est d'autant plus féconde qu'elle sait s'éloigner de la pensée originelle des auteurs d'un texte; à cet égard il faut constater que plus le temps passe et moins l'interprète se sent lié par les intentions de l'auteur du texte " (31). Le Conseil constitutionnel a pourtant explicitement mentionné les travaux préparatoires dans certaines décisions (32). Pierre Avril souligne cependant qu'il ne le fait que rarement, et qu'il serait gênant pour lui de leur accorder trop d'importance, puisque le commissaire du Gouvernement avait catégoriquement rejeté la valeur constitutionnelle du préambule, alors que le Conseil constitutionnel allait la consacrer. On pourrait objecter à cette argumentation que le Conseil constitutionnel peut très bien

---

(27) Mais cette solution serait elle-même difficilement applicable car si l'on veut aller jusqu'au bout de cette logique pour échapper à toute fiction, il faudrait se prononcer à nouveau sur le texte chaque fois que le nombre d'électeurs change !

(28) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, t. I, 1840, p. 250, cité par F. LUCHAIRE, *De la méthode en droit constitutionnel*, préc., p. 316.

(29) CC, 20 janv. 1961, p. 29, cité par F. LUCHAIRE, *art. Préc.*, p. 316.

(30) L'ancien membre du Conseil constitutionnel souligne qu'il est possible qu'une opinion soit émise dans une assemblée sans pour autant qu'elle exprime la volonté de la majorité. Par ailleurs, " l'opinion du rapporteur a plus d'autorité que celle d'un autre intervenant; quand le texte est d'origine gouvernementale les précisions apportées au Parlement par les représentants du Gouvernement sont également fort utiles pour comprendre l'intention du législateur " (*ibid.*, p. 317).

(31) *Id.*, p. 318.

(32) En 1960, Pierre AVRIL rappelle (*art. préc.*, p. 16) que le Conseil a fait allusion à l'intention des auteurs à propos du vote bloqué de l'article 44 al. 3 (décision n° 59.5 DC du 15 janvier 1960, note L. HAMON D., 1960, J. 351 et Cl. Frank, *Les grandes décisions de la jurisprudence, Droit constitutionnel*, PUF, 1978, p. 198), mais qu'il avait passé sous silence la référence à ces travaux invoquée par le recours des députés socialistes sur l'application de l'article 38 (Décision n° 76.72 DC du 12 janv. 1977, Chr. L. FAVOREU et L. PHILIP, RDP 1977, p. 471, et comm. Cl. FRANCK, *op. préc.*, p. 180, texte du recours dans D. MAUS, *La pratique institutionnelle de la Ve République*, Doc. Fr., 1978, p. 198). Pourtant, quelques mois plus tard, le Conseil se référait explicitement aux travaux préparatoires de la Constitution, à propos de l'article 40, dans sa décision n° 77.82, DC du 20 juillet 1977, chronique L. Philip, RDP, 1979, p. 482.



considérer, à l'instar du Conseil d'Etat (33), qu'un texte est clair - en particulier les dispositions de la Constitution relatives au préambule - pour éviter d'avoir à recourir aux travaux préparatoires, puisque l'on ne doit normalement rechercher les intentions des rédacteurs que lorsque le texte n'est pas clair (34). Lorsque le texte est clair, il n'est pas nécessaire de rechercher l'intention des auteurs, car elle ne pourrait pas s'imposer contre le texte, sauf cas exceptionnel (35).

Dans son allocution pour l'installation du comité chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, M. Robert Badinter déclara qu'il s'agissait de " combler une lacune historique, dont les origines sont difficiles à expliquer " (36). L'éminent juriste n'ignorait évidemment pas les reproches formulés pendant des années par la doctrine à l'encontre des gouvernants précédents, qui avaient toujours " négligé " de publier ces travaux. Pour Georges Berlia par exemple, il est clair que le fait de maintenir secrets les travaux préparatoires était essentiellement motivé par la volonté de rendre moins visibles les violations de la Constitution (37). On pouvait donc penser que la découverte de ces travaux allait être un élément important pour l'interprétation de la Constitution durant la coexistence. Or, nous serons amené à constater que durant la cohabitation les travaux préparatoires de la Constitution ont rarement été invoqués par la doctrine dans les controverses sur l'application de la Constitution, alors même qu'ils venaient juste d'être publiés. Mais il est vrai que les conclusions que l'on peut tirer de ces documents sont souvent tellement opposées à la pratique qui s'était imposée jusqu'en 1986 que l'on a parfois quelque difficulté à faire les rapprochements entre ces pratiques et les normes établies par la Constitution, dans le système d'interprétation qui était celui de 1958. Il est justement essentiel de bien distinguer entre règle et pratique si l'on veut pouvoir mesurer l'effectivité du texte.

(33) Le Conseil d'Etat est d'ailleurs un maître en la matière, puisqu'il a une certaine tendance à considérer que les dispositions des normes européennes sont claires pour éviter d'en demander l'interprétation par d'autres instances.

(34) P. AVRIL rappelle d'ailleurs cette règle d'interprétation, *art. préc.*, p. 15. : le juge ne peut recourir aux travaux préparatoires pour rechercher l'intention du législateur que lorsqu'il se trouve en présence d'une disposition dont le sens est obscur ou ambigu, voire lorsque l'application d'un texte clair aboutirait à " quelque absurdité ".

(35) Sur les méthodes d'interprétation en général, cf. M. VAN de KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit*, préc., et en particulier l'article de F. DELPEREE, *La Constitution et son interprétation*, qui souligne que l'interprétation d'un texte consiste à rechercher l'intention de ses auteurs, même si cette interprétation ne doit pas être figée, mais souple pour s'adapter aux évolutions.

(36) Le 22 oct. 1984 à l'Hôtel Matignon, cf. *Doc. Fr.*, DPS, vol. I, p. XV.

(37) En particulier par G. MOLLET, *Quinze ans après*, A. Michel, 1973 (ayant participé, comme ministre, au comité interministériel créé par le Général pour proposer le projet de Constitution, il tient à apporter son témoignage sur ce qu'était la volonté des rédacteurs du texte); et cf. G. BERLIA, *L'application de l'article 16 de la Constitution de 1958 et les rapports entre le Parlement et le Gouvernement*, RDP 1961, p. 1032 (il fait référence aux commentaires sur la Constitution publiés par la *Doc. Fr.* en 1959 pour interpréter l'art. 16), et surtout, du même auteur *Les travaux préparatoires de la Constitution*, RDP 1967, p. 1190-1200 (où il analyse les réponses faites par les Premiers ministres aux députés à propos de la publication de ces travaux), et *L'élaboration et l'interprétation de la Constitution de 1958*, RDP 1973, p. 485-495.

b) Les applications de la Constitution, interprétation authentique et " interprétation d'autorité ".

186 " Les institutions nouvelles sont en place. Du sommet de l'Etat, comment vais-je les façonner ? Dans une large mesure, il m'appartient de le faire...." (38). La propension du général de Gaulle à " prendre le texte de la Constitution pour une boule de pâte à modeler " a sans doute largement contribué à la confusion largement admise aujourd'hui entre règle et pratique (39). Ainsi, pour Pierre Avril, l'interprétation gaullienne de la Constitution est aujourd'hui incorporée au droit positif, même si l'auteur reconnaît que " l'interprétation sous-jacente aux décisions faisant application des textes n'a pas d'autorité juridique au-delà du cas d'espèce, et (si) elle est sans rapport avec celle qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel " (40).

Cette vision a trouvé sa légitimation juridique dans l'interprétation réaliste (41), aux termes de laquelle le texte de la Constitution ne contient pas de normes, mais seulement des mots, la norme devant être créée par les organes d'application du droit (42). Il est donc tout à fait normal, dans cette optique, que le Président de la République crée des normes constitutionnelles, puisqu'il n'est pas lié par le sens du texte. Et si l'on demande aujourd'hui à des étudiants de faire un commentaire de la conférence de presse du 31 janvier 1964, ils expliquent sans état d'âme apparent que le Président de la République pouvant, aux termes de l'article 5 de la Constitution, délivrer une interprétation authentique du texte qui n'est pas susceptible d'être contestée, seule compte cette interprétation, tout le reste n'étant que bavardage. Les plus savants n'hésiteront d'ailleurs pas à en appeler à Carl Schmitt pour justifier une telle conception du rôle de " gardien " de la Constitution. Nous opposant radicalement à cette conception, parce que nous considérons qu'elle ne correspond pas à la réalité et qu'elle est dangereuse pour la démocratie, nous estimons au contraire qu'il est capital de distinguer entre règle et pratique, entre norme et application de la norme pour pouvoir analyser leurs rapports (43). Il

(38) De GAULLE, *Mémoires d'Espoir*, I, p. 282.

(39) En ce sens, cf. notamment Y. MENY, *Les conventions de la Constitution*, Pouvoirs n° 50, 1989, p. 53 à 68, pour cet auteur, " opposer texte et pratique n'a pas grand sens : l'un et l'autre sont la Constitution réelle " (p. 67).

(40) P. AVRIL, *De Gaulle interprète de la Constitution, une paradoxale leçon de droit constitutionnel*, communication au colloque de l'institut Charles de Gaulle, automne 1990.

(41) Bien que ce ne soit pas l'objet de cette interprétation, mais plutôt sa conséquence.

(42) Cf. M. TROPER, *La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel*, RDP 1984, p. 267, et du même auteur *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, Mél. EISENMANN, p. 133 à 151. Cf. Supra, l'analyse réaliste.

(43) Sur la notion d'application, cf. A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Thèse, Lyon III, 1975, p. 251 et s., et P. AMSELEK, qui entend ce terme au sens large et usuel " d'observance des normes juridiques, d'acte de mise en oeuvre, - de mise en pratique - de leurs prescriptions (dans *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, RDP 1983, p. 1476).

convient ensuite de distinguer entre les différentes applications de la norme, pour éviter la confusion généralement faite entre les diverses interprétations dites authentiques.

En analysant la norme comme un modèle, et dans une optique réaliste, quoique très différente de celle que nous avons évoquée dans les pages précédentes, Antoine Jeammaud distingue clairement entre la règle et les applications de cette règle. " S'il paraît opportun de tenir pour synonymes les expressions " règle de droit " et " norme juridique ", il ne faut pas méconnaître, en revanche, la distinction essentielle des *règles* et des *décisions* " (44). Il observe que " s'il est préférable de ne pas suivre les auteurs qui conviennent de nommer " normes " le genre regroupant ces deux espèces, cette option terminologique pourrait toutefois se prévaloir d'une *partielle analogie d'usage* de la règle (ou norme) et de la décision " (45). En effet, la décision a des effets durables car " tant qu'elle n'a pas été mise à néant, il y a lieu de s'y référer pour déterminer la configuration ou la " valeur " juridique *de la situation qu'elle a pu toucher* " (par exemple pour savoir si tel acte privé ou public est valide ou a été annulé, ou quel est le titulaire de telle fonction...). " Son usage est alors analogue à celui d'une règle " (46). On doit pourtant nettement établir la différence entre règle et décision.

La décision " est certes un acte tendant à *modifier ponctuellement* la situation ou l'objet qu'elle affecte et *elle s'épuise dans cette intervention* " (47).

Au contraire, la règle, ou norme, " est une espèce de modèle : c'est de sa vocation à servir de référence afin de déterminer *comment les choses doivent-être* qu'un énoncé tire sa signification normative, et non d'un prétendu contenu prescriptif, prohibitif ou permissif d'une conduite " (48).

Or il semble que cette distinction soit bien souvent négligée en droit constitutionnel. Le paradigme Kelsénien est peut-être, une nouvelle fois, à l'origine de ce " blocage". Pour Kelsen, doivent être considérées comme " authentiques " les interprétations faites par les " organes d'application du droit ", c'est à dire les autorités publiques. Au contraire, les interprétations faites par les particuliers seraient dénuées de toute valeur par ce qu'il ne leur appartiendrait pas d'appliquer le droit mais seulement de lui obéir. Nous avons constaté avec le Professeur Amselek que " la position de Kelsen est tout à fait inconséquente sur tous ces points ", car il méconnaît le fait que " les autorités publiques se trouvent exactement dans la même situation " que les particuliers (49). En effet les décisions des uns comme des autres sont susceptibles d'être remises en cause par d'autres autorités ou par elles-mêmes.

(44) A. JEAMMAUD, *La règle de droit comme modèle*, D., 1990, (souligné par l'auteur), p. 3.

(45) *Id.* souligné par nous.

(46) *Id.* p. 4, souligné par nous.

(47) *Id.* p. 4, souligné par l'auteur puis par nous.

(48) *Id.*, p. 4, souligné par l'auteur.

(49) P. AMSELEK, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, p. 1474.

Et s'il existe des hypothèses où elles peuvent devenir définitives, cela peut être le cas aussi bien pour les décisions de particuliers que pour celles des autorités publiques. Au demeurant, la distinction Kelsénienne entre " application " du droit et " obéissance " au droit est discutable. Pour l'auteur de la théorie pure, " l'application du droit est ainsi ou la création d'une norme inférieure sur la base d'une norme supérieure, *ou la réalisation de l'acte de contrainte statué dans une norme* " (50). Or, Paul Amselek montre bien que dans ce dernier cas, manifestement on ne voit pas la différence entre " obéissance " et " application " : l'autorité publique " obéit " ici purement et simplement au droit (ainsi que, d'ailleurs, dans les cas de réglementation juridique d'autres activités publiques non normatrices); mais elle " obéit " aussi au droit, en définitive, dans les cas d'actes d'édition de normes juridiquement réglementés, lesquels sont également des actes matériels d'observance du droit comparables aux autres, accomplis dans l'espace et dans le temps " (51). Il paraîtrait donc logique de parler simplement d'application des règles dans l'un et l'autre cas, soit en considérant avec Paul Amselek que la pratique du droit peut modifier les règles qu'elle re-crée en permanence, mais dans les deux cas; soit, dans une optique formaliste, en niant dans les deux hypothèses toute modification de la norme par son application (52).

Il nous paraît donc essentiel de souligner que les autorités publiques sont, tout comme les particuliers, des sujets de droit. Tout comme eux, elles doivent obéir au droit, même quand il leur appartient également de créer des normes en application des règles supérieures. Dans ce dernier cas, elles créent de nouvelles normes, tout en devant respecter la norme supérieure. Nous considérons, contrairement à Michel Troper, que les organes d'application du droit ne recréent pas, pour autant, les normes supérieures.

La première distinction peut donc être opérée entre, d'une part, les règles constitutionnelles, c'est à dire les normes prescrites par le texte de la Constitution, et d'autre part les décisions d'application de la Constitution. Nous considérons que seules les premières sont de véritables règles, ou normes, les secondes n'étant que des décisions.

Parmi ces décisions d'application de la Constitution, il nous paraît indispensable de bien souligner la différence entre les décisions du juge et celles qui émanent des autres autorités. Que doit-on entendre par " *interprétation authentique*"?

---

(50) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e ed. 1962, p. 316, cité et souligné par P. AMSELEK, *art. préc.*, p. 1475.

(51) P. AMSELEK, *art. préc.*, p. 1475, note 6.

(52) P. AMSELEK, *art. préc.*, p. 1472 à 1476.

Pour Kelsen, " l'interprétation faite par l'organe d'application du droit a toujours caractère authentique : elle crée du droit ", qu'elle émane du juge ou d'autres autorités. Par cette interprétation, peut être créé du droit, qu'il s'agisse d'une interprétation à caractère général, ou en cas de création d'une norme individuelle, " dès lors que l'acte de cet organe ne peut plus être annulé, dès lors qu'il a acquis force de droit, et par exemple force de chose jugée " (53). Pierre Avril, pour sa part, se réfère à la définition de l'interprétation authentique en droit international estimant que doit être considérée comme telle " l'interprétation par l'auteur de l'acte lui-même " (54). Pour la Constitution de 1958, " bien que l'auteur juridique fût le peuple, le Général revendiquait cette qualité en prenant le terme dans son acception courante et en invoquant une espèce d'évidence " (55).

Michel Troper ne distingue pas non plus entre les interprétations faites par les juridictions et celles qui émanent de certaines autorités. Pour lui, " l'interprétation donnée par certains organes de l'ordre juridique présente un caractère authentique. On désigne par là le caractère d'une interprétation, qui ne peut être juridiquement contestée et qui est la seule à laquelle le droit positif attache des conséquences juridiques. Est ainsi authentique l'interprétation de la loi donnée par une Cour souveraine ou celle que donne de la Constitution un juge constitutionnel ou un chef d'Etat, dans les hypothèses où il n'existe pas de voie de recours contre ces actes " (56).

Si l'on admet volontiers cette définition pour les interprétations du Conseil constitutionnel (57), par contre elle nous paraît discutable pour les actes du chef de l'Etat. En premier lieu, on ne comprend pas très bien pourquoi le Président de la République bénéficierait ainsi d'une situation particulière. Il n'est en effet pas la seule autorité d'application de la Constitution dont certains actes ne sont pas susceptibles d'être juridiquement contestés. Si le Premier ministre, par exemple, refuse de contresigner un décret présidentiel, il ne fait guère de doute que le Conseil d'Etat estimera qu'il s'agit d'un acte de gouvernement, tout comme pour certains actes du chef de l'Etat. La seule voie de recours serait donc l'engagement de sa responsabilité politique, mais il ne s'agit pas d'une contestation juridictionnelle. Par ailleurs, on ne doit pas oublier qu'un recours devant la Haute Cour de justice est toujours possible contre le chef de l'Etat, comme contre les ministres. L'analyse des travaux préparatoires de la Constitution nous a montré qu'une telle procédure avait été prévue notamment pour les cas de violation de la Constitution. Ce n'est

(53) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e ed. préc., p. 461.

54 (54) Notons, à cet égard, le revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat pour l'interprétation des traités internationaux, *C.E. Ass*, 29 juin 1990, *G.I.S.T.I.*, *AJDA* 1990, p. 621, concl. A. RONNY, n. G. TEBOUL. Alors qu'il se référerait toujours auparavant à l'interprétation gouvernementale, le Conseil d'Etat se déclare compétent pour trancher lui-même une difficulté sérieuse d'interprétation d'un engagement international. Ainsi se trouve encore réduit le domaine des actes de Gouvernement.

(55) P. AVRIL, *De Gaulle interprète de la Constitution*, préc., p. 5.

(56) M. TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie*, RFDC, 1, 1990, p. 36.

(57) Même si nous estimons que ces interprétations ne sont pas nécessairement conformes au texte de la Constitution, et peuvent toujours être critiquées par la doctrine (cf. *infra.*, paragraphe suivant).

pas parce que cette voie de recours n'a jamais été utilisée qu'elle n'existe pas (58). Ces actes ne sont donc pas tout à fait insusceptibles de recours.

Il nous semble donc important de distinguer entre d'une part, les interprétations authentiques de la Constitution, qui ne peuvent émaner que du Conseil constitutionnel, et d'autre part, les interprétations que les autres organes d'application de la Constitution peuvent imposer. Nous proposons de qualifier ces dernières d'interprétations " d'autorité ". Plusieurs éléments justifient, nous semble-t-il, une telle distinction.

Au niveau de la position de l'interprète par rapport à la règle à appliquer, le Conseil constitutionnel et les dirigeants du pouvoir exécutif se trouvent dans des situations totalement différentes. Le juge qui sera amené à appliquer la règle occupe une position de tiers par rapport au litige relatif à l'interprétation qui lui est soumis. Par contre, le Président de la République ou le Premier ministre qui applique la Constitution le fait tout d'abord en tant que *sujet* de cette règle. Il doit donc être soumis lui-même à la règle dont il prétend donner une interprétation authentique.

Au niveau du fondement juridique et des effets de ces interprétations, la situation n'est pas du tout la même dans les deux cas. Lorsque le Conseil constitutionnel applique la Constitution, aux termes de l'article 62 de celle-ci, sa décision s'impose à toutes les autorités administratives et juridictionnelles et n'est susceptible d'aucun recours. Aucune règle comparable n'existe pour les décisions du Président de la République ou du Premier ministre. Certains auteurs ont cru pouvoir considérer que l'article 5 donnait au Président de la République le pouvoir d'interpréter la Constitution. Mais nous avons considéré que cette conception était tout à fait contraire à la lettre du texte (59). Si la Constitution attribuait réellement un tel pouvoir au chef de l'Etat, il existerait en ce qui le concerne des dispositions comparables à celles de l'article 62. Puisque le Président de la République ne se voit pas conférer expressément un tel pouvoir d'interprétation par le texte de la Constitution, on ne saurait en aucun cas admettre que l'interprétation imposée en pratique par les gouvernants est une interprétation authentique. Il faut souligner que " les interprétations présidentielles ne sont décisives que si d'autres autorités veulent bien les accepter ", contrairement à ce qui se passe pour le respect des décisions du Conseil constitutionnel, qui est imposé à tous par le texte de la Constitution (60).

---

(58) Cf. *supra*, n° 118-119.

(59) Cf. *supra*, L. I. Notons de surcroît que certains auteurs estiment que pour être en mesure de saisir éventuellement le juge constitutionnel ou de faire appel à l'arbitrage du peuple, le Président de la République doit nécessairement interpréter la Constitution. Ce n'est guère contestable. Par contre, il faut savoir quelle autorité s'attache à cette interprétation. A notre point de vue, elle n'est pas supérieure à celle de l'interprétation faite par un préfet lorsqu'il doit apprécier la légalité des actes des collectivités locales pour savoir s'il saisira ou non le Tribunal administratif.

(60) G. CONAC, qui souligne que " la portée des interprétations présidentielles dépend plus du contexte politique que de leur force juridique ", *Commentaire de l'article 5 de la Constitution*, dans *La Constitution*

Lorsqu'un chef d'Etat ou un premier ministre impose, en pratique, son interprétation de la Constitution en l'appliquant, cette décision n'a pas plus de valeur authentique de celle d'un ministre ou d'un préfet qui prend une décision administrative. En dehors des conséquences découlant de la place de l'auteur de l'acte dans la hiérarchie administrative, la seule différence réside dans le fait que les recours contre les premiers de ces actes ne sont possibles que devant la Haute Cour, ou qu'ils peuvent être contestés par le déclenchement d'une crise politique. Mais il n'y a pas de différence de nature entre ces décisions. Si un préfet prend une décision, ce n'est pas parce qu'elle n'est pas contestée devant le tribunal administratif qu'elle est authentique. Elle est simplement considérée à priori comme valide. Tout comme les interprétations présidentielles doivent être regardées comme valides aussi longtemps qu'elles n'ont pas été contestées. Mais dans l'un et l'autre cas, cette interprétation ne crée aucune règle, n'établit aucun modèle qui devrait, juridiquement, être respecté par la suite. Qui prétendrait qu'un préfet qui fait une application illégale d'une loi ou d'un décret modifie la règle, et crée une règle nouvelle ? De même, les décisions d'application de la Constitution par les gouvernants s'épuisent dans le cas concerné, et ne lient personne pour l'avenir, pas même leur auteur.

Certains constitutionnalistes soulignent qu'il convient de distinguer entre différentes sortes d'interprétations présidentielles. En effet, certaines de ces interprétations se traduisent par des actes, alors que d'autres consistent seulement en des paroles (61). Mais on pourrait discuter du fait de savoir si les paroles présidentielles ne sont pas, dans certains cas, des actes. On distinguera donc avec Gérard Conac entre les interprétations présidentielles de type doctrinal et les interprétations à portée décisionnelle (62). Les premières sont seulement des expressions de la " doctrine " présidentielle, de la " vision " de la Constitution que le chef de l'Etat préconise. Elles ne concernent pas directement une application précise du texte. L'exemple typique en est la conférence de presse du 31 janvier 1964. Avant et pendant la cohabitation, le Président de la République a plusieurs fois prononcé des discours lui permettant d'exercer une " magistrature d'influence ", par exemple lorsqu'il a affirmé en janvier 1986 qu' " en cas de divergence

---

*de la République française*, Economica, 1987, p. 310. P. AVRIL reconnaît également que l'interprétation juridique strictement parlant appartient au seul Conseil constitutionnel, du fait des dispositions de l'article 62, alors que " la mission énoncée à l'article 5 relève de l'arbitrage politique " (dans *De Gaulle interprète de la Constitution, une paradoxale leçon de droit constitutionnel*, préc., p. 5). De même, pour Jean MASSOT, " il n'existe qu'une autorité habilitée à donner une interprétation motivée de la Constitution, c'est le Conseil constitutionnel (...) le président de la République ne peut interpréter la Constitution qu'en tant qu'acteur de la vie publique, au même titre que le Parlement votant la loi ou le gouvernement prenant un décret " (dans *L'arbitre et le capitaine*, Champs, Flammarion, 1987, p. 258). L. FAVOREU critique la situation de fait dans laquelle le Président de la République impose ses interprétations, estimant que " dans un Etat de Droit, seuls les juges doivent donner une interprétation authentique de la Constitution " (dans *La politique saisie par le Droit*, Economica, 1988, p. 112).

(61) P. ARDANT, *L'article 5 et la fonction présidentielle*, Pouvoirs, n° 41, 1987, p. 41-42. Sont ici considérés comme des actes présidentiels le refus de convocation du Parlement en session extraordinaire ou de signature des ordonnances.

(62) Cf. G. CONAC, *id.* p. 305.

d'interprétation, le Président tranche " (63). Ces interprétations n'ont aucune valeur juridique, même si elles peuvent avoir une influence sur l'interprétation du texte en ce qu'elles ont pour objet de renforcer la légitimité des pratiques présidentielles passées ou à venir. Les secondes s'expriment dans des décisions qui seront seulement considérées comme valides aussi longtemps qu'elles n'auront pas été annulées.

En droit constitutionnel, nous considérons donc que les seules interprétations authentiques de la Constitution sont celles qui sont exprimées dans les décisions du Conseil constitutionnel. Il nous paraît préférable de qualifier d' "*interprétations d'autorité* " les décisions, les applications de la Constitution par tous les organes officiels non juridictionnels. On suggère de les qualifier ainsi car les autorités administratives imposent leur respect, ce sont des décisions considérées comme valides, mais elles ne peuvent pas, pour autant, être regardées comme incontestables. Selon Michel Troper, la seule chose que l'on puisse dire d'une interprétation authentique est qu'elle est valide, car elle n'est pas susceptible d'être vraie ou fausse. Nul ne peut la contester efficacement, " d'une part parce qu'il n'existe pas d'interprétation standard à laquelle on pourrait la confronter, d'autre part parce qu'elle n'est pas annulable et produit des effets quel que soit son contenu " (64).

On peut pourtant objecter que la contestation d'interprétations contraires à la Constitution n'est pas toujours inefficace. Si elle provient des autres pouvoirs publics, et se traduit par une crise politique ou une accusation en Haute Cour, la validité de la décision pourra être remise en cause. Par ailleurs la contestation par la doctrine d'interprétations discutables peut être indirectement efficace, parce qu'elle permettra de limiter des violations de la Constitution.

Il reste en effet une différence majeure entre ces interprétations par les pouvoirs publics et les *interprétations doctrinales*, c'est que seules les premières se voient conférer une autorité juridique. Et pourtant, nous avons constaté que les interprétations proposées par la doctrine exerçaient une influence déterminante sur la pratique. Mais il s'agit d'une influence indirecte. La doctrine, contrairement au juge, ou aux autorités administratives, ne prend pas de décisions, elle émet, selon l'expression de Kelsen, des " propositions " qui ne s'imposent pas en elles-mêmes, elles ne sont pas directement considérées comme exécutoires.

---

(63) F. MITTERRAND, janvier 1986, cité par G. CONAC, *id.*, p. 304. Il réitéra cette déclaration en Juillet 1986 (même source, p. 319).

(64) M. TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie*, RFDC préc., p. 36.



Rappelons enfin que les interprétations dites authentiques ne sont pas nécessairement conformes au texte de la Constitution. Il est très possible que le juge constitutionnel rende une décision qui n'est pas du tout conforme à la Constitution. Aussi la dénomination d'interprétation authentique nous semble-t-elle peu adéquate, car elle laisse supposer la conformité de l'interprétation à la norme. Dès lors, il serait peut-être préférable de considérer que ce que Kelsen appelle les interprétations " authentiques " sont en fait les *interprétations officielles*, et qu'elles comprennent d'une part les *interprétations juridictionnelles* (qui se voient seules conférer une valeur authentique par la Constitution de 1958), et d'autre part les *interprétations " d'autorité "*, imposées en fait par les pouvoirs publics, mais dont la conformité à la Constitution n'a pas été vérifiée par le juge constitutionnel, et qui sont donc simplement regardées comme valides aussi longtemps qu'elles n'ont pas été annulées.. Ces interprétations officielles s'opposent aux *interprétations non officielles*, parmi lesquelles les interprétations doctrinales, qui n'ont aucune valeur juridique en ce qu'elles ne s'imposent pas directement aux pouvoirs publics.

Qu'il s'agisse d'interprétations juridictionnelles, d'interprétations " d'autorité ", ou d'interprétations doctrinales, nous estimons que ni les unes ni les autres ne modifient la règle qu'elles appliquent dans la décision qui les contient. Elles en imposent seulement une lecture qui s'imposera au cas de cette décision, mais n'a aucun effet normatif pour l'avenir. Sans doute, en pratique, le Conseil constitutionnel, bien qu'il ne soit pas lié par sa jurisprudence (contrairement à ce qui se passe dans les pays de droit anglo-saxon en application du principe de la "*stare decisis* "), a-t-il tendance à élaborer une jurisprudence assez stable parce que cela permet de renforcer d'une part la sécurité juridique, et d'autre part la force de ses décisions. Mais ses interprétations ne modifient pas pour autant le sens de la Constitution elle-même, elles n'en sont que des applications, dont l'effet est limité à celui de la décision.

De même, les interprétations présidentielles créent-elles des précédents qui auront une influence psychologique et politique importante pour déterminer les interprétations futures, mais, juridiquement, elles ne modifient pas non plus le sens de la seule véritable règle qu'est le texte de la Constitution.

Nous essaierons, dans le chapitre suivant, de voir comment on peut analyser ces différentes applications de la Constitution et proposer une typologie des pratiques constitutionnelles. Nous constaterons aussi que les conflits pour se voir reconnaître la qualité d'interprète, et pour imposer une lecture de la règle sont un des éléments qui expliquent le " fonctionnement " de la Constitution.

On peut donc estimer que toutes les interprétations, quelles qu'elles soient, ont une influence sur la pratique du droit, directe ou indirecte selon les cas. En ce sens, elles modifient une partie du droit qu'est la pratique du droit, mais elles ne

modifie pas la norme constitutionnelle elle-même, c'est à dire la règle contenue dans le texte de la Constitution (65).

## **B NECESSITE DE RESITUER LE DROIT CONSTITUTIONNEL PAR RAPPORT AUX AUTRES DISCIPLINES JURIDIQUES ET PAR RAPPORT AUX AUTRES SCIENCES.**

Le dernier obstacle méthodologique majeur à l'étude de la relativité de l'effectivité de la Constitution réside dans le problème de la place de la connaissance du droit constitutionnel par rapport aux autres disciplines. Il est nécessaire de rappeler combien le cloisonnement entre les différentes activités ayant le droit pour objet et entre les sciences sociales est artificiel et relatif ( 1 ). A partir du moment où l'on admet que diverses disciplines ont un objet commun, la question de leurs frontières ne doit plus être posée en termes d'opposition, mais en termes de complémentarité ( 2 ).

### **1 ) Un cloisonnement artificiel.**

Bien qu'Olivier Duhamel et Jean-Luc Parodi aient parfaitement démontré la nécessité et l'intérêt d'une interrogation sur les rapports entre la Constitution telle qu'elle devait être pour ses fondateurs et ce qu'elle est devenue ou ce qu'elle pourrait devenir (66), on peut observer une certaine tendance des constitutionnalistes (et de peut-être surtout de certains politistes (67)) à considérer

---

(65) Certains auteurs soulignent que l'acte d'interprétation est un acte de création, quel que soit l'organe qui émet cette interprétation (doctrine ou autorités publiques) : cf. C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, préc., p. 40, et G. TIMSIT, *Science juridique et science politique selon Charles EISENMANN*, Dans P. AMSELEK (Dir.), *La pensée de Charles EISENMANN*, préc., p. 15 à 30.

(66) O. DUHAMEL et J.L. PARODI, *La Constitution de la Ve République*, préc., introduction.

(67) Cf. Les débats assez vifs entre politistes et constitutionnalistes lors du *1er Congrès national de l'AFC*, Strasbourg, sept. 1990, dans l'atelier " *Le Droit constitutionnel et les sciences sociales*". Le fait que cet atelier ait été celui qui a attiré le plus grand nombre de participants nous semble révélateur de l'acuité de cette question. Si certains auteurs, comme D. ROUSSEAU (cf. son rapport : *Simple exercice d'assouplissement intellectuel avant tout effort pour repenser les rapports entre droit constitutionnel et*

que ce type de question ne relève pas vraiment du droit constitutionnel, mais de la science politique, ou d'autres domaines. L'intitulé de la plupart des manuels de droit constitutionnel, qui s'explique par la détermination des programmes d'enseignement (68), est très révélateur de cette situation. " Institutions politiques et droit constitutionnel " ou " droit constitutionnel et science politique ", cette addition de qualificatifs révèle d'une part une vision étroite du droit ( a ), mais en même temps le sentiment que cette vision est trop étroite ( b ).

a ) Une vision étroite du droit constitutionnel.

187 Si l'on en croit Jèze, tout exposé théorique s'écartant du droit positif est un " monument d'orgueil et d'inutilité certaine " (69). En prouvant que les conceptions théoriques influent nettement sur la pratique du droit constitutionnel, la cohabitation a fort bien rappelé que si l'on représente parfois le droit par l'image d'un arbre composé de différentes branches, on ne peut pas isoler totalement l'une d'entre elles sans la priver de sève et donc sans la tuer. Les différentes disciplines du droit peuvent faire l'objet d'études spécialisées, mais ne peuvent en aucun cas être totalement isolées. On affirmera donc, contrairement au disciple de Duguit - qui s'écarte totalement des conceptions de son maître sur ce point (70) - qu'en prétendant isoler la théorie du droit positif de la réalité dans tous ses aspects, juridiques, politiques, économiques, sociologiques, historiques, voire biologiques, etc..., on ampute le droit, on en donne une vision partielle donc fautive. Qu'il faille observer l'objet que l'on analyse " au microscope ", c'est évident. Mais il faut aussi prendre le recul nécessaire pour le situer dans son contexte, comprendre sa raison d'être et son fonctionnement par rapport à sa finalité. Si la spécialisation des juristes entre les différentes activités ayant le droit pour objet et entre les différentes disciplines a un intérêt pédagogique et un intérêt scientifique certains, elle n'a ni pour objet ni pour conséquence d'isoler complètement ces matières (71). La plupart

---

*science politique*), démontrent la nécessité de mettre fin à ces querelles pour que politistes et juristes conduisent des recherches complémentaires, la définition très restrictive du droit constitutionnel (comme l'étude du contenu seulement des règles constitutionnelles) par certains politistes (comme D. GAXIE) pose problème car elle semblerait interdire aux juristes de s'interroger sur le fonctionnement des normes, car cette question relèverait exclusivement de la Science politique.

(68) La réforme des études de licence de 1954 a substitué à l'intitulé " droit constitutionnel " celui de " droit constitutionnel et institutions politiques ".

(69) JEZE, *Principes généraux du Droit administratif*, 2e ed., II, I, p. 19, cité par A. De LAUBADERE, *Les doyens Maurice HAURIOU et Léon Duguit*, 1968, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ 1980, t. 1 p. 24.

(70) Duguit s'était vivement opposé à cette conception, soulignant au contraire que le droit ainsi conçu n'était qu'un simple travail de manoeuvre ne valant pas une minute d'attention (*Traité de droit constitutionnel*, préc.).

(71) Pour des propositions de classification des activités consacrées au droit, cf. A. JEAMMAUD, *Epistémologie sommaire des activités prenant le droit pour objet*, CERCRID, St Etienne, qui distingue entre la dogmatique, qui est limitée à la description ordonnée et raisonnée des règles de droit, et qui correspond donc au travail de la doctrine dans la conception stricte du positivisme; la doctrine, qui

des juristes le reconnaissent, mais, par fidélité à la conception Kelsénienne de la science du droit pour certains, par crainte de s'égarer dans les terrains de recherche de la science politique pour les autres, refusent de considérer que l'analyse de tels éléments puisse être l'objet de la discipline qu'est droit constitutionnel (72). C'est peut-être l'une des raisons qui expliquent que l'analyse de la relativité de l'effectivité des règles ait été aussi peu développée. On observe en effet que les rares études qui abordent la question de l'effectivité sont situées dans le cadre d'analyses de science politique (73), de sociologie (74), ou de théorie du droit (75). Et lorsque les constitutionnalistes tentent, avec Olivier Duhamel d'aborder cette question, nombreux sont ceux pour lesquels on sort ainsi du " champ " du droit constitutionnel. Le professeur Pelloux n'expliquait-il pas que l'addition de l'étude de la science politique au droit devait permettre d'étudier " non plus seulement les dispositions juridiques relatives aux pouvoirs publics (mais de permettre) de rechercher comment, en fait, elles fonctionnent, ou ne fonctionnent pas " (76). Selon ces conceptions classiques, la science du droit constitutionnel doit donc se limiter à la description du contenu des normes, toutes les questions relatives au fonctionnement des règles constitutionnelles relevant de la science politique.

---

consiste à identifier les questions de droit, analyser les problèmes d'interprétation et proposer des réponses, voire des réformes; la théorie; la philosophie et la sociologie du droit. Mais il souligne également que l'on ne peut pas isoler totalement ces activités. Cf. aussi C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, préc., chap. II, qui distingue entre la forme incontestée de connaissance juridique qu'est la science juridique appliquée, et les formes vulnérables de connaissance juridique, que sont la science juridique fondamentale - ou théorie du droit -, la philosophie du droit, et l'épistémologie juridique. L'auteur souligne constamment l'influence de la théorie du droit sur le droit, et il ne les distingue que pour mieux démontrer leurs rapports.

(72) Cette attitude ne semble pourtant pas spécifique aux juristes, puisque lorsque J. TOUSCOZ analyse le principe d'effectivité dans l'ordre international, il précise en introduction que si, en droit international, " l'effectivité apparaît comme étant elle-même un élément constitutif du droit, elle est une notion proprement juridique ", par contre " l'étude du principe d'effectivité dans les ordres étatiques se situe nécessairement à un niveau différent; elle est d'ordre théorique ou philosophique " (...) " Les problèmes d'efficacité sont plutôt étudiés par le sociologue ou par le " political scientist ". Selon l'auteur, cette distinction serait justifiée par le fait qu'en droit interne, " la centralisation du pouvoir, l'existence d'une fonction exécutive, l'organisation de sanctions assurent normalement l'effectivité des ordres juridiques étatiques (alors que) l'ordre international ne dispose pas de ces techniques évoluées. C'est un droit encore primitif dans lequel les relations du fait et du droit posent un problème essentiel " (dans *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, LGDJ, 1964, p. 2 à 6).

(73) Cf. J. CHARLOT, *L'efficacité de la Constitution face aux crises*, dans O. DUHAMEL et J.L. PARODI, *La Constitution de la Ve République*, préc., p. 275 et s.

(74) Cf. J. CARBONNIER, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, *L'année sociologique* 1957-58, reproduit dans *Flexible droit*, LGDJ, 1983, p. 125 et s. : " L'ineffectivité est, autant que l'effectivité, un phénomène sociologique ".

(75) Cf. A. JEAMMAUD, *art. préc.*, et P. LASCOUMES et E. SERVERIN, *Théories et pratiques de l'effectivité du droit*, *Droit et Société* n° 2, 1986, p. 101-123.

(76) R. PELLOUX, *Tradition et invention dans l'enseignement du droit constitutionnel*, *Mél. TROTABAS*, LGDJ 1970, p. 394.

b) La conscience du caractère trop étroit de cette vision.

188 Tous les juristes sont bien conscients du fait que la conception Kelsénienne du droit ne permet pas de comprendre réellement ce qu'est le droit, et comment il fonctionne. Mais lorsqu'ils vont recourir à d'autres disciplines pour expliquer l'essence et le fonctionnement du droit, ils ont l'impression de s'écarter du domaine juridique, de " ne plus faire du droit ". D'éminents auteurs ont pourtant rappelé qu'il était indispensable pour le juriste d'analyser le droit non pas de manière totalement isolée, mais dans son contexte, en recourant, nécessairement, à des éléments d'étude faisant l'objet d'autres sciences (77). Mais le recours à ces données est souvent conçu en termes d'opposition, de concurrence.

La question des frontières entre le droit et la science politique a ainsi fait l'objet d'interminables controverses, qui demeurent encore très vives (78). Les spécialistes des sciences humaines voisines se comportent souvent de la même façon que les juristes à cet égard. Les politistes, comme les sociologues par exemple, tiennent à délimiter nettement les frontières de leur science et à distinguer leurs méthodes des celles des juristes (79). Il est normal que les conceptions et les méthodes diffèrent, mais ne pourrait-on pas analyser les rapports entre ces disciplines en termes de complémentarité plutôt que d'opposition ?

---

(77) Cf. par exemple G. BURDEAU, préface de son *Manuel de droit constitutionnel*, 1984, p. 6 : le droit constitutionnel est d'analyser le mouvement qui pousse les sociétés politiques à s'organiser selon un certain ordre." Mais c'est aussi, pour comprendre ce mouvement, connaître les forces qui le stimulent et les figures dans lesquelles il s'inscrit. Une telle entreprise exige évidemment qu'on élargisse le cadre de l'analyse au-delà du strict commentaire des textes. Mais elle n'implique pas cependant que l'on doive tenir pour périmé le point de vue du juriste ". G. VEDEL, *Le Doyen Maurice HAURIU et la science politique*, Annales de la faculté de droit de Toulouse, 1968, t. XVI, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ 1980, t. 1, p. 43-58. Cf. en particulier M. VIRALLY, *Le juriste et la science du droit*, RDP 1964, p. 605 et s. L'auteur montre qu'une interrogation sur une véritable " dynamique du droit " oblige à se poser la question de sa finalité, et celle de son ouverture ou de sa fermeture aux autres sciences sociales. Cf. G. .

(78) Cf. les discussions entre constitutionnalistes et politistes lors du *Congrès de l'AFC*, Strasbourg, sept. 1990, préc (note supra).

(79) Cf. M. MIAILLE, *Le droit constitutionnel et les sciences sociales*, RDP 1974, p. 276-297, qui souligne bien les difficultés d'identification et de coordination de ces disciplines; Sur les rapports entre le droit et la sociologie, cf. notamment J. CARBONNIER, *Sociologie du droit*, Enc. Universalis, 1980, vol. 5, p. 811 et s. : " la différence capitale tient en ceci que la sociologie du droit étudie le droit comme une chose (plus précisément les phénomènes juridiques comme des choses), tandis que le juriste dogmatique étudie le droit comme son droit ", le juriste dogmatique est " dans le système ", le sociologue l'observe au contraire du dehors. Cf. aussi C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, préc., p. 60; M. VIRALLY, *Le juriste et la science du droit*, RDP 1964, p. 605 à 610 surtout. Sur les frontières entre le droit et la science politique, cf. notamment G. TIMSIT, *Science juridique et science politique selon Charles EISENMANN*, dans P. AMSELEK (dir.), *La pensée de Ch. EISENMANN*, PUAM, Economica 1986, p. 5 à 30. Sur l'objet de la science politique, cf. P. FAVRE, *La question de l'objet de la science politique a-t-elle un sens ?*, Mél. R. PELLOUX, L'Hermès, Lyon, 1980, p. 123 à 141. Sur l'objet et sur la nécessaire neutralité de la science politique, cf. J.L. LOUBET DEL BAYLE, *De la science politique*, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Tome XXXVII, 1989, p. 95 à 121.

2) De la reconnaissance d'un objet commun à la réflexion sur les rapports du droit avec les autres sciences.

Si l'on admet que le droit est une technique, et l'étude du droit la connaissance d'une technique, on concevra aisément que cette discipline puisse utiliser des données fournies par d'autres sciences ( a ) sans pour autant perdre sa raison d'être et sa spécificité ( b ).

a) Un regard différent sur un objet commun.

189 Lorsque, à l'issue de la cohabitation, certains constitutionnalistes évoquent la nécessité d'une étude de l'efficacité des constitutions, le problème se pose très rapidement de savoir comment le droit constitutionnel peut permettre d'aborder cette question. Ainsi Dominique Rousseau observe-t-il que l'explication par le texte conduit à ignorer les conditions sociales de son efficacité, tandis que l'explication par la pratique aboutit à nier l'efficacité propre du texte. Pour lui, " penser avec le maximum de rigueur l'institution présidentielle impose de prendre en compte ce que les deux approches, internaliste, et externaliste, ignorent : les conditions sociales de l'efficacité du texte constitutionnel et l'efficacité propre de celui-ci (...) (80). De même, s'interrogeant sur la part respective du hasard et de la nécessité dans les Constitutions françaises, le Doyen Vedel suggère-t-il que les politistes et les juristes mettent en commun le programme d'études suivant : " rechercher quels sont les paramètres et quelles sont les variables qui entrent en jeu pour assurer à la règle de droit tel ou tel degré d'efficacité; ensuite et surtout quelles méthodes de prévision peuvent être employées pour resserrer la marge d'indétermination qui affecte la réalisation, à travers les contraintes juridiques, de l'effet délibérément recherché " (81).

Si les juristes, sociologues, politologues etc... reconnaissent ainsi qu'ils ont un objet d'étude commun, à savoir l'étude de l'efficacité des règles juridiques, leurs analyses seront complémentaires, mais leurs regards ne seront pas pour autant

---

(80) D. ROUSSEAU, *Conjonctures, constitution et image présidentielle de François Mitterrand*, Rapport au congrès nationale de l'AFSP, Bordeaux, 5-8 oct. 1988, p. 3. Cf. également son rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990, Atelier sur " Le droit constitutionnel et les sciences sociales ", *préc.*

(81) G. VEDEL, *Le hasard et la nécessité*, Pouvoirs n° 50, 1989, p. 30.

identiques (82). Ceux qui ont une approche avant tout sociologique chercheront avec F. Rangeon à analyser tous les effets du droit, dans une optique non normativiste (83), et ils s'interrogeront avec Pierre Bourdieu et Max Weber sur les conditions requises pour qu'une règle de droit soit efficace (84). Les juristes pourront utiliser leurs analyses, et se poser les mêmes questions, mais sous un angle souvent différent, parce que leurs études seront plus axées sur le contenu de la norme par rapport à ses pratiques. Mais c'est surtout la finalité de ces diverses analyses qui est différente. L'objet du juriste en tant que technicien du droit étant d'améliorer l'efficacité de cet outil, dans le but défini par le peuple souverain aux termes de la Constitution.

Dans ces conditions, le droit constitutionnel peut très bien être consacré à l'étude du contenu *et du fonctionnement* des constitutions, sans pour autant perdre sa spécificité et sa raison d'être.

b ) Une indispensable complémentarité.

**190** Vouloir isoler totalement le droit constitutionnel des matières dont il doit se servir pour analyser le contenu et le fonctionnement de la Constitution serait à peu près aussi cohérent que de prétendre démontrer l'indépendance de la médecine par rapport à l'anatomie, la physiologie, la chimie, la biologie etc...

Dans l'un et l'autre cas on se trouve en présence de sciences qui doivent recourir aux connaissances d'autres sciences sans pour autant pouvoir prétendre les absorber ou en être totalement isolées. L'étude de la chimie est indispensable en médecine, mais toute la médecine ne se réduit pas à la chimie, pas plus que toute la chimie ne se réduit à la médecine. Ces sciences ont des domaines d'étude communs. Il en est de même entre le droit et la science politique, l'histoire,

---

(82) Nous admettrons avec M. VIRALLY que " nous sommes entièrement d'accord avec Kelsen pour considérer comme désastreuse toute confusion des genres et des méthodes. Mais nous ne croyons pas acceptable un découpage de l' " objet juridique " en tranches bien séparées et que se répartiraient des disciplines différentes. Il est bien vrai que le juriste, le sociologue, le psychologue ne s'intéresseront pas aux mêmes aspects du phénomène juridique (ou, plus exactement, centreront leurs intérêts de façon différente) mais, finalement, il s'agit bien, pour les uns comme pour les autres, du même phénomène juridique et il faut bien le reconnaître et le définir. (...) En un mot, l'apport du juriste est de rendre possible et de faciliter la collaboration entre toutes les sciences intéressées par le phénomène juridique, sans jamais tenter de se substituer à elles, mais en leur fournissant les définitions de départ. La position de Kelsen nous paraît, au contraire, avoir pour résultat de transformer en rideau de fer la frontière entre la science " normative " du droit et les sciences " causales " du droit (...). Du même coup, il nous semble laisser échapper des éléments essentiels à la construction d'une théorie générale du droit, au sens où lui-même l'a conçue " (dans *Le juriste et la science du droit*, RDP 1964, p. 607-608, note 19).

(83) Cf. F. RANGEON, *art. préc.*, dans D. LOCHAK, *Les usages sociaux du droit, préc.*,

(84) Cf. P. BOURDIEU, *La Force du droit*, Actes de la recherche, n° 645, sept. 1986, p. 3 et s., et *Habitus, code et codification*. Il rappelle la formule de Max WEBER selon laquelle " les agents sociaux obéissent à la règle quand l'intérêt à lui obéir l'emporte sur l'intérêt à lui désobéir ", et estime que cette formule " est intéressante parce qu'elle rappelle que la règle n'est pas automatiquement efficace par soi seule et qu'elle oblige à se demander à quelle condition une règle peut être efficace " (*ibid.*, p. 40).

l'économie, la sociologie etc... Chacune de ces sciences constitue un ensemble distinct des autres. Les objets communs à ces diverses sciences constituent des champs d'intersection entre ces ensembles. Ainsi la sociologie juridique est-elle un domaine d'intersection entre la sociologie et le droit. Ni les sociologues, ni les juristes ne peuvent prétendre exercer un monopole sur cet objet, ce serait absurde. Il serait tout aussi absurde que les uns ou les autres rejettent cet objet de leur domaine d'étude sous prétexte qu'il ne leur est pas spécifique. Tous les spécialistes de ces sciences doivent au contraire tirer les plus grands bénéfices de la complémentarité de leurs conceptions et de leurs méthodes pour pouvoir saisir, dans ses différents aspects, le phénomène du droit constitutionnel. S'interrogeant sur la pertinence de la question de la définition de l'objet de la science politique, Pierre Favre constate que si l'on compare ce problème à celui des sciences de la nature, on peut faire trois constatations. Tout d'abord, la question de l'objet de ces sciences n'est pas un problème qui intéresse les spécialistes de ces matières. Ensuite, " le même objet est fréquemment étudié par plusieurs sciences et aucune ne proclame son droit exclusif sur cet objet ". Enfin, le nombre des disciplines et leurs frontières varient constamment. Il en résulte que la recherche d'un objet unique qui justifierait l'autonomie d'une discipline n'a pas de sens. Chaque science a des objets qui évoluent, elle définit ses objets en les reconnaissant et en les construisant, et elle évolue elle-même en fonction de ces objets. Ces redéfinitions constantes peuvent aussi se faire à un niveau infra-disciplinaire. Ainsi, le Doyen Favoreu considère-t-il que l'évolution de la justice constitutionnelle conduit aujourd'hui à distinguer trois principaux objets du droit constitutionnel, l'analyse des institutions, l'étude de la formation des normes, et les garanties des libertés (85). Or cette définition nous semble tout à fait compatible avec celle que nous proposons, puisque l'on peut très bien, pour chacun de ces domaines ou d'une manière plus générale, étudier à la fois le contenu et le fonctionnement des normes constitutionnelles. De même que l'analyse réaliste proposée par Michel Troper et ayant notamment pour objet de prévoir les décisions des juges est tout à fait utile dans le schéma que nous proposons, même si elle n'en compose qu'une partie (86). Au niveau des méthodes, nul ne conteste que même si le juriste s'intéresse à l'ensemble des aspects du droit constitutionnel, l'analyse des textes et de la jurisprudence est une de ses activités spécifiques et privilégiées. Mais chacun reconnaîtra pourtant que l'on ne saurait limiter l'objet du droit constitutionnel à un domaine aussi étroit. Tout cela semble tellement évident qu'il pouvait paraître superflu de le rappeler. Mais l'hésitation de nombreux constitutionnalistes à sortir de la description du contenu des normes est telle qu'il n'était peut-être pas tout à fait inutile de surmonter cet obstacle pour aborder l'étude de la relativité de l'effectivité de la Constitution.

---

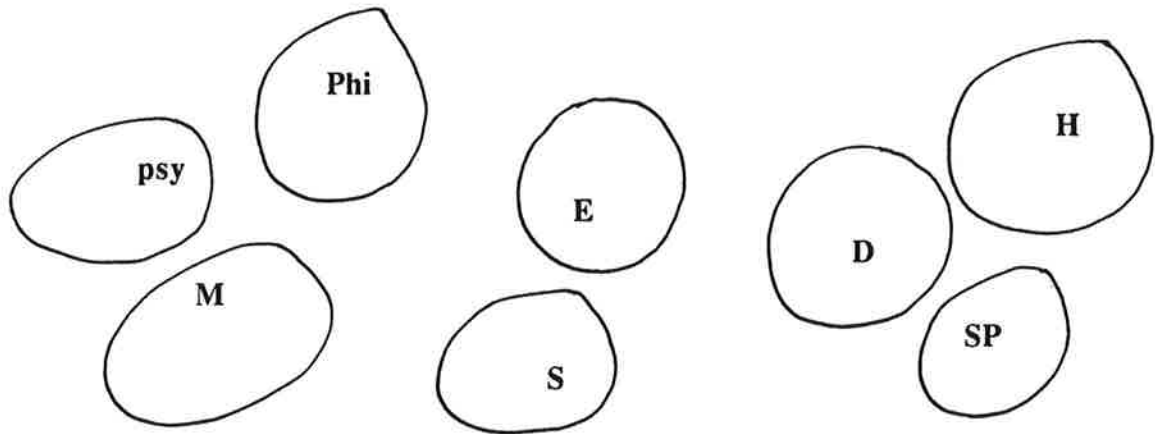
(85) L. FAVOREU, *Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit*, RFDC, 1, 1990, p. 71 à 89.

(86) Cf. M. TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie*, RFDC, 1, 1990, p. 31 à 48.

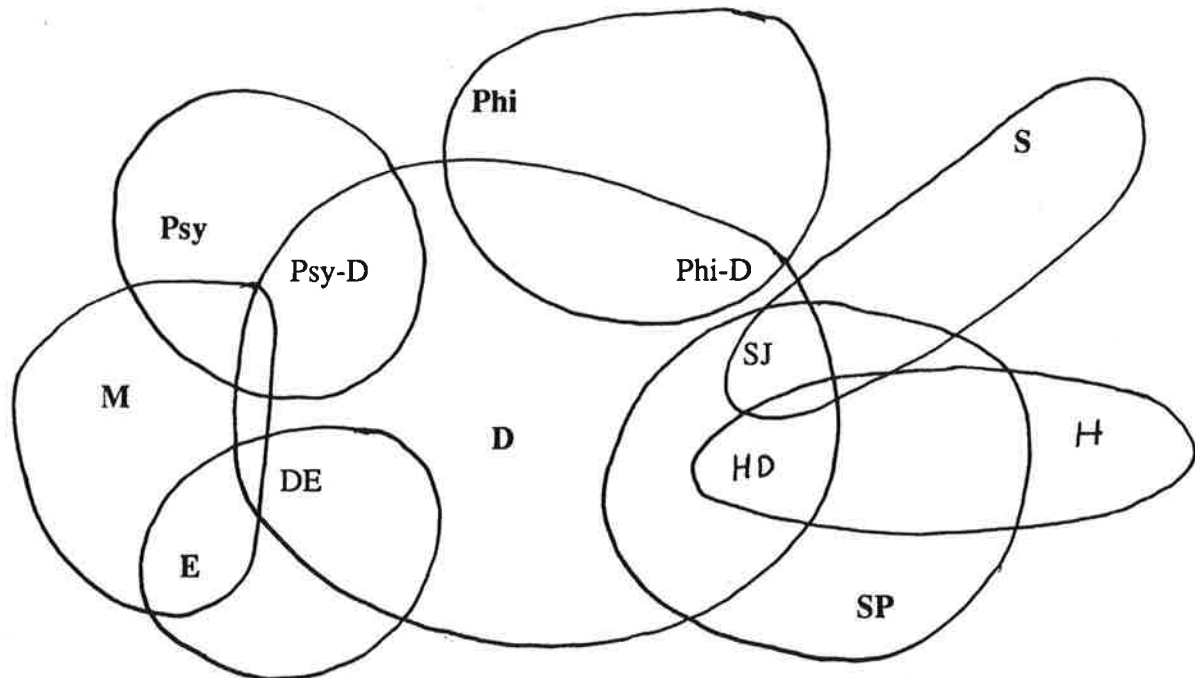


## RELATIONS ENTRE LE DROIT ET LES AUTRES SCIENCES

## CONCEPTION AUTONOMISTE : RECHERCHE DE L'INDEPENDANCE



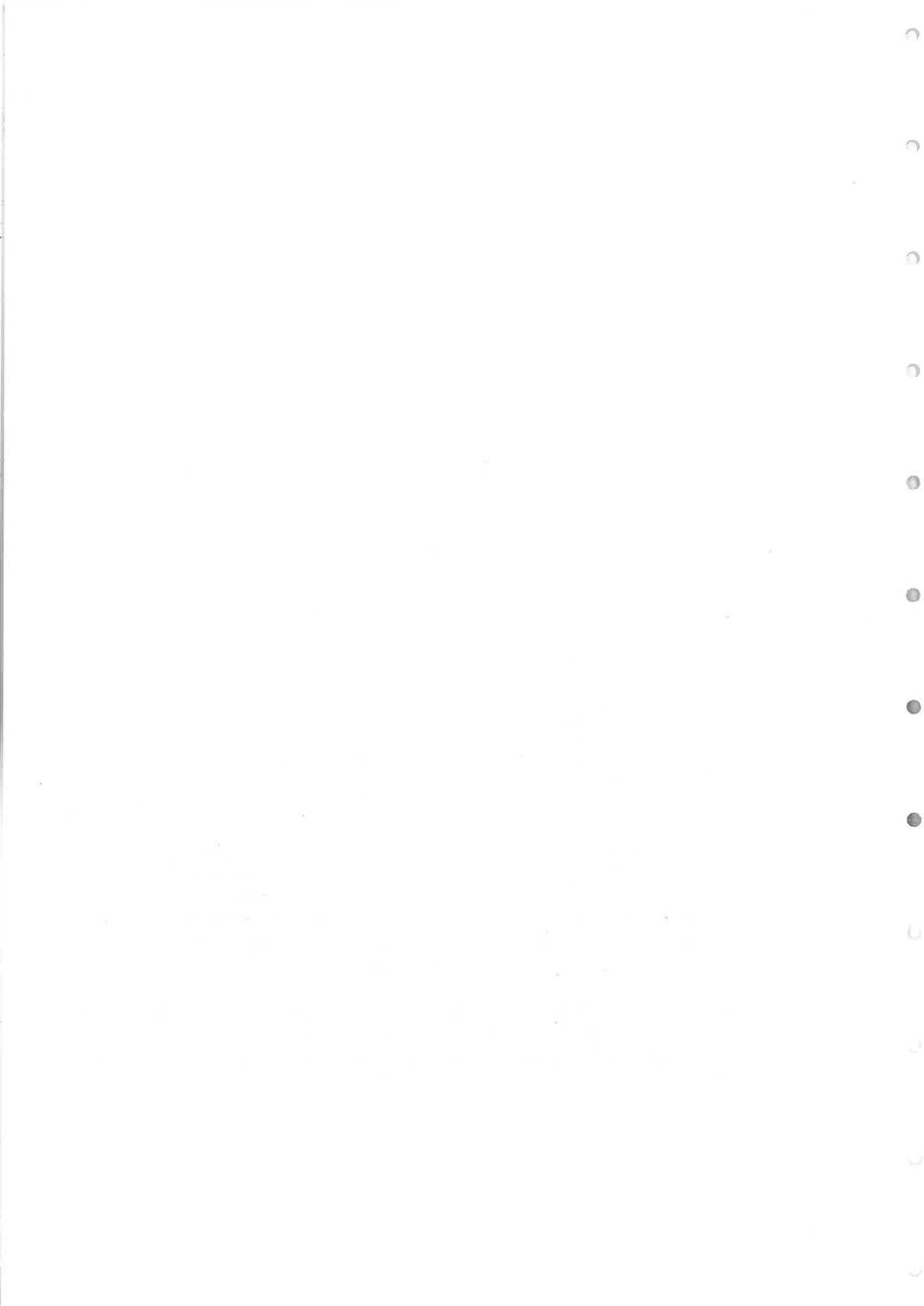
## CONCEPTION PROPOSEE : GROUPES AYANT DES CHAMPS D'INTERSECTION



D = Droit,  
 E = Economie (DE Droit économique)  
 H = Histoire, (HD = histoire du droit)  
 M = médecine

Phi = Philosophie (Phi-D = Philosophie du droit)  
 Psy = Psychologie (Psy-D = psychologie du droit)  
 S = Sociologie (SJ = sociologie juridique)  
 SP = Science politique.

*Nota bene* : Il ne s'agit ici que l'une des configurations possibles de ces relations du droit avec certaines des autres sciences. La place centrale du droit ne s'explique pas par l'idée qu'il aurait un rôle prééminent, mais seulement par le fait que l'on adopte ici le regard du juriste, qui place l'analyse du droit au centre de ses études.



## Chapitre II ANALYSER LA RELATIVITE DE L'EFFECTIVITE DES CONSTITUTIONS

Dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, Montesquieu, s'interroge sur la relativité du droit constitutionnel. Etudiant l'influence de facteurs tels que les climats, l'histoire, l'économie, le tempérament des habitants, sur les systèmes de gouvernement, il démontre l'impérative nécessité d'analyser le droit par rapport à son environnement, et non comme un objet abstrait, dans l'absolu. Loin de se contenter de décrire les lois existantes et de s'interroger sur les raisons de leur formation, il étudie la pratique de ces lois. Il analyse ce que l'on appellera plus tard l'effectivité des lois : " Quand je vais dans un pays, je ne regarde pas s'il y a de bonnes lois, mais si les lois de ce pays y sont respectées; car il y a de bonnes lois partout ". Réaliste, le Président du Parlement de Bordeaux n'en oublie pas pour autant la finalité du droit. S'il est bien conscient du fait qu'il n'existe pas de mode de Gouvernement idéal convenant à n'importe quel pays, son objectif est de trouver comment des lois peuvent permettre de limiter le pouvoir des gouvernants afin de garantir la justice et la liberté. " Une chose n'est pas juste parce qu'elle est loi, mais elle doit être loi parce qu'elle est juste ". La relativité des lois dans le temps et dans l'espace s'explique ainsi par des facteurs objectifs (sociologiques, historiques, économiques, psychologiques etc..), mais elle dépend aussi de la volonté des gouvernants ou du peuple d'établir tel ou tel type de régime. Cette volonté est évidemment orientée par certains déterminismes, comme celle de Montesquieu lui-même (1). Mais des options sont possibles, et le rôle des lois est alors de rendre possible tel ou tel type d'organisation politique. Ainsi, les lois, au sens large, sont " rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses ", et les lois au sens strict

---

(1) Cf. L. ALTHUSSER, Montesquieu, la Politique et l'histoire, PUF, coll. Quadrige.

sont les règles qui ont pour fonction d'organiser le fonctionnement de la la société. Et c'est l'étude des rapports entre les lois au sens strict, la société à laquelle elles s'appliquent, et la pratique de ces lois qui permettra de dégager des lois au sens large. Le résultat de l'observation et de la théorisation permettra ensuite d'émettre des propositions d' application à la société. Althusser a reproché à Montesquieu le caractère trop volontariste de sa démarche, mais il s'explique peut-être tout simplement par le fait que celui que l'on a souvent qualifié de fondateur de la science politique était avant tout un juriste, car si son objet d'étude était le gouvernement des sociétés, son optique était normativiste, en ce sens qu'il ne s'intéressait pas à cet objet de manière extérieure et abstraite, mais parce qu'il entendait rechercher les moyens d'agir sur les systèmes de gouvernement, dans le but de garantir un ordre social donné. Nous estimons que ce n'est pas l'aspect volontariste des conceptions du baron de la Brède qui est contestable, mais plutôt le fait qu'il décide lui-même quel doit être le type de gouvernement, au lieu de laisser cette option au souverain. Mais le contexte dans lequel il écrivait explique ce choix politique. Dans une optique beaucoup moins ambitieuse que celle de Montesquieu, et en nous plaçant dans le cadre d'un type de Gouvernement déterminé non par nous-même, mais par la Constitution adoptée par le peuple, nous adopterons la méthode qui fut la sienne.

La description du fonctionnement des institutions durant la coexistence nous a montré que l'aspect, à notre point de vue, le plus intéressant de cette expérience, était de démontrer la relativité de l'effectivité de la Constitution. Mais il était nécessaire de surmonter les obstacles épistémologiques et techniques à une étude juridique de cette relativité, avant de pouvoir l'analyser plus précisément. Il est donc possible à présent d'observer les rapports entre la Constitution et la pratique de cette constitution durant la cohabitation pour mieux comprendre la relativité de l'effectivité de ce texte ( S I ). Ensuite, nous tenterons de proposer une modélisation de l'analyse de ces rapports pour étudier les systèmes constitutionnels. Il n'est pas question ici d'apporter un modèle d'étude qui prétendrait être achevé. Il s'agira tout au plus d'une esquisse, on entend seulement suggérer des pistes de recherche ( S II ).

## **Section I ETUDIER LES RAPPORTS ENTRE NORME ET PRATIQUE**

Si, comme nous l'avons proposé, on redéfinit le droit constitutionnel comme l'étude du contenu et du fonctionnement des normes constitutionnelles, cette science (ou cette technique) permettra d'analyser la relativité de l'effectivité de la Constitution. On entend par là les variations de l'écart entre norme et pratique. Il faudra, dans un premier temps, être en mesure d'identifier les normes et les pratiques. Nous avons évoqué les problèmes théoriques que cela posait, à présent nous verrons comment la cohabitation avait démontré l'écart entre règle et pratique. Nous devons constater cette différence entre Constitution et pratique constitutionnelle ( I ), pour essayer de comprendre quels sont les facteurs qui ont déterminé les variations de cet écart ( II ).

### **I LA COHABITATION A SOULIGNE L'ECART ENTRE REGLE ET PRATIQUE**

L'expérience de la coexistence a démontré que les règles constitutionnelles que l'on croyait tombées en désuétude avaient pu survivre à près de trente ans de sommeil. Comme la " belle au bois dormant ", la Constitution n'était pas morte, on

avait seulement l'illusion qu'elle ne vivait plus, c'était un " droit au repos " (2). Ainsi est apportée la preuve que, contrairement à ce que l'on avait pu croire auparavant, les pratiques développées durant ces trente ans n'avaient pas modifié les règles constitutionnelles. Elles n'en avaient été qu'une application infidèle et toute relative. En fait, ces pratiques de la Constitution avaient plus de force, plus d'effectivité que la Constitution elle-même. Mais elles n'ont pas, pour autant, révisé ou supprimé la Constitution. On peut donc en conclure que, dans un pays de droit écrit, la validité des règles constitutionnelles ne dépend pas de leur effectivité. Aussi longtemps qu'une Constitution n'a pas été remplacée par une autre, elle reste valide, même si son effectivité est nulle. L'identification de la norme constitutionnelle et la mesure de son effectivité ne vont pas sans poser quelques problèmes durant la cohabitation. Et cela même lorsqu'un juge donne une interprétation authentique du texte, car cette interprétation peut être distinguée de la Constitution, dont elle ne renforce pas toujours nécessairement l'effectivité ( A ). Cette épreuve nous a également appris que les prétendues coutumes constitutionnelles n'étaient en fait que des pratiques parmi d'autres, car elles sont dépourvues de valeur obligatoire ( B ).

## **A VALIDITE, EFFECTIVITE ET INTERPRETATION AUTHENTIQUE DE LA CONSTITUTION**

A la veille de la cohabitation, les juristes constataient que la pratique " s'est figée en prenant une autorité imposante que l'on confond volontiers avec celle des normes les plus solennelles, au nom de l'esprit des institutions. Elle a secrété une strate épaisse de précédents et d'usages désormais indiscutés, ce qui rend fort problématique son subit renversement " (3). Or, le phénomène majeur de la cohabitation a bien été, justement, le rétablissement de la primauté du texte constitutionnel, sur les pratiques même s'il n'a été que relatif ( 1 ). Cette relativité de la juridicisation du fonctionnement des institutions tient pour partie au fait que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'une compétence générale d'interprétation

(2) Selon l'expression de A. JEAMMAUD, à propos de la vision de certains réalistes qui estiment que les normes contenues dans les textes sont une sorte de " droit au repos " (La règle de droit comme modèle, à paraître au Dalloz-Sirey).

(3) J. PETOT, Faut-il réviser la Constitution de 1958 ?, RDP 1985, p. 1443.

de la Constitution. Cependant, le juge constitutionnel ne peut ou ne veut pas toujours assurer l'effectivité du texte. Dès lors, la nécessité d'une distinction entre la règle constitutionnelle contenue dans le texte, et les applications de cette règle nous conduira à nous interroger sur les rapports entre la jurisprudence et l'effectivité du texte de la Constitution ( 2 ).

### 1 ) La cohabitation, renforcement de l'effectivité du texte et confirmation de sa validité.

#### a ) La consécration de la primauté du texte.

**191** Renaissance ou naissance ? Le texte de la Constitution retrouve la primauté qu'il doit avoir dans un pays de droit écrit. Pourquoi " doit " ? Parce que, tout simplement, telle est sa raison d'être dans un Etat de Droit démocratique. La Constitution se révélera efficace durant la cohabitation car elle permettra, pour l'essentiel, de régler les conflits de pouvoir. La doctrine souligne presque unanimement ce retour à la lettre de la Constitution appelé des vœux des gouvernants. La détermination du Président de la République est on ne peut plus claire : La Constitution " est la loi fondamentale. Il n'y a pas en la matière d'autre source du droit. Tenons-nous en à cette règle " (4). Le Premier ministre n'est pas moins explicite : " les règles de notre Constitution et la volonté du peuple français doivent être respectées " (5). Maurice Duverger rapporte que, pour la première fois sous la Ve République, on peut, sans provoquer de fou-rire ou de surprise, expliquer aux étudiants qu'aux termes des articles 20 et 21 de la Constitution, c'est le Gouvernement, et non le Président de la République qui dirige la politique gouvernementale (6). On croyait qu'il s'agissait d'un régime parlementaire dualiste, c'est à dire dans lequel le Gouvernement est responsable non seulement devant l'Assemblée nationale, mais aussi devant le Président de la République, et l'on découvre que seuls les députés peuvent renverser le Gouvernement. Certains imaginaient que l'arbitrage signifiait la direction de l'Etat dans tous les domaines, et l'on réalise que le Président de la République ne peut pas diriger l'action de tous les pouvoirs (7). La distinction établie par l'article 19 de la Constitution entre pouvoirs

(4) F. MITTERRAND, Message au Parlement, 8 avril 1986.

(5) Cf. sa première déclaration en tant que Premier ministre le 20 mars 1986 (Le Monde 22-23 mars 1986).

(6) M. DUVERGER, La cohabitation face aux institutions, Rapport au colloque de la Fondation du Futur, Ass. Nat., Paris, 16 mars 1987.

(7) Ainsi, P. ARDANT note à propos de l'article 5 de la Constitution que " depuis mars 1986 déjà, il bénéficie d'un renouveau de considération, aux conséquences incomplètes cependant, car on ne revient pas en quelques mois sur des usages vieux de 25 ans et sur les facilités qu'ils donnent. Une évolution

propres et pouvoirs partagés n'avait plus guère de sens, et l'on se rend compte que la compétence présidentielle n'est véritablement discrétionnaire que dans des cas très rares. Avec le sentiment, parfois, d'être un peu archéologues, on découvre les règles établies par le texte de la Constitution.

Mais ce retour à la primauté de la Constitution ne va pas sans problèmes. En effet, les divergences sur l'application de la règle révèlent une certaine résistance d'une partie de la doctrine à une interprétation du texte de la Constitution autrement qu'à la lumière de la pratique antérieure. Poids des habitudes, fidélité à la pensée du général de Gaulle, conviction que le système pratiqué durant trente ans est plus efficace que celui qui est prévu par le texte ? La résistance à l'application de la lettre du texte est assez étonnante.

Malgré leur publication récente, les travaux préparatoires de la Constitution ne sont pratiquement jamais invoqués. Dans le débat sur les ordonnances, même, alors que le caractère lié de la compétence présidentielle avait été évoqué durant l'élaboration de la Constitution, les auteurs ne se réfèrent pas à ces travaux, par ignorance ou parce qu'ils les jugent peu pertinents (8). De nombreux auteurs soulignent, à juste titre, que les intentions des fondateurs du régime étaient assez diverses (9). La conception gaullienne était, sur bien des points, différente de celle des membres du Gouvernement ou du Comité consultatif constitutionnel qui étaient favorables à un régime parlementaire plus proche de celui de la Grande Bretagne. Ces divergences d'appréciation sont indéniables. Tout comme il est indéniable que la volonté du peuple qui a adopté ce texte n'était pas, ne pouvait pas être uniforme (10). Mais cela est vrai pour toute Constitution, qui est toujours un acte de compromis (11) - sauf dans les régimes autoritaires - , et c'est la raison pour laquelle, justement, il faut se référer à la lettre du texte qui exprime ce compromis adopté par le peuple, et non pas à la volonté de l'un seulement des rédacteurs du texte.

Par contre, innombrables sont les cas dans lesquels la doctrine se réfère à la pratique présidentialisante qui a prévalu jusqu'en 1986 pour interpréter la règle constitutionnelle. (12). Pour Jean-Louis Quermonne, " il n'est pas certain qu'un retour à la lettre du texte offre la clé d'une cohabitation coopérative (...) tant la

---

s'amorce peut-être, dont rien n'assure qu'elle sera linéaire, et qui aboutira à une pratique de la fonction présidentielle en accord avec la conception inventée par le constituant. Cette conception pour être comprise suppose une lecture littérale de l'article 5 " (dans L'article 5 et la fonction présidentielle, *Pouvoirs*, n° 41, 1987, p. 39).

(8) Cf. *Supra*, ch. I, à propos de l'intérêt des travaux préparatoires pour interpréter la Constitution, et L. I à propos de la signature des ordonnances.

(9) Cf. en particulier F. LUCHAIRE, *La Constitution à l'épreuve du temps*, RPP sept-oct. 1980, p. 19-31.

(10) Cf. *supra*, chap. I.

(11) Ceci est particulièrement net à propos de la III<sup>e</sup> République, et aussi pour la IV<sup>e</sup> (cf. P. DUJARDIN, 1946, *le droit, mis en scène, propositions pour une analyse matérialiste du droit*, Presses universitaires de Grenoble, coll. critique du droit, p. 14.

(12) Cf. *Supra*, L. I.



Constitution de la Ve République ne peut plus se comprendre aujourd'hui détachée de la coutume qui l'a enrichie en un quart de siècle " (13). L'interprétation d'un article prête-t-elle à discussion ? On s'en réfère à la pratique gaullienne, allant même parfois jusqu'à estimer que si le général de Gaulle avait déclaré durant l'élaboration de la Constitution que l'indicatif valait impératif, il n'en pensait pas un mot, et qu'il n'avait dit cela que pour éviter une discussion. Et l'on en déduit que l'indicatif ne vaut pas impératif, " c'est évident " (14). Que tel ait été le raisonnement du général de Gaulle, c'est fort possible. Mais que l'on prétende en déduire qu'il faut interpréter la Constitution au regard non pas des déclarations à la lumière desquelles le peuple l'a adoptée, mais au regard des intentions cachées par les mensonges (le mot est dur mais il n'y en a pas d'autre) d'un des fondateurs du régime, il y a un pas que le juriste ne peut pas franchir sans hésiter. Pour l'essentiel, les règles établies par le texte de la Constitution, ont été plus effectives que jamais. Mais pour les cas dans lesquels a été maintenue une conception large des pouvoirs présidentiels, on peut se demander si la Constitution est toujours valide ou si elle a été abrogée par ces pratiques.

b) La cohabitation montre que la validité des règles constitutionnelles ne dépend pas de leur effectivité.

192 Si l'on avait admis que l'effectivité des règles constitutionnelles conditionne leur validité, le retour à la lettre de la Constitution n'aurait pas été possible. Des règles telles que l'absence de responsabilité du Premier ministre devant le Président de la République, ou celles qui sont établies par les articles 20 et 21 étaient en effet largement ineffectives depuis trente ans. L'ineffectivité de ces règles n'avait donc pas entraîné leur disparition. Pour les interprétations que l'on peut estimer contraires à la lettre de la Constitution telle qu'elle était interprétée au regard de l'intention affichée des fondateurs du régime, on peut se demander si l'on ne peut pas adopter des conclusions contraires, en considérant que la " coutume " établie en ce sens a définitivement fait disparaître le texte. Nous estimons que dans ces cas, le retour à la règle constitutionnelle n'a pas été possible parce que certains facteurs conjoncturels ont permis de faire perdurer des interprétations contraire à la lettre du texte. Mais, dans un autre contexte, ces règles pourraient retrouver leur effectivité.

Fondamentalement, le problème posé par la distinction entre effectivité et validité est celui des rapports entre le droit et la force du droit. Les juristes semblent éprouver quelque difficulté à admettre qu'un droit puisse survivre lorsqu'il est impuissant, ineffectif. Il nous semble pourtant essentiel de distinguer entre droit et

---

(13) J.L. QUERMONNE, *Le Gouvernement de la France sous la Ve République*, 3e ed. Dalloz, 1986, p. 26.

(14) M. DUVERGER, *La cohabitation face aux institutions*, préc., p. 6.

force. Le droit n'est pas toujours le droit du plus fort, puisque sa raison d'être dans une démocratie est de remplacer la loi de la jungle par la loi de la majorité. Que la réalité soit réticente à ce soumettre à cet idéal, c'est évident. Mais au lieu d'en conclure que seul doit être considéré comme droit l'application du droit par les organes officiels, nous en concluons qu'il faut distinguer entre droit et force du droit. Admettre que la Constitution est violée, reconnaître son impuissance relative à régir les rapports politiques. C'est seulement à partir de ce constat que l'on sera en mesure d'étudier les facteurs qui permettent de renforcer l'effectivité des règles de droit. Parmi ces facteurs, l'un des plus importants est le contrôle de l'application des textes par un juge.

## 2 ) La jurisprudence constitutionnelle peut renforcer l'effectivité du texte.

Chacun admet que si la jurisprudence n'est pas une source formelle du droit (15), mais en pratique l'interprétation que le juge propose de la Constitution à travers ses décisions a une influence considérable non seulement sur le cas jugé, pour lequel elle fait autorité, mais aussi pour les interprétations à venir, de manière préventive. Pour autant, nous considérons avec François Luchaire que le Conseil constitutionnel ne crée pas de normes, qu'il n'a pas de pouvoir constituant (16). Or

(15) Cf. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome II, 1<sup>ère</sup> ed 1899, 2<sup>e</sup> ed LGDJ 1919, n° 149 : " Je persisterai donc, quant à moi, à refuser de voir en notre jurisprudence, une source formelle de droit privé positif, qui, à côté de la loi écrite et de la coutume, puisse jouir d'une force créatrice indépendante. (...) Ce n'en est pas moins une puissance sérieuse ". Aujourd'hui, E. SERVERIN (dans *Jurisprudence, dictionnaire critique de philosophie et de théorie du droit*, 1987), observe que la plupart des auteurs analysent la jurisprudence en termes de source du droit, par rapport à la norme, et la définissent comme " solution suggérée par un ensemble de décisions suffisamment concordantes rendues par les juridictions sur une question de droit " (*lexique des termes juridiques Dalloz*). Elle propose quant à elle d'analyser la production de la jurisprudence. Cf. E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, P.U. Lyon, 1985. Pour Duguit, qui définit la jurisprudence dans le sens large qui était autrefois le sien, à savoir comme la connaissance du droit, par les juristes ou par les tribunaux, " les juges peuvent être des inspireurs et des initiateurs; ils ne sont jamais et ne peuvent jamais être des créateurs. (...) Les tribunaux découvrent et expriment la règle normatrice, ils ne la créent pas, elle vaut par elle-même. (...) Le droit coutumier, quel que soit son mode de formation, est toujours un droit constructif ou technique, qui tire uniquement sa force de la norme juridique qu'il tend à mettre en oeuvre " (*traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> ed., 1927, p. 164-165). Cf. aussi D. LEVY, *Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel*, *Mél. WALINE*, LGDJ 1974, t. I, p. 39-46.

(16) Cf. F. LUCHAIRE, *De la méthode en droit constitutionnel*, RDP 1981, p. 286 à 288 : le juge ne crée pas de normes, il se contente de dégager les normes établies par la Constitution. " Ainsi, la jurisprudence fait partie, à l'évidence, des matériaux que le juge constitutionnel doit réunir mais à titre de renseignement, très précieux sans doute, et non à titre de norme obligatoire ". La situation est donc très différente de celle que l'on observe dans les pays de droit anglo-saxon où s'impose la règle du " stare decisis " selon laquelle le juge est lié par les précédents. Cependant certains juristes américains estiment que le juge applique les textes et ne les crée pas en les interprétant, en particulier R. DWORKIN (cf. *Droit et société* n° 1, 1985, Dossier R. DWORKIN). Contra : M. TROPER, *Le problème de l'interprétation et la*

le Conseil Constitutionnel a un rôle essentiel à jouer pour assurer le respect de la Constitution, car il est un des facteurs primordiaux de la " redécouverte " de la Constitution comme base de l'ordre juridique (17) ( a ). Pourtant il ne pourra ou ne voudra pas toujours nécessairement renforcer l'effectivité de ce texte ( b ).

a ) Le juge est en principe garant de l'effectivité du texte.

193 Durant la coexistence, le Conseil constitutionnel a joué un rôle très important (18). Le Doyen Favoreu a démontré son influence déterminante sur la pratique des institutions, en particulier pour limiter l'ampleur des réformes, et rétrécir les voies par lesquelles on pouvait les adopter (19). Il n'y a donc pas lieu d'y revenir. Ainsi, l'intervention du juge de la Constitution est sans doute un des moyens les plus sûrs de renforcer l'effectivité de la Constitution. Seul le juge constitutionnel est habilité par la Constitution à donner une interprétation authentique du texte (20). Puisque, aux termes de l'article 62 de la Constitution, ses décisions ne sont susceptibles d'aucun recours et s'imposent à tous les pouvoirs, l'effectivité de ces décisions elles-mêmes ne semble pas poser de problème majeur jusqu'à présent. Mais pour qu'il y ait identité entre l'effectivité des décisions du Conseil et l'effectivité de la Constitution, encore faut-il que les décisions du Conseil soient elles-mêmes toujours conformes à la Constitution.

b ) Le Juge ne garantit pas toujours cette effectivité

194 L'écart entre le texte de la Constitution et les applications qui peuvent en être faites par le juge constitutionnel peut être dû à plusieurs facteurs principaux.

---

théorie de la supralégalité constitutionnelle, Mél. EISENMANN, Cujas, Paris, 1977, p. 133-151; et du même auteur, Justice constitutionnelle et démocratie, RFDC 1, 1990, p. 31 à 48, où l'auteur se prononce en faveur d'une interprétation réaliste de la Constitution par le juge, estimant qu'il n'y a pas lieu de rechercher l'intention du constituant. Pour P. AMSELEK, également, le juge édicte des normes générales dans les motifs de ses décisions juridictionnelles, en particulier le juge administratif lorsqu'il crée des principes généraux du droit. Il relève que la création de ces normes n'est pas juridiquement réglementée, par hypothèse, puisque " le juge n'a pas de pouvoir normateur général officiel et qu'il lui est même interdit de prendre des arrêts de règlement ". (Réflexions critiques autour de la conception Kelsénienne de l'ordre juridique, RDP 1978, p. 15). Pour S. RIALS, qui s'interroge sur le contenu du bloc de constitutionnalité, " C'est dans la contradiction de cette nécessité théorique de la supra-constitutionnalité et de la difficulté, pour les esprits contemporains, de l'accepter, qu'il faut chercher les racines profondes de la crise de la notion de constitution que nous vivons ces temps-ci " (Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Ve République, RDP 1984, p. 606).

(17) cf. L. FAVOREU, Propos d'un néo-constitutionnaliste, dans J.L. SEURIN, Le constitutionnalisme aujourd'hui, Economica, 1984, p. 23-27.

(18) L. FAVOREU, La politique saisie par le Droit, Economica, 1988, p. 105.

(19) Id. et cf. supra, Chap. I.

(20) Cf. supra, chap. I.

Il est tout d'abord possible que le juge soit incompetent, ou corrompu, ou partisan, comme cela est parfois le cas dans certains pays. En France, c'est au contraire sa volonté de démontrer qu'il est une autorité indépendante des pressions politiques qui caractérise la plupart des décisions du Conseil.

Ensuite, pour que le juge puisse garantir l'effectivité de la Constitution, encore faut-il qu'il puisse être saisi en cas de conflit d'interprétation. Or, durant la cohabitation, il n'a pas pu intervenir dans les rapports entre Président de la République et Premier ministre, puisqu'il n'a qu'une compétence d'attribution, qu'il a interprétée strictement dès le début de la Ve République. Cette option était aussi stratégique que juridique.

L'auto-limitation du conseil constitutionnel peut donc être la troisième cause de l'insuffisant contrôle du juge. Elle s'explique par le fait que ses membres sont bien conscients des risques qu'une interprétation large de leurs prérogatives, ou une interprétation rigoureuse des prérogatives des pouvoirs publics pourraient parfois faire courir à leur crédibilité ou à leur existence même. Dans un pays où le légicentrisme est encore important, en des temps où les gouvernements - qu'ils soient de gauche ou de droite - n'hésitent pas à brandir l'épouvantail du " gouvernement des juges ", le Conseil constitutionnel est contraint d'être très prudent. Durant la coexistence, il a fait l'objet de vives critiques, mais qui portaient non pas sur le principe de son intervention, mais sur le fait qu'on lui reprochait de s'écarter du texte de la Constitution (21). Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel a tendance à s'écarter de la lettre du texte, il est aussitôt " rappelé à l'ordre " par la pression de l'opinion. Notons par ailleurs que si le Conseil constitutionnel se voit reconnaître la possibilité de sanctionner les violations de la Constitution par voie d'exception d'inconstitutionnalité, l'influence de sa jurisprudence sera considérablement accrue.

Enfin, la quatrième raison majeure pour laquelle le Conseil *peut* s'écarter de la lettre de la Constitution réside dans les règles d'interprétation qu'il peut se fixer (22). S'il opte pour une interprétation du texte à la lumière des intentions des rédacteurs qui ont éclairé le peuple souverain, il assurera l'effectivité de la Constitution ainsi définie. Si, au contraire, dans une conception réaliste, " non interpretivist " (23), il estime que la volonté générale exprimée dans le texte n'est pas celle qui existait au jour de son adoption, mais celle qu'il doit lui-même deviner au jour de sa décision, il donnera peut-être une interprétation raisonnable du texte, mais il n'en assurera pas l'effectivité (du moins dans le sens que nous avons proposé de donner à ce terme). Or nous estimons que les juges doivent opter pour une interprétation conforme à la lettre du texte telle qu'elle a été adoptée par le peuple, même s'il est parfois indispensable d'assouplir cette interprétation, car la sécurité juridique et le maintien d'un Etat de droit démocratique imposent cette

(21) Cf. *Supra*, ch. I.

(22) Sur les méthodes d'interprétation du Conseil constitutionnel, cf. F. LUCHAIRE, *De la méthode en droit constitutionnel*, RDP 1981, p. 275-329.

(23) Sur la querelle américaine entre " interpretivists " et " non interpretivists ", cf. *supra*, ch. I.

solution. Seul un état non démocratique peut admettre que le juge, ou un homme aient le pouvoir de créer et recréer la Constitution sans contrôle du peuple. Si le texte n'est plus adapté à la société à laquelle il s'applique, il n'appartient pas au juge de le réécrire, seuls les citoyens doivent avoir ce pouvoir.

Ici encore, nous ne partageons pas la vision kelsénienne de la science du droit, car le rôle de la doctrine dans la critique des décisions du Conseil constitutionnel nous semble essentiel. Le Doyen Favoreu montre d'ailleurs fort bien que, même si l'on se place dans une optique positiviste, même si l'on ne conteste pas le fait que les décisions du Conseil sont valides juridiquement et s'imposent à tous les pouvoirs, il appartient à la doctrine de garder un regard critique sur ces interprétations de la Constitution (24). Elle est en effet un contre-pouvoir indispensable dans une démocratie pluraliste. Certes, les discours de la doctrine n'ont aucune validité juridique, mais ils contribuent indirectement à la formation de la jurisprudence en jouant ce rôle critique (25). De plus, si le juge ne respecte pas le texte de la Constitution, s'il s'arroge un véritable pouvoir constituant, une révision de la Constitution modifiant, par exemple, sa composition, peut toujours permettre aux pouvoirs publics ou au peuple de lui rappeler quels sont ses pouvoirs. Le contrôle de constitutionnalité est donc un des meilleurs moyens de garantir l'effectivité de la Constitution, même si cela n'est pas toujours nécessairement le cas. Conscients de l'intérêt et des limites de ce contrôle, nous serons donc amené à envisager une extension des compétences du Conseil constitutionnel (26).

## **B LES ENSEIGNEMENTS DE LA COHABITATION QUANT AUX PRATIQUES CONSTITUTIONNELLES**

L'un des problèmes les plus passionnants du droit constitutionnel est celui de la valeur juridique et de l'influence des applications de la Constitution par les sujets de ce droit que sont les pouvoirs publics autres que le juge qui délivre seul l'interprétation authentique du texte. Ces pratiques du texte ont-elles une valeur normative, c'est à dire créent-elles du droit, comme le pensent les réalistes ? Ou bien sont-elles de simples applications, toutes relatives, d'une règle rigide, comme on peut le penser dans une conception formaliste ? Nous avons constaté qu'il était nécessaire de faire un choix entre ces deux options car l'une et l'autre ne sont que

---

(24) Cf. L. FAVOREU, *La politique saisie par le Droit*, préc., l'auteur est parfois très critique à l'endroit des décisions du Conseil.

(25) Cf. notre rapport au Congrès national de Droit Constitutionnel, *La doctrine et la cohabitation*, jeux de miroirs, AFC, Strasbourg, 27-29 sept. 1990.

(26) Cf. infra, T II.

des interprétations discutables de la réalité (27). Nul ne saurait prétendre que l'une ou l'autre est vraie ou fausse, car considérer que le juge crée la loi en l'appliquant est tout aussi contestable que de considérer qu'il ne fait que se conformer à un modèle, et que cette application du modèle est plus ou moins fidèle. Dans l'un et l'autre cas, on ne fait que proposer une interprétation des faits. Certains diront peut-être que la conception formaliste est ancienne. Nous répondrons qu'elle n'est pas pour autant dépourvue de valeur. Ce n'est pas un hasard si elle trouve son origine dans l'époque révolutionnaire, c'est au contraire parce que sa raison d'être est de garantir la limitation du pouvoir des gouvernants par les gouvernés. Nous répondrons aussi qu'elle n'est pas non plus désuète puisque Dworkin, l'un des juristes américains les plus célèbres aujourd'hui, considère également que le juge ne crée pas la règle, mais qu'il applique le texte (28). Enfin nous rappellerons que si le formalisme a pu être rejeté il y a quelques années, c'était surtout parce qu'il était irréaliste. C'est à dire que les auteurs qui se réclamaient de ce mouvement semblaient considérer que seuls comptaient les textes, et que la jurisprudence et surtout la pratique n'avaient aucune importance. Or notre objet est au contraire de démontrer que le droit étant une technique, le juriste doit analyser non seulement le contenu des normes, mais aussi leur fonctionnement, afin de le rendre aussi efficace que possible, dans l'objectif politique défini par le peuple souverain. L'analyse des pratiques de la Constitution est donc essentielle pour pouvoir établir, comprendre et réduire leur écart par rapport au texte de la Constitution.

Parmi les pratiques constitutionnelles, la plus mystérieuse, la plus énigmatique, la plus contestée, la plus problématique est sans aucun doute la " coutume ". Comment l'identifier, quelle est sa valeur juridique ? Comment se forme-t-elle et comment disparaît-elle ? A-t-elle une existence objective, ou les gouvernants et les juristes choisissent-ils, par un acte de volonté, d'affirmer qu'elle a ou non une valeur impérative, et pour quelles raisons ? A partir des quelques éléments de réponse que nous apporterons à ces questions ( 1 ), nous essaierons de voir comment on pourrait esquisser une typologie des pratiques constitutionnelles sous la Ve République ( 2 ).

---

(27) Cf. *supra*, chap. I.

(28) Cf. Dossier Ronald DWORKIN, présentation par M. TROPER, *Droit et société* n° 1, 1985, p. 27 et s. et R. DWORKIN, , *Le positivisme*, Ibid. Pour Dworkin, la Cour Suprême ne fait qu'appliquer un droit préexistant, mais ce droit ne se réduit pas à l'expression de la volonté du législateur ou du constituant, mais est composé de principes que le juge ou le philosophe du droit doivent dégager du droit en vigueur. En précisant que pour Dworkin, le juge applique le texte, nous ne faisons référence qu'à cet aspect de sa pensée, et non aux développements qu'il consacre à l'application de " principes " par le juge.

## 1 ) La coutume, pierre angulaire de la pensée constitutionnelle.

Si la notion de coutume est l'une des questions les plus controversées du droit constitutionnel, c'est sans doute parce qu'une réflexion sur son identification et sa valeur oblige le constitutionnaliste à analyser les problèmes fondamentaux de cette matière. Comment se forme le droit, comment est-il reconnu, consacré ou créé par les pouvoirs publics, comment évolue-t-il...? On peut être frappé par la manière dont la doctrine a interprété les enseignements de la cohabitation en la matière. Alors qu'il paraissait tout à fait clair que la cohabitation avait été une réfutation de la conception selon laquelle la Constitution avait été modifiée par la coutume, voilà que certains auteurs, et le Président de la République lui-même, en appellent encore à cette notion pour justifier l'écart entre le texte et la pratique ( a ). Or l'étude des arguments invoqués pour ou contre la reconnaissance de la valeur juridique de la coutume révèle d'une manière éclatante qu'en ce domaine, encore plus que dans tout autre, la solution préconisée, d'une part dépend d'un choix philosophico-politique, et d'autre part est prescriptive, quand bien même elle se voudrait purement descriptive ( b ).

a ) La notion de coutume à l'épreuve de la cohabitation.

195 Gény a exhumé la coutume des oubliettes de l'ancien régime où elle avait été précipitée au moment de la Révolution, pour lui rendre la qualité de source formelle du droit, tout en admettant que cette source était presque tarie depuis la consécration de la primauté du droit écrit (29). La coutume serait un droit émanant non pas des autorités étatiques, comme la loi, mais du peuple lui-même. Il y aurait donc deux formes de droit, l'un venant d'en haut, l'autre émergeant directement de la nation souveraine (30). La coutume serait l'expression vivante de la volonté des citoyens. Ce droit non écrit vivrait dans la conscience du peuple. La plupart des auteurs admettent que la coutume est une " véritable règle de droit (comme la loi) mais d'origine non étatique (et en général non écrite) que la collectivité a fait sienne

(29) F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. II, 1<sup>re</sup> ed. 1899, 2<sup>e</sup> ed. LGDJ 1919, n° 119, 123, 149 et s. Pour lui la coutume est une véritable source formelle du droit, mais à la condition qu'elle ne contredise pas la loi. Sur la notion de source du droit, cf. P. AMSELEK, *Brèves réflexions sur la notion de sources du droit*, APD t. XXVII, 1982, p. 251-258.

(30) Cf. J. LENOBLE et F. OST, *Droit, Mythe et raison, Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, P.U. Saint-Louis, Bruxelles, 1980, p. 525.

par habitude (*diuturnus usus*) dans la conviction de son caractère obligatoire (*opinio necessitatis*) " (31).

Le premier point à souligner est le fait que la coutume consisterait non pas en une simple application du droit, puisqu'elle pourrait, du moins selon quelques auteurs, intervenir pour contredire la Constitution. Il s'agirait véritablement d'une règle posée en dehors du texte constitutionnel. On ne pourrait pas situer la coutume en général dans la hiérarchie des normes, puisqu'une coutume pourrait intervenir à n'importe quel niveau, acquérant la valeur de la règle qu'elle remplacerait ou compléterait. On distingue classiquement entre plusieurs types de coutumes constitutionnelles. La coutume *contra-constitutionnem* (contre la Constitution), elle aurait donc une valeur constitutionnelle. La coutume *praeter constitutionnem* qui compléterait la Constitution, s'agissant d'une règle supplétive, dans le silence de la Constitution, elle aurait valeur constitutionnelle. Enfin, la coutume *secundum constitutionnem*, qui servirait à interpréter la Constitution. (32). En réalité, il est souvent difficile de distinguer entre les coutumes dites interprétatives et les coutumes supplétives ou contraires à la Constitution, car " en matière constitutionnelle, toute violation se donne pour une interprétation " (33). Notons dès à présent que dans toutes les " branches " du droit la notion de coutume *contra-legem* est rejetée par la quasi-unanimité de la doctrine et par le juge, y compris en droit international (34). La coutume est un peu à la décision d'application de la Constitution ce que la jurisprudence est à la décision juridictionnelle. C'est à dire qu'elle résulte en principe d'un ensemble de précédents généralisés et concordants.

On admet classiquement qu'une coutume se définit par deux éléments, l'un objectif, matériel, c'est à dire une situation de fait, et l'autre subjectif, psychologique, le sentiment de son caractère obligatoire.

L'élément matériel doit consister en la *répétition de pratiques constantes et claires* pendant une *durée prolongée* (35).

Quant à l'élément subjectif, il réside dans la *croyance généralisée* dans le *caractère obligatoire* de la règle. On voit immédiatement que cette définition appelle de nombreuses interrogations. Qui doit être convaincu du caractère obligatoire de la

(31) G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1990.

(32) Cf. S. RIALS, *Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle*, R.A. 1979, n° 189, p. 266, mais l'auteur démontrera que dans un pays doté d'une constitution rigide, il convient de rejeter la notion de coutume constitutionnelle; et P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, PUF, 1989.

(33) J. CHEVALLIER, *La coutume et le droit constitutionnel français*, RDP 1970, p. 1413.

(34) Cf. Pour H. BATIFFOL, " tous les auteurs reconnaissent que le problème crucial est de savoir si les tribunaux peuvent consacrer une coutume contraire à une loi en vigueur. Or, sur ce point, la réponse pratiquement unanime est négative, et la position des tribunaux non équivoque. Ou il ne serait plus question de parler de loi, et de positivité du droit " (*Les grands problèmes de la philosophie du droit*, p. 74-75 et 81, cité par S. GOYARD-FAVRE et R. SEVE, *op. préc.*, p. 88). Cf. *La Coutume*, *Revue Droits*, n° 3, 1986; et cf. J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, LGDJ 1964.

(35) M. PRELOT, *Sur une interprétation coutumière de l'article 11*, *Le Monde* 15 mars 1969. Pour un recensement des principales définitions de la coutume en droit constitutionnel, cf. J. CHEVALLIER, *La coutume et le droit constitutionnel français*, RDP 1970, p. 1375-416.



règle ? L'ensemble des citoyens, la doctrine, les gouvernants, le juge ? Tous, ou seulement certains d'entre eux ? Ce sentiment doit-il être unanime ou seulement majoritaire ? Qui va constater cette conviction ?

Quels sont les rapports entre ces deux éléments ? On admet en principe qu'ils sont les deux conditions cumulatives de l'existence d'une coutume. Mais pour certains, dès lors qu'il est très difficile de prouver l'*opinio necessitatis*, on devrait se contenter de la présumer. L'élément matériel serait ainsi l'expression de cette conviction, et la preuve des faits suffirait à établir l'existence de ce sentiment généralisé.

En droit constitutionnel, l'existence de la coutume est pour le moins douteuse, puisqu'aucune disposition de la Constitution n'institue la coutume comme fait créateur de normes. Il paraît donc difficile de lui reconnaître une quelconque valeur juridique, car cette reconnaissance, en elle-même ne serait pas conforme à la Constitution (36). Mais certains auteurs estiment que la pratique des gouvernants ou la jurisprudence permettent d'établir l'existence d'une coutume. Ainsi l'invocation d'une coutume par les organes officiels d'application du droit permettrait-elle de prouver l'existence d'une coutume, ou au moins de donner une valeur juridique à ce qui n'était auparavant qu'un usage (37). Mais alors on pourra

---

(36) La position de KELSEN est assez contradictoire sur ce point. D'un côté, il affirme clairement que " La coutume peut créer des normes morales aussi bien que des normes juridiques. Des normes créées par la coutume sont des normes juridiques lorsque la Constitution de la collectivité institue la coutume, et plus précisément une coutume présentant certains caractères déterminés, comme fait créateur de droit " (Théorie pure du droit, préc., p. 13). Lorsque la Constitution écrite contient elle-même une disposition formelle en ce sens, il est clair que la coutume pour qualifier juridiquement la coutume (idem. p. 301). " Dans le cas contraire, pour pouvoir tenir l'application du droit coutumier par les tribunaux pour régulière, il faut recourir à la norme fondamentale ou constitution hypothétique (...) il faut donc supposer une norme d'habilitation (...). En ce cas, on supposera donc une norme fondamentale (...), norme qui institue comme faits créateurs de droit tout à la fois l'acte du législateur constituant, et la coutume résultant de la conduite des sujets soumis à l'ordre juridique créé conformément à la Constitution " (idem, p. 301). Cf. aussi p. 303 et s. Il va jusqu'à considérer que " le droit coutumier a force dérogatoire également à l'égard des lois constitutionnelles formelles, même à l'égard des lois constitutionnelles qui excluraient expressément l'application de règles de droit coutumier " (ibid.p. 306). Pour lui, " il ne fait aucun doute que la coutume ait un rôle créateur de droit, - tout comme la législation " (p. 307). Et " il est purement et simplement impossible qu'une Constitution exclue que les normes juridiques coutumières aient tel ou tel contenu, puisque la Constitution elle-même - même une constitution écrite - peut être modifiée par des règles juridiques issues de la coutume " (p. 312). Ainsi, il analyse la désuétude comme une coutume négative (p. 288).

(37) Pour J. DABIN, ce constat peut être fait par le juge et par les autres autorités étatiques (Parlement ou administration). Ainsi, en droit public, " l'Etat se compose à lui-même sa propre règle ". " Quelle que soit la définition que l'on donne de la coutume (...) (elle) ne saurait, en cas de litige, s'imposer si les autorités de l'Etat (...) refusent de lui reconnaître force obligatoire : l'*opinio juris* des intéressés doit recevoir la consécration des tribunaux et des organes d'application du droit. (...) Il faut (c'est une condition de fait plus encore de que droit), mais il suffit que l'autorité publique, si elle est requise, consente à l'application de la coutume " (Théorie générale du droit, p. 38-40, cité par S. GOYARD-FAVRE et R. SEVE, op. préc., p. 87-88). Pour H. BATIFFOL, la coutume n'est qu'une formation " pré-positive " du droit, " la positivité des règles ainsi formées ne pourra être affirmée qu'après l'intervention, sous quelque forme qu'elle se produise, d'une autorité qui à ce jour n'est détenue que par l'Etat (...) " (Les problèmes de base de philosophie du droit, LGDJ 1979, p. 74-75, 81, cité ibid, p. 88 à 91). Pour G.

estimer que la prétendue coutume n'existe pas véritablement en dehors de cette décision jurisprudentielle puisque c'est de l'intervention du juge qu'elle tient sa validité juridique. Ainsi pour J. Chevallier, " il n'y a pas de coutume *stricto sensu* quand les juges ne se sont pas prononcés sur sa valeur; et quand les tribunaux se sont prononcés, il y a plus coutume mais jurisprudence " (38). Selon la conception qu'ils ont du droit, les auteurs admettent que le juge se contente de constater une règle de droit préexistante (par exemple Duguit, Capitant ou Kelsen (39)), ou bien ils estiment que la coutume n'existe pas en dehors de cette décision jurisprudentielle. Dans ce dernier cas, on pourra admettre que c'est le juge qui crée la règle (40), en s'appuyant sur un usage prétendu ou réel, et qu'il invoque la coutume pour masquer ou légitimer ce qui peut être un arrêt de règlement (41). Ainsi, dans l'optique formaliste que nous avons proposée, nous considérons qu'en dehors des cas où le recours à la coutume est expressément prévu par la loi, l'invocation d'une coutume par le juge permet essentiellement à ce dernier de créer une règle tout en prétendant ne faire que constater une norme préexistante.

Observons avec le Doyen Favoreu que si le Conseil constitutionnel a pu se référer à la pratique constitutionnelle et à la " coutume parlementaire " ( 5 DC du 15 janvier 1960), " on ne peut dire qu'il ait intégré les règles coutumières dans le bloc de

---

TEBOUL, (Usages et coutumes dans la jurisprudence administrative, LGDJ, 1989, p. 11-12) " si le juge administratif constate, dans un premier temps, qu'il existe au sein d'un groupe social, un usage s'énonçant sous la forme d'un comportement répétitif (...) et qu'il indique, dans un second temps, que ce comportement " peut " ou " doit " avoir lieu, alors il est certain que l'on pourra affirmer qu'une norme juridique coutumière existe dans le domaine dans lequel le juge a statué ". Observons que, dans cette optique, l'existence de l'opinio juris n'est pas prouvée, mais seulement présupposée, hypothétiquement déduite de l'usage répété et de la décision du juge. Ainsi, l'existence de l'opinio juris étant difficile à établir, la Cour permanente de justice internationale admet que la preuve d'une pratique générale fait présumer son existence (cf. J. TOUSCOZ, Le Principe d'effectivité dans l'ordre international, LGDJ, 1964, p. 41 et s.).

(38) Art. préc., p. 1406. Pour J. CHEVALLIER, le juge ne constate pas une règle préexistante, il crée lui-même la règle. " Chercher une règle coutumière préexistante chaque fois que le juge paraît déborder le cadre strict du droit écrit, c'est prendre la conséquence pour la cause. En matière constitutionnelle comme ailleurs, la coutume ne préexiste pas à l'intervention du juge : une règle de droit nouvelle peut seulement découler de cette intervention " (art. préc., p. 1405).

(39) Cf. *infra* G. TEBOUL (dans Usages et coutume dans la jurisprudence administrative LGDJ, 1989, p. 13) rapporte que KELSEN (Théorie pure du droit, préc., p. 1962, p. 307) et GENY estiment également que le juge applique une coutume préexistante, alors que pour LAMBERT et AUSTIN, c'est le juge qui crée ainsi le droit. Précisons que pour GENY, la jurisprudence est le propulseur de la coutume, mais propulseur tellement indispensable, et aux effets à ce point inévitables, dans notre état social et politique, qu'il suffit d'une transposition d'idées, et presque d'une simplification de formule, pour lui rapporter tout le mérite de la création, dont elle constitue, en fait, l'instrument capital" (Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. II, préc., p. 51).

(40) Pour M. TROPER, " le juge crée la norme coutumière comme il crée la norme législative " (Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement, Droits n° 3 , p. 21).

(41) Pour M. HAURIOU, la suppression de la coutume comme source du droit au moment de la révolution a " enlevé au juge son principal moyen d'action puisque la coutume était *judge made* ", mais le rétablissement, un siècle plus tard, de la coutume comme source du droit permet de revenir à une situation satisfaisante : " l'équilibre, rompu par une poussée trop violente de la loi, s'est rétabli par une lente remontée des jurisprudences discrétionnaires " (Cahiers de la nouvelle journée, n° 23, Paris, Bloud et Gay, 1933, p. 183-187, cité par S. GOYARD-FAVRE et R. SEVE, *op. préc.*, p. 171 à 175).

constitutionnalité " (42). Mais certains auteurs s'interrogent sur le caractère coutumier des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (43). Sans doute la consécration de ces principes est-elle largement discrétionnaire, mais il existe ici un support formel (les lois) qui est absent dans ce que l'on appelle habituellement la coutume (44). En fait, ces principes bénéficient d'une légitimité tellement forte dans l'opinion publique que le juge peut les consacrer sans faire l'objet de trop vives critiques, et que le législateur ne pourrait les abolir ou les contredire sans être contesté. La force de ces règles vient donc de leur légitimité, de l'idée que la " conscience collective " se fait de leur conformité au " Droit ". Leur valeur constitutionnelle ne provient pas d'un droit préexistant, mais de la décision du Conseil constitutionnel. Il nous semble important de distinguer entre la légitimité de ces principes, qui leur est conférée par l'opinion publique, et leur validité juridique, qui ne peut être établie de manière authentique que par le juge.

Très longtemps, les constitutionnalistes français ont rejeté la notion de coutume pour son antinomie avec le principe même de constitution (45). Puis vint

---

(42) L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey 4<sup>e</sup> ed. 1986, p. 46. V. Bouvier admet également que si le Conseil constitutionnel s'est référé, dans certaines décisions, " à la pratique constitutionnelle, à la coutume ou pratique parlementaire, en tant qu'éléments permettant de concourir à l'interprétation d'un texte, " il n'a " jamais explicitement consacré en tant que telle cette source du droit " (*Le Conseil constitutionnel et la coutume, sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, Droits, n° 3, p. 87, IL cite les décisions suivantes : 59-DC du 15 janvier 1960, rec., p. 15 et 60-II DC du 20 janvier 1961, rec., p. 29)

(43) En ce sens, V. BOUVIER, art. préc. R. CAPITANT estimait en 1929 que certaines " règles qui se présentent extérieurement sous la forme et avec la valeur de lois ordinaires, mais que la coutume est secrètement venue doubler (...) la coutume les a faites constitutionnelles et même supra constitutionnelles, car elles échappent également au pouvoir de l'Assemblée nationale. Qu'on songe à la liberté syndicale, qu'on songe aux mesures de protection du travail " etc... (*La coutume constitutionnelle*, RDP 1929, p. 971). On peut, dans une certaine mesure, comparer cette situation à celle des principes généraux du droit consacrés par le juge administratif (sur ce point cf. G. TEBOUL, op. préc., p. 8, qui préfère s'en tenir à la notion stricte de coutume, et ne pas l'assimiler à l'ensemble du droit non écrit).

(44) V. BOUVIER est d'ailleurs conduit à remettre en cause la notion traditionnelle de coutume selon laquelle l'usage précéderait l'opinio juris pour estimer au contraire que " l'opinio juris n'est pas produite par la répétition d'un fait, c'est elle qui fonde la répétition. Elle se situe avant l'usage et non après. " (art. préc., p. 94). Pour lui, le juge constitutionnel, en consacrant des principes fondamentaux, doit apprécier l'opinio juris exprimée par le législateur (*idem* p. 96).

(45) CARRE DE MALBERG rejette catégoriquement toute notion de droit constitutionnel non écrit, et de coutume en particulier comme contradictoire en soi : " La caractéristique juridique de la Constitution est ... d'être une loi possédant une puissance renforcée en tant qu'elle ne peut être modifiée par une loi ordinaire, et qu'elle limite ainsi la compétence législative : la notion de constitution ne se trouve réalisée en droit qu'à cette condition. Cette considération suffit à elle seule à exclure la possibilité d'un droit constitutionnel coutumier. Il y a incompatibilité entre ces deux termes, Constitution et coutume. Car la coutume n'étant pas écrite, il n'est pas besoin d'une procédure de révision pour la modifier ". *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey 1922, réimp. CNRS 1962 t. II, p. 582, n. 10, et t.I, *id.* 1920, p. 583. P. DELVOLLE estime également que le rôle de la coutume n'est pas juridique, et observer que ces prétendues règles disparaissent dès la première manifestation d'un usage contraire (*La délégation de matières en droit public*, 1930, p. 11 et 15). Pour J. LAFERRIERE, cette notion de coutume complétant la constitution " est commode; nous serions tenté de dire qu'elle l'est trop " (*La coutume constitutionnelle, son rôle et sa valeur en France*, RDP 1944, p. 23). Le Doyen VEDEL repoussait

Capitant, qui en appela au pouvoir constituant du peuple pour justifier la reconnaissance de la coutume comme source formelle du droit. Mais il fallut attendre la Ve République pour que sa voix se fit entendre si haut que la majorité de la doctrine, jadis hostile, admît ce mode de formation du droit. Impuissante à soumettre la politique au droit, elle fit plier le droit aux caprices de la pratique. Obstinement, les formalistes avaient refusé d'admettre l'écart entre droit et pratique en niant la pratique. Obstinement, les réalistes nieront l'impuissance du droit en l'identifiant au fait. Bien sûr, cela ne fut pas facile. La coutume elle-même prétendit résister. Elle exigeait une pratique répétée, durant longtemps, et unanimement admise, et on voulait l'appliquer à une violation de la Constitution qui ne s'était pas renouvelée et qui avait été vivement contestée. Alors on amputa la notion de coutume elle-même. On estima que l'*opinio juris* était établie par le " Oui " majoritaire au référendum, et qu'une seule pratique pouvait suffire puisque " le consensus (...) est le véritable fondement de la coutume dont la pratique n'est en fin de compte que l'expression " (46). Or cette " coutume " aurait suffi à " effacer " le texte constitutionnel (47). Jean Gicquel pouvait conclure sa thèse en estimant que la pratique développée durant la Ve République avait permis une " transformation coutumière du régime ". Il en déduisait qu' " il semble difficile de ne pas voir, dans la coutume, une source importante en Droit public " (48). En 1987, il réaffirma dans une vision réaliste, qu' " en certaines circonstances, une coutume *abrogative* au mépris de la supériorité d'une constitution rigide, peut se *substituer* partiellement à elle et la réviser *de facto* " (49). Les formalistes s'indignèrent, dénonçant le procédé, refusant la qualité de coutume à ce qui n'était que des pratiques (50). Mais le mépris du texte devint si constant et si largement admis, les réalistes dénoncèrent si haut leur dogmatisme et leur aveuglement que certains finirent par rendre les

---

catégoriquement la notion de coutume constitutionnelle (Manuel élémentaire de droit constitutionnel, 1949, p. 121).

(46) G. VEDEL, Le droit par la coutume, *Le Monde*, 22-23 déc. 1968.

(47) Pour le Doyen VEDEL, " On peut admettre qu'une pratique unique ne suffit pas à effacer le texte constitutionnel là où le débat se déroule entre les seuls organes des pouvoirs publics, comme ce fut le cas pour le refus de convocation du Parlement par le chef de l'Etat en 1960 (...). Mais quand la nation a parlé, on ne peut plus raisonner ainsi " (*Le Droit par la coutume*, préc.).

(48) J. GICQUEL, *Essai sur la pratique de la Ve République, bilan d'un septennat*. LGDJ 1968, mise à jour 1977, p. 357 et 356.

(49) J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc., 1987, p. 212.

(50) Cf. M. PRELOT, Sur une interprétation " coutumière " de l'article 11, *Le Monde* 15 mars 1969. G. BERLIA, Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 novembre 1962, p. 936-949, qui critique le fait que certains invoquent la souveraineté du peuple pour justifier la violation de la Constitution, et *Chronique constitutionnelle RDP 1969* J. CHEVALLIER, La coutume et le droit constitutionnel français, RDP 1970, p. 1375-1416; E. GIRAUD, La Constitution du 4 octobre 1958 et la pratique de cette constitution, RDP 1961, p. 1011; S. RIALS, Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle, R.A. 1979, préc.; J. PETOT, Faut-il réviser la Constitution de 1958 ?, RDP 1985, p. 1443. ; M. DUVERGER estime que la coutume exige un consensus général qui n'existe pas en l'espèce, et que la pratique présidentiale n'a donc pas pu modifier la Constitution, *La carte forcée*, *Le Monde* 22-23 déc. 1968, et *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986, p. 51). Le Mong NGUYEN, Contribution à la théorie de la Constitution souveraine par le peuple, RDP 1971, p. 923-986. Cf. aussi les références citées infra.

armes (51). La notion de coutume ne s'en remit pas, qui resta dénaturée, amputée de ses éléments essentiels. On admit qu'en droit constitutionnel elle se définit simplement comme une " règle non écrite résultant de précédents concordants respectée par les pouvoirs publics d'un Etat " (52). En 1986, il ne faisait guère de doute pour une partie de la doctrine que la coutume avait modifié la Constitution de la Ve République, et certains n'allaient pas manquer d'invoquer la coutume pour justifier la persistance d'une conception large des pouvoirs présidentiels (53). De nombreux auteurs pourtant contestaient la notion de coutume constitutionnelle (54).

Alors vint la cohabitation. Président de la République et Premier ministre s'abritant derrière la lettre du texte, répétant que c'était la seule source du droit, on crut que la coutume était abolie. Plus, même, c'était le recours à la notion même de coutume qui était remis en cause par la coexistence. En effet de deux choses l'une. Soit on admettait que les pratiques contraires à la Constitution qui s'étaient développées depuis trente ans étaient de véritables coutumes. Dans ce cas elles avaient la même force juridique que le texte qu'elles abolissaient. Donc la règle établie par le texte avait été abrogée par la règle coutumière. Comment, alors, expliquer la renaissance du texte ? C'est impossible, sauf à amputer encore une fois la notion de coutume. On pourrait en effet considérer que la coutume n'avait pas

(51) Sans accepter toujours totalement la notion de coutume constitutionnelle, de nombreux auteurs ont nuancé leur position à cet égard, ou, pour le moins, sont restés perplexes. Ainsi J.C. COLLIARD relève-t-il que " les principales règles concernant la formation du Gouvernement ne se trouvent pas dans le texte même, mais à côté : dans des pratiques, des coutumes qui n'ont aucune valeur obligatoire mais qui, si on les prend sur les vingt ans passés, apparaissent avec une permanence assez solide " (dans *Un régime hésitant et déséquilibré, Pouvoirs* n° 4, 1978, rééd. 1982, p. 121). Quant à G. BURDEAU, s'il exclut toute possibilité de coutume constitutionnelle dans le cadre d'une constitution rigide dans son *Traité de science politique* en 1969 (t. 4, p. 291), il semble admettre la coutume *praeter constitutionnem* en 1974 (*Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 61), cité par S. RIALS, art. préc., p. 268.

(52) S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER (dir.) *Lexique des termes juridiques* Dalloz, ed. 1990. Dans le *Vocabulaire juridique*, elle est définie de manière encore plus succincte comme une " règle non écrite concernant la Constitution ou le fonctionnement des organes supérieurs de l'Etat " (G. CORNU, Assoc. H. CAPITANT, 1990). Dans leur *Lexique de Droit constitutionnel*, P. AVRIL et J. GICQUEL observent qu'au sens technique il s'agit d'une " source du droit reposant sur la répétition d'une pratique et sur le sentiment d'obligation chez les auteurs de celle-ci ", mais que son existence est controversée en droit constitutionnel (PUF, 1989, p. 33)

(53) Cf. *Supra*, L. I, à propos de chaque problème. Notons seulement ici que J. MASSOT invoque une coutume supplétive, estimant que le règlement intérieur du Gouvernement de 1958 confie la fixation de l'ordre du jour du Conseil des ministres au Président de la République (op. cité., p. 180). Selon F. GUENAIRE, il résulte de la " désuétude durable dans laquelle est tombée la procédure référendaire de l'article 89 " et de la " virtualité constatant de la procédure de l'article 11 " qu' " une double transformation coutumière transcende la règle de droit formelle, pour donner sa base juridique au référendum de révision constitutionnelle. Autrement dit, l'article 11 reste la seule source envisageable pour l'organisation d'un référendum (...) " (dans *Le défi référendaire d'un président minoritaire*, RDP 1986, p. 1077).

(54) De nombreux auteurs refusaient cependant de reconnaître en la coutume une source formelle du droit constitutionnel, ainsi J. CHEVALLIER, art. préc.; F. LUCHAIRE, *De la méthode en droit constitutionnel*, RDP 1981, p. 286. P. ARDANT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 1989, p. 68 et s., pour qui " il n'existe pas de coutume constitutionnelle en droit français ". G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER, *Manuel de droit constitutionnel*, LGDJ 1988, p. 60 à 64. G. CONAC estime également que la pratique " ne pouvait engendrer une coutume, destructrice d'une règle écrite, énoncée en toute clarté " (*Commentaire de l'article 20 de la Constitution*, dans *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p. 147).

effacé le texte, mais s'était seulement superposée à lui, et que le respect de la règle coutumière était seulement facultatif. Bien sûr. Mais dans ce cas, on reconnaît qu'il n'y avait pas coutume, mais seulement usage, puisque cette règle n'était pas obligatoire et pouvait disparaître devant la première pratique contraire. En rendant possible le retour à la norme prescrite par le texte, la cohabitation montre donc que ce que l'on avait cru être des coutumes constitutionnelles n'étaient que des usages. L'évolution très rapide de l'opinion publique et des idées des juristes sur les pouvoirs respectifs du Président de la République et du Premier ministre montre toute la fluidité de l'*opinio juris*, et la nécessité d'une grande prudence dans l'utilisation de cette notion (55) La longue controverse sur la nature juridique des violations de la Constitution semblait enfin réglée.

Mais voilà que le Président de la République, interrogé à la fin de la cohabitation sur la possibilité d'utiliser l'article 11 pour réviser la Constitution, affirme que " l'usage établi et approuvé par le peuple peut désormais être considéré comme l'une des voies de la révision, concurremment avec l'article 89 " (56). Qu'est-ce, pour un juriste, qu'un usage établi et approuvé, sinon une prétendue coutume ? La cohabitation n'aura donc pas suffi à ce que les gouvernants renoncent à ce " tour de prestidigitation " pour couvrir les violations de la Constitution du voile de la coutume. Bien plus, certains représentants de la doctrine y voient la confirmation de coutumes antérieures, en particulier en matière de défense et de diplomatie, ou pour reconnaître le caractère discrétionnaire des compétences présidentielles soumises au contreseing (57). Pour Jean-Louis Quermonne, c'est " un droit de veto coutumier que s'est octroyé François Mitterrand " en refusant de signer des décrets de nomination, des ordonnances, ou la convocation du Parlement en session extraordinaire (58). D'autres auteurs déplacent légèrement le débat en parlant de " conventions de la Constitution ", mais le fond de l'argumentation est globalement le même.

Alors, faut-il reconnaître la coutume comme une source formelle du droit constitutionnel, ou seulement comme une source réelle ? Cette question est particulièrement topique. Elle montre remarquablement que le juriste doit faire un choix, et que ce choix est nécessairement prescriptif.

---

(55) Cf. L. I, T II, Ch II, S II, II, B.

(56) Entretien avec O. DUHAMEL, le 7 mars 1988, *Pouvoirs*, n° 45, 1988, p. 138.

(57) B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, A. Colin, coll. U, 1985 p. 28-29 et 1988, p. 28-31 et p. 599.

(58) J.L. QUERMONNE, *La Présidence de la République et le système des partis*, *Pouvoirs*, n° 41, 1987, p. 111.

b) Le problème de la valeur de la coutume, l'inévitable choix.

196 En l'espèce, il n'y a pas de " bon choix " ou de " mauvais choix ". Le constitutionnaliste doit opter pour une représentation de la réalité qui n'est neutre, objective, ni dans son origine ni dans ses conséquences. Quelle que soit la méthode employée pour identifier la coutume, déductive ou inductive, le juriste est obligé de faire un choix pour dire s'il estime être en présence d'un phénomène normatif ou non (59). On admettra avec J. Chevallier que la reconnaissance de la coutume comme source du droit s'explique essentiellement par la volonté de la doctrine, qui, en considérant que les pratiques développées sous la Ve République étaient approuvées par le peuple, a vu dans la coutume un moyen d'expliquer juridiquement une pratique discutable (60). Les faits sont simples : le " chef " dit " je suis l'interprète de la Constitution. Il existe une coutume permettant d'utiliser l'article 11 concurremment avec l'article 89 pour réviser la Constitution ". Devant cette réalité, que peut faire le juriste ? En l'absence d'une décision juridictionnelle permettant de délivrer une interprétation authentique, si le Président de la République décide de réviser la Constitution par le biais de l'article 11 - à condition que la proposition lui en soit faite régulièrement -, la plupart des juristes admettront que sa décision est juridiquement valide, qu'elle produit des effets de droit, aussi longtemps qu'elle n'a pas été annulée par un juge, ou privée d'effets par une crise politique. Mais devra-t-on considérer pour autant qu'elle est conforme à la Constitution ?

Dans une optique que l'on pourrait qualifier de positiviste-réaliste-strict, certains considéreront que la question n'a pas de sens. Il est inutile de se demander si l'on est ou non en présence d'une coutume. Dans la conception kelsénienne de la science du droit, il n'appartient pas au juriste de porter de jugement sur la réalité, il doit seulement la décrire (61). Donc le juriste se bornera à paraphraser le discours

(59) En ce sens, G. TEBOUL, qui opte pour la seconde méthode, concède que " celui qui analyse la jurisprudence est obligé de dire, en faisant appel uniquement à son propre jugement, s'il estime être en présence d'une structure normative ou s'il n'estime pas être en présence d'une telle structure. (Mais) cette subjectivité est moindre que celle qui se manifeste lorsqu'on est à la recherche de l'existence d'une hypothétique opinio juris " (op. préc., p. 16).

(60) J. CHEVALLIER, art. préc., p. 1379, 1380 et 1397 spécialement, où il souligne que l'idée développée par J. GICQUEL selon laquelle la coutume développée depuis 1958 " tire son autorité, donc sa légitimité, pour la plupart de ses effets, de l'adhésion des gouvernés, dès lors qu'elle est, pour l'essentiel, le fait de l'action conjuguée du Chef de l'Etat et du peuple " (thèse préc., p. 39). Pour J. CHEVALLIER, " Cette constatation a (...) été à l'origine directe du revirement doctrinal vis-à-vis de la coutume " (p. 1397).

(61) En ce sens, cf. M. TROPER, Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement, Droits, n° 3, La coutume. Pour cet auteur, dès lors que, comme en droit constitutionnel, il y a un doute sur l'existence de la coutume, il ne convient pas de rechercher le fondement de la coutume, mais de chercher " c'est l'existence elle-même qu'il faut rechercher " (p.15). On ne devra donc pas analyser la coutume comme une règle, mais comme un comportement, dont on se demandera s'il a lieu réellement et pourquoi, et s'il est suivi comme on applique une règle (p. 16). mais l'auteur conclut en estimant qu'il faut écarter

présidentiel, et à constater que si une décision est prise en application de cette interprétation, la norme constitutionnelle est exprimée dans cette décision et qu'il n'en existe aucune autre (62). Selon une formulation qui n'est pas sans rappeler certains règlements militaires, il devra seulement observer que le chef a dit que ceci était le droit, donc c'est le droit, puisque cette décision est juridiquement valide. Le reste n'est que bavardage. Mais ainsi, par le seul fait qu'il conclura que cette décision est " le droit ", sans la critiquer, le positiviste strict légitimera cette interprétation. C'est à dire qu'il agira non pas sur la norme elle-même, mais sur l'image de la norme, qui, comme on le constatera plus tard, contribue à déterminer la pratique subséquente. Et comme le " positiviste-réaliste-strict " admet que la seule norme est la norme contenue dans les décisions des pouvoirs publics, il contribuera donc à déterminer la norme suivante. Puisque la qualification de norme sous-tend l'obligation de se soumettre à la norme, le juriste qui s'abstient de critiquer une telle décision prescrit, même indirectement et involontairement, d'obéir à cette norme. Même en prétendant de bonne foi se contenter d'observer objectivement le droit, il agira nécessairement sur le droit.

Si, comme nous l'avons proposé, on refuse d'enfermer la science du droit dans cette attitude passive, il faudra essayer d'analyser cette interprétation pour apprécier sa conformité à la Constitution. Sauf à considérer que la quasi-totalité des constitutionnalistes étaient totalement incompetents en 1962 puisqu'ils dénoncèrent cette violation de la Constitution, on ne peut aujourd'hui admettre la régularité de cette pratique manifestement contraire à la lettre du texte qu'en recourant à la notion de coutume, en considérant que c'est une source formelle du droit (63). Or on ne peut se prononcer dans un sens ou dans l'autre qu'en choisissant d'admettre ou de refuser qu'une règle de droit puisse apparaître en dehors du droit écrit (64). Les motivations de ce choix résident, à notre point de vue, non pas dans une prétendue morale, mais bien dans une option technique. C'est à dire que l'on admet que le but qui est fixé par la Constitution, c'est à dire l'Etat de droit démocratique, sera mieux atteint par tel ou tel moyen technique. Pour les partisans de la coutume, la reconnaissance de cette source formelle du droit permet de garantir un tel Etat de

---

l'idée d'obligation - qui est indémontrable autrement que par tautologie - et revenir à une définition de la norme comme signification d'un acte ou d'un fait. " Force est donc d'admettre qu'un fait possède la signification de norme lorsqu'un ou plusieurs organes lui ont conféré cette signification. (...) Ainsi, à la question de savoir à quel signe on peut reconnaître qu'une coutume existe comme source du droit, on peut répondre simplement : lorsque, dans le discours des pouvoirs publics, elle reçoit la signification d'une norme pour pouvoir servir de fondement à d'autres normes ".

(62) On peut critiquer cette attitude en observant avec L.H.A. HART qu' " attribuer le statut juridique d'une coutume au fait qu'un tribunal, le législateur ou le souverain l'a " ordonné ", revient à adopter une théorie qu'on ne peut soutenir logiquement qu'en donnant au mot " ordre " une signification élargie au point de vider la théorie de son contenu " (Le Concept de droit, trad. Van de KERCHOVE, 1976 préc., p. 95).

(63) Sur l'utilisation de l'article 11 pour réviser la Constitution, cf. supra, L I, et J. CHEVALLIER, art. préc., p. 1392.

(64) Les auteurs qui se prononcent sur ce point emploient généralement des formules sans équivoque, estimant que l'on " doit " admettre ou refuser la coutume pour telle ou telle raison (cf. par ex. P. ARDANT, manuel préc., p. 68).



droit. Nous essaierons de démontrer au contraire que la consécration de la coutume comme source formelle du droit constitutionnel est très dangereuse pour la démocratie et qu'il est, techniquement, préférable de la rejeter si l'on veut atteindre l'objectif de démocratie et de sécurité juridique fixé par le peuple dont le droit doit garantir la souveraineté.

Le premier, et le plus séduisant des arguments avancés en faveur de la coutume constitutionnelle, est le fait qu'elle permettrait au peuple d'exprimer en tout temps son pouvoir constituant. Même lorsque les gouvernants - Parlement sous la IIIe République, ou Président de la République ou Sénat dans une certaine mesure sous la Ve République - prétendent la confisquer. Qu'est-ce que la coutume, sinon la conscience et la volonté nationales " ? (65). La coutume n'est-elle pas une " expression tacitement conventionnelle de la raison publique (...) " (66), la " manifestation de l'âme populaire " (67), " le produit direct de la société dans laquelle elle a vigueur " (68) ? Lorsqu'elle émane réellement du peuple, peut-être. Mais le problème est qu'en droit constitutionnel, contrairement à ce qui se passe, par exemple, pour des coutumes locales en droit privé, les sujets de droit qui vont former la coutume sont les gouvernants, non les citoyens (69). Lorsque les Premiers ministres vont prendre l'habitude de ne pas respecter l'article 49.1 de la Constitution en n'engageant pas leur responsabilité politique sur leur programme, peut-on considérer que le peuple est à l'origine de cette prétendue règle, ou même seulement qu'il y a consenti ? Sans doute, le consentement du peuple à une règle écrite peut être diversement apprécié, et discuté, mais est tout de même beaucoup plus réel que le prétendu consentement à une pratique des gouvernants sur laquelle il n'a pas eu à se prononcer explicitement. Certains ont pu considérer que le consentement du peuple français à la pratique présidentiale de la Constitution de la Ve République serait prouvé par l'élection de présidents de la République favorables à une conception extensive de leurs pouvoirs. Ce type d'argumentation

---

(65) R. CAPITANT, *La coutume constitutionnelle*, préc., p. 968. Pour lui, la constitution serait elle-même, dans la hiérarchie des normes, subordonnée à la coutume. : " la coutume est essentiellement constituante, et la constitution, dans ses degrés supérieurs, est nécessairement coutumière ".

(66) A. ROUSSEL, *Définition de la coutume*, *Encyclopédie du droit*, Bruxelles, 1844, p. 12, cité par S. GOYARD-FAVRE et R. SEVE, *Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, coll. Questions, 1986, p. 85.

(67) F. K. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, chap. 2, p. 8-9 (trad. A. Dufour, in *La théorie des sources du droit dans l'Ecole historique*, APD, t. 27, 1982).

(68) R. CAPITANT, *La coutume constitutionnelle*, *Gaz. Pal.* 1929, reproduit dans *RDP* 1979, p. 961.

(69) Il reste cependant bien souvent difficile d'apprécier dans quelle mesure une coutume est réellement créée par " le peuple ". Notons que la reconnaissance d'usages locaux est parfois consacrée par leur codification. Ainsi la codification des usages locaux en matière agricole est prévue par l'article 506 du code rural, disposant notamment que les chambres d'agriculture " sont spécialement appelées par le Préfet à grouper, coordonner, codifier les coutumes et usages locaux à caractère agricole qui servent ordinairement de base aux décisions judiciaires ". Cette codification résulte d'une collaboration entre le Préfet, le Conseil général, les chambres d'agriculture, et de commissions locales composées de notables et d'agriculteurs (maire, notaires, propriétaires, avocats, experts agricoles...). Cf. par exemple la codification des usages locaux de l'arrondissement de Montbrison, *Chambre d'agriculture* 1982.

nous paraît très contestable en lui-même puisque les citoyens n'avaient pas, alors, à se prononcer explicitement sur ce point, mais devaient voter pour ou contre un homme. En interprétant ainsi les élections, on pourrait arriver à faire dire au peuple à peu près n'importe quoi. On pourrait même estimer qu'en élisant, en 1986, une majorité parlementaire hostile au Président de la République, les Français ont voulu imposer un retour au régime parlementaire moniste prévu par le texte de la Constitution. On pourrait renchérir en affirmant que la réélection de M. Mitterrand en 1988, alors qu'il venait de jouer un rôle presque nul dans la détermination de la politique intérieure de la France pendant deux ans, et alors qu'il n'avait pas de programme politique précis et se présentait comme un président-arbitre, cette réélection manifesterait le désir des français de ne plus voir intervenir le Président de la République dans la politique gouvernementale (sauf éventuellement pour la politique étrangère et la diplomatie). Que de telles interprétations puissent être discutées si elles sont confortées par des sondages, on l'admettra volontiers. Mais que l'on prétende en tirer directement des conséquences juridiques en affirmant qu'il en résulte une coutume, que la volonté du peuple ainsi manifestée crée ou modifie elle-même la règle constitutionnelle, cela nous paraît excessif. Nous verrons que l'interprétation des élections et les sondages font bien partie des variables qui déterminent l'application d'une Constitution, ce sont des sources matérielles, réelles du droit constitutionnel, mais certainement pas des sources formelles. Elles ne modifient pas, par elles-mêmes directement la règle constitutionnelle. Elles contribuent à influencer sur sa pratique, ce qui est très différent dans l'optique formaliste qui est la nôtre. En 1962, lorsque le peuple fut amené à se prononcer sur la révision de la Constitution par un référendum pris en violation de l'article 89, peut-on admettre avec le Doyen Vedel que son consentement à cette pratique a suffi à établir une coutume ? (70) Nous ne le pensons pas (71). Car aucun des éléments de la coutume n'était présent. On peut tout au plus admettre que les citoyens ont cautionné cette violation de la Constitution et que personne n'a été en mesure de l'éviter ou de la sanctionner (72). Mais on ne voit pas bien l'intérêt de parler ici de coutume, sauf à vider cette notion de tout contenu. Il s'agit d'une pratique contraire à la Constitution. Elle prouve simplement que l'effectivité du texte est ici insuffisante, soit parce qu'il n'existe pas de contrôle préventif de la

(70) Le Doyen VEDEL estimait en 1969 qu' " une coutume constitutionnelle s'était formée qui rendait régulier dans son principe " le recours au référendum par la voie de l'article 11, *Le droit par la coutume*, *Le Monde* 22-23 déc. 1968. L'argumentation est basée sur l'idée que l'opinio juris étant clairement établie il n'est pas nécessaire que les conditions de répétition et de constance soient remplies. Ce raisonnement peut être rapproché de celui de CAPITANT (art. préc.) quand il évoque la possibilité d'une coutume novatrice, ou de celui de D. LEVY, *Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel*, préc. En ce sens, F. GUENAIRE, *Le défi référendaire d'un président minoritaire*, RDP 1986, p. 1065-1096.

(71) En ce sens, cf. les auteurs cités supra et en outre Le Mong NGUYEN, *Contribution à la théorie de la Constitution souveraine par le peuple*, RDP 1971, p. 923-986, pour qui les conditions de la coutume ne sont pas remplies.

(72) Certains auteurs soulignent les avantages de ce mode d'expression direct de la souveraineté du peuple dans sa conception rousseauiste : M. H. FABRE, *Promenade solitaire à travers les institutions de la Ve République*, RDP 1985, p. 909-912.

constitutionnalité des référendums, soit parce que la procédure de révision de l'article 89 est trop lourde, ou trop " verrouillée ", soit pour d'autres raisons ou pour toutes ces raisons à la fois. Si l'on suit la logique de ceux qui admettent l'existence d'une coutume constitutionnelle, il faudra d'ailleurs considérer que le référendum de 1969 ayant été rejeté par la Nation, la prétendue coutume s'est révélée n'être qu'une pratique ou s'est subitement volatilisée. Affirmer aujourd'hui qu'il existe une coutume sur ce point nous paraît donc tout à fait inadmissible, car les controverses de 1984 renforcent encore, s'il en était besoin, la preuve qu'il n'y a pas d'*opinio juris* en ce sens (73). Aucun des deux éléments, subjectif ou objectif, de la coutume n'est présent, il est donc clair qu'il n'y a pas de coutume. Et si l'on se contente d'induire l'existence d'une coutume d'une violation répétée de la constitution, alors on trouvera de nombreuses coutumes sous la Ve République, mais on ne voit pas bien l'intérêt de recourir à cette notion, sinon pour légitimer ces violations, ou pour donner aux juristes l'illusion que le droit n'est pas bafoué (74). On admettra avec Carré de Malberg que " toutes les fois que les auteurs en sont réduits à invoquer la coutume pour justifier un état de choses établi en fait, cela revient à dire que cet état de choses manque de base en droit " (75). Il est très possible que demain le Président de la République modifie la Constitution par ce biais. Le peuple l'acceptera peut-être, mais il n'y aura pas pour autant de coutume. Seulement une nouvelle violation de la Constitution. Ainsi, l'argument tiré de ce que le peuple exprimerait son pouvoir constituant en élaborant une coutume nous paraît tout d'abord faux en droit constitutionnel, et ensuite il nous semble dangereux. Il est faux puisque ce sont les gouvernants qui imposent ces pratiques au peuple et non l'inverse. Peut-on prétendre sérieusement que la confiscation de la souveraineté par le Parlement sous la IIIe et la IVe République était une règle établie par le peuple ? Peut-on prétendre que les violations de la Constitution sous la Ve République étaient élaborées par le peuple - à l'exception, au pire, de celle que nous avons mentionnée - ? Non. Enfin, la cohabitation a établi qu'il ne s'agit que de pratiques rendues possibles par la conjonction de certains facteurs, et qui disparaissent ou qui pourront disparaître dans un autre contexte. La règle constitutionnelle n'a pas changé. Elle a seulement été d'une effectivité variable. Admettre qu'une coutume puisse réviser la Constitution nous paraît également

(73) Ainsi, on pouvait lire sous la plume de M. GUENAIRE en 1986 que la majorité de la doctrine rejette l'utilisation de l'article 11 pour réviser la Constitution, et " M. F. Mitterrand, dans sa déclaration du 12 juillet 1984, a validé cette interprétation dominante, et n'a voulu retenir que le cadre de l'article 89 pour son projet de révision de la Constitution " (RDP 1986, p. 1074). Cf. D. MAUS, *Les Grands textes de la pratique institutionnelle de la Ve République*, N.E.D. 3e ed. mise à jour 1987.

(74) Pour une approche critique de la notion de coutume constitutionnelle, cf. notamment S. RIALS, *Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle*, R.A. 1979, n° 189, p. 265-273. Pour G. BERLIA, " La création d'une règle coutumière constitutionnelle, fut-elle *contra legem*, est évidemment concevable dans son principe et la difficulté est de déterminer à quelles conditions elle peut être acquise. (...) la règle coutumière ne peut naître d'une simple violation de la Constitution et du fait que celle-ci est effective : elle suppose la répétition de cette violation de manière à ce que soient créés les précédents nécessaires " (*Chronique constitutionnelle et parlementaire française, Le référendum du 27 avril 1969*, RDP 1969, p. 454-455).

(75) R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, préc., t. I, p. 683.

dangereux, dangereux par principe, et d'autant plus dangereux que l'on a une conception plus laxiste de la coutume (76). Si l'on applique les critères de reconnaissance de la coutume admis par une partie de la doctrine, il suffira qu'un chef d'Etat viole une fois n'importe quelle disposition de la Constitution, et, au mieux qu'il bénéficie pour cela d'un référendum favorable, pour que la communauté juridique s'empresse de reconnaître par avance la constitutionnalité de toutes les autres pratiques suivantes en ce sens. Loin d'être une règle établie par le peuple, la coutume constitutionnelle sera, le plus souvent une règle imposée par les gouvernants contre la règle à laquelle les citoyens ont expressément manifesté leur adhésion. Admettre l'existence d'une coutume constitutionnelle serait " renoncer à l'idée même de constitution au sens classique du mot puisque le droit constitutionnel prendrait sa source autant dans les violations de la Constitution que dans les prescriptions de celle-ci " (77). La notion même de révision informelle de la Constitution (78) nous paraît, par essence, dangereuse pour la démocratie. Or, dans la mesure où la raison d'être d'une Constitution rigide est d'établir des règles qui ne sont pas immuables, mais qui ne peuvent être révisées que selon une procédure particulière, nous estimons que les juristes doivent, pour assurer l'efficacité de cette technique, refuser d'admettre la notion de coutume constitutionnelle (79). Et ce choix devrait être fait aussi bien par la doctrine que par le juge.

Le second argument majeur qui est avancé pour justifier la reconnaissance de la coutume, et qui est d'ailleurs lié au premier, réside dans l'idée que " le droit positif n'est pas le droit posé par un législateur, il est le droit en vigueur, c'est-à-dire le droit appliqué, dont les prescriptions reçoivent généralement exécution dans une société donnée. C'est donc le fait de l'application du droit, de la conformité des mœurs à un système juridique qui est le signe de la positivité de celui-ci Pour Capitant, " Si une règle supplante la règle écrite dans l'opinion commune, " entraîne

(76) Cf. S. RIALS, *Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle*, préc., p. 265, qui relève le caractère dangereux du laxisme doctrinal. P. BOURDIEU relève également qu' " avec le droit coutumier, si on a un Salomon, tout va bien. Sinon, le danger d'arbitraire est très grand " (*Habitus, code et codification, Actes de la recherche*, n° 64, sept. 1986, p. 43).

(77) G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 1949, p. 121, cité par S. RIALS, art. préc., p. 268. B. CHANTEBOUT rappelle que " le courant majoritaire de la doctrine reste hostile à la thèse (de la coutume contra constitutionnem; M.M. Burdeau, CADART, JEANNEAU et PRELOT notamment font observer que la coutume étant en fait le résultat de la pratique des gouvernants, admettre qu'elle méconnaisse la Constitution approuvée par le peuple serait reconnaître à la volonté des gouvernants une autorité supérieure à celle du peuple, et les autoriser implicitement à abuser de leurs prérogatives en escomptant une ratification ultérieure par la coutume " (*Droit Constitutionnel et science politique*, préc., 1988 p. 29). Parmi les auteurs qui refusent la notion de coutume constitutionnelle, il cite encore J.C. MAESTRE, *A propos des coutumes et pratiques constitutionnelles : l'utilité des constitutions*, RDP 1973, p. 1275 et s.; et S. SUR, *La vie politique en France sous la Ve République*, 1977, p. 959 et s.

(78) Sur cette notion, cf. J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 1987, p. 209.

(79) Pour M. Le Mong NGUYEN, " l'exercice de la souveraineté doit se faire dans le cadre de la Constitution ", et donc les réformes constitutionnelles doivent se réaliser par la voie de l'article 89 (dans *Contribution à la théorie de la Constitution souveraine par le peuple*, RDP 1971, p. 923-986).

l'adhésion des consciences et réussit à se réaliser dans la conduite conforme des sujets, il faut bien admettre qu'une règle non écrite s'est substituée à une règle écrite " (80). " En cessant d'obéir à une règle, la nation lui retire donc son caractère positif, autrement dit, l'abroge : en la reconnaissant valable et en se soumettant à ses prescriptions, elle lui confère le caractère positif, autrement dit, elle lui donne vigueur " (81). Observons encore que Capitant semble ici ne considérer comme sujets de droit que les citoyens, alors que ceux qui vont, les premiers, se soumettre ou non à la règle constitutionnelle sont les gouvernants. Mais surtout, ce raisonnement nous semble particulièrement typique de la confusion largement répandue entre effectivité, légitimité et validité. Dans un souci très louable de faire respecter la démocratie, et à une époque où les lois constitutionnelles n'avaient pas fait l'objet d'un référendum, l'éminent auteur considère que le seul droit valable est celui qui est approuvé par le peuple souverain, et que cette approbation résulte de l'acceptation de pratiques répétées. La seule règle valable est la règle légitime, c'est à dire celle qui bénéficie du soutien de l'opinion, et ce soutien se manifeste par l'effectivité de la règle. Si une nouvelle règle supprime l'ancienne, c'est parce qu'elle bénéficie d'une plus grande légitimité, et donc d'une plus grande effectivité. Le résultat des rapports dynamiques entre légitimité et effectivité déterminerait la validité des normes constitutionnelles. La règle écrite perdrait sa validité du fait de la légitimité et de l'effectivité supérieures de la nouvelle règle. La mise en rapport de ces éléments nous paraît très importante, car elle montre l'aspect dynamique de la pratique du droit constitutionnel. Néanmoins, nous ne suivons Capitant sur ce terrain que pour l'analyse de la pratique et non pour la validité du texte de la Constitution. Car si l'on poussait son raisonnement au bout de sa logique, il faudrait admettre, comme le font les réalistes, que toute pratique contraire au droit, toute violation du droit non sanctionnée est du droit, est même le seul droit. L'écart entre droit et pratique finirait par disparaître, et l'on ne ferait plus du droit - au sens où nous avons proposé de le définir -. Contrairement à Capitant, nous considérerons donc dans une approche délibérément formaliste, que la seule règle, le seul modèle qui fixe ce qui doit-être, est la norme contenue dans le texte. Tout le reste n'est qu'application, même valide, fidèle ou non, mais toujours discutable, de ce modèle. Il reconnaît lui-même que " le droit doit être écrit, parce qu'il doit être publié. Il doit être non le secret des puissants, mais la règle publique et commune, car la règle est tyrannique tant qu'elle est imprévisible, et la codification est bien la condition d'un droit juste et d'une obéissance librement consentie " (82). Et s'il admet la coutume comme source du droit, c'est parce qu'il part du postulat que le peuple est l'auteur de cette règle. Ce postulat se révélant très discutable, c'est le raisonnement tout entier qui devient trop fragile pour emporter l'adhésion. On peut, sur ce point, rapprocher cette vision de la conception Duguiste selon laquelle les règles de droit préexistent à la loi et à la coutume qui ne sont que les règles

(80) R. CAPITANT, *Le droit constitutionnel non écrit*, Mél. GENY, Tome III, Sirey 1925, p. 3.

(81) R. CAPITANT, *La coutume constitutionnelle*, préc., p. 968. Pour lui, " la coutume agit donc de trois façons : elle confirme, elle supplée, elle modifie le droit écrit " (ibid. p. 969).

(82) R. CAPITANT, *La coutume constitutionnelle*, préc., p. 960.

constructives venant simplement les constater (83). Sans doute leur vision du droit est-elle très différente puisque pour Capitant " dans le cadre du droit positif (...) coutume et droit écrit sont seuls en présence, et chacun englobe tout ce qui n'est pas l'autre " (84). Mais dans l'un et l'autre cas on admet que le droit existe en dehors des textes, et qu'un des éléments essentiels de ce droit est sa légitimité (85). Mais dans l'un et l'autre cas, le droit non écrit, tout comme sa légitimité, ne peuvent pas être établis, prouvés, avec suffisamment de certitude pour assurer la sécurité des rapports juridiques.

Enfin, l'argument selon lequel la coutume permettrait d'apporter la souplesse nécessaire au fonctionnement des institutions nous semble tout aussi contestable. La pensée de Capitant a évolué sur ce point. En 1925, il estimait que seuls les usages, c'est à dire les pratiques répétées constamment depuis longtemps, pouvaient donner naissance à une coutume; alors que si des règles nouvelles peuvent s'imposer contre le droit écrit, il ne convient pas, pour autant, les qualifier de coutumes (86). La coutume serait par essence fondée sur un usage. Mais dès 1929 il pense au contraire qu'une coutume peut tout aussi bien consacrer une norme ancienne qu'élaborer une règle novatrice : " elle est le droit non écrit, et non pas le droit vieilli " (87). Cette évolution est importante car elle montre que l'élément de répétition sera compris très largement. En effet une règle qui a été appliquée régulièrement pendant longtemps est une règle " vieillie ". La sécurité juridique prônée par l'auteur lui-même nous semble totalement incompatible avec cette conception de la coutume novatrice. On admettra volontiers avec Capitant qu'il est essentiel que le pouvoir constituant du peuple puisse s'exprimer à tout instant. Mais nous pensons qu'il serait plus cohérent et plus prudent de rechercher un moyen de cette expression dans certaines procédures de révision constitutionnelle, en particulier dans l'initiative populaire, plutôt que d'admettre que n'importe quelle forme de droit non écrit puisse abolir les règles fixées par la Constitution écrite.

(83) L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3e ed. 1927, t. I, p. 147 : " La source du droit coutumier est l'adhésion naturelle du peuple et est le résultat de l'activité naturelle de celui-ci en ce qui concerne le droit ". Cf. p. 153 et s. p. 154 : " la coutume, la jurisprudence et la loi ne sont pas des sources du droit, mais des modes de constatation de la règle de droit ".

(84) R. CAPITANT, *La coutume constitutionnelle*, préc., p. 960.

(85) En ce sens, cf. aussi D. LEVY, *Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel*, Mém. WALINE, t. I, LGDJ 1974, p. 39-46, pour qui la coutume n'est pas un instrument de création d'une règle, mais un moyen de preuve de l'existence d'une règle. Pour lui, le rôle de la coutume est primordial en ce qui concerne l'organisation des pouvoirs publics et leurs rapports réciproques, alors que le juge a un rôle essentiel dans le droit constitutionnel des rapports entre gouvernants et gouvernés. Cette distinction nous paraît critiquable car elle fait bon marché de l'idée selon laquelle l'organisation des pouvoirs publics doit être déterminée par le peuple, et non par des pratiques imposées par les gouvernants. Cf. aussi du même auteur *De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction*, Mém. EISENMANN, Cujas, 1977, p. 81-90, où il estime que l'on peut très bien admettre l'idée d'un droit non écrit, et que la sanction révélant l'existence d'une coutume peut être une sanction politique.

(86) R. CAPITANT, *Le droit constitutionnel non écrit*, préc., p. 2.

(87) R. CAPITANT, *La coutume constitutionnelle*, préc., p. 960. Il précise que la coutume " est capable de modifier les usages et non de les consacrer seulement ".

D'ailleurs, on ne voit pas bien comment une coutume peut permettre au droit d'être souple. Soit elle est obligatoire, auquel cas elle s'impose, et donc devient rigide, puisqu'elle empêche l'avènement de pratiques contraires. Soit elle est facultative, dans quel cas ce n'est plus une coutume mais une simple pratique.

Quels enseignements tirer de cette analyse ? Le premier est que l'affirmation selon laquelle " la grande majorité des juristes contemporains admet l'existence et la validité juridique de la coutume en matière constitutionnelle " (88) nous paraît relever davantage de l'argument d'autorité que d'une observation rigoureuse de la réalité (89). Mais surtout, on rejettera, par principe, la notion de coutume parce que, sous prétexte de permettre l'expression directe de la souveraineté du peuple, elle peut, en droit constitutionnel, être le meilleur moyen de fonder un régime autoritaire. Notons cependant que Hitler lui-même avait cru nécessaire de se faire reconnaître le pouvoir constituant par un texte (90). Or, sous la Ve République, cette possibilité de création coutumière du droit n'est pas permise par la Constitution, puisqu'elle ne prévoit pas ce mode de création du droit (91).

Mais surtout on constatera l'influence que la doctrine peut avoir ici pour la reconnaissance de règles ou de prétendues règles constitutionnelles, et pour légitimer ou au contraire freiner le développement de telles pratiques. Nous retiendrons donc que si la coutume n'est pas une source formelle du droit (92), c'est une source matérielle du droit constitutionnel (93), et que son développement

(88) B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, préc., 1988, p. 28.

(89) Il nous semble au contraire que la majorité de la doctrine refuse d'admettre la valeur juridique de la coutume constitutionnelle, mais comment mesurer cette majorité ?

(90) Aux termes de l'article 4 de la loi du 24 mars 1934, " le gouvernement du Reich peut établir du droit constitutionnel nouveau " (RGBl.I, 75). Cette faculté était déjà reconnue sous la République de Weimar par l'article 48.II. Par contre elle est actuellement prohibée par l'article 20.III de la Loi fondamentale : " le législateur est lié par l'ordre constitutionnel, le pouvoir exécutif et les juridictions par la loi et le droit " (cité par C. AUTEXIER, *République fédérale d'Allemagne, Les ordonnances et les délégations législatives*, RFDA 5. 1987, B).

(91) Contrairement à ce qui se passe en droit privé lorsque des lois renvoient expressément aux coutumes.

(92) S. GOYARD-FAVRE et R. SEVE (*Les grands problèmes de la philosophie du droit*, préc., p. 84 et s.) relèvent que parmi les théoriciens du droit, certains auteurs reconnaissent en la coutume une source formelle du droit, ainsi H. KELSEN et M. VIRALLY tandis que d'autres lui refusent cette qualité, ainsi P. AMSELEK. Pour H. BATTIFOL, on ne peut accorder à la coutume " d'autre rôle que celui d'une formation pré-positive " (ibid., p. 89). Pour Hart, La coutume, dans le monde moderne, n'est pas du droit (ibid. p. 91), *Le concept de droit*, préc., p. 62-65. Notons qu'en droit administratif, si G. TEBOUL démontre l'existence de pratiques et coutumes administratives, il insiste sur la réticence de la doctrine à l'égard de ces notions, démontre qu'elles demeurent rares, et que l'usage et la coutume peuvent compléter la loi, être confirmés ou absorbés par elle, mais ne peuvent pas s'affirmer contre elle (G. TEBOUL, *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, LGDJ, 1989).

(93) Nous entendons ici par la notion de " source matérielle " les " facteurs qui influent sur le contenu de la réglementation juridique, sur la substance du droit, les données où le législateur puise son inspiration juridique : l'histoire, les moeurs, les rapports des forces sociales, l'environnement naturel etc." (P. AMSELEK, *Brèves réflexions sur la notion de sources du droit*, préc., p. 252-254, l'auteur démontre la polysémie de cette expression qui est aussi employée pour désigner les justifications des normes, ce qui leur confère valeur ou validité). Mais nous considérons que ces facteurs agissent au moment de la

est un problème intimement lié à celui de l'effectivité et de la légitimité des règles constitutionnelles (94). Une pratique contraire à la Constitution peut très bien être plus légitime et/ou plus effective que la Constitution elle-même. La Constitution n'est pas pour autant modifiée, mais la pratique de cette constitution peut être déterminée, notamment, par ces éléments. Nous essaierons d'analyser plus précisément ces processus après avoir proposé une typologie des pratiques constitutionnelles.

---

formation de la Constitution ou durant sa révision, sur le texte de la Constitution, mais aussi sur le fonctionnement, sur l'application de cette règle.

(94) Relevons avec J. RIVERO que " Ce qui fait la force de la coutume, c'est moins, sans doute, la sanction attachée à sa méconnaissance que le consensus dont elle bénéficie de la part du milieu social régi par elle " (Sanction juridictionnelle et règle de droit, Mém. JULLIOT de la MORANDIERE, Dalloz, 1964, reproduit dans Pages de doctrine, LGDJ, préc.).



## 2 ) Typologie sommaire des pratiques constitutionnelles.

On évoque fréquemment les pratiques constitutionnelles, les précédents, les usages, les habitudes, les conventions, ou la tradition républicaine, sans préciser quelle est leur valeur juridique et ce qui les distingue. Même si les hommes politiques, en particulier lorsqu'ils sont au pouvoir, invoquent très fréquemment ces différentes pratiques, et prétendent qu'elles engendrent des règles (1), rappelons que l'ensemble des décisions d'application de la Constitution par les autorités publiques autres que le juge n'a, en tant que tel, aucune valeur juridique (2), à l'instar de la prétendue coutume. Chaque décision, même si elle est valide, n'a aucune valeur normative pour l'avenir, ses effets juridiques sont limités au cas auquel elle s'applique. Par exemple, le refus présidentiel de signer les ordonnances, ou de convoquer le Parlement en session extraordinaire est regardé comme valide juridiquement - même si l'on peut le considérer comme contraire à la Constitution -, mais il n'implique nullement que cette interprétation de la Constitution ait modifié la norme contenue dans le texte, ou en ait créé une autre. Cette application du texte n'est pas un modèle, une référence, ce n'est pas une norme, ce n'est qu'une décision. Par contre, ces pratiques ont un poids politique souvent non négligeable, et qui varie en fonction de nombreux facteurs, parmi lesquels on retiendra surtout le consensus dont elle font l'objet, et leur répétition. On constate que ce sont des éléments proches de ceux qui sont retenus pour identifier une coutume, et la question des rapports que ces éléments entretiennent entre eux peut se poser dans les mêmes termes. La force de ces pratiques, qui détermine leur effectivité, dépend directement de leur légitimité. C'est à dire de l'idée que se font à la fois le peuple et les gouvernants que " ceci est la règle ", que " c'est ainsi que les choses doivent se passer ", que telle pratique est ainsi conforme au droit. Or ce sentiment de légitimité peut être attribué, avec une importance variable, à n'importe quel type de pratique

(1) Le général de Gaulle est sans doute celui qui a recouru le plus fréquemment à ce type d'argumentation, mais elle a été perpétuée par la suite, par exemple par M. Pompidou, qui, en ne présentant son gouvernement au Parlement que trois mois après sa formation, prétendait " créer un précédent qui contribuerait à fixer clairement et en connaissance de cause des règles pour l'avenir ", selon la formule employée par M. Messmer, qui allait lui-même invoquer ce précédent pour violer à son tour l'article 49.1 de la Constitution (*Débats Ass Nat* 1972, p. 3880). Or cette attitude continue sous la cohabitation.

(2) Cf. supra, n° 151. En ce sens cf. P. ARDANT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ 1989, p. 69 et s.; F. LUCHAIRE, *De la méthode en droit constitutionnel*, RDP 2, 1981, p. 286 : " Certes, des " pratiques " peuvent s'établir; les ignorer c'est peut-être engager une responsabilité politique; mais ces pratiques n'ont aucune sanction juridique ". Rappelons également avec J. PETOT, (*La Ve République et la continuité du pouvoir sous de Gaulle et Pompidou*, RDP 1974, p. 1654) que, au moins jusqu'en 1986, " la méconnaissance du droit écrit (...) est avalisée comme allant de soi. Les dirigeants saisissent l'occasion pour consacrer une pratique élaborée par eux-mêmes, ce qui donne une idée assez curieuse de la portée normative des situations de fait vis-à-vis des textes ".

constitutionnelle, qu'il s'agisse d'un usage, d'une " convention ", d'une tradition etc.. Soulignons bien qu'il s'agit là d'une idée, et d'une idée seulement. Ce sentiment de conformité à la règle peut-être totalement faux, totalement contraire à la norme. Par exemple, l'idée généralement répandue avant 1986 selon laquelle le Premier ministre devait démissionner à la demande du Président de la République, correspondait à un sentiment généralisé selon lequel les choses devaient se produire ainsi, mais était contraire à la lettre de la Constitution. Nous avons estimé dans une optique formaliste que ce sentiment, qui correspond en fait à la légitimité de la pratique, ne suffit pas à créer une règle, mais il agit sur l'effectivité de la règle ou de la pratique. Ainsi, certaines violations de la Constitution peuvent-elles être ressenties comme beaucoup plus légitimes que la Constitution elle-même, et avoir beaucoup plus de force, d'effectivité que la norme constitutionnelle. Nous tenterons d'analyser ces rapports dynamiques après avoir rappelé quels sont les principaux types de décisions d'application de la Constitution. Les diverses catégories d'applications de la Constitution, à savoir la pratique ( a ), l'habitude ( b ), l'usage ( c ), la tradition ( d ), et les conventions constitutionnelles ( e ) . Ils se différencient essentiellement par leur élément matériel, objectif, c'est à dire leur répétition, la durée, la fréquence et la constance de cette répétition.

a ) La pratique.

**197** Lorsque le général de Gaulle définit la Constitution comme étant " un esprit, des institutions et une pratique " (3), il semble qu'il entende par " pratique " la manière dont ces institutions sont appliquées. Il entend ce terme, comme on le fera souvent ici, comme une catégorie générique, comprenant l'ensemble des applications de la Constitution. Mais on peut aussi parler de pratique à propos d'une seule application du texte. Par exemple, l'application faite de l'article 16 par le général de Gaulle est une pratique. La pratique peut donc être régulière ou non. Notons que M. Mitterrand a vivement critiqué la pratique présidentiale de la Ve République et a considéré - contrairement à la plupart des constitutionnalistes - qu'il a modifié cette pratique avant même la cohabitation (4). Or la coexistence a incontestablement opéré le changement de pratique constitutionnelle le plus important de la Ve République. Une pratique peut donc être inédite, ou régulière, elle ne comporte pas nécessairement de régularité, de répétition.

---

(3) *Conférence de presse du 31 janvier 1964.*

(4) Cf. Entretien avec O. DUHAMEL, *Sur les institutions*, Pouvoirs n° 45, 1988, p. 132.

## b) L'habitude juridique

198 Certains auteurs parlent d'" habitude juridique " pour qualifier une pratique suivie habituellement, c'est à dire d'une manière régulière, mais pas nécessairement avec constance. " l'habitude est une situation juridique que le droit accepte - mais n'impose pas - car elle existe depuis longtemps " (5). Tout comme la pratique, elle peut être jugée de manière positive ou négative. Durant la cohabitation, M. Mitterrand ne dénonçait-il pas le fait qu'en appelant dans son gouvernement des dirigeants de formations politiques décidés à le rester, M. Chirac soit " retourné aux plus fâcheuses habitudes de la IV<sup>e</sup> République " ? (6). Plus régulière que la pratique, l'habitude juridique n'a pas, par définition, la constance de l'usage.

## c) L'usage

199 Lorsqu'une pratique est répétée durant longtemps, de manière généralisée, avec constance et régularité, on parle alors d'usage. Avant la cohabitation, la plupart des auteurs admettaient que les usages développés depuis le début de la Ve République avaient une influence déterminante sur son interprétation (7). Malgré ces caractères, les usages peuvent être modifiés rapidement, M. Mitterrand a souligné que la cohabitation remettait en cause la plupart des usages développés jusqu'en 1986 (8). Mais nous avons constaté que, dans le même temps, il prétendait que " l'usage établi et approuvé par le peuple " de l'article 11 pour réviser la Constitution modifiait cette dernière puisqu'il établirait une règle permettant de recourir à cette procédure concurremment (mais aussi contrairement) à l'article 89 (9). En revanche, tandis que certains auteurs estiment que le fait que le Premier ministre démissionne à l'occasion de l'élection d'un nouveau Président de la République ou d'une nouvelle Assemblée nationale est un usage, M. Mitterrand y

---

(5) F. LUCHAIRE, *De la méthode en droit constitutionnel*, RDP 1981, p. 327. L'auteur fait ici référence à la jurisprudence constitutionnelle.

(6) *Idem*, p. 133.

(7) Cf. *Supra* n° 21 à 25. Notons par exemple que pour S. ARNE, " toute la Ve République est inscrite dans les événements, les déclarations et les usages de ses débuts, au besoin *contra legem* " (*L'esprit de la Ve République. Réflexions sur l'exercice du pouvoir*, RDP 1971, p. 662.

(8) M. Mitterrand, dès son *message au Parlement* le 8 avril 1986, souligne qu'il faut revenir à la lettre de la Constitution, que les " usages qui, au-delà des textes, ont accru le rôle " du Président de la République dans les affaires publiques n'auront plus cours, car " la novation qui vient de se produire requiert de part et d'autre une pratique nouvelle ".

(9) *Entretien préc. avec O. DUHAMEL*, p. 138. Cf. *supra*, n° 195-196.

verra une tradition, ce qui révèle la subjectivité de la qualification des pratiques constitutionnelles (10).

d) La tradition

200 Enfin lorsque cette habitude est suivie depuis très longtemps, depuis plusieurs générations, on parle de " tradition " 11. La tradition se distingue de l'usage en ce qu'elle est observée depuis plus longtemps, mais n'est pas nécessairement suivie avec une parfaite constance. L'élément caractéristique de l'usage étant sa constance, on peut estimer qu'il prend fin dès la première pratique contraire. Tandis que la caractéristique de la tradition étant la longue durée pendant laquelle elle est observée, il semble qu'une seule pratique contraire ne suffise pas à mettre fin à une tradition, cette première pratique contraire pouvant être regardée comme une violation de la tradition. Depuis le début du siècle, on invoque fréquemment la " tradition républicaine ", concept dont les contours sont imprécis, mais qui remplit une fonction mythique certaine. Cette tradition ne fut guère invoquée durant les premières années de la Ve République car la geste gaullienne avait sa propre symbolique, et il faudra attendre les désillusions du " libéralisme avancé " et du " socialisme à la française " pour que réapparaisse cette notion (12). Elle évoque en effet les principes reconnus durant la IIIe République, c'est à dire le gouvernement par la majorité - et non par un homme -, et une certaine soumission du chef de l'Etat à la volonté de la majorité parlementaire. Le renoncement à l'usage du droit de dissolution durant la IIIe République s'expliquait non pas par une prétendue " désuétude " juridique, mais par le fait que l'opinion la considérait alors comme contraire à la tradition républicaine à cause de l'usage qu'en avait fait Mac Mahon. Ainsi, la tradition républicaine s'oppose-t-elle assez largement aux usages développés sous la Ve République jusqu'en 1986. Mais la fluidité de ce concept permet d'en donner des définitions assez variées. Pour Odille Rudelle, " dans les années 80 qui sont les nôtres l'évocation de la " tradition républicaine " ne signifie rien d'autre que le rappel de l'ensemble des principes de libertés publiques sur lequel est fondé le consensus politique de la France; un consensus progressivement construit autour des " principes fondamentaux de la République (...) " (13). Le Président de la République en appellera à cette notion pour inviter M. Chirac à quitter ses fonctions à l'issue des élections, alors que le texte de la Constitution ne prévoit nullement cette obligation. " La tradition républicaine toujours observée veut

---

(10) J. MASSOT, *Les rapports du Président de la République et du Premier ministre de 1958 à 1982*, dans M. DUVERGER (Dir.) *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986, p. 287. L'auteur rappelle le silence du texte sur ce point.

(11) Sur la force des traditions créées par les premiers utilisateurs d'une constitution, cf. R. REMOND, *La gestion des constitutions*, Pouvoirs n° 50, 1989, p. 43 à 51.

(12) O. RUDELLE, *La tradition républicaine*, Pouvoirs, n° 42, 1987, p. 41.

(13) O. RUDELLE, *idem*, p. 41

que le Premier ministre présente au Président nouvellement élu la démission de son gouvernement, afin de laisser le chef de l'Etat exercer les prérogatives qu'il tient de la Constitution ", prévient-il dans sa " lettre à tous les français " (14). Ainsi une règle politique, ou morale, acquiert-elle une force plus grande que le texte de la Constitution auquel elle s'oppose puisqu'elle n'est pas prévue dans ce texte (15).

e) Les conventions constitutionnelles

201 On évoque de plus en plus fréquemment les " conventions constitutionnelles " ou " conventions de la Constitution " (16). C'est dans le modèle anglais que l'on puise cette notion, dont la valeur juridique est discutée. Puisque Dicey constate que les tribunaux ne se réfèrent pas à ces accords admis depuis longtemps par l'ensemble de la communauté politique sur la pratique des institutions, la plupart des auteurs admettent que ces conventions de la Constitution n'ont pas de valeur juridique, mais seulement une influence politique (17). La distinction entre les notions de coutume et de convention semble manquer de clarté. Pourquoi, alors, préfère-t-on parler de " convention " que de " coutume " pour

---

(14) Certains juristes ont considéré que le Premier ministre était tenu de démissionner car s'il refusait de le faire, il empêcherait le Président de la République de nommer le Premier ministre comme cela est prévu à l'article 8 de la Constitution (en ce sens, cf. O. DUHAMEL et J. JAFFRE, *Le nouveau Président*, Seuil, 1987, p. 240. Nous considérons au contraire que cette obligation ne résulte pas du texte de la Constitution, car l'article 8 ne prévoit pas que le Président nomme le Premier ministre après son élection. De surcroît, les inconvénients d'un refus de démission sont tout à fait compensés par le fait que le Président de la République dispose discrétionnairement du droit de dissolution, et qu'il peut donc faire pression sur l'Assemblée nationale pour qu'elle renverse le gouvernement - qui, alors seulement sera contraint de démissionner -. Que le Premier ministre ait l'obligation morale, ou politique, de démissionner, c'est fort possible, mais ce n'est pas, à notre point de vue, une obligation juridique.

(15) Notons avec P. AVRIL et J. GICQUEL qu'au lendemain de sa réélection, " contrairement à la tradition observée (v. J. MASSOT, *La présidence de la République*, NED, n° 4801, 1986, p. 21), M. François Mitterrand ne s'est pas rendu à l'hôtel de ville de Paris " et s'est abstenu de délivrer un message au Parlement. (CCF, Pouvoirs n° 47, 1988, p. 207). De même, le Gouvernement nouvellement nommé ne s'est pas présenté devant le Parlement élu en 1986, et il n'a pas engagé sa responsabilité sur son programme devant l'Assemblée nationale (mais cette fois c'est le texte de la Constitution qui est violé, et non pas seulement la tradition républicaine bafouée).

(16) En ce sens, cf. Y. MENY, *Les conventions de la Constitution*, Pouvoirs, n° 50, 1989, p. 53 à 68; P. AVRIL, *De Gaulle interprète de la Constitution, une paradoxale leçon de droit constitutionnel*, communication au colloque de l'Institut Charles de Gaulle, automne 1990. Notons avec P. AMSELEK que les " accords ", les conventions sur l'application du droit se développent ces dernières années dans l'ensemble des branches du droit (*L'évolution de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, RDP 1982, p. 292).

(17) A.V. DICEY, *An introduction to the study of the Constitution*, 10th ed. Londres, Mac Millan, 1982, cité par Y. MENY, *art. préc.* p. 53, qui note que " rares sont les constitutionnalistes qui ont accepté l'idée que les conventions de la Constitution pouvaient être plus que de simples usages, plus que des déviations par rapport à la norme fondamentale " (p. 54). Cf. G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. 4, 2e ed. 1969, p. 28 et s.; J. CHEVALLIER, *La coutume et le droit constitutionnel français*, RDP 1970, p. 1408; S. RIALS a sur ce point une position nuancée à propos de l'Angleterre (*Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle*, R.A. 1979, n° 189, p. 269).

décrire des usages considérés comme obligatoires dont on prétend qu'ils modifient la Constitution ? En fait ce concept est plus souple, plus maniable que celui de coutume. L'apparition et la disparition des conventions de la Constitution n'est pas soumise aux exigences auxquelles doit généralement se plier la coutume pour être reconnue comme telle. Les conventions peuvent résulter d'un long usage, ou s'imposer immédiatement et définitivement. " La coutume exige une répétition, une durée qui ne sont pas nécessaires à la convention. Ce qui est au contraire déterminant c'est l'accord, le consensus sur des pratiques qui s'appliquent en complément ou en marge du texte pour l'éclairer, le modifier, voire le contredire " (18). De plus, les conventions résultent d'un accord formé au sein de la classe politique, et non pas nécessairement dans la société toute entière. Ainsi, en parlant de " conventions ", on reconnaît que " les acteurs du jeu politique (Président, Gouvernement, Parlement, partis politiques) ont le monopole de la création des conventions " (19), alors que la notion de coutume implique théoriquement la participation du peuple tout entier à la création de ces pratiques. Ensuite, leur caractère normatif est, lui aussi, apprécié avec beaucoup d'élasticité, et n'aurait pas besoin d'être prouvé, car il s'agirait de règles considérées comme obligatoires, mais ne comportant pas de sanction juridique (20). D'après Yves Mény, ces " révisions " politiques de la Constitution s'imposeraient aussi longtemps que l'accord ne s'est pas modifié ou qu'une révision juridique expresse ne s'y est pas substituée (21). Ainsi, la cohabitation peut-elle être analysée comme l'avènement d'une nouvelle convention de la Constitution se substituant à l'ancienne. Elle traduirait l'avènement d'une nouvelle constitution, " la Constitution Mitterrand-Chirac ", dont la spécificité serait qu'elle est " conçue et pensée comme provisoire " et qu'elle porterait sur une application aussi stricte et littérale que possible du texte originaire (22). De fait, le recours à cette notion permet bien d'éclairer le caractère conventionnel de la pratique de la Constitution durant la cohabitation (23). M. Balladur n'a-t-il pas démontré que celle-ci avait été négociée, par personne interposée, entre M. Mitterrand et M. Chirac avant même le 17 mars ? (24). De

---

(18) Cf. Y. MENY, *art. préc.*, p. 55.

(19) Cf. Y. MENY, *idem*, p. 63.

(20) Pour Y. MENY, " Les conventions peuvent être définies comme un ensemble de pratiques qui règlent le comportement et les devoirs des pouvoirs publics. Ces pratiques ne sont pas définies par un texte mais résultent de précédents, d'usages, d'accords informels considérés comme obligatoires, bien qu'il n'existe pas de sanction juridique, notamment juridictionnelle, à la violation des règles coutumières jusque là acceptées. Le processus de création et de mutation des conventions est donc fluide " (*ibid.* p. 54).

(21) *Art. préc.*, p. 55.

(22) Y. MENY, *ibid.* p. 61. Mais l'auteur précise que la cohabitation a vu " coexister deux types de conventions, des conventions anciennes qui se perpétuent faute d'un consensus sur leur modification (ne reste ouverte pour les changer que la voie de la révision constitutionnelle formelle) et des conventions nouvelles, quoique provisoires, qui s'imposent grâce à l'accord des acteurs en présence ". Nous estimons au contraire qu'un autre contexte politique pourrait permettre de remettre en cause aussi bien les anciennes que les nouvelles conventions, qui n'ont nullement modifié la règle constitutionnelle.

<sup>23</sup>En ce sens, cf. D. ROUSSEAU, *Conjonctures, constitution et image présidentielle de F. Mitterrand*, Rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, oct. 1988.

(24) E. BALLADUR, *Passion et longueur de temps*, Fayard, 1989, p. 57 et s.

même, l'entretien qu'ils ont eu avant que soit désigné le chef du Gouvernement (25), et le fait que M. Chirac ait précisé que M. Mitterrand avait pris connaissance de sa première déclaration en tant que Premier ministre (dans laquelle il rappelait ses prérogatives) ont été décrits dans la presse comme un " contrat " (26). Néanmoins, elle ne permet pas plus que celle de coutume de savoir quelles sont précisément les conventions modifiant la Constitution ou non. Le refus de convoquer une session extraordinaire ne constituerait pas une convention, mais il existerait des éléments d'incertitude, la révision de la Constitution par le biais de l'article 11 serait " en voie de transformation conventionnelle "... (27). Etant presque aussi fluide que la pratique elle-même, il est normal que la notion de " convention de la Constitution " ne permette pas d'identifier l'état de ce prétendu droit qui serait en perpétuel mouvement. Les auteurs qui admettent la valeur juridique de ces conventions se placent dans une optique réaliste. Si l'on en croit Yves Mény, " opposer texte et pratique n'a pas grand sens : l'un et l'autre sont la Constitution réelle " (28). Nous pensons au contraire que cette démarche procède (de) et conduit à la négation de l'idée même de règle de droit préétablie.

Tout comme pour la coutume, et pour les mêmes raisons, nous considérons que ces pratiques ne modifient aucunement la règle contenue dans le texte constitutionnel, et que le recours à cette notion permet seulement de légitimer voire de renforcer certaines applications discutables du texte. L'admission de ces conventions comme sources formelles du droit constitutionnel nous paraît même encore plus contestable que celle de la coutume car on ne prétend même pas ici que le peuple adhère à ces pratiques. Il suffirait donc que les hommes politiques se mettent d'accord pour violer la Constitution pour que celle-ci soit révisée. Certains diront qu'il ne peut y avoir viol car il y a consentement mutuel des représentants du législatif et de l'exécutif (29). C'est oublier que le souverain, aux termes de la Constitution, n'est pas la classe politique, mais le peuple, et que son consentement n'est pas requis dans ce type de conventions. *Quid*, alors, de la démocratie ? Que telle soit la réalité, la pratique, c'est souvent vrai. Mais que cette pratique modifie la règle constitutionnelle, on ne saurait l'admettre si l'on estime que le droit est le domaine non pas de l'être, mais du devoir-être, et que l'objet du droit constitutionnel dans une démocratie pluraliste est de soumettre les gouvernants au respect de règles choisies par les gouvernés. Cette notion de convention de la

---

(25) Cf. en ce sens l'intervention de Jean FOYER à la conférence-séminaire organisée par la Fondation pour la démocratie sur *Les leçons de la cohabitation*, Paris, Ass Nat, 6 nov. 1986, où il estime que si le Premier ministre se soumet à une interprétation extensive de ses pouvoirs par M. Mitterrand, c'est probablement parce que la répartition de leurs pouvoirs a fait l'objet d'une convention dans la nuit du 16 mars.

(26) Cf. *supra*, n° 52, et F. LUCHAIRE et G. CONAC, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, préc., p 73..

(27) Cf. Y. MENY, *art. préc.*, p. 63.

(28) *Art. préc.*, p. 67.

(29) Cf. G. BURDEAU, F. HAMON, M. TROPER, *Manuel de droit constitutionnel*, LGDJ 1988, p. 433.

Constitution nous semble tout à fait intéressante pour expliquer la pratique, cependant elle ne doit pas être considérée comme établissant des règles juridiques, mais seulement des accords politiques sur l'interprétation de la Constitution.

Tout ce débat sur la valeur juridique des différentes pratiques, coutumière ou autre, de la Constitution, révèle fondamentalement le fait qu'*il existe une large confusion entre les notions d'effectivité, de légitimité et de validité*. Car, le plus souvent, ce qui conduit les auteurs à admettre la valeur constitutionnelle de ces pratiques est lié à deux éléments. Le premier est l'élément matériel, objectif, c'est à dire en réalité le rôle joué en fait, en pratique par telle règle. On assimile souvent ici l'effectivité de la pratique avec la validité de la règle. On déduit la validité de l'effectivité. Le second élément est d'ordre psychologique, c'est le consensus, l'accord dont la pratique fait l'objet. Or on confond ici assez largement la légitimité de la pratique et sa validité, et l'on déduit la validité de la légitimité. C'est à dire que l'on admet que l'image de la norme, la conviction généralisée que " telle est la règle " est plus importante que la règle elle-même. Or, dans la conception formaliste qui est la nôtre, nous estimons que la cohabitation a bien montré que toutes ces applications de la Constitution ne l'ont pas modifiée, et se sont révélées n'être que des pratiques, et non des règles juridiques. Or l'étude du droit constitutionnel conçu comme l'analyse du contenu et du fonctionnement des règles constitutionnelles nous permettra d'essayer de comprendre, pour le réduire, cet écart entre règle et pratique, qui détermine la relativité de l'effectivité des normes.



**II****ANALYSER LES RAPPORTS****ENTRE REGLE ET PRATIQUE**

Nous opposant une nouvelle fois aux formalistes stricts, pour lesquels l'étude des rapports entre norme et pratique n'a aucun intérêt puisque le droit est tout entier contenu dans le texte, seul considéré comme valide; aux réalistes, pour lesquels cette analyse n'est pas possible non plus car le droit se résume à sa pratique, l'effectivité du droit se confondant largement avec sa validité; et aussi aux jus-naturalistes pour lesquels on peut considérer que le seul droit valide est celui qu'ils estiment juste, et que c'est donc la légitimité des règles qui détermine leur validité, nous tenterons de démontrer qu'il existe des rapports dynamiques entre la règle du jeu et la pratique qui en est faite ( A ) (1), et qu'il en résulte des équilibres variables permettant une effectivité plus ou moins grande de la Constitution ( B ). C'est seulement après avoir souligné l'influence de l'image de la norme sur sa pratique, et l'ambiguïté des rapports entre légitimité, effectivité et validité qui en résulte, que nous serons en mesure, dans la section suivante, de proposer une vision synthétique des principaux facteurs déterminant l'effectivité des Constitutions.

**A DES RAPPORTS DYNAMIQUES**

Nous voudrions exposer ici un des aspects majeurs de la dynamique du droit constitutionnel, à savoir les actions et rétroactions de l'image de la norme sur la pratique de la norme et sur la norme elle-même. C'est à dire la façon dont la pratique détermine une image de la norme, qui, à son tour, influe sur la pratique....

---

(1) Sur la nécessité pour le juriste d'étudier la dynamique des normes, cf. M. VIRALLY, *Le juriste et la science du droit*, RDP 1964, p. 603 à 605.

Nous verrons dans un premier temps comment se forme l'image de la norme, quels sont les principaux facteurs qui contribuent à la déterminer et comment le sentiment de légitimité qui en résulte peut influencer sur l'effectivité de la norme ( 1 ). Puis nous analyserons la valeur juridique de ces évolutions, constatant qu'elles déterminent immédiatement l'interprétation de la Constitution, et médiatement la révision du texte ( 2 ).

### 1 ) Norme, pratique et image de la norme, des rapports dialectiques déterminant la légitimité, facteur d'effectivité.

Même s'ils estiment que la légitimité n'est pas, en-elle même, un concept purement juridique (2), la plupart des juristes soulignent son influence sur le respect, et donc l'effectivité des règles. Chacun admet que l'effectivité d'une règle ne dépend pas seulement de l'existence ou de l'application d'une sanction, mais aussi, et peut-être surtout, de la légitimité de cette règle (3); c'est à dire de l'idée dominante dans une société que la règle ou la pratique est conforme à ce qu'elle doit être. Nous verrons plus tard comment ces relations entre légitimité et effectivité ont été conçues par la doctrine, observons seulement pour l'instant comment se forme l'image des normes et des pratiques qui va déterminer leur légitimité, et quels sont ses rapports avec l'effectivité des règles constitutionnelles. Puisque dans une démocratie le peuple est souverain, c'est donc la représentation que les citoyens ont de la règle qui nous intéressera pour apprécier la légitimité d'une règle. Nous poserons pour hypothèse que la représentation, l'image des règles qui influe sur leur légitimité, est déterminée par plusieurs facteurs, parmi lesquels nous retiendrons ceux qui nous paraissent les plus importants : la pratique antérieure ( a ), le discours et la pratique des gouvernants ( b ), les médias ( c ), la doctrine ( d ), et l'opinion publique telle qu'elle est décrite par les " doxocrates " ( e ). Mais nous n'isolons ces différents facteurs que pour la clarté de l'exposé, car il faut être bien

---

(2) Cf. *Supra*, à propos de la légitimité des gouvernants, L I, Introduction aux n°s 120 et s.

(3) En ce sens, cf. notamment J. RIVERO, *Sanction juridictionnelle et règle de droit*, Mél. Juliot de La MORANDIERE, Dalloz, 1964, p. 457-469, reproduit dans *Pages de doctrine*, LOGDJ, 1981; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey 1929; G. VEDEL, *Le Doyen Maurice HAURIOU et la Science politique*, Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, t. XVI, 1968, p. 91-109; P. BOURDIEU, *La force du droit, Eléments pour une sociologie du champ juridique*, Actes de la recherche n° 645 sept 1986; J.L. SEURIN, *Des fonctions politiques des constitutions, pour une théorie politique des constitutions*, dans *Le Constitutionnalisme aujourd'hui*, Economica, 1984, p. 41; B. FRANCOIS, *Le Président, Pontife constitutionnel*, Rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, 5-8 oct. 1988, et *Le juge, le droit et la politique*, RFSP, 1, 1990, p. 49 à 69.; F. RANGEON, *Réflexions sur l'effectivité du droit*, dans D. LOCHAK (Dir.) *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p 141. (et la conclusion de D. LOCHAK).

conscient qu'en fait il existe entr'eux des interactions permanentes, un peu comme dans une réaction chimique.

a ) Les habitus, ou l'influence de la pratique antérieure sur l'image de la norme.

202 Bien qu'une seule pratique suffise parfois à imposer l'image d'une norme, d'une manière générale, on peut considérer que plus une pratique est répétée durant longtemps, de manière généralisée et avec constance, et plus elle paraîtra légitime, c'est à dire qu'on la jugera conforme à la règle. L'analyse stratégique a permis de souligner l'importance de ce que Jean-Luc Parodi appelle " l'histoire constitutionnelle " (4) et Olivier Duhamel les " habitus " (5). En effet, les pratiques, les précédents qui exercent une influence sur l'image de la règle et sur la règle elle-même sont non seulement les précédents réels, mais aussi les précédents fictifs. Au titre des précédents réels, on peut analyser les applications qui ont été faites de la règle à long terme et à court terme. La cohabitation a montré que l'image de la règle dépendait d'abord des précédents qui ont perduré depuis un certain temps. Mais elle a également révélé que cette image suivait assez rapidement l'évolution de la pratique. L'analyse des sondages sur la répartition des pouvoirs entre le Premier ministre et le Président de la République durant la cohabitation montre que l'image que les Français ont des règles constitutionnelles a suivi assez rapidement la pratique de ces règles (6). Ainsi, l'idée, la prétendue coutume selon laquelle ce devrait être le Président de la République qui dirige la politique gouvernementale, a-t-elle été modifiée au bout de quelques mois de cohabitation. Au contraire, la suprématie présidentielle en matière de politique étrangère et de défense n'a pas été fondamentalement remise en cause, l'opinion des français étant à l'image de la pratique. Conformisme, naïveté, résignation ? L'image que les citoyens ont des normes semble correspondre assez étroitement à la pratique de ces normes. Le processus de légitimation d'une pratique par la pratique médiatement et immédiatement antérieure, semble être assez souple et rapide, mais mériterait des analyses beaucoup plus approfondies que les observations très sommaires que nous pouvons faire ici. Néanmoins, nous estimons avec Dominique Rousseau que les " usages de la Constitution " sont des " producteurs pratiques de l'image présidentielle ", de " schémas de perception " (7), image qui, à son tour, favorisera de nouveaux usages. Au titre des précédents fictifs, on retiendra surtout le " fantasme " de la cohabitation manquée de 1978, lorsque M. Giscard d'Estaing avait souligné combien les pouvoirs du chef de l'Etat seraient extrêmement réduits en cas

(4) Cf. J.L. PARODI, *Lectures de la Constitution*, Projet, Sept-oct. 1977, p. 854.

(5) O. DUHAMEL, *L'hypothèse de la contradiction des majorités en France*, dans M. DUVERGER (Dir.), *Les régimes semi-présidentiels* PUF, 1986, p. 261.

(6) Cf. *supra*, n° 153.

(7) D. ROUSSEAU, *Conjonctures, constitution et image présidentielle de François Mitterrand*, Rapport au congrès de l'AFSP, Bordeaux, 5-8 oct. 1988.

de coexistence (8). Mais on évoque déjà ici le rôle du discours des gouvernants, dont l'influence dans la légitimation de la pratique est parfois difficile à distinguer de celle de la pratique elle-même tant elles sont intimement imbriquées.

b) Le discours des gouvernants : de " l'auto-légitimation "

203 Qui n'a retenu la leçon de Machiavel, pour qui " gouverner c'est faire croire " ? (9). Qui refuserait d'admettre avec Danièle Lochak que le droit est un " discours de pouvoir " ? (10). Qui ne concéderait à Philippe Dujardin que " définir le droit comme un art de la persuasion ne serait pas (...) exhumer une classification historique périmée, mais rendre compte d'une actualité et d'une " vérité " du droit " ? (11). Le général de Gaulle en était bien conscient, qui mit tant d'application à démontrer qu' " il doit être évidemment entendu " (sic) que le Président de la République est seul à détenir et à déléguer l'autorité de l'Etat, et que le Premier ministre - comme tous les autres pouvoirs - doit lui être soumis (12). Tirant argument de sa propre légitimité pour légitimer ses pratiques anticonstitutionnelles, il parvint à déformer à ce point l'image de la Constitution que le retour à sa lettre paraissait presque impossible à la majorité des observateurs avant la cohabitation (13). Ainsi la pratique présidentiale avait-elle acquis une légitimité supérieure à la norme constitutionnelle elle-même car le peuple était convaincu que la règle correspondait à la pratique et non au texte. M. Mitterrand réalisait, lui aussi, très bien l'influence du discours sur la légitimité de la pratique du droit, puisque, pendant des années, en dénonçant le " Coup d'Etat permanent " (14), il contribua à miner la légitimité du général de Gaulle en dénonçant les violations de la Constitution. Puis, juste avant et pendant la cohabitation il consacra l'essentiel de son activité à développer une " fonction tribunitienne " qui lui permettait non seulement de critiquer le Gouvernement, mais aussi de développer sa propre légitimité, en définissant les pouvoirs qu'il estimait tenir de la Constitution. Il parvint ainsi à imposer une conception extensive de ses compétences en particulier en tant qu' " arbitre et interprète " de la Constitution et en matière de politique étrangère et de défense, où il ne cessa de réaffirmer sa prééminence (15).

(8) Selon l'expression - en substance - d'O. DUHAMEL, *art.préc.*

(9) Cité par J. GICQUEL, *manuel préc.*, 1987, p. 13.

(10) D. LOCHAK, *Le droit, discours de pouvoir*, Mél. L. HAMON, *Itinéraires, Economica*, 1982, p. 429.

(11) P. DUJARDIN, 1946, *Le droit, mis en scène. Propositions pour une analyse matérialiste du droit*, PU. Grenoble, Coll. critique du droit, p. 21.

(12) *Conférence de presse du 31 janvier 1964.*

(13) Cf. *Supra*, n°s 17 à 33.

(14) F. MITTERRAND, Plon, 1964.

(15) Cf. *Supra*, n° 100 à 107 en matière de politique étrangère et de défense, et n° 108 à 115 en tant que juge, arbitre et tribun. Notons aussi avec S. MONCLAIRE l'utilisation, par le Président de la République, des règles protocolaires, pour affirmer sa prééminence sur le chef du Gouvernement (*Le protocole et ses*

Reconnaissons avec Pierre Avril que la présentation que M. Mitterrand donnait de ses pouvoirs " réservait au Président la définition de ce qu'il entendait par sa " fonction ". Si, comme il le déclara à Lille le 7 février 1986, " il y a un fil d'Ariane, c'est la Constitution ", c'était lui qui tenait le fil..." (16). Aussi Bastien François peut-il constater que durant la cohabitation s'opère une transformation : " d'un Président qui préside on passe à un Président-pontife, c'est à dire présenté ou se présentant comme pouvant légitimement revendiquer la maîtrise prééminente de la parole constitutionnelle (...). (Or) Cette transformation n'a été rendue possible que dans la transformation de la représentation des Institutions et des acteurs habilités à en parler " (17).

Quant au Premier ministre, il tenta de rivaliser avec le chef de l'Etat sur le terrain médiatique, s'appliquant à affirmer qu'il était " un chef de Gouvernement heureux ", qu'il dirigeait seul l'action du Gouvernement (18). Mais après quelques tentatives pour montrer son influence en matière de politique étrangère et de défense (à Madrid et Tokyo surtout), il dut accepter la primauté du chef de l'Etat dans ces domaines (19). Pour une partie de la doctrine, si M. Chirac n'a pas déclenché de crise politique à la suite de certains vetos présidentiels (20), on peut en déduire qu'il a accepté ces interprétations discutables. De là à en déduire que cette soumission montre que l'interprétation présidentielle est incontestable, voire que l'on est en présence d'une coutume, il n'y a qu'un pas, que certains ont franchi (21). En réalité, si M. Chirac s'est largement soumis à l'interprétation extensive de ses pouvoirs par le Président de la République, c'est essentiellement pour des raisons stratégiques (22). Ainsi le silence des gouvernants tout autant que leur discours, peut-il contribuer à légitimer une image de la règle.

---

*usages, rapport au Congrès de l'AFSP, table ronde sur La construction de l'institution présidentielle, Bordeaux 5-8 oct. 1988).*

(16) P. AVRIL, *Fin de la Constitution gaulliste ?*, Revue l'Esprit, n° 136-137, mars-avril 1988.

(17) B. FRANCOIS, *Le Président, pontife constitutionnel*, Rapport au Congrès de l'AFC, Bordeaux, oct. 1988, p. 13.

(18) Cf. *supra*, n° 64 et s.

(19) Cf. *supra*, n° 100 à 107.

(20) Rappelons tout de même qu'il a officiellement manifesté son opposition au premier refus de signature d'une ordonnance (cf. CCF Pouvoirs, n° 40, 1987, p. 169).

(21) Cf. *supra*, n° 195-196.

(22) En particulier le fait que chacun sait que dans ce duel au sommet, " le premier des deux qui tire est mort ". Dès lors, Président de la République et surtout Premier ministre s'appliqueront à donner l'image d'une coexistence pacifique. De même, M. Chirac sait que s'il démissionne, par exemple à la suite d'un veto présidentiel, il sera probablement remplacé par un autre Premier ministre, et si la crise se poursuit jusqu'à ce que le Chef de l'Etat démissionne, M. Barre risque d'être mieux placé que M. Chirac (qui a déjà " claqué la porte " de Maignon lorsqu'il était premier ministre de M. Giscard d'Estaing) pour l'élection présidentielle. De surcroît, chacun a intérêt à faire prévaloir une interprétation assez présidentialiste de la Constitution, car chacun des gouvernants (et M. Barre) sera candidat à l'élection présidentielle, et chacun rivalise pour faire figure d'héritier du Général de Gaulle.

## c) Les médias, une " caisse de résonance " ?

204 Si l'on en croit Maurice Duverger, la radio, la presse, la télévision ont fait de la cohabitation " un paysage de brouillard par une nuit sans lune " (23). Ce n'est pourtant pas faute d'avoir imposé au peuple des heures et des heures d'exposé sur ce débat fastidieux, qui n'était pourtant que le cadet de ses soucis (24). Les médias ont joué, aux côtés des hommes politiques, un rôle majeur dans la sélection de ce thème pour élections législatives de 1986 (25). Peut-être parce que les médias ont agi un peu comme une caisse de résonance, l'image de la règle constitutionnelle qu'ils ont donnée était marquée par les divergences qui opposaient les hommes politiques et la doctrine sur le contenu de cette règle. D'une manière générale, il semble que les médias aient été assez peu critiques sur la pratique de la cohabitation, se contentant largement de la décrire. Mais comment aurait-il pu en être autrement, alors que la majorité de la doctrine, qui était appelée à donner son avis à titre d'expert, contribuait elle-même à légitimer cette pratique en ne la critiquant que très rarement?

## d) La doctrine, juge et avocat de la pratique constitutionnelle

205 Sommée de prédire et dire le droit avant et pendant la cohabitation, la doctrine a-t-elle été amenée à le réécrire ? Les réalistes admettront sans doute qu'elle y a contribué. Dans l'approche formaliste et systémiste que nous préconisons, on estimera que la doctrine n'est pas une source formelle, mais une source matérielle du droit. La doctrine a en effet contribué à influencer la pratique de la cohabitation. Les professeurs de droit et les chercheurs qui ont été appelés à s'exprimer en tant qu'experts sur la cohabitation l'ont fait non seulement dans les revues juridiques, mais aussi à la radio, à la télévision, dans la grande presse (quotidiens ou hebdomadaires), et dans des ouvrages destinés au grand public (26). Leur discours a souvent pour effet, sinon pour objet de légitimer la pratique de la Constitution par les gouvernants (27). Parallèlement, ils sont intervenus pour conseiller les hommes

---

(23) *Bréviaire de la cohabitation*, préc.

(24) Cf. *supra*, n° 8,

(25) Cf. *supra* n° 8. Sur l'influence de la presse journalistique sur les élections présidentielles, cf. S. BOURMEAU, *La presse, les candidats et la campagne*, Rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, 5-8 oct. 1988.

(26) Cf. notre rapport au Congrès de l'AFC, *La doctrine et la cohabitation, jeux de miroirs*, Strasbourg, sept. 1990.

(27) Cf. Y. POIRMEUR et D. ROSENBERG, *La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français*, dans D. LOCHAK (Dir.) *Les usages sociaux du droit*, PUF 1989, p. 238-239. B. FRANCOIS montre également comment l'intervention de la doctrine dans le débat constitutionnel contribue à façonner les représentations légitimes de la Constitution (*Le Président, pontife constitutionnel*, Rapport au Congrès de l'AFC, Bordeaux 5-8 oct. 1988, p. 10).

politiques. Ici leur rôle a consisté à aider les gouvernants à définir les stratégies concevables pour donner une interprétation de la règle aussi favorable que possible à celui qu'ils conseillaient, tout en s'assurant qu'elle soit acceptable par les autres acteurs. Ainsi les représentants de la doctrine ont-ils été à la fois les " juges " et les " avocats " de la pratique constitutionnelle. Ils ont sans doute contribué à rendre la cohabitation possible en démontrant qu'elle était viable si l'on se référait à la lettre de la Constitution. Puis ils ont agi sur la pratique des institutions durant la cohabitation. Ils l'ont préparée en définissant le " champ du possible ", ils ont contribué à la façonner durant son déroulement, et enfin ils l'ont critiquée ou ratifiée, et en ont tiré les conclusions juridiques. Le phénomène le plus frappant dans l'activité de la doctrine durant la cohabitation a été la rareté des critiques formulées à l'endroit de la pratique des gouvernants. Cela est assez paradoxal puisque l'on se trouvait théoriquement dans la situation la plus conflictuelle que l'on ait connue depuis le début de la Ve République. En fait, mise à part l'exception notable de la controverse sur la signature des ordonnances, les gouvernants, et surtout le Premier ministre, ont " esquivé " les conflits juridiques. A côté de motivations stratégiques des gouvernants, l'une des raisons qui contribuent à expliquer ce phénomène est le fait que certains auteurs, et en particulier M. Duverger dans son " bréviaire de la cohabitation ", aient pré-légitimé la pratique présidentielle. Il devenait donc difficile pour le Premier ministre et ses conseillers de contester une interprétation dotée de l'autorité de l'un des constitutionnalistes les plus écoutés. Par exemple, le silence presque total des juristes lors du refus de M. Mitterrand de convoquer le Parlement en session extraordinaire pour modifier les statuts de la régie Renault, ou encore lors de l'affirmation des pouvoirs présidentiels en matière de diplomatie et de défense est assez surprenant (28).

Cette absence de manifestations critiques s'explique sans doute aussi largement par des considérations épistémologiques. Le paradigme Kelsénien faisant regarder comme étranger à la science du droit tout discours critique ou prescriptif, il semble que, bien souvent, les constitutionnalistes aient voulu observer une neutralité aussi grande que possible, en se contentant de décrire la pratique des gouvernants sans se prononcer sur sa conformité à la Constitution. Ce faisant, la doctrine a tout de même contribué à légitimer la pratique des gouvernants, justement par le seul fait qu'elle la ratifiait en s'abstenant de la critiquer (29). Si elle a joué un rôle de " garde-fou " en délimitant une certaine " marge d'interprétation de la Constitution ", la doctrine n'a peut-être pas rempli totalement la fonction de contre-pouvoir qui est la sienne dans toute démocratie pluraliste (30).

---

(28) Observons que c'était largement la doctrine qui avait façonné le concept de " domaine réservé " en interprétant le discours de M. Chaban-Delmas (cf. *supra*, n° 100 à 107, et C. EMERI, *De Gaulle dans la Ve République " ou " Vingt ans après "*, dans *Itinéraires*, Mél. L. HAMON, *Economica*, 1982, p. 224.

(29) Cf. notre *rapport préc.*, et *supra* nos observations sur la conception Kelsénienne de la science du droit, et sur l'analyse réaliste. Les rares critiques qui ont été formulées l'ont été à propos de la signature des ordonnances, notamment par Le Doyen FAVOREU (cf. *supra* n° 83-84).

(30) *Idem.*

e ) Le poids de l'opinion publique : de l'interprétation des sondages à l'interprétation de la Constitution.

**206** Les sondages ont-ils permis à l'opinion publique (31) d'imposer son interprétation de la Constitution aux Gouvernants durant la cohabitation ? On peut en douter en constatant que, tandis que la majorité des personnes interrogées souhaitait que le Président de la République se retire en cas de victoire de l'opposition, cette opinion a évolué au fur et à mesure que M. Mitterrand affirmait qu'il se maintiendrait au pouvoir quoi qu'il arrive (32). De même, la majorité de la droite républicaine - à l'exception de M. Barre - affirme-t-elle qu'elle pourra cohabiter avec lui. Il semble donc que les français ont subi la cohabitation plus qu'ils ne l'ont choisie (33). On peut également être sceptique en observant que les commentateurs ont pu estimer que les Français considéraient que M. Mitterrand avait eu raison de refuser de signer les ordonnances, alors que la popularité du Président - ainsi que celle du Premier ministre - a nettement chuté lorsqu'il a fait part de son refus de signer l'ordonnance sur les privatisations en juillet 1986 (34).

La formulation et le commentaire des sondages donnent lieu à de véritables " compétitions pour l'interprétation légitime de la réalité sociale " (35). Michel Dobry démontre qu'apparemment, " c'est l'opinion publique qui rend possible cette expérience inédite... (et) c'est elle qui, par son attachement surprenant à la cohabitation, condamne ses " grands " protagonistes à respecter ses règles, c'est elle qui délimite la marge du désaccord possible entre eux, c'est elle qui donne les moyens à François Mitterrand de sauver les apparences de l'institution présidentielle, c'est elle enfin qui permet ainsi à l'expérience d'aller jusqu'à son

---

(31) Pour J.L. SEURIN, " l'opinion publique, c'est-à-dire la relation collective qui s'établit entre les groupes sociaux coexistants dans le système juridique et politique où ils s'intègrent comme des " associés-rivaux ", se fait une certaine idée de la Constitution qui s'applique à leurs rapports réciproques. Même si leur représentation est diffuse et globale, elle demeure malgré tout décisive car le cadre constitutionnel ne s'appliquera en fait que si ces groupes acceptent de façon explicite ou implicite la règle du jeu définie " (*Des fonctions politiques des constitutions, Pour une théorie politique des constitutions*, dans *Le Constitutionnalisme aujourd'hui*, Economica 1984, p. 41.

(32) Cette majorité favorable au départ de M. Mitterrand était très nette en 1985 (49 % contre 35 % en mars), elle est allée s'amenuisant jusqu'en janvier 1986, et elle sera inversée en mars. Cf. G. GRUNBERG, *Cohabitation et opinion publique*, Revue Esprit, n° 136-137, mars-avril 1988, et supra n° 7 et 8.

(33) Cf. *supra*, n° 7 et 8.

(34) Cf. G. GRUNBERG, *art. préc.*, p. 59, et *supra*, n° 83-84.

(35) M. DOBRY, *Le Président de la République dans la cohabitation, premier inventaire*, Rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, 5-8 oct. 1988, p. 34; Sur l'influence des sondages, cf. P. BOURDIEU, *Remarques à propos de la valeur scientifique et des effets politiques des enquêtes d'opinion*, Pouvoirs n° 33, 1985, p. 131 et s.; P. Le GALL, *Réflexions sur le PS et les sondages*, *ibid.*, p. 89; B. RIDEAU, *Présidentialisme et sondocratie*, *ibid.* p. 79.



terme constitutionnel, mai 1988 " (36). Mais il explique aussitôt que cette vision est en décalage par rapport à la réalité car " l'opinion publique, au mieux, accompagne ces jeux qui tendent à obéir à d'autres lois et à d'autres logiques sociales que celles que l'on prête à l' " opinion " " (37). Le " légitimisme " des français, c'est à dire en fait leur attachement à l'image qu'ils avaient des pouvoirs présidentiels depuis 1958 contribuera à expliquer ou au moins à encourager l'interprétation extensive des compétences présidentielles. En effet, d'après les sondages, les français donnent raison au Président d'exprimer ses désaccords avec la politique gouvernementale, et surtout ils ne sont pas favorables à ce que sa prééminence soit remise en cause en matière de politique étrangère et de défense (38). Ici, l'opinion publique conforte donc une interprétation de la Constitution qui peut être considérée comme contraire à la norme constitutionnelle. Mais n'en serait-il pas allé différemment si le Président de la République avait eu un discours et une pratique différents, s'il avait accepté - comme il sommait M. Giscard d'Estaing de le faire en 1978 - que le Gouvernement dirige également la politique dans ces domaines ? (39). Les interactions constantes entre les différents facteurs qui contribuent à légitimer la pratique de la Constitution sont telles qu'il est difficile de se prononcer avec certitude dans un sens ou dans l'autre. Le " conservatisme " des français dans ce domaine s'explique essentiellement par l'influence combinée de la pratique antérieure telle qu'elle avait été interprétée par la doctrine, par le discours et la pratique présidentiels, par la soumission des médias et de la doctrine à cette interprétation, et enfin par l'usage qui est fait des sondages (40).

Il est pourtant une règle que les citoyens semblent avoir imposée aux dyarches, c'est " l'obligation de non-agression ". La courbe de popularité du Président de la République et du Premier ministre est presque parallèle à celle de leur entente. Donnent-ils une image " pacifique " de la coexistence ? Leur popularité grimpe au zénith. Se querellent-ils sur l'étendue de leurs prérogatives ? La voilà qui s'effondre (41). Mais cette règle elle-même empêche les gouvernants de se quereller sur leurs prérogatives respectives, et contribue à contraindre le Premier ministre à se soumettre à l'interprétation présidentielle.

---

(36) M. DOBRY, *Rapport préc.* p. 27.

(37) M. DOBRY, *rapport préc.*, p. 31.

(38) Alors même qu'ils approuvent la direction de la politique intérieure par le Premier ministre (*ibidem*).

(39) Cf. *supra*, n° 100 à 107.

(40) Pour J. FOURNIER, si les pouvoirs présidentiels en matière de politique étrangère et de défense ont été moins atteints qu'il n'auraient pu l'être, c'est qu'il " s'était créé une situation de fait qui correspondait semble-t-il aux souhaits de l'opinion et que le Gouvernement a préféré en définitive ne pas remettre directement en cause " (*Politique gouvernementale, les trois leviers du Président*, Pouvoirs n° 41, 1987, p. 70).

(41) Cf. G. GRUNBERG, art. préc.; O. DUHAMEL et J. JAFFRE, *l'Etat de l'opinion publique*, Seuil (1986, 1987, 1988); M. DUVERGER, *La cohabitation des français*, PUF, 1987. J.L. PARODI, *Profil de l'année politique (sept. 1985-août 1986)* Pouvoirs n° 39, 1986, p. 147), et *La France de la cohabitation, Profil de l'année politique 1986-1987*, Pouvoirs n° 44, 1988, p. 167; B. RIDEAU, *Le Monde* 10 mai 1986; P. HABERT, *J. Chirac à l'épreuve du pouvoir*, pouvoirs n° 41, 1987, p. 185.

L'image de la règle constitutionnelle pour le peuple durant la cohabitation a donc résulté essentiellement des interactions constantes entre l'influence de la pratique et des discours des gouvernants; des médias, jouant le rôle de caisse de résonance; de la doctrine, qui se sentait mal à l'aise pour dénoncer des interprétations discutables du texte alors que le peuple y semblait favorable; et enfin des " doxocrates ", qui ont contribué à renforcer certains mouvements de l'opinion en les décrivant . Il existe à l'intérieur de chacun de ces facteurs et entre eux une véritable " concurrence pour le monopole du droit de dire le droit ", selon l'expression de Bastien François (42). D'autres facteurs ont sans doute participé à la légitimation et à la formation de la pratique des institutions, mais dans une moindre mesure (43). Or, c'est parce que ces interprétations de la Constitution paraissaient légitimes qu'elles ont pu être effectives. L'effectivité de la Constitution, imposée au premier chef par l'avènement d'une majorité parlementaire hostile au Président de la République, a été très nettement renforcée durant la cohabitation, mais elle n'a pas été totale à cause des interactions de ces facteurs, qui ont permis de légitimer une pratique partiellement contraire à la norme. Or on observe une certaine tendance à conclure que ces pratiques n'ont pu être effectives que parce qu'elles étaient légitimes. Mais il ne faut pas perdre de vue le fait qu'elles ont également été regardées comme légitimes parce qu'elles étaient effectives. On peut ainsi observer les rapports dynamiques qui existent entre la norme, la pratique, et l'image de la norme. L'image de la norme contribue à déterminer la pratique. Il en résultera une nouvelle image, qui contribuera à son tour à façonner une nouvelle pratique etc...Le texte lui-même peut, médiatement, être remodelé à la suite de ces évolutions.

## **2 ) L'influence juridique de ces évolutions : de l'effectivité à la validité.**

La modification de l'image de la norme qui résulte de ces interactions va modifier immédiatement l'interprétation de la règle constitutionnelle par le juge et par les gouvernants ( a ) et elle peut, médiatement, déterminer une révision de la Constitution elle-même ( b ).

---

(42) B. FRANCOIS, *Le Président, pontife constitutionnel*, rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux 5-8 oct. 1988, p. 7.

(43) Sur l'analyse des autres facteurs, cf. *infra*, Section II.

a ) Une influence immédiate sur l'interprétation de la Constitution.

207 Si l'on avait admis l'idée de Kelsen selon laquelle une règle ne peut " survivre ", c'est à dire demeurer valide que si elle est effective, on aurait pu croire que les règles de la Constitution qui n'avaient pas été effectives avant 1986 n'existaient pas, ou étaient tombées en désuétude. Dans une conception réaliste, certains estiment avec Michel Troper que la norme n'est pas contenue par le texte, mais résulte de son interprétation. Dans cette optique, les facteurs que nous avons évoqués vont déterminer non pas une nouvelle image de la norme, mais une nouvelle norme. Pour ces auteurs, " C'est donc bien à travers les usages interprétatifs du texte, eux-mêmes conditionnés par les rapports de forces politiques, que les acteurs, non seulement définissent ce qu'est la norme, mais encore, lui confèrent éventuellement sa force contraignante (...): l'interprétation du texte ayant seule une portée normative, les agents qui imposent la leur avec succès, déterminent du même coup leur propre compétence " (44). Ici, il semble que l'effectivité des normes soit largement confondue avec leur validité, puisque c'est de l'application des règles que l'on déduit leur existence. Nous considérons au contraire que la cohabitation a prouvé que certaines règles étaient seulement ignorées jusqu'en 1986, et qu'un certain contexte politique pouvait permettre de les rendre effectives. En effet, l'avènement d'une majorité parlementaire opposée au Président de la République a permis à la Constitution d'acquérir une effectivité qu'elle n'avait jamais eue. Les gouvernants sont contraints de se soumettre à la lettre du texte, même s'ils parviennent, grâce à l'action conjuguée des facteurs que nous avons observés, à en maintenir sur certains points une interprétation discutable. Or cette effectivité nouvelle de la Constitution va permettre d'en modifier l'interprétation qui guidera la pratique. La " représentation de la règle du jeu " est modifiée durant la cohabitation, comme nous avons pu le constater, mais aussi après elle, puisque cette pratique devient un des facteurs qui expliquent l'interprétation du texte depuis 1988 (45). L'image de la norme, qui est partiellement définie par les pratiques antérieures, influence donc directement les décisions d'application de la règle, et non pas la règle elle-même. Mais elle peut contribuer à déterminer une révision de la Constitution.

---

(44) Y. POIRMEUR et D. ROSENBERG, *art. préc.*, p. 243-244. De nombreux auteurs estiment avec eux que la pratique modifie la règle, cf. par exemple P. AMSELEK, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit : Aperçus à propos de l'exemple du droit public français*, RDEP 1983, p. 1471-1508, ou P. AVRIL, *Le piano mécanique, Itinéraires*, Mél. L. HAMON, Economica 1982, p. 13-18 et du même auteur, *Une revanche du droit constitutionnel ?*, Pouvoirs n° 49, 1989, p. 8-9.

(45) Cf. *supra*, n° 154.

b ) Une influence médiate potentielle sur la révision de la Constitution.

208 La seule influence que la pratique peut avoir directement sur la règle constitutionnelle elle-même est médiate. En révélant les failles d'une Constitution, la pratique peut être un des éléments qui justifient une révision constitutionnelle. Le Président de la République n'a-t-il pas considéré, à la fin de la cohabitation, que la répartition des compétences entre le Président de la République et le Premier ministre n'était pas assez clairement définie ? : " La Constitution est là-dessus rédigée de façon très confuse. Témoin l'ambiguïté de l'article 5 et de l'article 20. La République aurait beaucoup à gagner à une répartition claire des tâches; à une détermination plus précise des frontières au sein du pouvoir exécutif. Je trouverais excellent que le peuple, consulté, en décidât " (46). De même, il n'a pas exclu l'éventualité d'un changement de régime (47). Envisageant ultérieurement les révisions potentielles de la Constitution, nous allons voir ici quels sont les équilibres ou les déséquilibres qui peuvent expliquer l'effectivité variable de la Constitution sous la Ve République.

## **B D'UN EQUILIBRE A L'AUTRE, UNE EFFECTIVITE VARIABLE**

L'effectivité de la Constitution dépend de la combinaison de très nombreux facteurs qui sont internes à la Constitution ou qui lui sont extérieurs, et que nous essaierons de recenser dans la section suivante. Il s'agira seulement pour l'instant de souligner l'influence de deux " équilibres " variables, sur l'application de la Constitution. Le premier est celui qui peut exister entre d'une part les normes et le système de contraintes de la Constitution, et d'autre part la situation des forces politiques en présence ( 1 ). Le second résulte de la concordance ou de la discordance entre la norme, la représentation de la norme dans l'opinion, et la pratique de cette norme ( 2 ).

(46) F. MITTERRAND, entretien *Sur les institutions* avec O. DUHAMEL, *Pouvoirs* n° 45, p. 135.

(47) *Idem*, p. 137.

**1 ) Entre la logique du texte et la situation des forces politiques, un équilibre instable.**

Sous cette formulation un peu obscure, on entend démontrer que la variabilité de l'effectivité de la Constitution s'explique largement par le fait que ce texte a été rédigé dans l'idée qu'il n'y aurait pas de majorité absolue à l'Assemblée nationale, et que le Président de la République ne tiendrait pas sa légitimité directement du peuple. Dans cette optique, le texte était cohérent, c'est à dire que les règles qu'il contenait n'étaient pas contradictoires avec les équilibres qu'il prévoyait entre les différents pouvoirs. On prévoyait que le Président de la République pourrait jouer un rôle d'arbitre parce qu'il serait au-dessus des partis. On ne pouvait pas craindre non plus qu'il excède ses pouvoirs puisqu'il ne disposerait pas d'une légitimité suffisante. Or l'apparition d'une majorité parlementaire soumise au Président de la République élu au suffrage universel a rendu presque impossible une application effective de la Constitution ainsi conçue ( a ). Mais c'est justement parce que ces facteurs de déséquilibre ont été partiellement neutralisés que le retour au texte de la Constitution a été largement possible entre 1986 et 1988 ( b ).

a ) L'ineffectivité de la Constitution avant 1986, résultat de la contradiction entre les règles constitutionnelles et les contraintes du système.

209 L'analyse stratégique a bien permis de démontrer comment la combinaison de certains éléments de " contrainte " avait déterminé la " majoritarisation " et la présidentialisation de la pratique des institutions entre 1958 et 1986 (48). Parmi ces éléments contraignants, certains sont internes à la Constitution (par exemple les " armes " dont disposent les gouvernants), et d'autres ne sont pas organisés par le texte même de la Constitution (par exemple le mode de scrutin), ou ne l'étaient pas au départ (ainsi l'élection présidentielle au suffrage universel direct). Tous les constitutionnalistes et les politologues ont souligné l'influence du changement de mode d'élection du Président de la République sur la pratique des institutions, certains considérant même avec Maurice Duverger qu'il en résultait un bouleversement de l'interprétation de la Constitution (49). Comment le Président de la République aurait-il pu être un " arbitre neutre au-dessus des partis " dès lors qu'il pouvait disposer d'armes efficaces (droit de dissolution, référendum, voire article 16) pour contraindre la majorité parlementaire (obtenue grâce au scrutin

(48) Cf. *supra*, n° 9 à 14.

(49) Cf. M. DUVERGER, *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, préc.1986.

majoritaire) à la soumission ? Contrairement à Maurice Duverger, nous n'en avons pas conclu que la norme constitutionnelle était modifiée par cette situation politique. Par contre nous avons retenu de son analyse et de celles qui ont été faites par Olivier Duhamel et Jean-Luc Parodi, qu'une même règle du jeu pouvait donner lieu à des pratiques différentes selon le contexte dans lequel elle s'inscrivait. L'essentiel est donc de comprendre quelle combinaison de facteurs permet ou non à un texte d'être effectif. La coexistence nous a apporté quelques précieux éléments de réponse.

b) L'effectivité renforcée entre 1986 et 1988, le retour à l'équilibre.

**210** Si l'opposition de la majorité parlementaire au Chef de l'Etat a permis un très large retour au texte de la Constitution, c'est non seulement parce que, comme dans toute vie sociale, on ne se réfère précisément à la règle qu'en cas de crise, mais aussi parce que cette nouvelle répartition des forces politiques correspondait mieux à celle qui avait été imaginée en 1958 que celle qui avait existé jusque là. Le général de Gaulle et les autres rédacteurs de la Constitution ne pensaient certainement pas que ce régime fonctionnerait constamment dans une situation de cohabitation. Mais ils ne pensaient pas non plus que le Président de la République dominerait autant qu'il le fit tous les autres pouvoirs (même si le Général de Gaulle fut le premier à encourager ce mouvement). Si la rationalisation du régime parlementaire a été aussi énergique en 1958 (en particulier par l'attribution des pouvoirs propres du chef de l'Etat, et par l'organisation draconienne de la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale), c'est parce que les rédacteurs de la Constitution imaginaient qu'il n'y aurait pas de majorité parlementaire stable et que ces moyens devaient permettre de compenser cette carence. Or, jusqu'en 1986, tout le régime a été déséquilibré parce que les effets de cette rationalisation se sont superposés à ceux du phénomène majoritaire et de l'élection présidentielle au suffrage universel direct. En ce sens, on peut considérer que la cohabitation a permis l'instauration d'un équilibre plus proche de celui qui était prévu au départ, car la " majoritarisation " ne se cumule plus à la présidentialisation, mais lui fait contre-poids, la neutralise partiellement (50). Le régime politique de la Ve République étant placé dans un système politique nouveau, la cohérence interne du texte réapparaît, et il peut devenir largement effectif.

L'effectivité de la Constitution ne peut donc être garantie convenablement que si la cohérence entre ses règles et les contraintes du système politique dans lequel elle s'inscrit n'est pas affectée par un trop grand déséquilibre des forces

---

(50) Cf. O. DUHAMEL et J.L. PARODI, *A l'épreuve de la cohabitation, dans La Constitution de la Ve République*, Presses de la FNSP, 1988.

politiques. Depuis 1988, l'équilibre qui résulte de l'existence d'une majorité seulement relative à l'Assemblée nationale, et favorable à un Président de la République qui semble disposé à laisser le Premier ministre diriger la politique gouvernementale (sauf en matière de politique étrangère et de défense (51)), permet également d'observer que la Constitution est beaucoup plus effective qu'avant la cohabitation. Mais cette effectivité est peut-être aussi partiellement déterminée par d'autres facteurs, et surtout par un autre équilibre, dont la cohabitation a révélé toute l'importance.

## **2 ) L'influence de l'équilibre entre la norme, l'image de la norme, et la pratique.**

Nous avons constaté qu'il existe des rapports dialectiques entre ces éléments. Il s'agit ici de noter que l'effectivité du texte peut dépendre de l'équilibre ou des déséquilibres qui se créent entre eux, avant ( a ) et après ( b ) la cohabitation.

### **a ) Le déséquilibre précède la cohabitation.**

**211** Entre 1958 et 1986, et dans une mesure variable selon les périodes, la pratique de la norme était conforme à l'image de la norme, mais l'une et l'autre s'opposaient, au moins sur certains points, à la norme. Dans ce cas, il est aisé de constater que la pratique contraire au texte étant plus légitime que le texte lui-même, ce dernier ne bénéficiera que d'une faible effectivité.

### **b ) Depuis 1986 : D'un nouveau déséquilibre vers l'équilibre ?**

**212** Durant la coexistence, ce déséquilibre s'est déplacé. Cette fois, la pratique de la norme est largement conforme à la norme, mais c'est l'image de la norme qui ne s'adapte pas instantanément à cette nouvelle situation. On peut voir dans ce décalage l'une des raisons qui contribuent à expliquer le maintien de pouvoirs présidentiels qui auraient logiquement dû disparaître dans ce contexte (et

---

(51) Le Chef de l'Etat affirme toujours sa prééminence dans ce domaine, par exemple lors de la crise du Golf, où l'on observe que même si le Premier ministre n'est pas totalement " mis à l'écart ", et même si le Président de la République a convoqué le Parlement en session extraordinaire, M. Mitterrand montre clairement que c'est lui qui prend toutes les décisions.

l'on pense aux " droits de veto " que le Président de la République s'est arrogés, ainsi qu'à sa prééminence dans le domaine qu'il a pu préserver (52). Inversement, depuis 1988, l'image de la répartition des pouvoirs qui s'était imposée finalement après deux ans de pratique cohabitationniste contribue à expliquer le fait que l'on ne soit pas revenu à une pratique plus présidentialisée.

Cette observation très brève de l'influence de certains des facteurs déterminant l'effectivité de la Constitution nous permet seulement de réaliser quelle est la multiplicité des éléments qui entrent en ligne de compte, et combien leurs relations sont complexes. A présent, il paraît donc nécessaire d'essayer de recenser plus systématiquement les variables qui déterminent l'effectivité d'un texte et de tenter de voir comment on pourrait analyser leurs rapports.

En effet, la cohabitation nous a montré que la validité des normes constitutionnelles ne dépendait pas de leur effectivité. Nous avons aussi constaté que la légitimité, qui ne doit pas non plus être assimilée à la validité ou à l'effectivité, entretient avec l'effectivité des rapports dialectiques. Plus une règle ou une pratique est effective, plus elle aura de chances d'être regardée comme légitime, et plus elle sera légitime, plus elle aura de chances d'être effective. Mais la cohabitation révèle qu'il peut y avoir des " cassures " dans ce cercle, de nouvelles pratiques qui seront bientôt regardées comme plus légitimes que les anciennes, pouvant s'imposer assez brutalement. Nous pouvons donc considérer que la pratique modifie l'effectivité de la règle, la force de la règle, et non la règle elle-même. Le texte constitutionnel tient sa validité de son mode de création, et son existence n'est pas remise en cause par ses interprétations, seules sont ainsi modifiées son image, sa légitimité, et son effectivité.

---

(52) Cf. *supra*, L I.



## Section II MODELISER L'ANALYSE DE L'EFFECTIVITE DES CONSTITUTIONS

L'ensemble des observations que nous avons faites depuis le début de cette étude nous a conduit à proposer une analyse formaliste de la Constitution, selon laquelle la seule véritable règle constitutionnelle est le texte de la Constitution, et qu'elle tient sa validité exclusivement de son mode d'adoption. Elle restera valide jusqu'à ce qu'elle soit modifiée ou remplacée par un autre texte. Les décisions d'application de la Constitution ne sont pas des normes, qu'elles soient juridictionnelles ou qu'elles soient le fait des gouvernants. Elles font incontestablement partie du droit constitutionnel, mais ce ne sont que des décisions d'application de la Constitution, et non des normes. On considère ainsi que la validité de la Constitution ne se confond pas avec son effectivité. L'existence de la règle constitutionnelle ne dépend pas de sa force. Il est essentiel de bien distinguer entre la règle et la force de la règle, entre la Constitution et l'effectivité de la Constitution. Cela suppose que l'on admette qu'un droit puisse être impuissant, c'est à dire inefficace, qu'il ne remplisse pas ou mal la fonction sociale qui fait sa raison d'être (1).

---

(1) Notons que pour GIERKE, " tandis que la puissance est la condition rationnelle pour l'Etat, si bien que l'Etat sans toute-puissance n'est pas un Etat, il est indifférent, pour la notion de droit, qu'il existe pour lui des moyens de puissance externe, et le droit sans puissance et sans action reste toujours le droit " (Le fondement du droit public et les nouvelles théories du droit public, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaften*, Tübingen, 1874, spécialement p. 153, 179 et s., cité par DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3e ed. 1927, p. 648. Dans la conception Duguiste du droit, on peut également concevoir un droit sans force, puisque la véritable règle de droit précède les règles constructives qui peuvent résulter de l'intervention de l'Etat. Nous nous plaçons ici dans une optique totalement différente, puisque nous estimons que la règle de droit existe exclusivement dans le texte. Rappelons enfin que Iehring, après avoir consacré toute sa vie à la force dans le droit, a réorienté toutes ses analyses autour de l'idée du but dans le droit (cf. supra, et P. COULOMBEL, *Force et but dans le droit selon la pensée juridique de IHERING*, rev. trim. de droit civil, 1957).

Pour autant, nous pensons que le droit constitutionnel, sauf à devenir lui-même totalement inefficace, ne saurait se limiter à l'étude des textes (ni même de la jurisprudence) et qu'il est donc indispensable d'analyser le fonctionnement des règles pour pouvoir mesurer et améliorer leur effectivité. Le but, la raison d'être du droit constitutionnel dans un Etat de Droit démocratique étant de garantir la soumission des gouvernants comme des gouvernés aux règles d'organisation du pouvoir définies par le peuple souverain, le juriste, en tant que spécialiste de la connaissance du droit, doit en effet étudier et renforcer l'effectivité des Constitutions. Par conséquent, après avoir redéfini le droit constitutionnel comme l'étude non seulement du contenu, mais aussi du fonctionnement des règles constitutionnelles, nous voudrions à présent " jalonner le terrain " de la recherche des facteurs qui déterminent la relativité de l'effectivité des constitutions. Nous n'avons nullement la prétention d'apporter une nouvelle méthode d'analyse en droit constitutionnel, nous voudrions seulement suggérer un angle d'approche différent de ceux qui existent actuellement en France, nous interroger sur l'intérêt d'une telle démarche, suggérer des pistes de recherche en vue de l'élaboration d'un tel modèle.

Nous proposons une approche à la fois formaliste et systémique du droit constitutionnel (2). Le fait d'analyser le fonctionnement des institutions politiques

---

(2) Notons qu'il existe des conceptions assez variables de l'analyse systémique. Dès 1965, David EASTON propose d'analyser le système politique comme une boîte noire, immergé dans son environnement, qui entretient des relations avec ce dernier, tant en amont qu'en aval (cité par J. GICQUEL, *Manuel préc.*, p. 9, n. 14, cf. aussi A. HAURIOU, art. cité infra, p. 310). M. TROPER reproche aux constitutionnalistes de parler de " système " pour établir une classification des régimes politiques, alors que cela " n'a guère de signification puisque les ensembles d'éléments, présentés comme des régimes ou de prétendus systèmes, sont considérés comme de simples assemblages et que les éléments ne sont pas modifiés par leurs relations mutuelles " (*La Théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel*, RDP 1984, p. 274). Nous partageons sur ce point sa conception et essaierons de démontrer que l'intérêt d'une analyse systémique est justement d'analyser les interactions entre de nombreux éléments. Il démontre l'intérêt d'une véritable analyse systémique des Constitutions, dans une conception réaliste (cf. notamment préface à F. MICHAUT et P. WOODLAND, *L'équilibre et le changement des systèmes politiques*, PUF, 1977, et cf. *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, Mél. EISENMANN, Cujas, Paris, 1977, p. 133-151). Certains juristes se sont intéressés avec lui sur la possibilité d'une analyse systémique des Constitutions, en particulier, selon des approches variables, G. VEDEL (cf. notamment *Postface à un exercice de rétrofiction*, Mél. M. DUVERGER, PUF, 1987, M. DUVERGER, *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986; O. DUHAMEL avec l'analyse stratégique (cf. en bibliographie la liste de ses travaux). Après que Maurice HAURIOU eût montré la nécessité d'un syncrétisme méthodologique et d'une globalisation de l'objet (cf. G. VEDEL, *Le Doyen Maurice HAURIOU et la science politique*, LGDJ, t. 1, 1980, p. 48), André HAURIOU, constatant que les " méthodes organisationnelle, fonctionnelle et systémique se préoccupent peu ou pas du tout de ce qui se passe à l'intérieur de l'organisation du système ", préconise une analyse structurale des institutions politiques (*Recherches sur une problématique et une méthodologie applicables à l'analyse des institutions politiques*, RDP 1971, p. 305-352). Notons qu'A. BRIMO propose également une analyse structuraliste (*A propos de la typologie des régimes constitutionnels des démocraties occidentales contemporaines*, Mél. COUZINET, P.U. Toulouse, 1974), tout en précisant que l'analyse structurale repose sur l'analyse systémique (cf. note infra). Ce sont surtout des politologues qui prônent une analyse

dans une optique systémique n'a rien d'original, puisque des politistes américains ont proposé de le faire depuis longtemps, et puisque certains juristes français ont montré tout l'intérêt d'une telle démarche. Nous nous référerons donc souvent aux observations du Doyen Vedel ou de Maurice Duverger, ou aux travaux de Michel Troper ou d'Olivier Duhamel. La spécificité de notre approche ne réside donc pas dans le choix d'une analyse systémique, mais plutôt dans la volonté de concilier cette méthode avec une conception formaliste du droit constitutionnel. Nous entendons par analyse systémique celle qui inscrit le droit constitutionnel comme ensemble de règles, dans un système. Les règles constitutionnelles sont conçues comme un élément s'inscrivant dans un système, c'est à dire " un ensemble d'éléments entre lesquels existent des relations telles que toute modification d'un élément ou d'une relation entraîne la modification des autres relations ou éléments, donc du tout " (3). Le droit constitutionnel n'est pas considéré ici comme étant le système lui-même, mais comme étant un élément qui s'inscrit dans un système. Ainsi, son fonctionnement dépend-il de ce système. Précisons bien que l'approche formaliste que nous adoptons nous conduit à considérer que les normes constitutionnelles ne sont pas modifiées par leur pratique, mais le fonctionnement du système peut conduire médiatement à les remettre en cause (4). Ce sont les relations entre le texte et la pratique qui seront déterminées par le fonctionnement du système dans lequel s'inscrit un régime politique donné.

Cette analyse se rapprochera de la méthode structuraliste en ce qu'elle devrait inclure dans le système étudié l'ensemble des éléments qui contribuent à expliquer le fonctionnement des constitutions, même s'ils sont mal connus ou difficiles à mesurer (par exemple le contexte socio-économique, ou la personnalité des principaux acteurs), et en ce qu'elle devrait permettre d'analyser l'ensemble de leurs rapports (5). Pourtant, notre objectif n'est pas de prétendre expliquer tout le

---

système. cf. par ex. m. CHARLOT., *Le système politique britannique*, A. Colin, 1984. Pour J.L. SEURIN, " l'approche systémique peut nous permettre d'intégrer à l'explication sociologique des données institutionnelles, juridiques, dont le caractère normatif paraît " à priori " exclure ce type d'analyse. En réalité, il n'y a pas d'incompatibilité nécessaire entre une analyse fonctionnelle des pratiques et une analyse normative des institutions " (*Réévaluation de la fonction présidentielle dans le système politique français, dans La présidence en France et aux Etats-Unis*, Economica 1986, p. 375) (L'auteur se place dans une optique politiste, sociologique réaliste et stratégique pour analyser l'évolution de la fonction présidentielle sous la Ve République). Du même auteur, cf. *Un schéma pour l'analyse comparative des gouvernements : une interprétation conflictuelle de l'analyse systémique*, Mél. DUVERGER, PUF, 1987, p. 701-739, où il propose un modèle d'analyse centré sur le pouvoir politique.

(3) A. BRIMO, Art. préc., p. 24. Il précise que dans l'analyse systémique, c'est le système qui est important, contrairement à l'analyse fonctionnaliste, dans laquelle le critère central est la fonction.

(4) Cf. *Supra*, l'influence juridique des rapports dynamiques entre norme et pratique. (n° 207-208).

(5) Sur l'analyse structuraliste, cf. A. HAURIOU et A. BRIMO (art. cité dans la note ci-dessus). Pour A. BRIMO, " il faut (...) souligner le caractère d'analyse systémique de la méthode structuraliste et d'autre part son intention globalisante, toute analyse structurale ayant pour objet de décrire et d'expliquer l'interdépendance des éléments d'un système " (art. préc., p. 26). En effet, la méthode structuraliste repose d'une part sur l'analyse systémique, et d'autre part sur la " construction de modèles qui rendent compte d'une réalité appréhendée dans son expression synchronique ". Mais A. BRIMO précise que pour mériter le nom de structures, les modèles qui situent la recherche (...) doivent remplir quatre conditions : offrir le caractère de système, appartenir à un groupe de transformations dont chacune correspond à un modèle de la même famille, si bien que l'ensemble de ces transformations constitue un groupe de

fonctionnement du droit par des lois invariables et absolues, mais d'essayer de démontrer la relativité de l'effectivité des Constitution, en recensant les principaux facteurs qui la déterminent, en analysant leurs rapports, et en étudiant ceux sur lesquels on peut agir pour renforcer cette effectivité. Nous ne serons pas en mesure d' " établir des enchaînements constants de phénomènes " (6) , nous voudrions seulement proposer une direction pour tendre vers ce but.

Le postulat de base est extrêmement simple, et part d'une observation faite par la plupart des constitutionnalistes. Chaque texte constitutionnel organise un certain *régime politique*. La combinaison de ce texte avec un " *système de variables déterminantes* " va permettre des interprétations plus ou moins fluctuantes de ce texte. L'ensemble de ces rapports détermine la configuration d'un *système politique* x ou y (7). Il existe des interactions permanentes entre ces variables, et entre ces variables et le texte, à l'intérieur d'un système politique donné, et d'un système à l'autre. Le passage d'un système politique à un autre peut se faire brutalement (comme en 1986, ou à l'issue de la " constitution Grévy " sous la IIIe République, ou lors de chaque changement de régime politique), ou progressivement (évolution de la plupart des régimes parlementaires dualistes vers des régimes parlementaires monistes). Il sera donc parfois difficile de savoir précisément à quel moment on passe d'un système à l'autre. Du fait qu'il existe un mouvement continu dans l'ensemble de ces relations, il est un peu artificiel de présenter le fonctionnement d'un système à un moment donné. On ne le fera que pour essayer de comprendre ce système.

Le but de cette analyse est de comprendre pourquoi et comment un texte déterminé fonctionnera de telle ou telle façon, donnera lieu à telle ou telle pratique. Il s'agit d'une part de comprendre les pratiques passées, mais aussi d'essayer de prévoir leurs évolutions futures. Nous devrions ainsi pouvoir considérer que l'effectivité réelle d'une constitution dépend de la combinaison d'un très grand nombre de facteurs et des équilibres qui s'instaurent entre eux, et correspond à la marge de manoeuvre dont disposent en fait les acteurs par rapport à la règle à un instant donné dans un système donné. Une constitution aura d'autant plus de chances d'être effective que cette marge de manoeuvre sera réduite. Une

---

modèles, permettre de prévoir comment réagira le modèle en cas de modification d'un de ses éléments, et enfin permettre de rendre compte de tous les faits observés (*art. préc.*, p. 25). Il nous paraît pour l'instant difficile d'atteindre de tels objectifs.

(6) Pour le Doyen Vedel, c'est en cela que consiste " l'intelligibilité scientifique ", et tel était le but de Montesquieu (*Montesquieu et l'esprit des lois, préface aux oeuvres complètes de Montesquieu*, Seuil, 1964, p. 7-10, reproduit dans *Pages de doctrine*, préc.). Cf. aussi G. VEDEL, *Topologie et recherche politique*, *Futuribles*, juin 1961, p. 3-19, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, t. 1, p. 415, 430, où le Doyen s'intéresse à " l'étude de la continuité en géométrie, de son maintien dans les transformations, et des invariants correspondants " pour étudier les institutions politiques.

(7) Sur les notions de régime et de système politique, cf. *supra*, n° 27, 32 et 33, et 140 à 143.

Constitution sera considérée comme totalement effective lorsque toutes ses dispositions seront réellement respectées, et ce dans le sens qui avait été présenté comme étant officiellement le leur lorsque le texte a été adopté par le peuple. Quant à l'effectivité potentielle d'une Constitution, elle est inversement proportionnelle à la marge de manoeuvre dont les acteurs peuvent disposer par rapport aux règles constitutionnelles, quel que soit le système politique dans lequel elles s'inscrivent. Rappelons enfin que l'effectivité se distingue de l'efficacité. Une Constitution peut tout à fait se révéler très efficace pour résoudre les conflits politiques, sans pour autant être totalement effective. L'exemple de la pratique de la Constitution de la Ve République nous semble particulièrement topique à cet égard. Nous tenterons dans un premier temps de recenser les facteurs qui contribuent à déterminer l'effectivité d'une Constitution ( I ) avant d'essayer d'analyser leurs rapports ( II ).

## I RECENSEMENT DES FACTEURS DETERMINANTS

Il convient de distinguer entre les facteurs internes à la Constitution, c'est-à-dire ceux qui sont déterminés par le texte constitutionnel lui-même ( A ), et les facteurs externes à la Constitution qui peuvent être d'ordre juridique (comme les textes relatifs au mode de scrutin) ou extra-juridique (comme l'équilibre des forces politiques, l'intérêt des Gouvernants, le contexte diplomatique etc...). Nous qualifierons l'ensemble de ces éléments externes le " système de variables déterminantes " ( B ) (8).

---

(8) Le Doyen VEDEL considère que le " système " en général, " qu'il est en partie composé de règles juridiques, est fait de bien d'autres données. Pourtant, il faut réfléchir un instant sur le rôle très important que les règles juridiques jouent dans la mise en place du système et leur impact sur les acteurs ". (*Postface à un exercice de rétrofiction, Mél. Duverger*, PUF, 1987, p. 223).

## A LES FACTEURS INTERNES A LA CONSTITUTION

Les rédacteurs d'une constitution peuvent espérer garantir l'effectivité des règles qu'ils élaborent selon deux représentations, deux conceptions différentes.

Selon la première, apparue au XVIII<sup>e</sup> siècle et restée dominante jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, et que l'on peut qualifier de *mécaniste et réaliste*, voire stratégique (9), une Constitution est " non seulement un ensemble de règles à respecter, mais aussi et surtout un ensemble d'autorités dont les relations mutuelles (sont) organisées de telle sorte qu'il leur soit impossible de sortir de leur compétence même si elles en ont le désir " (10).

Selon la seconde, qualifiée de "*juridique et idéaliste*" par Michel Troper, " la Constitution est considérée comme un texte juridique, obligatoire pour les pouvoirs publics en raison de l'autorité dont il émane et de sa place dans la hiérarchie de l'ordre juridique " (11). Pour Michel Troper, certaines dispositions de la Constitution de la Ve République relèveraient de la première conception et d'autres de la seconde. On pourrait en conclure que si l'on se place dans l'optique mécaniste, on doit admettre qu'à partir du moment où une autorité n'est pas contrainte par le système de respecter une norme, elle dispose en fait d'une compétence discrétionnaire. On devrait par exemple considérer que " la Constitution, en s'abstenant d'organiser un contrôle du recours à l'article 11, institue, au profit du Président de la République, un monopole de l'interprétation (...) le système d'interprétation organisé par la Constitution pour l'article 11 donne au Président, non le droit, mais la possibilité de consulter directement le corps électoral sur un projet de révision constitutionnelle " (12). Ainsi ne raisonne-t-on plus en termes de " devoir-être ", de *sollen*, mais en termes de " pouvoir-être ", et en fait, de d'être, de sein. Mais rendre possible, ou plutôt ne pas rendre impossible, signifie-t-il autoriser ? Pour Michel Troper, tel n'est pas le problème. La seule véritable question est de savoir non pas ce que les gouvernants doivent faire, mais

---

(9) M. TROPER montre que cette représentation est centrée sur une conception stratégique des normes (*La Constitution et ses représentations sous la Ve République*, Pouvoirs n° 4, *La Ve République*, rééd. 1982, p. 61 à 72, cf. aussi les travaux d'O. DUHAMEL et J.L. PARODI.

(10) M. TROPER, *Préface* à F. MICHAUT et P. WOODLAND, *préc.*, p. 10.

(11) M. TROPER, *La Constitution et ses représentations sous la Ve République*, *préc.*, p. 62.

(12) M. TROPER, *La Constitution et ses représentations sous la Ve République*, *préc.*, p. 72.

ce qu'ils peuvent faire. " Il appartient alors à la science constitutionnelle, non pas de décrire de prétendues normes constitutionnelles, encore moins de constater leur violation, mais de mettre en évidence la structure du système et d'expliquer les causes de ses transformations " (13). Nous avons pu considérer que cette conception réaliste de la Constitution conduisait, à notre point de vue, au nihilisme juridique, car elle consistait à déduire la norme de la pratique, et donc à les identifier (14). Dans cette conception, parler de violation de la Constitution est un non-sens, puisque la norme n'est pas incluse dans le texte, mais émane de l'interprétation qui en est donnée par les organes d'application du droit. Nous estimons au contraire, dans une conception " juridique idéaliste ", que la Constitution est un ensemble de normes, de règles dont le respect est obligatoire du seul fait de leur origine et de leur place dans la hiérarchie des normes (15).

Cependant, nous estimons que la distinction soulignée par Michel Troper est très importante, car le système de contraintes organisé par la Constitution va déterminer non pas, selon nous, la validité, l'existence des normes constitutionnelles, mais leur effectivité. Nous admettons dès lors que si le Président de la République viole la Constitution en utilisant l'article 11 pour la réviser, ce n'est pas parce que la Constitution l'autorise à le faire, mais parce que le système de contraintes organisé par la Constitution ou dans lequel il fonctionne rend possible cette pratique, car les rédacteurs de la Constitution n'ont pas su ou pas pu garantir l'effectivité de cette règle. Nous pourrions nous demander plus tard dans quelle mesure la déviation de la pratique par rapport au texte peut, dans certains cas, s'expliquer, au moins partiellement, par un manque de cohérence entre les règles constitutionnelles et les contraintes prévues par la Constitution. Dans l'immédiat, nous verrons comment on peut aborder la question de la garantie de l'effectivité d'une constitution en termes " mécanistes " ( 1 ) puis en termes normativistes ( 2 ).

---

(13) M. TROPER, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, préc., p. 151.

(14) Cf. *supra*, L'analyse réaliste.(n° 167 à 170).

(15) M. TROPER souligne qu'en droit constitutionnel, le plus souvent " les justifications habituelles du caractère obligatoire des actes juridiques, à savoir, l'existence de sanctions, ou la conformité à la norme supérieure font défaut " (*La Constitution et ses représentations sous la Ve République*, préc., p. 63). Nous estimons que l'absence de norme supérieure à la Constitution n'est un problème que pour la logique du raisonnement de Kelsen, et non pour la validité de la Constitution. S'agissant des sanctions, nous avons constaté qu' une sanction à la violation de la Constitution est toujours concevable (au pire par le recours à l'article 68), mais que cette sanction est rarement effective. Nous analysons donc cette question en termes d'effectivité et non de validité.

## 1 ) L'influence de la structure " mécanique " des constitutions.

Deux siècles après les travaux de Montesquieu et des constituants de Philadelphie, des études américaines et françaises notamment ont démontré toute l'actualité d'une analyse mécanique ou stratégique des institutions. " Les constituants du XVIII<sup>e</sup> siècle souhaitaient ainsi que le système qu'ils construisaient ne se modifiât pas : l'agencement des relations entre organes était précisément conçu comme un mécanisme automatique propre à empêcher tout changement. L'équilibre des organes était dans ce cas l'instrument de l'équilibre du système " (16). Dans sa version moderne, cette représentation des constitutions est dite " mécaniste " (17), " structuro-fonctionnaliste " (18), " stratégique " (19), ou " systémique " (20). Mais tous les auteurs n'en tirent pas les mêmes conclusions sur le plan juridique. Le fonctionnement des institutions, et en réalité l'effectivité de la Constitution, dépend largement des rapport de force existants entre les pouvoirs, qui sont principalement déterminées par les armes dont ils disposent ( a ), mais dont ils ne peuvent user que si leur mode de désignation et la durée de leur mandat contribuent à leur conférer une légitimité équivalente ( b ). Enfin, les rapports de force entre ces acteurs qui contribuent à déterminer l'effectivité du texte constitutionnel seront très largement voire totalement fictifs s'il n'existe pas de véritable pluralisme politique ( c ). Nous entendons seulement rappeler ici très sommairement l'influence bien connue de ces facteurs, qui ont été et qui pourraient encore être analysés de façon beaucoup plus précise.

### a ) L'équilibre des armes.

**213** Selon la conception que l'on adopte de la séparation des pouvoirs, on admettra qu'il doit y avoir un équilibre entre les armes dont disposent soit le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif (et, de plus en plus, le pouvoir judiciaire),

(16) M. TROPER, Préface à F. MICHAUT et P. WOODLAND, *préc.*, p. 10.

(17) Cf. par ex. Dick HOWWARD *La conception mécaniste de la Constitution*, rapport au colloque de l'AFSP 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, 2 au 4 mars 1989; et M. LANDAU, *La théorie constitutionnelle et l'organisation des pouvoirs aux Etats-Unis*, dans J.L. SEURIN (Dir.) *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Economica, 1984, p. 61 à 84.

(18) Cf. La *présentation* de F. MICHAUT et P. WOODLAND, préface M. TROPER, *préc.*

(19) Cf. les travaux d' O. DUHAMEL et J.L. PARODI.

(20) Cf. par ex. J.L. SEURIN, *Réévaluation de la fonction présidentielle dans le système politique français*, dans *La Présidence en France et aux Etats-Unis*, Economica, 1986, p. 373-407.



soit le pouvoir majoritaire et le pouvoir d'opposition (21). Chacun de ces pouvoirs doit être en mesure de contraindre l'autre au respect de la Constitution pour qu'elle puisse être effective. La répartition des " armes " entre les pouvoirs va contribuer à créer un système de contraintes incitant - ou non - au respect de la lettre de la Constitution (22). Dès 1977, Olivier Duhamel a pu démontrer qu'en période de coexistence, il existe entre le Président de la République et la majorité parlementaire un équilibre des armes qui favorise un retour au texte de la Constitution (23). Le souci premier des rédacteurs de la loi fondamentale de la Ve République avait été, en effet, d'attribuer au chef de l'Etat des prérogatives importantes dispensées de contreseing, c'est à dire des armes qu'il pouvait utiliser contre la majorité parlementaire si nécessaire, pour qu'il soit en mesure d'exercer réellement les compétences qui lui sont ainsi attribuées par la Constitution. Pourtant, l'évolution de la pratique de la Ve République montre que quel que soit l'équilibre des armes organisé par la Constitution, la possibilité d'utiliser ces armes dépend de nombreux facteurs, et au premier chef de la légitimité des acteurs, qui ne dépend elle-même que partiellement du texte de la Constitution (24).

b) L'équilibre de la légitimité des acteurs.

214 Parmi les facteurs juridiques influant sur la légitimité des acteurs, retenons essentiellement leur *mode de désignation*, et la durée de leur mandat (25). L'expérience des troisième et quatrième Républiques a clairement montré que le chef de l'Etat ne pouvait effectivement utiliser ses prérogatives constitutionnelles parce qu'il tenait son pouvoir du Parlement et non directement du peuple. La leçon a bien été retenue par le Général de Gaulle qui considérait comme essentielle la

(21) Cf. *supra*, n° 34 et s.

(22) Sur le système de contraintes résultant de la répartition des " armes " sous la Ve République, cf. *supra*, L I, n° 10 et 11.

(23) O. DUHAMEL, *La Constitution de la Ve République et l'alternance*, Pouvoirs n° 1, fév. 1977. Cf. *supra*, n° 13.

(24) Sur les armes dont disposent les acteurs, et sur l'évolution de leur usage et de leur sens durant la cohabitation, cf. *supra* L I.

(25) Sur l'influence de ces facteurs par rapport aux autres éléments du système, Cf. notamment , p. 953-961, et O. DUHAMEL, *L'hypothèse de la contradiction des majorités en France*, dans M. DUVERGER, *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986, p. 257-273; J.L. SEURIN, *Réévaluation de la fonction présidentielle dans le système politique français*, dans *La présidence en France et aux Etats-Unis*, Economica, 1986, p. 373 à 407; J.L. PARODI, *Lectures de la Constitution*, Projet, sept-oct. 1977, et du même auteur *L'alternance en question ou les trois paradoxes de la Ve République*, *Alternances*, 1986, p. 13, où il distingue entre la durée du mandat des élus qui est inscrite dans la Constitution, et la " vraie durée du pouvoir ", qui, pour le Président de la République comme pour les députés, réside dans la période qui sépare l'élection qui a donné naissance à l'institution que l'on considère, de l'élection suivante, qu'elle soit parlementaire ou présidentielle. Le système résultant de la combinaison des calendriers électoraux déterminera en principe une période de pouvoir longue (cinq ans), puis des périodes plus courtes (2, 3, 4, 1 an). Durant la cohabitation, la nouvelle majorité n'a disposé que de deux ans. Nous verrons aussi plus tard que la durée du mandat agit sur la légitimité des acteurs en ce que lorsqu'ils se trouvent en fin de mandat, leur pouvoir effectif est moindre que lorsqu'ils ont reçu récemment l'onction populaire.

désignation du Président de la République par un organe autre que les chambres. Mais l'analyse des régimes dits " semi-présidentiels " par Maurice Duverger a montré que l'élection du Président de la République au suffrage universel direct ne suffisait pas, en elle-même, à lui garantir un " poids " suffisant par rapport aux autres organes, et en particulier par rapport au Premier ministre. Des facteurs externes à la Constitution, tels que la position politique du Président par rapport à la majorité parlementaire (26) vont accroître ou restreindre sa légitimité, et donc force par rapport aux autres organes, et sa marge de manoeuvre pour appliquer, voire violer le texte de la Constitution. Durant la cohabitation, on a réalisé que le Premier ministre, bien que nommé par le chef de l'Etat, émanait non pas de lui, mais bien de la majorité parlementaire. Le mode de désignation du Chef de l'Etat, du Premier ministre, et des parlementaires (27), est un facteur essentiel de leur légitimité. On peut estimer qu'une Constitution aura d'autant plus de chances d'être respectée que ces pouvoirs se feront contre-poids, et donc qu'ils auront une légitimité équivalente. Notons que sous la Ve République l'élection du Président de la République au suffrage universel a contribué, ainsi que le scrutin majoritaire, à remodeler le système de partis. On observe ainsi avec le Doyen Vedel, que c'est une manifestation de l'impact des règles constitutionnelles sur les éléments non juridiques (28). Dans le même temps, ce mode de désignation du chef de l'Etat a contribué à faire de lui non pas un arbitre au dessus des partis, mais le chef du parti ou de la coalition victorieuse (29). En ce sens, elle a contribué à lui donner une force supérieure à celle du Parlement, ce qui a facilité certaines violations de la Constitution. Le mode de désignation des gouvernants est donc un des éléments importants du système de contraintes créé par la Constitution (30).

Chaque constitutionnaliste sait également que la *durée du mandat* des élus est un facteur essentiel de leur légitimité. Qu'il soit trop bref ou trop long, et la

---

(26) Dès 1978, M. DUVERGER démontre dans *Echec au Roi* la variabilité des pratiques auxquelles peuvent donner lieu des textes constitutionnels comparables, mais alors qu'il ne retenait au départ que deux facteurs pour expliquer le fonctionnement des régimes politiques, à savoir la consistance de la majorité parlementaire et la situation du Président par rapport à cette majorité (cf. *Echec au Roi*, A. Michel, 1978, p. 89), il construit par la suite une " grille de transformation " du régime semi-présidentiel prenant en compte l'image du Président dans l'opinion et les prérogatives constitutionnelles respectives du Président et du Premier ministre. Cf. aussi O. DUHAMEL, *Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel*, *Mél. DUVERGER*, PUF, 1987, p. 588.

(27) cf. par ex. les pouvoirs du Sénat en France, ou l'évolution des prérogatives des Lords en Grande-Bretagne.

(28) Cf. notamment G. VEDEL, *Postface à un exercice de rétrofiction*, *Mél. Duverger*, PUF 1987, p. 225.

(29) Cf. notamment D. GAXIE, *L'unification des marchés politiques et la construction de l'institution présidentielle*, rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, 5-8 oct. 1988, pour qui la prééminence du Président de la République et des présidentiables sur leurs pairs des oligarchies partisans s'explique par l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, mais aussi par la tendance à l'unification des marchés politiques (p.33).

(30) Sur son influence dans l'ensemble du système, cf. supra n° 10 (dans le cadre de l'analyse stratégique), et n° 20.

force politique des acteurs sera diminuée. Elus pour peu de temps, les gouvernants seront impuissants, élus pour trop longtemps, ils seront indépendants, mais l'affaiblissement consécutif de leur responsabilité politique conduira à la réduction de leur influence (31). Mode de désignation et durée du mandat des gouvernants ne sont que des éléments pouvant favoriser leur légitimité, qui dépendra aussi de facteurs externes à la Constitution. Néanmoins, la Constitution aura d'autant plus de chances d'être effective qu'ils disposeront d'une force équivalente, et seront en mesure de se contraindre mutuellement à la respecter.

c) La consécration du pluralisme politique, facteur essentiel de la " mécanique institutionnelle ".

**215** L'évolution des pays de l'Est vers des démocraties pluralistes a rappelé toute l'importance d'une véritable pluralité des partis politiques, et de la consécration de ce pluralisme par le texte constitutionnel (32). L'essentiel n'est pas qu'il existe plusieurs partis qui représentent en fait des idées très proches (comme on peut penser que c'est actuellement le cas en Chine), mais que les partis puissent librement se former, s'exprimer, et représenter des idées très différentes. Les Constitutions peuvent rappeler ce principe de liberté, tout en exigeant parfois que les partis respectent certaines règles, par exemple en France ou en Allemagne. Quelles que soient les autres règles instituées par une Constitution, s'il n'existe pas une véritable pluralité de partis politiques pour inciter les gouvernants à les respecter (ou à les remettre en cause), leur effectivité dépendra exclusivement du bon vouloir des gouvernants, c'est à dire des hommes ou du parti qui monopolise le pouvoir. Ainsi, quelles que soient les armes attribuées aux acteurs, quelle que soit leur légitimité, le fonctionnement " mécanique " des institutions, défini comme un système de forces s'exerçant en sens contraire pour garantir l'équilibre des pouvoirs, ne pourra avoir quelque effectivité que s'il existe un véritable pluralisme politique. Si tous les gouvernants dépendent du même homme ou du même parti, la " structure mécanique " de la Constitution pourra avoir pour objet de garantir la soumission de tous à cet homme ou à ce parti. Cette structure, dont l'efficacité sera généralement fondée sur la force, sur l'Etat de police, et non sur l'Etat de droit, sera donc totalement opposée au système préconisé par les constitutionnalistes du XVIII<sup>e</sup> siècle pour garantir l'effectivité des règles de la démocratie pluraliste.

---

(31) Cf. *infra*, T. II, Les possibilités de révision de la Constitution.

(32) Sur la constitutionnalisation du pluralisme politique dans les pays de l'Est, cf. notamment la *journalée d'études de l'AFC du 16 mars 1990*, Paris, Sénat, et les travaux du *Congrès de l'AFC à Strasbourg, le 28 sept. 1990* (atelier n° 4, *Les transitions démocratiques*, et le n° 52 de *Pouvoirs* sur " *La démocratie* ", 1990.

Dès lors que les équilibres qui devraient ainsi être instaurés ne peuvent jamais être totalement garantis par la Constitution elle-même puisqu'ils dépendent également de facteurs extra-constitutionnels (tels que le charisme des acteurs etc.), on a réalisé depuis le milieu du XIXe siècle que le respect de la Constitution devait être garanti par d'autres moyens.

## 2 ) L'importance de la " structure normative " de la Constitution.

Si l'on conçoit la Constitution comme un ensemble de règles obligatoires du seul fait de leur mode d'adoption et de leur place dans l'ordonnement juridique, on constatera que le contenu du texte, sa précision, sa clarté, sont des éléments importants pour déterminer son effectivité ( a ), mais que le meilleur moyen de garantir le respect de ces normes est l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des actes pris en application de ces règles ( b ).

### a ) La qualité de la rédaction du texte.

216 La " marge de manoeuvre " des acteurs par rapport à un texte sera d'autant plus large que ses dispositions seront plus imprécises, floues, ambiguës. Tous les dictateurs, à commencer par Napoléon Bonaparte, l'ont dit et répété, et tous les juristes en sont bien conscients. Ihering évoquait le défaut de " réalisabilité formelle " d'un texte, et Jean Dabin rappelle que " la condition première de la praticabilité du droit réside dans une suffisante définition. Un droit insuffisamment défini n'est point praticable en ce que son application donnera lieu à des doutes et à des controverses génératrices d'insécurité " (33). Mais, parallèlement, une trop grande précision peut aussi nuire à l'effectivité d'un texte, car elle risque de lui conférer une rigidité telle que la pratique ne pourra pas s'y conformer.

L'un des aspects étonnants de la pratique de la Constitution sous la Ve République est l'application avec laquelle non seulement les hommes politiques, mais aussi une partie de la doctrine, ont tenté de démontrer que la Constitution était mal écrite, confuse, ambiguë. Dans certains cas, on arrivait presque à " faire dire " au texte le contraire de ce qu'il prévoyait, par exemple lorsque l'on affirmait que l'article 5 conférait des prérogatives particulières au Président de la République, alors qu'il avait pour objet de les limiter, ou lorsque l'on estimait, contrairement aux articles 20 et 21, que c'était au chef de l'Etat qu'il appartenait de diriger la

(33) Cf. J. DABIN, *Enc. Universalis*, Vol V, 1980, p. 803

politique gouvernementale. L'exemple le plus topique reste celui du caractère impératif de l'indicatif dans la Constitution de la Ve République. Alors qu'il ne faisait de doute pour aucun des rédacteurs du texte, en 1958, que l'indicatif valait impératif dans ce texte, cette règle a été tellement bafoué que l'on a fini par penser qu'elle n'existait pas (34). On a donc déduit son absence de validité de son insuffisante effectivité. En réalité, ce texte est beaucoup moins obscur qu'on ne l'a souvent prétendu pour expliquer ou justifier des " interprétations " discutables (35). La confusion entre règle et application de la règle conduit ainsi à faire paraître confuses des dispositions qui sont assez claires lorsque l'on interprète la Constitution non pas au regard de ses pratiques, mais au regard de l'intention affichée de ses rédacteurs. Contrairement à une idée longtemps répandue, il faut souligner avec le Doyen Favoreu que la Constitution de la Ve République est un texte rédigé par des juristes et dans une certaine mesure pour des juristes (36). Ainsi, l'ineffectivité relative de certaines de ses dispositions ne vient pas, à notre point de vue, de l'ambiguïté de ses dispositions, mais plutôt du fait que l'on a souvent réussi à convaincre l'opinion que ce texte était obscur. Ce n'est pas la Constitution qui est confuse, mais l'image que l'on en a donnée. Or, si l'on a donné cette image, c'était en partie par ce que les hommes politiques avaient intérêt à ce que le texte parût malléable, et parce que certains représentants de la doctrine ont choisi de donner une interprétation réaliste de la Constitution, et non une interprétation par référence à la volonté de ses auteurs.

Si la clarté et la précision des dispositions constitutionnelles est une condition nécessaire à leur effectivité, elle n'est donc pas suffisante, puisque l'on peut, dans certains cas, arriver à démontrer qu'un texte clair est obscur.

Rappelons par ailleurs que Danièle Lochak a démontré l'influence de la structure syntaxique d'un texte juridique sur sa légitimité et sur sa force : " Parole vraie parce qu'émanant d'une autorité légitime, et parole autorisée puisque capable de produire des énoncés véridiques, le droit est, enfin, une parole efficace, engendrant soumission et obéissance chez ceux à qui elle s'adresse " (37).

b) L'influence du contrôle de constitutionnalité.

**217** Même lorsque le système de contraintes résultant de la structure mécanique de la Constitution semble favoriser le respect du texte, l'existence d'un contrôle de constitutionnalité reste, sous certaines conditions et avec certaines nuances, le meilleur moyen de garantir l'effectivité des règles constitutionnelles

(34) Sur la question de la valeur de l'indicatif dans la Constitution de 1958, cf. *supra*, n° 54 et 84.

(35) Cf. *supra* n° 132-133.

(36) L. FAVOREU, *Communication au colloque sur le XXXe anniversaire de la Constitution*, Aix-en-Provence, sept. 1988.

(37) D. LOCHAK, *Le droit, discours de pouvoir, Itinéraires, Mél. HAMON, Economica*, 1982, p. 432.

(38). Chacun admet volontiers que l'efficacité des règles juridiques dépend de l'existence d'une juridiction capable d'en imposer le respect (39). Or la plupart des cas dans lesquels la Constitution de la Ve République a donné lieu à des interprétations douteuses étaient ceux pour lesquels le Conseil constitutionnel ne pouvait pas intervenir, faute d'avoir une compétence générale d'interprétation de la Constitution.

Élément essentiel du renforcement de l'effectivité des Constitutions dans l'optique " juridique idéaliste ", le contrôle de constitutionnalité est en même temps un rouage important de la " mécanique constitutionnelle ". La faculté offerte ou non à chacun des pouvoirs de saisir la Cour constitutionnelle est une de leurs armes importantes. Or la cohabitation a parfaitement démontré qu'il existe à ce niveau un déséquilibre entre les prérogatives de " l'exécutif ", qui peut faire contrôler la constitutionnalité des actes du Parlement, et celles du " législatif ", qui ne dispose pas d'un pouvoir symétrique (40). De surcroît, on reconnaîtra que le contenu des décisions du Conseil constitutionnel n'est pas seulement déterminé par la lettre du texte constitutionnel, mais aussi par le système de contraintes, juridiques et extrajuridiques, qui pèse sur lui. Pour Michel Troper, seul ce " réseau de contraintes " vient limiter la liberté d'interprétation du Conseil constitutionnel : " grâce à son pouvoir d'interpréter la Constitution, il peut librement donner ou refuser son consentement à l'édiction de la loi, sans être juridiquement lié par aucune norme qui lui soit supérieure " (41). Dans une optique plus proche sur ce point de la pensée de Dworkin, nous pensons au contraire que le Conseil Constitutionnel applique la Constitution, qu'il ne crée pas la norme. Il sera plus ou moins lié par la Constitution selon le caractère contraignant et la précision de ses dispositions. Sa marge d'interprétation est d'autant plus large qu'elles sont générales, comme par exemple la plupart des règles du préambule. Mais le contenu de ces décisions d'application de la Constitution est également déterminé par le système de contraintes dans lequel elles s'inscrivent (prise en compte de la réaction possible des autres autorités, recherche de l'efficacité des décisions etc... (42)). Ceci montre clairement, à notre point de vue, que la variabilité de l'effectivité des constitutions ne peut jamais dépendre exclusivement de leur structure normative, et cela même si le texte est parfaitement clair et précis, et si toutes ses dispositions peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

---

(38) Cf. *supra*.

(39) Pour J.B. AUBY, l'effectivité d'une norme est fonction de quatre séries de facteurs. " Le premier est celui de contenu de cette norme, de son caractère plus ou moins précis et contraignant. Le second tient à la nature et aux destinataires des obligations qu'elle crée (...) le troisième facteur concerne l'existence et la nature de la sanction que le non-respect de la norme peut déclencher. Le quatrième est relatif à l'effectivité de la sanction elle-même ". *Prescription juridique et production juridique*, RDP 1988, p. 682.

(40) Cf. *supra*.

(41) Cf. M. TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie*, RFDC 1, 1990, p. 44 et s.

(42) Cf; M. TROPER, *art. préc.*, p. 44-45, distingue parmi les contraintes juridiques entre celles qui sont externes au Conseil et celles qui lui sont internes.

Considérant que la validité des règles constitutionnelles contenues dans le texte doit être distinguée de leur effectivité, nous observerons que cette dernière est déterminée par la " structure normative " du texte, et aussi par le système de contraintes qu'il contient. En fait, c'est surtout dans les rapports entre ces deux éléments que nous chercherons comment peut se créer ou non un équilibre favorisant l'effectivité d'une Constitution. Mais avant d'analyser la combinaison de ces facteurs, nous recenserons encore ceux qui sont externes à la Constitution.

## **B LES FACTEURS EXTERNES A LA CONSTITUTION : LE SYSTEME DE VARIABLES DETERMINANTES**

En nous plaçant, cette fois, à l'intérieur du système politique, nous évoquerons quelques-uns des éléments les plus importants du " système de variables déterminantes ". Si le régime politique fixe de la Ve République a pu donner lieu à une pratique très différente de celle qui s'était imposée jusque là, c'est avant tout parce que le nouvel équilibre des forces politiques a imposé un retour à la lettre de la constitution. La variable que constitue l'opposition des majorités présidentielle et parlementaire nous semble imposer en toute hypothèse (quelle que soit la situation des autres variables) un retour au texte constitutionnel (puisque nous avons pu démontrer que l'ignorance de ce texte était essentiellement déterminée par la surpuissance du président du fait de son autorité sur la majorité parlementaire (43)). Néanmoins, *l'ampleur* de ce retour au régime prévu par la Constitution va, elle, dépendre de la combinaison de beaucoup d'autres facteurs. Nous évoquerons seulement ici les variables qui nous paraissent avoir les plus déterminantes pour la pratique nouvelle des institutions, et en particulier le fait que le retour à la lettre de la Constitution ait été moins profond qu'on aurait pu le penser.

Gény faisait entrer dans les sources matérielles du droit, c'est à dire les éléments qui déterminent le contenu du droit, une série de données, telles que le donné naturel (comprenant la nature physique ou morale, les conditions économiques et sociales etc.), le donné historique et le donné idéal (44). Or Kelsen

---

(43) Cf. *supra*, T I, Ch I.

(44) Cf. J. CARBONNIER, *Droit et non-droit*, dans *Flexible droit*, LGDJ 1983, p. 21.

qualifiait de non juridiques, et surtout excluait du domaine de la science du droit l'étude de " toutes les représentations qui influencent effectivement les fonctions de création du droit et d'application du droit, en particulier les principes moraux et politiques, les théories juridiques, les avis d'experts, etc... " (45). Les sociologues du droit et les juristes réalistes analysent aujourd'hui tous les facteurs qui influent non seulement sur la formation, mais aussi sur la " déformation " du droit, considérant généralement que la pratique modifie le droit, voire le crée, puisque la norme ne peut être déduite que de son application. Nous étudierons ici l'ensemble des éléments d'ordre juridique ou extrajuridique, qui sont extérieurs au texte de la Constitution (en ce qu'ils ne sont pas organisés par ses dispositions). Nous constaterons qu'il s'agit bien de sources matérielles du droit en ce qu'ils déterminent le contenu des constitutions, lors de leur adoption et pour leur éventuelle révision. Si nous pensons que ces facteurs ne modifient pas immédiatement les règles prévues par la Constitution, par contre, ils vont contribuer à déterminer leur effectivité. Ils influent en effet sur le contenu des décisions d'application de la Constitution, et donc sur les relations entre la règle et sa pratique.

Dès lors, une analyse compréhensive de l'effectivité d'une constitution ne peut faire l'économie de l'étude de l'ensemble des facteurs qui vont agir sur l'écart entre le texte et les décisions prises pour l'appliquer. Il est difficile de distinguer entre ces différents éléments, tant leurs interactions sont constantes. Ce n'est donc que d'une manière tout à fait artificielle, et pour la clarté de l'exposé, que l'on séparera l'étude de la situation des gouvernants et des gouvernés ( 1 ), des éléments déterminant le contexte général et politique dans lequel s'inscrivent leurs rapports (2). Car si l'on veut pouvoir analyser les relations entre plusieurs éléments, il est indispensable de commencer par les distinguer.

## 1 ) Situation des gouvernants et des gouvernés

Il paraît essentiel, dans une démocratie, de s'interroger sur l'influence qu'ont les gouvernés sur l'élaboration et la pratique des règles constitutionnelles. Dans le cadre de cette étude, nous nous contenterons d'évoquer certains aspects de ces rapports dans le cadre d'une Constitution existante, puisque nous analysons seulement l'effectivité des constitutions., et non leur élaboration. Nous verrons comment la position tant des gouvernants ( a ), que des gouvernés ( b ), peut influencer sur cette effectivité. Néanmoins, il ne faudra pas oublier que la situation des uns comme des autres dépend de facteurs que nous évoquerons dans l'analyse du contexte global et de la structure politique qui détermine leurs relations.

---

(45) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e ed, 1962, p. 314. Il explique ce que l'on entend habituellement par " sources du droit " dans un sens non-juridique.



a ) La position des gouvernants.

**218** Durant cette première expérience de cohabitation, la personnalité des gouvernants et leur situation ont joué un rôle important. Nous en rappellerons les traits les plus saillants pour, ensuite, suggérer une modélisation de cette analyse.

Pour le Doyen Vedel, " la Ve République vécue en relief, ou " supposée " uchroniquement en creux, offre un champ particulièrement étendu à la réflexion sur les rôles respectifs, en politique, de l' " acteur " et du " système " pour prendre le vocabulaire de M. Crozier et E. Friedberg " (46). L'étude de l'influence des hommes sur le cours des événements avait pendant longtemps été sur-estimée, avant d'être largement négligée durant les années soixante. Entre ces deux extrêmes, il semble qu'elle trouve aujourd'hui une place correspondant plus exactement à la réalité. Cette influence est grande, mais elle n'est qu'une des variables déterminant l'application des règles constitutionnelles (47). Surtout, l'influence de cette variable est plus ou moins grande selon la combinaison des autres variables. En particulier, lorsque le Président de la République est le chef de la majorité parlementaire, sa " marge de manoeuvre " par rapport à la lettre de la Constitution est beaucoup plus importante que lorsque cette majorité lui est hostile. Dès lors, l'influence de la personnalité du chef de l'Etat sur l'application des normes constitutionnelles est moins grande en période de cohabitation qu'en période " normale " (48). L'évocation des principaux aspects de la personnalité et de la position d'une part des opposants à la cohabitation, et d'autre part du Président de la République et du Premier ministre, nous permettra de constater qu'elle est cependant loin d'être devenue totalement négligeable. On observera qu'elle a au contraire eu un rôle déterminant sur l'application des normes constitutionnelles durant la coexistence.

*Les opposants à la coexistence, ont été les " ciments " de la cohabitation..* On aurait pu aborder l'étude de la position des dirigeants de formations opposés à la cohabitation dans le cadre de l'équilibre des partis politiques. Mais le problème est que le plus radical d'entre eux, M. Barre, estime ne pas diriger un parti. Les raisons pour lesquelles le Parti communiste, le Front National et M. Barre s'opposent à la cohabitation sont très différentes. Les deux premiers lui reprochent

(46) G. VEDEL, *Postface à un exercice de rétrofiction*, Mél. DUVERGER, PUF 1987, p. 218.

(47) Pour quelques éléments d'appréciation sur cette influence dans notre histoire constitutionnelle depuis 1875, et en particulier sous la Ve République, cf. G. VEDEL, *le hasard et la nécessité*, Pouvoirs n° 50, 1989, p. 15 à 30. D'après René REMOND, " Ce sont les hommes qui font l'histoire des institutions et la gestion de celles-ci illustre la part de la contingence dans le destin des régimes politiques comme des peuples ", dans *La gestion des constitutions*, Pouvoirs, n° 50, 1989, p. 46.

(48) Le simple fait que la plupart des manuels de droit constitutionnel découpent l'étude de la Ve République en périodes correspondant aux différents présidents nous semble révélateur de cette influence, soulignée au demeurant par la quasi-totalité des ouvrages consacrés à la Ve République.

essentiellement d'établir un compromis (entendu au sens de compromission) au sommet entre une droite et une gauche jugées trop au centre (dans l'un ou l'autre cas, selon l'endroit où l'on se place). C'est au contraire au nom de l'orthodoxie gaullienne que M. Barre s'oppose à ce système. Il conteste radicalement l'idée d'une constitution à géométrie variable, n'admettant pas que l'on joue avec la fonction présidentielle " comme on joue de l'accordéon ". A l'instar du Général, il estime que l'Esprit des institutions (qui serait l'esprit gaullien), et la pratique qu'il a déterminée, doivent primer en toutes circonstances sur la lettre du texte (49). Mais un des aspects les plus amusants de cette coexistence est que chacun des principaux " joueurs " (le champion des " anticonstitutionnalistes ", le chef de l'Etat et le chef du Gouvernement) se veut le meilleur défenseur de l'esprit gaullien...alors même que chacun d'eux a non seulement des idées politiques, mais surtout une interprétation de la constitution pendant la cohabitation, qui est substantiellement différente de celle des autres. " Il y a aujourd'hui dans l'opinion un gaullisme rétrospectif, qui est plus fort et que le gaullisme partisan et que le gaullisme du général de Gaulle ", constate Jean-Luc Parodi (50). " C'est la première fois que tout le monde essaye de se réclamer du même exemple pour justifier ce qu'il pense et ce qu'il veut faire en matière d'institutions ", s'étonne également François Goguel (51). Néanmoins les raisons et les résultats de cette invocation sont loin d'être identiques d'un cas à l'autre. En soulignant les risques inhérents à la coexistence, les " anticonstitutionnalistes " ont contribué à pousser le Président de la République et la majorité parlementaire à baser leur campagne électorale sur l'idée contraire, à savoir que la cohabitation était viable. Ils ont annoncé aux français que la coexistence non seulement pouvait être vécue sans drame, mais encore que c'était le meilleur, pour ne pas dire le seul moyen d'éviter une crise institutionnelle. Et l'analyse des résultats des élections montre que si les citoyens se sont soumis à la cohabitation, c'était avant tout pour éviter une telle crise (52). Dès lors, par le seul fait qu'ils acceptaient de s'engager dans la voie de la cohabitation, Président de la République et Premier ministre étaient pieds et poings liés, contraints de ne pas déclencher de crise. L'absence de conflit majeur sur certaines interprétations de la Constitution (refus de signature des ordonnances par exemple) s'explique largement par cette donnée fondamentale. M. Chirac pensait que le peuple serait conscient du fait que le chef de l'Etat n'avait pas respecté la Constitution (ce en quoi il semble qu'il se soit

---

(49) Cf. supra, T I, Ch I, S II, I., et R. BARRE, intervention sur *Le gaullisme aujourd'hui*, colloque du club Nouvelle Frontière, ed. JULLIARD, Paris, 1985, p. 85 et s. LEO HAMON insiste également que de nombreux gaullistes " ne peuvent penser que la pratique de ces institutions devrait varier, par une manière d'opportunisme constitutionnel, avec l'avantage temporaire d'un parti ou d'un autre ", *Ne pas insulter l'avenir*, *Le Monde*, 12.4.1988.

(50) J.L. PARODI, intervention au colloque du club Nouvelle Frontière, *Le Gaullisme aujourd'hui*, JULLIARD, Paris, 1985.

(51) F. GOGUEL, *Le Gaullisme aujourd'hui*, intervention au colloque du club Nouvelle Frontière, préc. p. 75. L. HAMON rappelle que selon le général, " tout le monde a été, est, ou sera gaulliste ", et estime qu' " aujourd'hui, (...) tout le monde se réclame de de Gaulle " (dans *Ne pas insulter l'avenir*, *Le Monde* 12.4.1988).

(52) Cf. supra, T I, Ch I, S I, I.

largement trompé), et qu'il lui saurait gré, à lui, Premier ministre, de ne pas relever le défi pour éviter un conflit. Mais le chef du Gouvernement avait peut-être sous-estimé l'importance des qualités de stratège de son adversaire dans ce duel au sommet. Il paraissait difficilement concevable qu'un " condottière " et un " florentin " (53) puissent cohabiter sans que cela se termine par un " divorce à l'italienne " (c'est à dire l'élimination de l'un des protagonistes). Mais chacun d'eux a su faire preuve d'une très grande souplesse, pour que ce combat dure jusqu'aux élections présidentielles.

*M. Mitterrand, un protégé florentin ?* Pendant la cohabitation plus que jamais, M. Mitterrand se révélera digne du qualificatif de florentin, tant il prouva ses aptitudes tout à fait exceptionnelles dans les jeux de la politique (54). Une fois de plus, il saura tirer un excellent parti de la situation pourtant très difficile dans laquelle il était placé. " J'ai souvent vérifié que la bonne gestion d'une erreur valait mieux que certains succès - a-t-il écrit -. L'art du jeu des échecs nous l'enseigne, qui consiste à tirer avantage des fautes que l'on commet : elles déroutent l'adversaire plus qu'elles ne vous égarent. Bref, je crois aux vertus de l'improvisation. A condition que l'on sache que l'improvisation est un long exercice " (55). Il saura tirer un profit exceptionnel non seulement de ses propres faiblesses (il ne bénéficie plus d'une légitimité politique suffisante pour pouvoir gouverner, mais il sait que moins il gouverne et plus sa côte de popularité s'élève (56)); mais aussi des faiblesses de ses adversaires. Dans les conflits sur l'interprétation de la Constitution, il " joue sur du velours ", puisqu'il sait que M. Chirac est fort mal placé pour contester l'orthodoxie gaullienne dès lors qu'il veut se présenter comme le fils spirituel du général (57). Mais, à en croire certains journalistes, ce florentin serait aussi Protée, puisqu'il se serait métamorphosé par sept fois entre 1981 et 1988 : Léon Blum au départ, il serait devenu Camille Chautemps et Ronald Reagan. Puis il se serait glissé dans le rôle du général de Gaulle, privilégiant le caractère arbitral du personnage entre 1986 et 1987, et apparaissant comme le père de la nation entre 1987 et 1988. A l'issue de cet épreuve, il serait devenu " François-Auguste " (58). Par cette caricature mi-humoristique mi-caustique, on entend souligner l'aptitude de M. Mitterrand à se plier à des situations politiques inédites, à s'adapter à de nouveaux jeux de

---

(53) D. JEAMBAR, *Le condottière et le florentin*, *Le Point* n° 708, 14 avril 1986.

(54) Selon Serge JULY, " Paradoxalement, la cohabitation va réaliser le rêve inavoué et sans doute inavouable de Mitterrand : pouvoir enfin se consacrer exclusivement à l'activité stratégique. Détenir à la fois les clés du pouvoir présidentiel et donc du long terme sans pour autant avoir la responsabilité de la gestion gouvernementale directe, tout en ayant un pied dans l'opposition par l'intermédiaire du PS, c'est vraisemblablement pour lui la forme la plus achevée du bonheur politique. Celle qui de toute évidence, convient le mieux à son mode de pensée ", dans SOFRES, *L'état de l'opinion, clés pour 1986*.

(55) F. MITTERRAND, préface à *Si demain la Gauche*, de G. DEFERRE, cité par C. NAY, *Les sept Mitterrand*, Grasset, 1988, p. 7.

(56) Sur l'évolution de la cote de popularité de M. Mitterrand avant, pendant et après la cohabitation, cf. infra, " Vers une nouvelle cohabitation ? ".

(57) Cf. infra, la position de M. Chirac.

(58) Catherine NAY, *Les sept Mitterrand, ou les métamorphoses d'un septennat*, Grasset, 1988.

stratégie, malgré sa constance dans certaines idées. Cette flexibilité contribuera beaucoup à rendre la cohabitation possible. Maurice Duverger pensait en 1976 que " le jeu de la coexistence n'aurait pas pu être joué par Pompidou ou par de Gaulle, mais François Mitterrand et Valéry Giscard d'Estaing pourraient le jouer " (59). Quelques années plus tard, l'ancien Président de la République estime que " La clef de la situation c'est que l'homme (François Mitterrand) accepte de changer " (60). Sans doute, le chef de l'Etat ne se résignera-t-il pas à passer du jour au lendemain du statut de " monarque jacobin " (61) à celui de " Reine d'Angleterre dotée du droit de dissolution ", puisqu'il veut défendre une conception large des " compétences de sa fonction " (62). Mais il fera preuve d'une grande adaptabilité, en particulier en créant une nouvelle fonction présidentielle : la fonction tribunitienne (63). Protée, ou prestidigitateur ? " Le sphinx de Latche a transformé, en une année, la citrouille du Président cohabitationniste en carrosse de chef d'Etat retrouvé. Il a suffi pour cela qu'il endosse un nouveau personnage, celui de grand prêtre de l'unité nationale " (64). Pour Dominique Rousseau, M. Mitterrand est un excellent Président, si excellence signifie " le fait de savoir jouer avec la règle du jeu jusqu'aux limites, voire jusqu'à la transgression, tout en restant en règle " (65). Mais n'a-t-il pas transgressé la règle ? Les idées de François Mitterrand sur la cohabitation ont bien changé depuis 1978. A cette époque, il s'était montré favorable à la coexistence, certes (66); mais il estimait alors que le chef de l'Etat devrait se soumettre à la volonté de la majorité en jouant un rôle très effacé, en particulier en matière de politique étrangère et de défense, ce qui ne correspond pas précisément ses idées en 1986 (67). Mais cette évolution s'inscrit dans l'aboutissement d'un long processus d'adhésion croissante de l'auteur du " coup d'Etat permanent ", non seulement à la Ve République, mais aussi aux " pratiques " et aux violations de cette Constitution. Si la cohabitation s'était déroulée en 1978, à une époque où M. Mitterrand contestait encore assez vivement les pouvoirs jugés excessifs du chef de l'Etat (tant dans le texte que dans la pratique), alors qu'il n'avait pas encore goûté les délices

---

(59) M. DUVERGER, intervention au colloque *Quel régime politique pour la France*, Union pour la social-démocratie, 4 déc. 1976.

(60) V. GISCARD D'ESTAING, *Conférence de presse sur la cohabitation*, le 14.1.1986, cf. *Le Figaro* du 15.

(61) M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, introduction.

(62) Cf. *Supra*, T II, Ch I.

(63) Cf. *supra*, T II, Ch I, S II, I.

(64) A. DUHAMEL, *Le Point* n° 768, 8 juin 1987.

(65) Telle est la définition donnée par P. BOURDIEU, dans *Habitus, Codes et codifications*, dans *Actes de la Recherche en sciences sociales* Sept 1986, n° 64, p. 41; D. ROUSSEAU, *Conjonctures, Constitution et image présidentielle de François Mitterrand*, 1988, préc, p. 3.

(66) Sur l'évolution des positions des hommes politiques par rapport à la cohabitation, cf. O. DUHAMEL, *De l'alternance à la cohabitation, ou l'énigme résolue de la cohabitation*, dans O. DUHAMEL et J.L. PARODI, *La Constitution de la Ve République*, préc., 1988, p. 522 et s.; et *supra*, introduction.

(67) M. MITTERRAND avait alors déclaré que " si le Président de la République reste accroché sur cet usage, qui n'est pas constitutionnel, du secteur réservé et veut, en somme, imposer ses décisions à celles du Gouvernement, c'est à dire, en somme, si le Président de la République voulait trahir la Constitution, on se trouverait dans une situation extrêmement difficile " (*Le Monde* 7 mars 1978). Cf. *supra*, T II, Ch I, S I, III.

de la prétendue malléabilité de la Constitution, et alors surtout qu'il aurait joué le rôle du chef du Gouvernement, l'interprétation de la Constitution, et donc la pratique de la coexistence aurait sans aucun doute été très différente (essentiellement au niveau des compétences présidentielles pour la signature des ordonnances, la convocation du Parlement en session extraordinaire, et en matière de défense et de diplomatie). En 1986, il semble être au terme d'une longue carrière politique. N'a-t-il pas annoncé qu'il ne se présenterait aux élections présidentielles qu'en cas de "circonstances exceptionnelles" (68) ? Son âge, son apparent désintéressement pour l'avenir de sa carrière, le recul qu'il prend par rapport à l'action politique en jouant un rôle d'arbitre, voire de "petit père du peuple" se posant en défenseur des faibles contre les forts, lui permettent de battre des records de popularité (la droite se réjouissant de son inaction, et la gauche lui sachant gré d'être resté au pouvoir (69)), et se "fabriquer" une image de rassembleur de la nation en vue de la prochaine élection présidentielle. S'il n'est plus, officiellement, le dirigeant effectif du Parti Socialiste (70), en pratique, il en est incontestablement le leader, à cause des divisions du parti, et parce qu'il en est le seul candidat crédible de la gauche pour 1988 (71). Non seulement il parviendra à rester à l'Élysée, mais, de plus, c'est autour de sa personne que seront orientées les élections législatives qui suivront, les candidats de la gauche ne se définissant pas par rapport à un programme politique, mais par rapport à la personne de François Mitterrand (72). C'est en effet très largement le charisme de François Mitterrand (73), bien plus que le rapport de forces droite-gauche (encore favorable à la droite), qui a permis le retour du Parti socialiste au pouvoir en 1988. Les qualités politiques, la souplesse des conceptions institutionnelles de M. Mitterrand, sa position et ses intérêts stratégiques à cette époque ont ainsi joué un rôle déterminant sur le déroulement de la cohabitation et donc sur l'interprétation de la Constitution. Pourtant, il faut reconnaître avec Dominique Rousseau que "la construction de l'image présidentielle de François Mitterrand doit (...) moins aux qualités providentielles

---

(68) En septembre 1986, au Camp de Caylus, cf *Le Monde* 9.3.1987.

(69) J.L. PARODI explique clairement l'évolution de sa courbe de popularité par ce phénomène, dans *La France de la cohabitation, profil de l'année politique (1986-1987)*, *Pouvoirs* n° 44, 1988, p. 167 et s.

(70) Il reste, selon la formule de J.L. PARODI, le "leader de l'opposition réfugié à l'Élysée sous le pseudonyme de Président de la République", dans *L'alternance en question, ou les trois paradoxes de la Ve*, *Revue Alternances*, n° 1, 1986, p. 17.

(71) Dès le printemps 1986, les dirigeants du PS émettent le souhait que M. Mitterrand soit de nouveau candidat (cf. *Le Monde* 13.5.1986), et espère que cette expérience durera quelque temps : "Si la cohabitation s'arrête maintenant, nous perdons", affirme M. JOSPIN (*Le Monde* 2.10.1986). M. Mitterrand attendra le 23.3.1988 pour déclarer sa candidature, ce qui lui permet d'entretenir un suspens (que M. Chirac qualifiera de "farce" - *Le Monde* 22.3.1986 -) et de faire une campagne "brève et floue" selon J.L. PARODI (dans *Le Pentagone du Président, Le Nouvel Observateur*, 29.1-4.2 1988, p. 27).

(72) Sur l'image de François Mitterrand dans l'opinion, cf. *Le Monde* 11.12.1987, 10-11.1.1988 et 24.3.1988, et *Le Nouvel Observateur* 18-24.12.1987 et 29.1-4.2.1988, et infra, "Vers une nouvelle cohabitation".

(73) On entend ici le charisme comme le définit Max WEBER : "Autorité fondée sur la grâce personnelle et extraordinaire d'un individu, elle se caractérise par le dévouement tout personnel des sujets à la cause d'un homme et par leur confiance en sa seule personne" (dans *Le savant et le politique*, 1919, coll 10/18, p. 101).

de " l'homme du 10 mai " ou aux vertus propres du texte - ce qui ne veut pas dire qu'elle ne lui doive rien - qu'aux conjonctures particulières dans lesquelles se réalise la Constitution. C'est seulement en relation avec celles-ci que les usages de la Constitution, produits négociés des contraintes politiques, sont les producteurs pratiques de l'image présidentielle de François Mitterrand " (74).

*M. Chirac, un condottière en quête d'image ?* Paradoxalement, alors que le chef du RPR paraissait le mieux armé dans ce combat, lui qui dirigeait d'une main de fer le parti le plus important de la coalition qui avait remporté les élections législatives, il était en réalité très mal placé pour participer à ce duel. " Comment imaginer qu'un Chirac qui n'a pas réussi à cohabiter avec Giscard et qui aurait plutôt tendance à ne rien partager, accepte de cautionner la moindre parcelle d'autorité présidentielle dès lors que ce n'est pas lui qui l'exerce ? Le cohabitationnisme de Chirac est purement formel, il signifie tout simplement que le leader du RPR n'attendra pas le départ de F. Mitterrand pour former son propre gouvernement, rien de plus. Mais une fois dans les meubles il briguera le pouvoir, tout le pouvoir. De toutes façons, il le prendra, et la présidence ne pourra guère l'empêcher de l'exercer ", lisait-on à l'automne 1985 dans " l'événement du jeudi " (75). S'il fut vrai qu'il essaya d'exercer tout le pouvoir gouvernemental, en revanche il fut contraint de laisser le Président de la République freiner son action et la diriger dans le prétendu domaine réservé. Qui eût cru qu'une personnalité apparemment aussi rigide se plierait aux exigences de la cohabitation ? Sans-doute essaya-t-il de mener " ses troupes " à la manière d'un condottière (76), mais il faut reconnaître qu'il déploya des trésors de souplesse pour éviter les conflits avec le chef de l'Etat (et pour limiter ceux qui pouvaient se dérouler au sein de la coalition UDF-RPR). A l'instar de celles de M. Mitterrand, ses idées sur la cohabitation avaient beaucoup évolué depuis 1978 (il estimait alors que M. Giscard d'Estaing ne pourrait continuer à exercer son mandat en cas de victoire de la gauche (77)). N'avait-il pas insisté, à cette époque, sur le fait que le Premier ministre doit se conduire comme " le lieutenant de ce patron qu'est le Président de la République (...) qu'il ne peut pas y avoir de divergences de vues entre le Président et le Premier ministre (et que) si cela arrivait, le Premier ministre devrait donner sa démission " (78) ? Sa conception de nos institutions se

---

(74) D. ROUSSEAU, *Conjonctures, Constitution et image Présidentielle de François Mitterrand*, préc., 1988, p. 3.

(75) Semaine du 17 au 21 nov., *Et si la cohabitation était impossible ?* Sur la personnalité de J. Chirac, cf. notamment A. PAUTARD, *L'aigle à deux têtes*, *L'Express* 28.3-3.4.1986 (qui souligne la dualité du personnage), et M. SZAFRAN, *Chirac ou les passions du pouvoir*, Grasset, 1986.

(76) Cf. supra, Y I, Ch II, S II.

(77) Cf. O. DUHAMEL, *De l'alternance à la cohabitation, ou l'énigme résolue de la cohabitation*, préc., p. 525.

(78) J. CHIRAC, interview au Figaro, *Le Figaro* 15-16 juin 1974. Il poursuivait : " La Ve République a des institutions excellentes auxquelles nous sommes profondément attachés et qui donnent au Président de la République un rôle essentiel, un rôle qui va de soi à partir du moment où il est l'élu de l'ensemble de la nation et seul à avoir cette caractéristique. Ce qui lui confère moralement, mais aussi constitutionnellement, le pouvoir de décider de toutes les grandes orientations et de définir l'action gouvernementale qui est conduite par le premier ministre. (...) ". Dans une interview à Antenne 2 le 16

révèle ainsi très souple. Aurait-il dû renoncer à la cohabitation ? C'eût été porter M. Barre à l'Elysée, ou M. Chaban-Delmas à Matignon (79). Mais, dès lors qu'il avait accepté de jouer au jeu dangereux de la cohabitation, le Premier ministre était enfermé dans des contraintes qui ne lui permettaient guère de défendre ses prérogatives constitutionnelles, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord parce que, comme M. Mitterrand, il s'était engagé devant le peuple à ce que la coexistence permette d'éviter une crise institutionnelle. Il devait donc à tout prix éviter d'apparaître comme un " fauteur de troubles ". De surcroît, tout conflit se serait, là encore, soldé par l'élection de M. Barre à la présidence de la République. L'évolution de sa cote de popularité suit d'ailleurs assez fidèlement celle de la cohabitation. Si elle se passe bien, sans conflits, les français en sont reconnaissants aux gouvernants. Lorsque, au contraire, le jugement sur la cohabitation devient négatif, les français sanctionnent les principaux acteurs (80). Ensuite parce que sa prétention à être le garant de l'héritage gaullien lui interdisait de s'élever contre les violations de la Constitution par M. Mitterrand, dès lors qu'elles avaient déjà été commises par le Général (bien que ce fût dans un contexte politique très différent). Enfin, pour des raisons qui tenaient au déroulement de sa carrière. A partir du moment où il avait déjà démissionné de Matignon, il lui était impossible de renoncer à nouveau à ses fonctions sans détruire à jamais son image d'homme d'Etat (il eût paru par trop instable). Or, justement, il avait plus que jamais besoin d'acquérir l'image d'un présidentiable (81), et, à cet égard, sa situation était tout à fait ambivalente. D'un côté, il devait conduire la politique nationale avec suffisamment de fermeté (mais aussi de souplesse) pour paraître crédible - et il lui fallait en particulier intervenir activement en matière de politique étrangère et de défense, puisque c'est un des aspects essentiels de l'image d'un chef d'Etat -; mais d'un autre côté, il ne devait pas réduire à l'excès les prérogatives présidentielles puisqu'il espérait pouvoir les exercer en 1988. Tout'empêtré dans ces contradictions, il ne put, malgré ses efforts d'assouplissement (ne lui reprochait-on pas, plus

---

juin 1975 à 20 h 30, il estimait également que l'esprit de nos institutions impose la soumission du Premier ministre au Président de la République, et que si ce dernier lui retire sa confiance, il doit démissionner : " Par conséquent, le Président de la République détient en réalité souverainement le pouvoir, ce qui est légitime puisqu'il est l'élu du peuple ". Dans sa déclaration à la presse ministérielle le 12 avril 1976, il affirme à nouveau que " dans nos institutions, il ne peut y avoir l'ombre d'une divergence entre le Président de la République et le Premier ministre. S'il y a divergences de vues, le Premier ministre se retire ".

(79) A propos du choix du Premier ministre, cf. *Supra*, T. I, Ch II, S II, I. Cependant, selon Olivier DUHAMEL et Jérôme JAFFRE, le choix de la cohabitation par J. Chirac dès l'automne 1983 est essentiellement motivé non par des raisons de concurrence avec R. Barre (qu'il devance alors largement dans les sondages), mais par " la propre lecture de la Constitution du chef du RPR, acceptant le respect des autorités et le transfert du pouvoir au profit de la dernière légitimité élue " (dans *Le nouveau Président*, Seuil, 1987, p. 149). Néanmoins, la très nette domination de R. Barre en 1984 ne lui laisse plus le choix d'opter pour une autre solution (même source, p. 161). En 1988, les français lui seront reconnaissants d'avoir accepté de " jouer le jeu de la cohabitation " (58 % des personnes interrogées, contre 24 % qui lui donnent tort - SOFRES, *Le Monde* 13.4.1988 -).

(80) Cf. *Le Monde* 9.3.1987, et 24.3.1987, ainsi que O. DUHAMEL et J. JAFFRE, SOFRES, *L'état de l'opinion*, Seuil 1987.

(81) Cf. O. DUHAMEL et J. JAFFRE, *Le Nouveau Président*, Seuil, 1987, pp. 74, 149 et 161.

couramment, à la fin de la cohabitation d'être non plus trop rigide, mais trop versatile ?), ni contraindre le chef de l'Etat au respect de la Constitution, ni sortir vainqueur de ce conflit.

A la lumière de cette expérience, on peut recenser les facteurs déterminants qui sont relatifs à la situation des gouvernants, quelle que soit la situation dans laquelle on se trouve. Nous entendons ici par " gouvernants " aussi bien des membres de " l'exécutif ", Président de la République et membres du Gouvernement, que des représentants du pouvoir " législatif ", c'est à dire des parlementaires. Les éléments dont il faudrait pouvoir analyser l'influence sont essentiellement la personnalité des principaux dirigeants, leur idéologie, leur situation par rapport à leur carrière, par rapport à leur parti, et par rapport aux gouvernés.

Dans l'étude de leur *personnalité*, le psychisme et l'intelligence des gouvernants sont essentiels. On notera par exemple que, parce qu'il avait l'esprit d'un militaire et pragmatique, le général de Gaulle était certainement beaucoup moins respectueux des règles de droit que ne furent ses successeurs. Mais l'élément le plus important pour l'analyse de l'effectivité des règles constitutionnelles est sans doute l'analyse de leur charisme, parce qu'il va influencer sur leurs relations avec les autres acteurs et les gouvernés. On peut observer que, dans un contexte donné, plus la *légitimité charismatique* d'un gouvernant est grande, plus sa marge de manoeuvre par rapport au texte pourra être importante. La pratique des institutions sous la Ve République aurait indubitablement été différente si un Guy Mollet ou un Paul Deschanel avait occupé la place du général de Gaulle (82).

*L'âge, et la position des gouvernants dans leur carrière politique* doivent aussi être pris en compte. Les situations de M. Mitterrand et de M. Chirac sont particulièrement éloquentes à cet égard. Stratège remarquablement habile, prestidigitateur étonnant, orateur expérimenté, M. F. Mitterrand parviendra à démontrer que son échec est une remarquable réussite, que sa responsabilité politique n'a pas été mise en cause, et que la Constitution lui confère des pouvoirs importants, non seulement en matière de défense et de diplomatie, mais aussi pour interpréter la Constitution et jouer un rôle de tribun (83). Durant la cohabitation, le Président de la République arrive à la fin de sa carrière, et a pu réaliser, avant et pendant la cohabitation, que " plus il gouverne, moins il est populaire ". Aussi se place-t-il assez volontiers dans un rôle d'arbitre - sauf dans le domaine de la défense et de la diplomatie -, pendant et après la cohabitation (84). Quant à M.

---

(82) Cf. *supra*, n° 19.

(83) Cf. *supra*, L I.

(84) Cf. *supra*, n° 147.



Chirac, le fait qu'il ait déjà démissionné une fois de Matignon l'empêchait de le faire à nouveau, et le plaçait dans une position de faiblesse par rapport au Président de la République (85).

*L'intérêt stratégique* qu'ont les acteurs à interpréter la règle dans tel ou tel sens, à tel ou tel moment, doit être analysé à court terme et à long terme. Ainsi, tandis que M. Chirac avait, à court terme, intérêt à réduire au maximum les prérogatives présidentielles, son intérêt à long terme allait en sens contraire puisqu'il espérait être élu à la présidence de la République. De plus, la " loi " selon laquelle tout homme qui a du pouvoir sera porté à aller jusqu'au bout de ce pouvoir ou à en abuser, doit être interprétée à la lumière d'autres éléments, et en particulier de l'intérêt des gouvernants. Par exemple, si M. Mitterrand n'a pas une interprétation trop extensive de ses pouvoirs à l'issue de la cohabitation, cela est dû à de nombreuses raisons, parmi lesquelles le fait qu'il n'a pas intérêt à gouverner personnellement car l'expérience lui a montré qu'il avait d'autant plus de chances de rester longtemps au pouvoir qu'il prenait du recul par rapport à la politique gouvernementale. S'il veut bénéficier longtemps du pouvoir, son intérêt est donc de ne pas abuser du pouvoir gouvernemental.

L'influence de la *position des acteurs par rapport à la durée de leur mandat* est un élément qui est également bien connu. Les gouvernants disposent en principe d'une légitimité politique et donc d'une marge de manoeuvre beaucoup plus importante en début qu'en fin de mandat. Ainsi, pendant la coexistence, *l'adhésion populaire au projet politique* de M. Chirac était celle beaucoup plus forte que celle dont bénéficiait M. Mitterrand. Mais dès lors que le Président de la République renonçait à gouverner, sa *côte de popularité* grimpait en flèche, puisque cette inaction relative était approuvée tant par les électeurs de gauche, que par ceux de droite, bien que fût pour des raisons opposées (86). Il convient donc de bien distinguer entre la " légitimité politique " (qui correspond à l'adhésion populaire à un projet politique), de la " légitimité juridique " (qui dépend du texte et est indépendante de la popularité), de la popularité, dont l'analyse doit être faite de manière précise.

Enfin, *l'idéologie* des acteurs va aussi contribuer à déterminer leur interprétation des règles constitutionnelles. Durant la coexistence, le Premier ministre a été largement contraint de se soumettre à certaines applications discutables de la Constitution par le chef de l'Etat parce qu'il se présentait comme le défenseur de l'héritage gaullien, et qu'il lui aurait donc été difficile de contester des interprétations gaulliennes de la Constitution. Quant à M. Mitterrand, On aurait pu s'attendre, entre 1981 et 1986, à ce que le leader du parti socialiste eût une pratique beaucoup moins présidentialiste que ses prédécesseurs. Mais Olivier Duhamel a

---

(85) Cf. *supra*, n° 148.

(86) Cf; *supra*, n° 120-121.

démontré que les conceptions institutionnelles des partis politiques variaient généralement en fonction de leur position par rapport au pouvoir. L'influence de l'idéologie des gouvernants sur le fonctionnement des institutions doit donc, elle aussi, être relativisée.

De plus, les gouvernants pourront aussi *agir* sur leur propre situation, par exemple sur leur popularité, au moyen de leurs discours et de leur pratique institutionnelle. La manière dont ils interpréteront la Constitution contribuera à légitimer leur discours et inversement.

Chacun de ces facteurs, et surtout leur combinaison, sera un des éléments qui vont déterminer la force, le poids des gouvernants, et donc l'amplitude de leur " marge de manoeuvre " par rapport au texte de la Constitution.

#### b ) La position des gouvernés

219 " La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ". Clause de style, ou véritable règle, que cet article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 ? Quand bien même les rédacteurs de la Constitution ne l'auraient soumis à l'approbation du peuple que pour entretenir leur bonne conscience ou pour donner aux gouvernés l'illusion qu'ils sont souverains, le juriste doit considérer qu'il s'agit là d'une règle. Sauf à admettre que le droit constitutionnel n'est qu'une vaste opération d'illusionnisme... " Peuple ", " Nation ", fictions que tout cela diront certains. En fait, ni plus ni moins que n'importe quel groupe social. L'unité, la volonté du peuple, ou de la nation est relativement fictive, chacun en convient. Mais il appartient au juriste non seulement de constater la situation réelle, mais aussi d'essayer de voir par quels moyens on pourrait tenter de donner quelque réalité à ces concepts. Notre seule ambition est pour l'instant de recenser les principaux facteurs qui permettent aux gouvernés d'influer sur l'effectivité des règles constitutionnelles.

Observons tout d'abord comment on peut analyser ce qui devrait correspondre à la volonté du peuple souverain, avant de voir comment elle peut s'exprimer, directement ou indirectement.

En étudiant les principaux éléments contribuant à la formation de l'opinion publique, nous avons constaté combien ce que l'on peut appeler la " conscience sociale " était marqué par l'histoire, tout en étant en continuel mouvement (87). Nous observerons encore que l'influence de la pratique antérieure, des discours des

---

(87) Cf. *supra*.

gouvernants, des médias, de la doctrine, de l'interprétation des sondages, se combine avec d'autres facteurs tels que le contexte diplomatique, économique et social, pour former l'image des gouvernants, de la pratique et de la norme. Le rapport entre ces images, les règles et la réalité, va permettre de connaître la légitimité des gouvernants, des pratiques, et des règles, légitimité qui est un facteur essentiel de l'effectivité. Par exemple, si tous les juristes admettent au moins depuis " L'Esprit des Lois " qu'une législation a d'autant plus de chances d'être respectée qu'elle convient à la mentalité d'une société donnée à tel moment, on estime aujourd'hui contre Montesquieu que l'on peut modifier les moeurs par des lois. Or l'analyse de ces rapports devrait d'une part être plus précise qu'elle ne l'est actuellement, et d'autre part, s'inscrire dans une étude synthétique de l'effectivité des constitutions. Il serait souhaitable de parvenir à étudier plus précisément tous ces facteurs, et à analyser aussi rigoureusement que possible les interactions dialectiques entre légitimité et effectivité.

On pourrait peut-être alors tenter de remédier aux insuffisances des moyens de l'expression de la volonté du peuple. La Constitution dispose que le peuple exerce la souveraineté de la nation, formule dont on n'a jamais su si elle était plus contradictoire que synthétique, plus illusoire qu'hypothétique. Le désintéret croissant des français pour les *élections et les référendums* jette pour le moins un doute sur l'efficacité de ces moyens d'expression de la volonté souveraine. Les " armes " ainsi attribuées par la Constitution au peuple pour qu'il s'exprime semblent bien émoussées.

L'article 4 de la Constitution reconnaît encore que " *les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage* ". Quelles sont les conséquences de ces moyens d'expression sur l'effectivité de la Constitution ? Elles sont complexes, et mériteraient des études approfondies. Relevons seulement, par exemple, que la stratégie des partis politiques contribue largement à déterminer leurs conceptions constitutionnelles, et donc leur action ou leur inaction pour un plus grand respect de l'effectivité du texte de la loi fondamentale.

Par ailleurs, le *Contrôle de constitutionnalité* des lois peut être considéré comme un moyen indirect d'expression de la souveraineté du peuple pour garantir l'effectivité de la Constitution (88). L'instauration du contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception devrait permettre aux citoyens d'influer considérablement sur l'effectivité des droits et libertés qui leur sont reconnus par la Constitution. Mais ils ne pourront ainsi agir, à l'instar des autres organes, que sur certaines dispositions de la Constitution, et non, par exemple, sur les rapports entre les organes politiques.

---

(88) Puisque le Conseil peut être saisi par certains de ses représentants.

*Les sondages*, enfin, peuvent aussi être regardés comme un moyen d'expression du peuple, qui lui permet de renforcer et/ou éventuellement de diminuer l'effectivité de certaines dispositions de la Constitution (89).

Tout comme les gouvernants, les gouvernés tiendront de leur situation, de leur union ou de leur division, et des armes qui leur sont attribuées par la constitution, par d'autres textes, ou par d'autres facteurs; une certaine force, un poids qui pourra leur permettre d'agir, directement ou indirectement pour garantir l'effectivité de la Constitution si elle correspond non seulement à la mentalité de la société concernée, mais aussi à ses intérêts à un moment donné. Enfin, les rapports entre légitimité et effectivité qui découleront de ces combinaisons seront aussi influencés par le contexte dans lequel ils s'exercent.

## 2 ) Les éléments déterminant le contexte général et la structure politique dans lesquels s'exercent ces rapports.

Maurice Duverger a, depuis longtemps, démontré l'influence de la structure des partis sur le fonctionnement des institutions. Aussi, nous contenterons-nous ici de rappeler quels sont les principaux éléments déterminant le cadre politique dans lequel s'exerceront les rapports entre gouvernants et gouvernés ( a ). Par ailleurs, l'influence de chacun des éléments recensés variera encore en fonction de ce que l'on peut appeler " le contexte global ", c'est à dire la mentalité d'un pays, et le contexte général, social, économique et diplomatique.

### a ) Les facteurs-clef de la structure politique

**220** Pour l'évolution de la pratique des institutions durant la cohabitation, le facteur le plus déterminant a été *l'anatagonisme politique entre le Président de la République et la majorité parlementaire* qui caractérise cette situation. Nous avons pu constater que dès avant la cohabitation, les constitutionnalistes avaient pu démontrer que l'écart entre la lettre et la pratique de nos institutions s'expliquait avant tout par le fait que le chef de l'Etat était le leader de la majorité parlementaire. C'est ce qui expliquait principalement qu'un régime dit " semi-présidentiel " puisse donner lieu à des pratiques très différentes en France, en Autriche, en Irlande, en

---

(89) Cf. *supra*.

Islande, ou au Portugal par exemple (90). La cohabitation permet de confirmer cette hypothèse, mais aussi de la relativiser, en montrant comment la combinaison de ce facteur avec d'autres variables va déterminer son influence sur la pratique de la Constitution. Dès lors qu'il se trouve face à une majorité parlementaire qui lui est politiquement hostile, le Président de la République est nécessairement beaucoup plus faible que lorsqu'il dirige cette majorité, et par conséquent le texte de la Constitution retrouve une plus grande force. Mais l'ampleur de ce phénomène dépend aussi, notamment, d'autres éléments tenant à la structure des forces politiques. L'étude de l'avènement de la cohabitation, et en particulier du rôle du mode de scrutin, nous a permis de constater que la résistance des électeurs et des partis politiques au scrutin à la proportionnelle avait permis d'éviter l'éclatement de la structure bipolaire de nos partis. Si l'émiettement des voix entre de nombreux partis s'était traduite par l'absence de majorité au Parlement, si la coalition de partis majoritaires n'avait pas été aussi unie, le Président de la République aurait pu être beaucoup plus puissant qu'il ne l'a été (91). Le retour à la lettre de la Constitution aurait donc été probablement moins important. Néanmoins, *le fait que la majorité soit faible numériquement*, et surtout le fait qu'elle paraisse faible, a lui-même compensé cette réduction du rôle du chef de l'Etat (92).

D'une manière plus générale, on peut recenser les principaux facteurs du contexte politique qui déterminent l'effectivité des constitutions. Qu'il soit consacré ou non par la Constitution (93), l'existence du *pluralisme politique* est le facteur primordial du contexte politique, et de l'effectivité des règles constitutionnelles. Condition nécessaire au respect des règles constitutionnelles dans un Etat de droit démocratique, elle n'est cependant pas suffisante, puisque nous avons pu noter, par exemple en ce qui concerne la convocation du Parlement en session extraordinaire durant la cohabitation, qu'il peut exister un consensus des principaux partis politiques pour une interprétation très discutable de la Constitution. La forme de ce pluralisme dépend de facteurs qui, selon les pays, sont internes ou externes à la Constitution, au premier rang desquels le mode de scrutin.

Nous avons pu noter que le général de Gaulle s'était opposé à l'idée suggérée par Michel Debré d'inscrire *le mode de scrutin* dans le texte de la Constitution, comme c'est le cas dans certains pays étrangers. Même si la détermination du mode de scrutin dépend de dispositions de rang législatif, nous considérons que l'analyse de ses raisons, de ses modalités et de ses conséquences ne saurait être exclue du droit constitutionnel puisque ces éléments influent directement sur le fonctionnement des règles constitutionnelles. Les conséquences

---

(90) Cf. *supra*, T I, Ch I.

(91) Cf. *supra*, T I, Ch I.

(92) *Idem*.

(93) Cf. *supra*, les facteurs internes à la Constitution, la structure mécanique des institutions.

potentielles de chaque mode de scrutin sur le *système des partis* (bipartisme, bipolarisation, ou multipartisme) sont à présent si bien connues qu'il n'est pas nécessaire de les rappeler ici (94). Le fonctionnement des institutions, et donc l'effectivité de la Constitution, dépend également de la "*doctrine constitutionnelle des partis*", dont nous avons pu noter le caractère évolutif (95). Enfin, comme l'ont démontré Maurice Duverger, puis Olivier Duhamel et Jean-Luc Parodi dans le cadre de l'analyse stratégique, la pratique des institutions dépend largement non seulement du *nombre d'acteurs* (96), mais aussi de "*l'occupation des organes par les différentes forces politiques*" (97). Nous espérons ainsi avoir démontré que la cohabitation, c'est à dire l'avènement d'une majorité parlementaire hostile au chef de l'Etat, avait permis à la Constitution de la Ve République d'être plus effective que jamais. Et si cette effectivité n'a pas été aussi importante qu'on aurait pu l'imaginer, c'est notamment parce que cette *majorité* parlementaire n'était pas écrasante numériquement (même si son unité relative est venue compenser cette faiblesse) (98).

Enfin, l'influence de ces facteurs va dépendre non seulement de leur articulation entre eux et avec les dispositions constitutionnelles, mais aussi d'éléments dont le poids sur le fonctionnement des institutions est particulièrement difficile à analyser, et qui déterminent ce que l'on peut appeler le "*contexte général*".

#### b) Les facteurs déterminant le "*contexte général*"

**221** Sous cette appellation peu satisfaisante parce que trop floue, de "*contexte général*", on voudrait recenser l'ensemble des éléments qui influent sur l'effectivité des règles, et qui sont extérieurs à tous ceux que l'on a évoqués précédemment, mais qui ont des interactions constantes avec eux. Les juristes ont toujours pris en compte, pour expliquer la formation et le fonctionnement des règles juridiques, l'ensemble des facteurs *d'ordre économique, psychologique, sociologique, historique etc...* qui déterminent la "*mentalité*" d'une société, le

(94) Sur les logiques potentielles des modes de scrutin, et les contraintes qui en résultent, ainsi que sur l'influence du mode de scrutin pour la cohabitation, cf. *supra*, n° 5, 6, 9.

(95) Nous avons pu constater que l'adhésion du Parti Socialiste non seulement aux institutions de la Ve République, mais aussi aux violations de la Constitution, était un facteur important pour déterminer l'ineffectivité de certaines dispositions constitutionnelles (cf. *supra* L I).

(96) Rappelons que pour O. DUHAMEL, notre système compte 6 ou 7 organes institutionnels qui participeront éventuellement au "*combat*" : le Président et l'Assemblée nationale, le Premier ministre plus ou moins différencié du Gouvernement, le Sénat, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat. Or leurs rapports fonctionnent généralement sur une base politique (cf. *L'hypothèse de la contradiction des majorités en France*, dans M. DUVERGER (dir.) *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986, p. 261).

(97) O. DUHAMEL, *art. préc.*, p. 261. Sur la répartition des forces entre pouvoir majoritaire et pouvoir d'opposition durant la coexistence, cf. *supra*, n° 34-35, et sur la question du passage de l'Etat mono-partisan à l'Etat bi-partisan, cf. *supra* n° 36 et 37., et n° 145.

(98) Cf. *supra*, n° 1 à 4, n° 19, n° 144.

"tempérament national " (99). Mais si chacun admet volontiers qu'un " système politique ne peut être compris séparément du contexte culturel dans lequel il se développe " (100), on estime bien souvent que l'étude de ces éléments relève de la science politique, ou d'autres disciplines. Nous espérons au contraire démontrer que si le droit ne peut prétendre remplacer les sciences sociales qui ont également pour objet ces phénomènes, il est indispensable, pour le juriste, de les prendre en compte. L'analyse de ces facteurs est souvent rendue difficile par leur fluidité, voire leur insaisissabilité. Mais cet obstacle ne nous paraît pas non plus suffisant pour que l'on renonce à l'étude de ces éléments car ils sont indispensables à la compréhension de l'effectivité des règles de droit. Certains auteurs pouvaient ainsi considérer que la tendance française à remettre systématiquement en cause le régime en cas de crise politique s'expliquait par le tempérament national et rendait difficilement concevable toute cohabitation (101). Or la coexistence a pu se dérouler sans remise en cause des institutions, simplement par un bouleversement de leur pratique. Ce phénomène montre peut-être, justement, que les juristes devraient développer leurs études sur les rapports dialectiques, les interactions entre la " mentalité d'une société " et les règles de droit. L'analyse de ces facteurs est essentielle en droit comparé, en particulier lorsque l'on s'interroge sur la possibilité et les conséquences de l'instauration d'institutions très proches de celles de la Ve République, dans des pays aussi différents que l'Italie (102), les pays d'Afrique, le Brésil, ou les pays de l'Est. Dans la mentalité de telle ou telle société, on analysera particulièrement les tendances globales au respect ou au contraire à un certain esprit frondeur par rapport aux règles de droit. Il suffit d'observer le comportement d'un groupe de français, d'italiens, d'américains ou d'allemands face à un feu rouge pour constater ces tendances. De même, René Rémond considère-t-il que l'absence, en France, d'une " révérence religieuse à l'égard du texte constitutionnel " contribue à expliquer qu'aient pu s'introduire des pratiques manifestement contraires à la Constitution (103). En effet, note George Berlia, " le Français n'a pas

---

(99) M. MERLE analyse ainsi l'influence du tempérament national sur le système politique, soulignant l'importance de l'image que l'opinion publique se fait de la politique, et rappelle l'intérêt marqué par TOCQUEVILLE, TAINÉ ou André SIEGFRIED sur ce point (dans *La conception française de la vie politique*, Mél. TROTABAS, LGDJ, 1970, p. 376).

(100) M. MERLE, *art. préc.*

(101) cf. notamment M. MERLE, *art. préc.*, p. 387, pour qui l'alternance n'aurait pas été possible à l'intérieur des institutions de la Ve République : " on pourrait aller jusqu'à dire, à la lumière de l'expérience des trente dernières années, que pour changer de politique en France, il ne suffit pas de changer de gouvernement, il faut encore changer de Constitution ".

(102) Cf. A. GIOVANELLI, *La Ve République vue d'en face*, Pouvoirs n° 50, p. 127 à 139, qui souligne que si l'on envisage de " transplanter " les institutions de la Ve République à l'Italie, il faut aussi mettre en évidence " les différences structurelles existant entre les sociétés française et italienne, différences qui pourraient influencer sensiblement sur le sens et sur les conséquences de mécanismes juridiques pourtant identiques ".

(103) R. REMOND, *La gestion des constitutions*, Pouvoirs n° 50, 1989, p. 44-45. Par contre, nous ne suivons pas l'auteur à propos de l'interprétation fixée au début du fonctionnement des institutions, quand il estime qu' " une fois que le pli est pris, il est vain d'espérer l'effacer et renverser la tendance " (p. 44), car nous pensons que la cohabitation a justement démontré le caractère réversible des interprétations que l'on croyait les plus solidement établies.

spontanément le goût de la légalité " (104). Aux Etats-Unis, au contraire, le respect que manifestent les citoyens à l'égard de leur Constitution contribue à renforcer son effectivité. L'image des normes, et la légitimité des règles ou des pratiques qui leur sont contraires seront ainsi partiellement déterminées par cette mentalité. Mais elle dépend elle-même de facteurs d'ordre géographique, historique, économique, sociologique etc...

Enfin, des facteurs plus conjoncturels peuvent contribuer à influencer l'effectivité des règles constitutionnelles. Durant la cohabitation, le *contexte social* (les grèves dans la SNCF et la crise universitaire en particulier) a contribué à affaiblir la légitimité du Premier ministre et à renforcer celle du Président de la République, qui se présentait comme un " rassembleur " (105). Or nous avons constaté que la " marge de manoeuvre " des gouvernants par rapport au texte constitutionnel dépendait notamment de leur légitimité. Le *contexte diplomatique* doit également être pris en compte, car la crainte d'une crise grave ou d'une guerre renforcera le poids de celui qui se présentera comme le sauveur de la nation en péril, rôle qu'incarnait particulièrement bien le général de Gaulle. Un phénomène comparable peut être observé en Finlande, où le fonctionnement des institutions s'explique très largement par la situation diplomatique de ce pays.

Tous ces éléments, non spécifiquement juridiques, doivent cependant être analysés pour contribuer à expliquer la relativité de l'effectivité des normes constitutionnelles. Mais quel intérêt cela a-t-il si l'on ne peut pas agir juridiquement sur ces éléments ? D'abord, un *intérêt explicatif*, qui contribuera à expliciter la différence entre règle et pratique. On observera notamment que plus l'influence de ces facteurs sera marquée, moins l'efficacité de la Constitution pour encadrer les rapports politiques sera grande. Ensuite, un *intérêt prospectif*. Il faudrait pouvoir mesurer l'influence de ces facteurs sur la pratique du texte pour pouvoir prévoir ses pratiques futures. Mais une analyse approfondie de ces éléments devrait également permettre de les saisir juridiquement de manière plus ou moins directe. Par exemple, si la plupart des textes relatifs au droit de vote ou à l'exercice de certaines fonctions prévoient un âge minimal ou maximal, c'est bien la preuve d'une part que les juristes prennent cet élément en compte dans leurs analyses, et d'autre part que

---

(104) G. BERLIA, *Les travaux préparatoires de la Constitution*, RDP 1967, p. 1198.

(105) Ainsi B. RIDEAU note-t-il que, durant la cohabitation, tout facteur de déstabilisation, qu'il soit d'ordre social ou économique ou relatif à la pratique constitutionnelle, est réprouvé par l'opinion (*Le Monde* 10 mai 1986).



le droit peut agir sur ce facteur. Le droit peut aussi agir indirectement sur le charisme ou la légitimité des gouvernants en favorisant le pluralisme politique, en réglementant la diffusion des sondages et des discours des hommes politiques par exemple. Enfin, le droit doit prendre en compte l'influence potentielle de tous ces facteurs sur la pratique du droit pour *pouvoir en compenser les effets pervers* potentiels. Ainsi, la situation de la mentalité anglaise rend-elle très difficilement concevable l'instauration d'une dictature, alors que ce risque n'est pas négligeable dans des pays tels que l'Italie, l'Espagne, le Portugal ou même la France. Ce danger est encore bien plus grand dans les pays qui n'ont pratiquement jamais eu, ou qui ont perdu une tradition démocratique, tels que les pays de l'Est. Dès lors, pour obtenir une effectivité comparable des règles démocratiques entre ces divers pays, on devra y établir des règles différentes au regard de ces facteurs. Dans la tradition chinoise, le droit est profondément méprisé car on estime que seuls les peuples barbares ont besoin de règles de droit. Notons qu'en chinois, la France se dit " fa kuo ", c'est à dire pays du droit ! De fait, une société d'anges, ou une société dans laquelle le respect des traditions est extrêmement fort (ce qui peut être une entrave à des évolutions nécessaires) n'a pas besoin de règles de droit. La raison d'être du droit constitutionnel dans un Etat de droit démocratique étant la garantie du respect de certaines règles aussi bien par les gouvernants que par les gouvernés, l'élaboration des normes constitutionnelles doit se faire à la lumière des violations possibles de ces règles, et donc de tous les facteurs qui peuvent contribuer à rendre ces violations possibles. Le rôle du juriste ne se limitant pas à la description du contenu des règles, mais consistant aussi à intervenir en tant qu'expert lors de leur élaboration ou de leur révision, et durant leur application, il lui appartient d'étudier tous les éléments qui influent sur la formation et la pratique du droit.

L'analyse des relations entre ces éléments demeure pour l'instant très sommaire, tant ces interactions sont complexes. Sans doute certaines études y ont-elles été consacrées, en particulier en science politique, mais dans la mesure où ces analyses ont été conduites dans une conception qui n'est pas normativiste, elles seront utiles, voire indispensables pour les juristes, mais ne peuvent remplacer des études normativistes (106). Sans doute, certaines analyses récentes montrent-elles l'intérêt d'une étude de l'effectivité du droit, mais dans une optique réaliste et non

---

(106) Voir en particulier l'analyse de J.L. SEURIN, *Un schéma pour l'analyse comparative des gouvernements : une interprétation conflictuelle de l'analyse systémique*, dans *Mél. DUVERGER*, PUF, 1987, p. 701 à 739, où il étudie l'influence des divers facteurs politiques, économiques, idéologiques, diplomatiques, stratégiques etc... tant au niveau étatique qu'aux niveaux infra- et supra- étatique.

normativiste. Ces études sont, elles aussi, extrêmement enrichissantes pour une analyse normativiste, mais elles en demeurent différentes par leur méthode et par leur objectif (107).

---

(107) Ainsi F. RANGEON (*Réflexions sur l'effectivité du droit*, dans D. LOCHAK, *Les usages sociaux du droit*, préc.), qui se place dans une optique sociologique, estime que les facteurs d'effectivité des règles sont 1) la nature de la règle (loi impérative ou incitative, d'ordre public ou interprétative...); 2) son contenu (clarté, cohérence, précision...); 3) l'existence de sanctions prévues ou non par le texte et (...) l'applicabilité et l'administration réelle de ces sanctions; 4) les destinataires de la règle " (l'ensemble des citoyens ou une catégorie particulière de personnes) 5) la légitimité de la règle (qui est définie comme " son acceptation par ses destinataires); 6) les pratiques administratives d'application de la règle. Il note également l'influence des facteurs sociologiques, matériels et culturels sur l'ineffectivité des règles. Sur la différence entre la définition de l'effectivité (très large) proposée par cet auteur et celle que nous adoptons ici, cf. *supra*.

## II ETUDE DE LA COMBINAISON DE CES FACTEURS

Même si nous sommes bien loin de pouvoir proposer un modèle achevé d'étude des rapports entre les facteurs déterminant les rapports entre règle et pratique, et donc l'effectivité des règles constitutionnelles, nous suggérerons deux angles d'analyse différents, mais complémentaires, de ces relations. Nous verrons dans un premier temps que l'effectivité des constitutions dépend des relations entre les règles constitutionnelles qui établissent un régime politique, et les facteurs inclus dans le système de variables déterminantes. Des rapports entre ces éléments naissent des interprétations conduisant à des pratiques s'inscrivant dans le système politique. Puis il faut étudier les relations entre les systèmes politiques successifs, et leur influence sur l'effectivité des constitutions ( A ). Dans un second temps, nous suggérerons de centrer l'analyse de ces rapports sur les équilibres ou les déséquilibres qui peuvent se créer, à l'intérieur d' un système politique, entre certaines données résultant de la combinaison entre ces facteurs ( B ).

### A DU TEXTE A LA PRATIQUE, DU REGIME AU SYSTEME POLITIQUE

On suggère ici d'étudier l'effectivité des constitutions l'écart entre en observant que les relations entre règle et pratique correspondent à celles qui existent entre le régime politique déterminé par le texte, et le système politique qui résulte de la combinaison de ce régime avec le système de variables déterminantes. Pour

analyser ces rapports entre constitution et système de variables déterminantes, on commencera par souligner quels sont les caractères spécifiques de ces ensembles, puisque les uns sont constitués de facteurs " variables " et les autres de facteurs " invariables " ( 1 ). Puis nous verrons que le résultat de cette combinaison, c'est-à-dire l'interprétation, la pratique des textes, et le système politique dans lequel elle s'inscrit, peuvent être étudiées soit à l'intérieur d'un système politique, soit entre les systèmes politiques successifs ( 2 ).

## 1 ) Détermination des variantes et des invariants

Dans l'optique formaliste que nous avons proposée, nous estimerons que les textes constitutionnels contiennent des normes qui ne peuvent être modifiées que formellement, c'est pourquoi nous les qualifierons d' " invariables ", ainsi que le régime politique qu'elles établissent ( b ). Par contre, tous les autres facteurs, recensés sous l'appellation " système de variables déterminantes ", sont considérés comme étant variables ( b ).

a ) Les " invariables " : le texte constitutionnel et le régime politique qu'il établit.

**222** Tout en admettant volontiers que l'interprétation non officielle de la Constitution n'a aucune valeur juridique, et qu'elle peut prêter à discussion, nous estimons que si l'on veut pouvoir comprendre comment et pourquoi une règle *x* établie dans tel objectif et selon tel système d'interprétation peut donner lieu à des pratiques *y* ou *z* déterminées par d'autres systèmes d'interprétation, il est indispensable de se fixer un point de repère pour pouvoir mesurer cet écart. Or nous pensons que ce point de repère ne peut être que le texte de la Constitution interprété dans le sens qui était officiellement le sien lorsqu'il a été adopté par le peuple (1). Nous avons pu constater que chaque texte constitutionnel établit un régime politique, entendu au sens strict comme un ensemble de règles (2).

La classification des régimes politiques, tant critiquée par Michel Troper pour ses insuffisances (3), devrait retrouver un intérêt non négligeable si on la

(1) Sur les difficultés de cette interprétation et sur les avantages de cette conception " interprétiviste " pour assurer le respect de la volonté du peuple et de la sécurité juridique nécessaire à la démocratie, cf. supra.

(2) Sur les notions de régime et de système politique, cf. supra.

(3) M. TROPER, *Les classifications en droit constitutionnel*, RDP 1989, p. 945-956.

concevait comme l'un des moyens qui permettent de comprendre les écarts entre règles et pratiques. En effet, si l'on établissait une classification rigoureuse et précise entre les différents régimes politiques au seul regard des règles constitutionnelles qu'ils contiennent et que, dans un second temps, on étudiait les différentes pratiques correspondant à des textes identiques ou du moins très comparables, on pourrait peut-être mettre en lumière les éléments les plus déterminants de l'effectivité des règles. Ce fut d'ailleurs la démarche de Maurice Duverger lorsqu'il analysa les régimes qu'il qualifie de semi-présidentiels (que nous considérons comme des variétés de régimes parlementaires), ce qui lui permit de souligner l'importance de facteurs tels que le système des partis, la position du Président de la République par rapport à la majorité, et l'image des pouvoirs présidentiels dans l'opinion publique. On peut concevoir plusieurs types de classifications en fonction des éléments pris en compte, le seul impératif étant la rigueur de la démarche (il est ici particulièrement important de ne pas confondre entre règle et pratique, comme on le fait bien souvent pour établir ces classifications (4)). On pourrait par exemple considérer que tous les régimes dans lesquels le gouvernement est responsable devant le Parlement sont des régimes parlementaires, et les autres des régimes non-parlementaires. A l'intérieur des régimes parlementaires, il serait possible de distinguer entre les régimes parlementaires " monoreprésentatifs " et " bireprésentatifs ", selon qu'il existe ou non un chef d'Etat élu au suffrage universel direct (5). Puis à l'intérieur de chacune de ces branches, on pourrait distinguer entre les régimes dualistes et monistes (selon que le gouvernement est, ou non, également responsable devant le chef de l'Etat) etc... Or l'étude comparative de régimes très proches permettrait de mieux mesurer l'influence des éléments extérieurs à la Constitution.

b) Les variantes : le " système de variables déterminantes ".

**223** Parmi les très nombreux facteurs que nous avons proposé de regrouper sous cette appellation (6), il convient de souligner que certains sont très fluctuants - par exemple la popularité de tel gouvernant, ou le contexte diplomatique -, tandis que d'autres varient très peu, ou très lentement - par exemple la situation géographique ou historique -.

C'est donc surtout pour analyser leurs interactions et leurs relations avec le texte, à la fois dans le temps - dans une approche historique - et dans l'espace - dans une approche comparatiste -, que nous proposons de les qualifier de "

---

(4) On pourrait très bien imaginer des classifications basées uniquement sur la pratique, l'essentiel est de ne pas confondre les règles du jeu et le jeu si l'on veut pouvoir tirer quelque enseignement de ces classifications. Sur l'intérêt des classifications et leur critique par M. TROPER, cf. supra.

(5) Sur ces notions, cf. supra.

(6) Cf. Supra, n° 218 à 221.

variables ", ou " variantes ". Ce sont les relations entre le texte et ces éléments qui détermineront la relativité de l'effectivité des constitutions.

## 2 ) Les résultantes : du régime politique au système politique, et d'un système politique à l'autre.

L'objectif à atteindre serait de pouvoir analyser précisément les rapports qui s'établissent entre les facteurs recensés à l'intérieur d'un système politique ( a ), et d'un systèmes politique à l'autre ( b ). Nous ne pourrons pour l'instant que les évoquer très sommairement, pour tester l'intérêt de cette approche.

a ) A l'intérieur d'un système politique, l'interprétation comme résultante des relations entre le texte et les variables déterminantes.

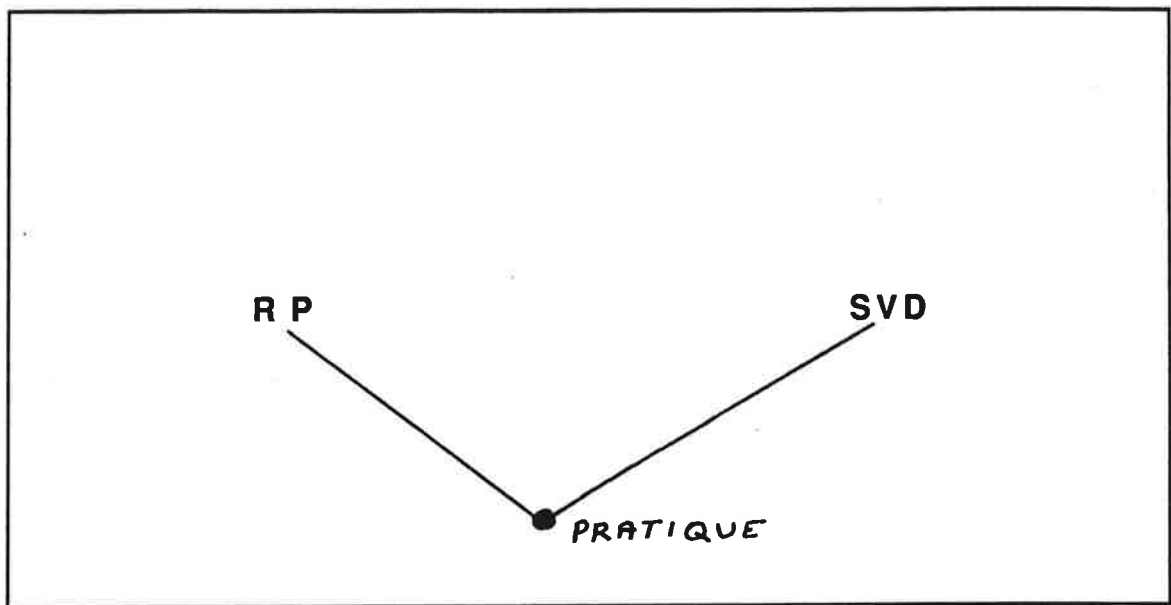
**224** L'interprétation d'une Constitution, par les gouvernants ou par le juge constitutionnel, et donc son effectivité, résulte de la combinaison entre les dispositions de ce texte (dans son aspect mécanique et dans son aspect normatif), et toutes les variables déterminantes. Ces relations sont extrêmement complexes.

Il peut d'abord exister des relations entre chaque variable déterminante, et chaque disposition du texte. Par exemple, le fait que le Président de la République soit élu au suffrage universel direct va contribuer à renforcer son poids par rapport aux autres acteurs. Sa position pourra encore être renforcée par son charisme ou sa popularité. La combinaison de ces facteurs lui permettra d'utiliser le droit de dissolution avec très peu de risques d'être désavoué par le peuple. Si les citoyens élisent une assemblée qui lui est soumise, alors les dispositions relatives à la responsabilité du Gouvernement devant le seul Parlement deviendront largement ineffectives, puisqu'il dépendra, en fait bien plus du Président de la République de l'Assemblée nationale qui craindra d'être dissoute si elle renverse le Gouvernement. Il conviendrait de trouver une méthode qui permette d'analyser rigoureusement l'ensemble de ces interactions, pour pouvoir mesurer l'influence potentielle respective de chacun des facteurs recensés.

On peut ensuite regrouper certains facteurs, par exemple en caractérisant par leur force ou leur faiblesse, d'une part la situation des acteurs respectifs (gouvernants - étudiés isolément puis dans leur ensemble -, gouvernés), et d'autre part l'influence du contexte politique et du contexte général sur chacun de ces ensembles. On pourrait essayer d'appliquer ici les méthodes de l'analyse

*REGIME POLITIQUE, SYSTEME DE VARIABLES DETERMINANTES, SYSTEME POLITIQUE*

**S P**



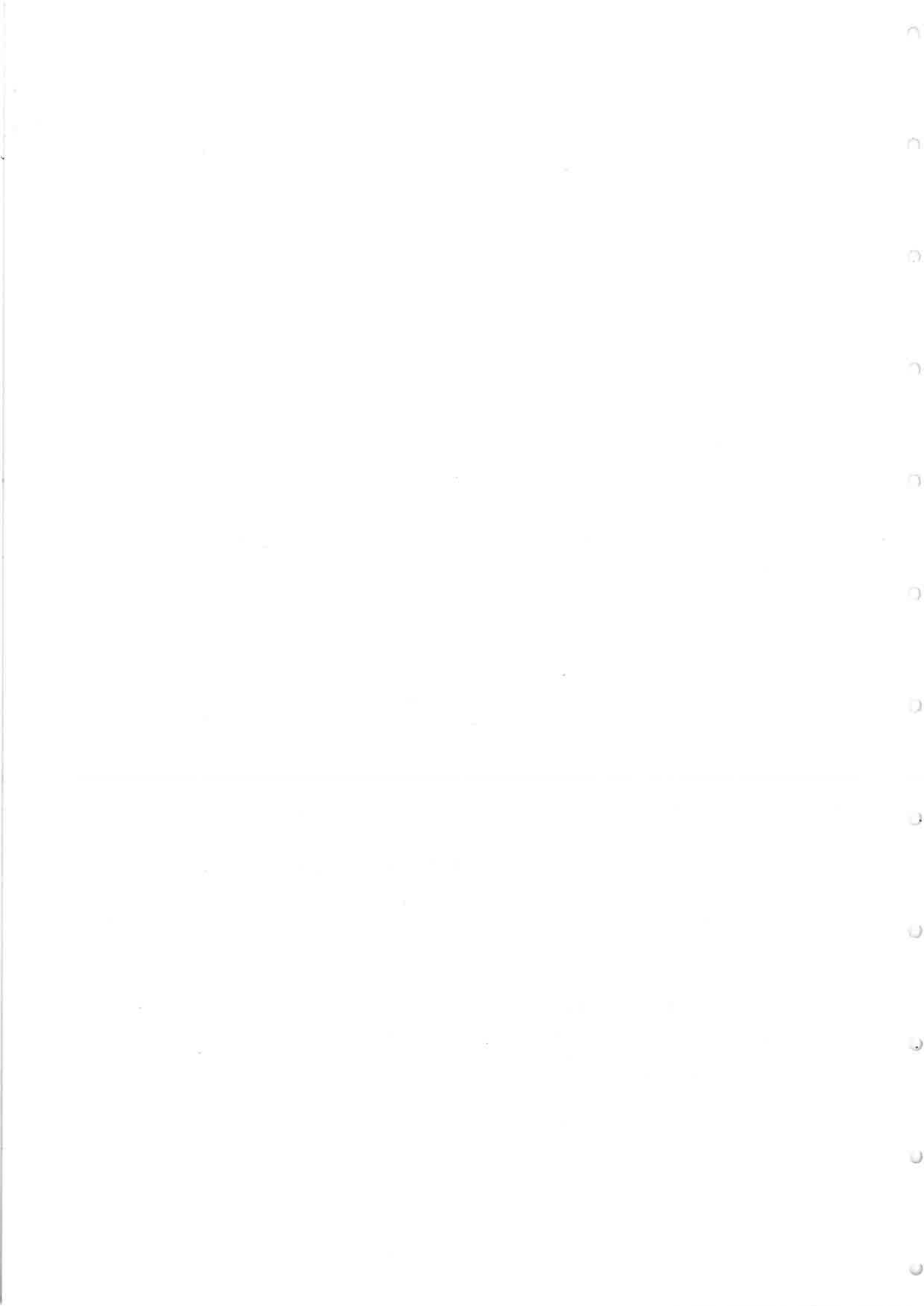
Soit : **S P = R P R SVD**

RP = Régime politique

SVD = Système de variables déterminantes (juridiques et non juridiques)

SP = Système politique

R = Relation





stratégique, pour étudier les contraintes potentielles des combinaisons de ces facteurs, pris isolément, par paires, puis dans des relations plus complexes.

Le résultat de l'ensemble de ces combinaisons est le système politique. On pourra, comme pour les régimes politiques, établir des classifications entre les différents systèmes politiques, mais qui seront, cette fois, basées sur la pratique, sur le fonctionnement réel des institutions. Il faudrait enfin pouvoir étudier les rapports dynamiques qui existent non plus à l'intérieur d'un système donné, mais d'un système politique à l'autre.

b) D'un système politique à l'autre.

225 Il existe des rapports dynamiques entre les différents systèmes politiques successifs. En effet, les interprétations, les pratiques de la Constitution qui résultent de la combinaison entre régime politique et système de variables déterminantes, et qui s'inscrivent dans un système politique, deviennent à leur tour l'une des variables déterminantes du système politique suivant. Par exemple, l'interprétation " présidentiale " de la Constitution qui a prévalu dans le système politique existant entre 1958 et 1986 (ou plus précisément entre 1962 et 1986), a été un facteur important pour déterminer l'image de la norme (dans l'opinion publique et pour les acteurs) dans le système de la cohabitation. Les schémas ci-joints devraient permettre d'éclairer cette conception.

Un des problèmes qui devraient être approfondis est celui du passage d'un système politique à l'autre. On peut concevoir deux solutions extrêmes et des conceptions médianes.

Dans la première solution extrême, on considèrera qu'un texte ne fonctionne jamais deux fois dans le même système, tout comme on ne se baigne jamais deux fois dans le même fleuve. On considèrerait alors que toute modification, fût-elle minime, de l'un des facteurs, modifiant par hypothèse les autres facteurs, et donc leurs relations, l'ensemble du système serait modifié par chacune de ces mutations. Puisque ces interactions sont presque incessantes, il faudrait, pour analyser un système politique donné à un moment x, procéder comme on le fait au cinéma, en faisant un " arrêt sur image ". Mais le fonctionnement réel des systèmes qui se succèdent sans cesse ne pourrait être observé que dans le " déroulement du film ".

Dans une seconde solution extrême, on pourrait considérer qu'il n'y a changement de système politique qu'en cas de modification formelle du texte constitutionnel (changement de Constitution ou simple révision). On n'étudierait ainsi les changements de système que lorsqu'ils seraient consécutifs à un changement de régime.

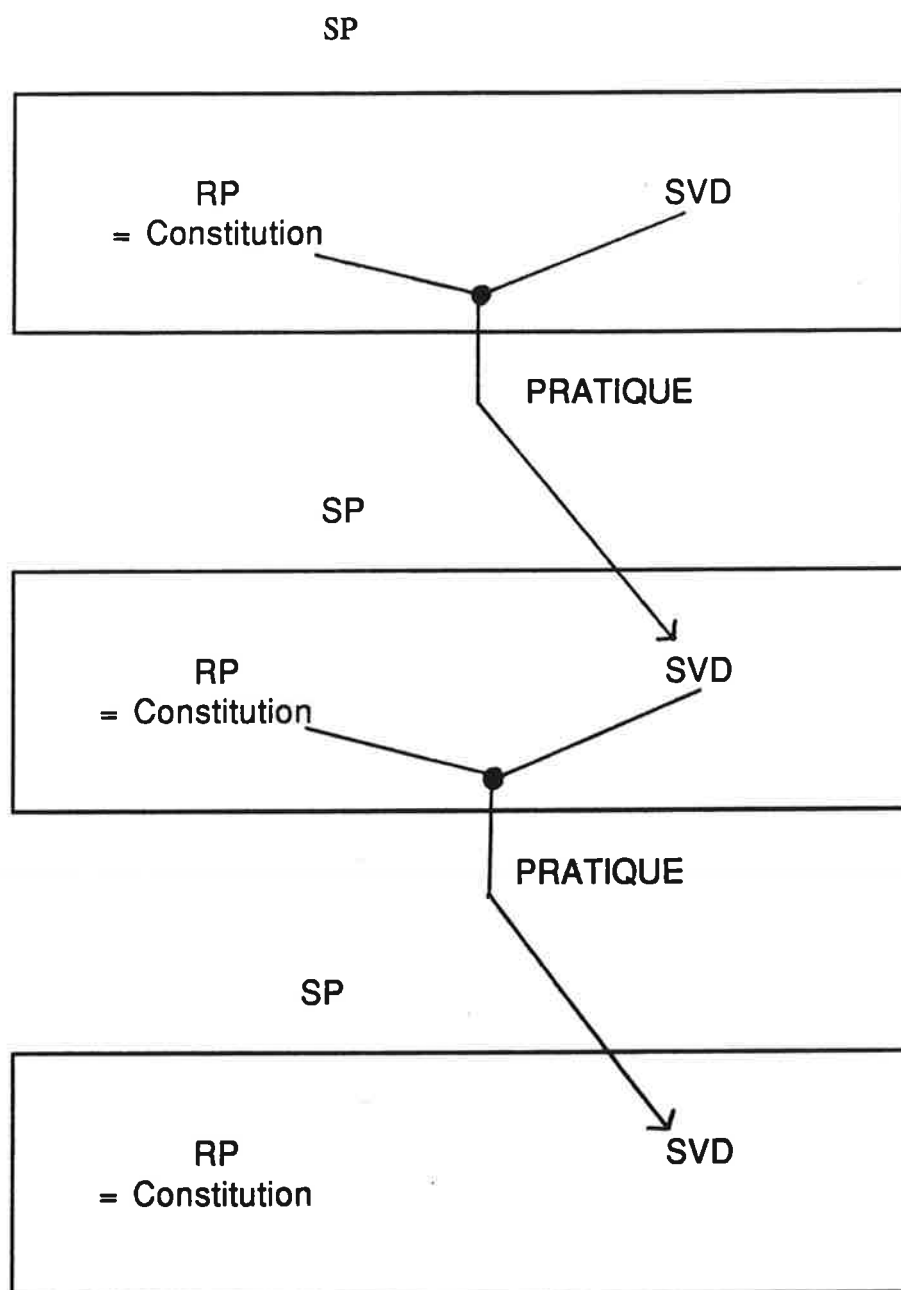
La solution médiane consisterait à déterminer d'autres critères qui permettent d'établir le passage d'un système à l'autre. Le choix de ces critères pourrait être opéré par exemple pour établir une classification des systèmes. Mais de nombreuses options sont ici possibles, et nous ne sommes pas pour l'instant en mesure de justifier tel ou tel choix.

Mais ce qui est le plus intéressant est d'analyser l'évolution d'un même régime dans différents systèmes politiques. Par exemple, le fonctionnement du régime de la Ve République avant 1986, (dans un ou deux systèmes politiques, voire plus selon les critères choisis), puis entre 1986 et 1988, dans le système de la cohabitation, et enfin depuis 1988 (voire après 1993 si l'on assiste à une nouvelle cohabitation ou à l'instauration d'un autre système).

L'objectif de ces études serait de permettre de comprendre quels sont les facteurs et surtout les combinaisons de facteurs qui permettent de renforcer ou d'affaiblir l'effectivité de règles constitutionnelles. Il s'agit de mesurer la force du droit par rapport aux autres facteurs, selon les différentes conjonctures. Il conviendrait de distinguer entre l'effectivité réelle et l'effectivité potentielle d'une Constitution. Rappelons que l'on entend par *effectivité réelle* d'un texte l'*écart existant* à un moment *x* dans tel système donné entre la règle et les pratiques de la règle. On définira l'*effectivité potentielle* d'un texte comme l'*écart possible* entre la règle constitutionnelle et les pratiques auxquelles elle pourrait donner lieu, quelle que soit la variation des autres facteurs. Cette analyse peut se faire dans une perspective historique ou en droit comparé.

Il s'agira encore de prévoir les évolutions possibles de ces systèmes, mais surtout, du fait du caractère normatif de notre approche, de voir comment on peut essayer de renforcer l'effectivité des règles constitutionnelles au regard de ces enseignements. Sans doute serons-nous dans certains cas conduits à des constats d'impuissance. Quelles que soient les dispositions d'une Constitution, l'avènement au pouvoir d'un Hitler ou d'un Mussolini empêchera nécessairement l'application des règles garantissant l'Etat de droit démocratique. Cependant nous avons la naïveté de penser que les équilibres qui peuvent se créer dans un système peuvent réduire la probabilité de l'avènement de régimes non démocratiques.

RAPPORTS REGLE-PRATIQUE A L'INTERIEUR D'UN SYSTEME POLITIQUE,  
ET D'UN SYSTEME POLITIQUE A L'AUTRE





## **B UNE EFFECTIVITE VARIABLE EN FONCTION DES RELATIONS D'EQUILIBRE QUI SE CREENT A L'INTERIEUR DU SYSTEME**

Nous avons pu observer dans la section précédente que la variabilité de l'effectivité de la Constitution de la Ve République pouvait s'expliquer au moins partiellement par certains déséquilibres d'une part à l'intérieur même de la structure constitutionnelle ( 1 ), et d'autre part entre la Constitution, ses représentations et ses pratiques ( 2 ). Sans doute existe-t-il bien d'autres " équilibres ", ou relations de cohérence, qui influent sur l'effectivité d'une Constitution. Mais nous suggérerons seulement ici de modéliser l'analyse de ces deux rapports, car ils nous paraissent particulièrement importants pour étudier les variations de l'effectivité des constitutions.

### **1 ) Pour une analyse de la cohérence interne des régimes politiques.**

La cohérence interne d'une Constitution peut être analysée au regard des relations entre sa " structure mécanique " et sa " structure normative " ( a ). Elle peut aussi être étudiée au regard de la cohérence entre chacune de ses dispositions et entre chaque disposition et ces structures ( b ). Là encore, on considérera que ces deux analyses sont non pas contradictoires mais complémentaires. L'effectivité d'une Constitution dépendra largement de la cohérence de ces rapports. Une condition nécessaire - mais pas suffisante - de l'effectivité des règles constitutionnelles est en effet le respect du principe de non-contradiction entre ces dispositions et ces structures.

a ) Nécessaire cohérence entre les structures mécanique et normative d'une constitution

**226** Si, comme nous l'avons considéré, la structure mécanique d'une Constitution implique des relations d'équilibre (ou déséquilibre) entre les forces qui y exercent le pouvoir, et donc des logiques potentielles de relations entre ces pouvoirs, il est indispensable que la structure normative du texte soit compatible avec ces équilibres (ou ces déséquilibres). L'exemple de la III<sup>e</sup> République est assez topique à cet égard. Tandis que la structure mécanique de la Constitution établissait un déséquilibre des pouvoirs au profit du Parlement (du fait du mode de désignation du Président de la République, de l'absence de rationalisation de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement etc.), la structure normative de cette constitution n'était guère compatible avec ce déséquilibre.

Ce rapport de compatibilité peut être pensé en termes de logique parallèle, c'est-à-dire de conformité; ou en termes d'opposition, c'est-à-dire de " contrepoids ". Ainsi, sous la III<sup>e</sup> République, la " logique des règles " contenues dans la Constitution, en particulier l'attribution au Président de la République de prérogatives importantes, n'était pas conforme à la " logique " résultant de la structure mécanique des institutions, qui impliquait la suprématie du Parlement. Mais on aurait pu penser que l'opposition entre ces logiques allait conduire à ce qu'elles se compensent mutuellement, par un phénomène de " contrepoids ". La puissance parlementaire aurait pu être compensée par le caractère impératif des règles constitutionnelles. Or l'expérience des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques a justement montré que ce déséquilibre contribuait (avec d'autres facteurs tels que le système des partis) à rendre le texte constitutionnel ineffectif. Sous la V<sup>e</sup> République, on a tenté d'instaurer un équilibre entre la structure mécanique et la structure normative en établissant un contrôle de la constitutionnalité des lois. L'instauration de ce contrôle en 1958 avait essentiellement pour but d'enserrer le " Gulliver législateur " dans des règles juridiques dont l'effectivité pourrait être garantie par le Conseil constitutionnel. Par crainte du déséquilibre observé sous les républiques précédentes, on a instauré un autre déséquilibre, au profit du Président de la République cette fois. En effet la cohabitation a bien montré que l'absence d'un contrôle de constitutionnalité des actes du Chef de l'Etat pose un problème particulièrement aigu d'équilibre entre les gouvernants, même, et peut-être surtout en cas de coexistence. La surpuissance présidentielle qui résulte de la structure mécanique des institutions n'est en effet pas compensée par un contrôle de la constitutionnalité des " actes de Gouvernement ". Ce déséquilibre était peut-être recherché par certains rédacteurs de la Constitution. C'est possible. C'est discutable. Par contre il ne nous paraît guère contestable qu'il y a dans ce déséquilibre l'une des raisons de l'ineffectivité des dispositions de la Constitution

de la Ve République (toujours entendues comme les normes interprétées dans le sens qui était le leur selon le discours des rédacteurs, y compris du Général de Gaulle, en 1958)..

Enfin, la cohérence interne d'une constitution peut être analysée, non plus d'une manière globale, mais au regard de chacune de ses dispositions par rapport à chacune de ces structures.

b ) Nécessaire cohérence entre chaque disposition constitutionnelle et les structures mécanique et normative.

227 Tous les juristes reconnaissent que la clarté et la cohérence interne d'un texte sont des conditions *sine qua non*, mais non *per quam* de son effectivité (7). Nous entendons rappeler ici que chaque règle contenue dans une constitution doit également être cohérente avec les logiques impliquées à la fois par chacune des structures - mécanique et normative -, et par leur combinaison. Par exemple, l'ineffectivité de l'article 11 de la Constitution, ou des articles 29 et 30 relatifs à la convocation du Parlement en session extraordinaire, s'explique notamment par le fait que la cohérence entre chacune de ces règles et la structure mécanique des institutions (qui tend à favoriser la prééminence présidentielle) n'est pas garantie. Leur cohérence avec la structure normative n'est pas assurée non plus, puisque l'absence de contrôle de constitutionnalité des actes du chef de l'Etat ne permet pas davantage de garantir leur effectivité.

La cohérence interne d'une Constitution doit donc s'apprécier non seulement entre chacune de ses dispositions, mais aussi au regard des équilibres ou des déséquilibres qui peuvent s'instaurer entre les logiques potentielles induites par ses structures mécanique et normative, et par la situation de chaque norme au regard de ces équilibres. Mais cette cohérence, ce principe de non-contradiction, est seulement une condition nécessaire et non suffisante à l'effectivité d'un texte constitutionnel. Les variations de l'effectivité d'une Constitution s'expliquent par l'évolution des rapports du texte avec le système de variables déterminantes. Là encore s'instaurent des relations d'équilibre ou de déséquilibre. Or l'une des plus importantes nous semble être celle qui s'établit autour de la légitimité.

---

(7) Cf. *supra*, paragraphe précédent.

## **2 ) La cohérence entre le régime politique et la société à laquelle il s'applique, ou l'influence de la légitimité sur l'effectivité.**

Il résulte de la combinaison entre les dispositions de la Constitution et le système de variables déterminantes, des phénomènes qui vont contribuer à renforcer ou à affaiblir les équilibres instaurés par le texte, et donc à agir sur son effectivité. Parmi ces phénomènes, l'un des plus intéressants pour une analyse juridique de l'effectivité nous semble être celui de la légitimité. Si l'on admet que la question centrale du droit constitutionnel est de savoir non seulement quel est le contenu des constitutions, mais aussi comment elles fonctionnent (quels sont les facteurs qui expliquent leur effectivité, et comment on peut renforcer cette effectivité), alors on sera frappé par l'importance de la question de la légitimité. Pourtant deux éléments devraient nous conduire à écarter l'analyse de ce phénomène. Tout d'abord le fait qu'il s'agit d'une notion ambivalente et difficile à mesurer. Ensuite le fait que de nombreux juristes aient considéré qu'il ne s'agissait pas là d'une question relevant de la science du droit. Nous considérons pourtant que ces obstacles ne sont pas suffisants pour que l'on renonce à étudier un facteur aussi important de l'effectivité des règles constitutionnelles. Il conviendra de préciser la définition que l'on donne de la légitimité, et quelles sont les principales formes de légitimité et les relations qui s'établissent entre elles ( a ). On pourra alors suggérer une étude des rapports entre légitimité, effectivité et validité en situant schématiquement cette approche par rapport à celles des jusnaturalistes, des formalistes, de Duguit, de Kelsen, de Burdeau, et des réalistes tels que Michel Troper. Ainsi ramenés à nos interrogations initiales, nous constaterons que c'est toute la questions des interactions entre droit et société qui est sous-jacente à l'étude de l'effectivité des constitutions.



a ) Effectivité et légitimité des normes, des pratiques et des acteurs.

**228** *La légitimité* peut se définir comme le rapport de conformité existant entre une chose et l'image de cette chose. Tandis que la légalité est le rapport de conformité entre ce qui est et ce qui doit être, la légitimité est le rapport de conformité entre ce qui est et ce qui est conçu comme devant être.

*L'effectivité* est inversement proportionnelle à l'écart entre l'être et le devoir-être, la légitimité est inversement proportionnelle à l'écart entre l'être et l'image du devoir être.

Plus une norme sera conforme à l'idée que s'en fait la majorité, plus elle sera légitime. Par exemple, selon la Constitution de la Ve République, le Premier ministre n'est pas responsable devant le Chef de l'Etat. Pourtant, jusqu'en 1986, la pratique allait en sens inverse, et la majorité des français et des gouvernants semblait considérer que le Président de la République avait le pouvoir de révoquer le Premier ministre. Donc, la règle constitutionnelle manquait d'effectivité, puisque la pratique ne lui était pas conforme. Par contre, cette pratique était légitime, puisqu'elle était conforme à l'idée que la majorité se faisait de la règle. La pratique n'était donc pas légale (au sens large), mais légitime.

On considérera que *la légitimité d'une norme peut être mesurée par la relation entre cette norme et l'image de cette norme*. On peut proposer, pour permettre une vision plus synthétique de ces rapports, de les traduire en des formules qui pourraient rebuter les juristes - peu habitués à ce mode d'expression - si elles n'étaient extrêmement simples. Ainsi, *ln* étant la légitimité de la norme, *n* la norme, *R* la *relation de conformité*, et *in* l'image de la norme, on peut écrire pour simplifier que  $ln = n R in..$

S'il s'agit d'apprécier la *légitimité* d'une pratique, (*p*), on considérera que  $lp = p R ip$ . Et pour la légitimité d'un gouvernant (*g*), c'est -à-dire l'idée que se fait la majorité du fait qu'il a le droit d'exercer effectivement le pouvoir, on estimera que  $lg = g R ig$ .

Plus l'écart entre la chose et l'image de la chose sera faible, plus la légitimité de la norme, de la pratique, ou du gouvernant, sera forte. Puisque nous avons considéré que *R* est un rapport de conformité, plus le résultat de l'équation sera élevé, plus la légitimité sera forte. Elle sera totale lorsque *R* décrira une relation d'égalité.

Pour mesurer l'*effectivité* d'une règle, on procédera selon le même schéma, puisque l'*effectivité* peut être mesurée par la relation (  $R$  ) entre la norme (  $n$  ) et la pratique de cette norme (  $p$  ).

Donc  $en = n R p$ . Ici aussi, plus l'écart entre la norme et la pratique sera faible, plus l'*effectivité* sera forte, et elle sera totale quand  $R$  décrira une relation d'égalité.

Néanmoins, ces simplifications ne doivent pas faire illusion. Elles n'ont absolument pas pour objet de prétendre conduire à une mesure précise de l'*effectivité* ou de la légitimité des règles ou des pratiques <sup>(8)</sup>. Il s'agit seulement d'apporter des ordres de grandeur, et surtout de simplifier la formulation des rapports que sont la légitimité et entre l'*effectivité*, et les relations qui existent entre elles. Ce sont en effet surtout les relations qui existent entre ces rapports qui vont nous intéresser ici. Elles peuvent être abordées sous un angle statique (de manière artificielle, pour simplifier la présentation, car leurs interactions sont constantes), ou de manière dynamique.

Si l'on observe ces relations " au repos ", *de manière statique*, on pourra constater que l'*effectivité* potentielle d'une norme est (notamment) proportionnelle à sa légitimité. C'est à dire, tout simplement, qu'une règle de droit aura d'autant plus de chances d'être respectée qu'elle sera légitime, c'est à dire conforme à l'idée que la majorité du peuple se fait de ce que doit être le contenu de cette règle. On obtiendra une relation équilibrée si l'image de la règle est compatible avec la règle. On pourra avoir une relation statique lorsque la légitimité de la règle sera totale. On sera en particulier dans cette situation lorsque la loi ne prétendra pas modifier les règles de la société, mais se contentera de constater celles qui existent. Au contraire, quand le législateur voudra modifier l'organisation des rapports sociaux ou économiques, il devra y avoir, pour un temps plus ou moins long, un décalage entre la règle et l'idée que se fait la majorité de ce que doit être la règle. Ce décalage, cette insuffisance de légitimité, pourra affecter plus ou moins fortement l'*effectivité* de la loi. Admettons que les parlementaires, dans un excès de fatigue peut-être, adoptent une loi disposant que les hommes n'ont pas le droit de sortir de leur domicile sans l'autorisation de leur épouse. Cette règle aurait évidemment fort peu de chances d'être effective tant elle manquerait de légitimité. Il en serait de même en droit constitutionnel si l'on prévoyait que le Conseil constitutionnel avait la faculté

---

<sup>(8)</sup> Nous avons en effet rappelé toutes les difficultés qu'il y a à mesurer aussi bien l'image d'une norme que celle d'une pratique ou d'un acteur. De même, lorsqu'il n'existe pas de jugement permettant de donner l'interprétation authentique d'un texte, ou lorsque cette interprétation paraît elle-même contestable, l'interprétation du texte pourra prêter à discussion et ne peut donc être considérée que comme relative.

de révoquer le Président de la République chaque fois qu'il exerce son droit de dissolution - rappelons qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire - d'une manière qui ne paraît pas opportune aux neufs sages ( soulignons bien qu'il ne s'agirait pas d'un contrôle de constitutionnalité, mais d'opportunité). Il est très improbable d'une telle réforme puisse être effective. Néanmoins, elle pourrait peut-être atteindre une certaine effectivité au bout de quelques années. Il existe en effet toujours des interactions entre la légitimité d'une règle et son effectivité.

Il existe toujours, en fait, des *relations dynamiques* entre légitimité et effectivité. L'effectivité d'une règle renforce sa légitimité, tout comme la légitimité d'une règle renforce normalement son effectivité. La législation sur l'interruption volontaire de grossesse est assez topique à cet égard. Tandis que la pratique des avortements était relativement répandue mais illégale, la loi qui l'a autorisée a fait l'objet de vives contestations car elle était considérée par une partie de l'opinion comme illégitime (contraire à l'idée de ce que doit être la règle). Au bout de quelques années, l'image de l'interruption de grossesse, et l'image de la loi ont été modifiées par l'existence et par la pratique de cette loi. En matière de droit constitutionnel, l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel vers un contrôle des lois qui est de plus en plus étendu et de plus en plus approfondi, nous semble s'expliquer largement par ce phénomène. Durant les premières années de la Ve République, la légitimité d'un contrôle de constitutionnalité des lois était tellement faible (car tellement contraire au légicentrisme traditionnel en France), que le Conseil constitutionnel était contraint à une très grande prudence. Aujourd'hui, les sondages montrent que la très grande majorité des français est satisfaite du contrôle de constitutionnalité des lois. Le Parti socialiste a admis ce contrôle qu'il avait longtemps contesté, et il ne reste guère que le Parti communiste pour s'y opposer vivement (et peut-être le Front national). Cette forte légitimité permet au Conseil de s'enhardir, mais il doit encore rester prudent tant les parlementaires semblent plus réticents que les citoyens à accepter ce contrôle.

De même, lorsqu'une règle manque d'effectivité, sa légitimité s'affaiblit, ce qui contribue encore à réduire son effectivité. C'est une sorte de cercle vicieux. Mais cet enchaînement peut être rompu. Pour reprendre l'exemple de l'irresponsabilité du Premier ministre devant le Président de la République, on observera que, durant la cohabitation, la pratique est devenue conforme à la norme, donc légale, et cette nouvelle pratique a influé sur la légitimité de la règle, qui a été renforcée. La coexistence a donc permis de rétablir le rapport de conformité entre règle, pratique et légitimité. Depuis 1986, il semble donc que la règle corresponde à la pratique et que l'une et l'autre soient légitimes.

Nous avons pu constater que l'image de la pratique influe sur l'image de la norme, tout comme l'image de la norme influe sur la pratique. Pour exprimer ces relations de manière concise, on peut admettre que *R2 définit une relation " contribue à déterminer "*, et constater que  $p R2 in$ , et que  $in R2 p$ . Il s'agit donc d'une relation réflexive. Il existe également une relation réflexive entre légitimité et effectivité puisque l'une contribue à déterminer l'autre, et réciproquement. Ainsi, quand  $in R2 en$ , alors,  $en R2 in$ . En décomposant la formule, on obtient : quand  $(n R in) R2 (n R p)$ , alors  $(n R in) R2 (n R p)$ .

On peut ainsi formuler l'influence relative de la règle, de la pratique, et de l'image de la règle par une relation transitive : " si  $n R2 in$  et si  $in R2 p$ , alors,  $n R2 p$  ". Ces formulations, qui, pour l'instant, sont un peu un gadget très simple et amusant, pourraient peut-être devenir très utiles si l'on pouvait mesurer, même assez globalement, ces écarts. Les sondages pourraient peut-être être utilisés de manière intéressante.

Il serait souhaitable, non seulement à approfondir l'analyse de ces relations, mais encore d'étudier les relations qui s'établissent entre ces rapports et d'autres rapports. Par exemple, on sait que l'effectivité d'une règle peut dépendre aussi de la légitimité des acteurs. Si un gouvernant ne dispose pas d'une légitimité suffisante, il ne pourra pas exercer les prérogatives qui lui sont reconnues. Inversement, s'il dispose d'une légitimité trop forte, il pourra se permettre de violer plus ou moins ouvertement la Constitution. On devrait ainsi pouvoir établir que l'effectivité potentielle d'une Constitution dépend largement des relations d'équilibre qui se créent entre ces rapports. En l'état actuel des choses, il s'agissait surtout ici de montrer que l'étude du droit doit prendre en compte l'analyse des rapports entre légitimité et effectivité, car ils contribuent à déterminer le fonctionnement des règles constitutionnelles. Or, la manière dont les rapports entre ces éléments et la validité des règles constitutionnelles a été analysée jusqu'à présent est riche d'enseignements.

#### **b ) Vers l'analyse des rapports entre légitimité, effectivité et validité.**

**229** La question des rapports entre les normes contenues dans une Constitution, l'effectivité, la légitimité et la validité de ces règles, est au centre de toutes les principales conceptions du droit constitutionnel, même si elle y est rarement formulée explicitement. Nous présenterons ici de manière très schématique la façon dont ces rapports sont établis dans quelques-unes des

conceptions les plus importantes dans la pensée constitutionnelle française, ce qui nous permettra de mieux situer les avantages et les inconvénients de l'approche que nous suggérons. Ici encore, pour simplifier les développements et faciliter une vision d'ensemble, nous proposerons d'utiliser des formulations synthétiques. On admettra que

t = norme contenue dans le texte.

v = norme valide

e = norme effective

l = norme légitime

V signifiant " quel que soit ".

*Pour les jusnaturalistes*, le seul droit valide est celui qui est légitime, quel que soit le contenu des textes, et quelle que soit l'effectivité de ce droit. Ainsi,  $v = l, V t$  et  $V e$ . Mais attention, la légitimité est ici conçue comme le caractère de ce qui est perçu comme étant juste. Donc une règle sera conçue comme légitime si elle est conforme à l'idée que l'on se fait de la justice. Or cette idée de la justice peut être celle de la majorité, mais elle peut aussi, selon les écoles, être celle d'un homme (monarque ou autre), ou d'un dieu (ou encore du second via le premier) etc... Donc, ici, la légitimité d'une Constitution se mesurera par le rapport entre la Constitution et l'idée que la majorité, ou l'homme, le parti ou la caste dirigeant se font de la justice. Dans cette conception, le rôle du juriste est d'intervenir tant au niveau de l'élaboration des textes que de leur application (par la jurisprudence) pour que les règles conçues comme étant justes soient appliquées et donc effectives. Le système idéal est donc celui dans lequel  $v = l = t = e$ . Mais il est rarement réalisé, si bien que le rôle essentiel du juge n'est pas nécessairement de garantir l'effectivité des textes en vigueur, mais plutôt celle des règles justes. Or, les règles incluses dans les textes peuvent être considérées comme justes, ou bien injustes. Dans ce dernier cas, le juge devra écarter les normes posées par les textes, pour assurer l'effectivité des règles justes, seules considérées comme valides. On peut donc considérer que les jusnaturalistes assimilent largement la légitimité et la validité de la règle. Dans cette optique, la question de l'effectivité des constitution n'a pas un intérêt majeur.

*La conception duguiste* du droit se rapproche de celle-ci en ce que son auteur, qui pourtant se considérait comme un positiviste, estimait que le seul droit valide est celui qui émane de la conscience du peuple, c'est à dire le droit qu'il qualifie de positif. On peut donc considérer que pour Duguit le seul droit valide est le droit légitime, c'est à dire le droit conforme à l'idée que se fait la majorité du peuple de ce que doit être la règle (9). Les règles constructives contenues dans les

---

(9) Pour Duguit, " une norme sociale peut être qualifiée de norme juridique lorsque la masse des esprits admet que la réaction sociale qu'entraîne sa violation peut être socialement organisée par l'emploi de la contrainte ou, en d'autres termes, quand l'emploi de la contrainte contre le violateur de cette norme ne produit plus de réaction sociale " (Traité de droit constitutionnel, 3e ed, 1927, préc., p. 81.

textes peuvent ou non être conformes au droit qu'il considère comme positif. Donc, lui aussi confond largement la validité à la légitimité, d'où  $v = l$ ,  $V t$  et  $V e$ .

Ici encore, le rôle du juriste est d'essayer de contribuer à atteindre le système idéal dans lequel  $v = l = t = e$ , en intervenant lors de la rédaction des textes (il doit veiller à ce qu'ils soient conformes au droit objectif), comme à l'occasion de leur application (le juge doit écarter une règle constructive qui serait contraire à une règle objective). Mais, Duguit ne se désintéresse pas pour autant de l'effectivité. Il l'analyse en effet comme un indice, une preuve de la légitimité, et donc de l'existence d'une règle (10). Si une règle n'est pas effective, n'est pas respectée, c'est qu'elle est rejetée par le peuple parce qu'elle n'est pas légitime, et donc elle doit être regardée comme non-valide. Pour Duguit, " une loi qui n'est pas appliquée n'est pas conforme à la règle de droit, donc ce n'est pas une règle de droit " (11). Toutes ces idées sont séduisantes par leur aspect démocratique, puisqu'ainsi la volonté du peuple est la seule véritable règle de droit. Cependant, on objectera avec Charles Eisenmann qu' " il faut se garder de la mystification - consciente ou inconsciente - qui consiste à interpréter " l'effectivité " du pouvoir comme équivalente en soi à une adhésion, à un consentement, et à la donner par suite pour un signe et une preuve suffisante du caractère démocratique ou en tout cas populaire de tous les régimes qui en bénéficient, quels qu'ils soient politiquement (12). De surcroît, les règles de droit ainsi conçues se révèlent difficilement applicables, car leur légitimité n'est pas facile à mesurer, et sans cesse mouvante. Elles sont donc difficilement compatibles avec l'impératif démocratique de la sécurité juridique.

Nous retiendrons néanmoins de ces analyses l'influence capitale de la légitimité pour déterminer sinon la validité, du moins l'effectivité des normes. Noberto *Bobbio* étudie ces relations en constatant qu'il existe un mouvement cyclique permanent entre légitimité, légalité, et effectivité. Il décrit un " cercle du pouvoir à travers ses attributs de la légitimité, de la légalité et de l'effectivité ", et estime qu' " une doctrine du pouvoir n'est pas complète si on ne la considère pas dans ces trois aspects et dans le mouvement circulaire qui procède de l'une à l'autre " (13).

(10) En fait, cette idée se retrouve dans de très nombreuses analyses. Notons par exemple que pour Noberto *BOBBIO*, " l'effectivité d'un pouvoir est la preuve de sa légitimité ". Et " un ordre est d'autant plus efficace qu'il est plus juste, c'est-à-dire qu'il correspond plus aux besoins et aux aspirations des citoyens " (dans *Sur le principe de légitimité*, dans *Annales de philosophie politique de l'institut international de philosophie politique*, n° 7, L'idée de légitimité, PUF, 1967, p. 57 et 59). Pour Santi *ROMANO*, " un ordre juridique illégitime est une contradiction in adjecto : l'existence de l'ordre et sa légitimité sont la même chose " (*Corso di diritto costituzionale generale*, 2e ed Milan, 1946, p. 192-193; cité par A. *PASSERIN d'ENTREVES*, *Légalité et légitimité*, dans *APP n° 7 préc.*, p. 36).

(11) *DUGUIT*, *Traité de droit constitutionnel*, 3e ed préc., t. 1, p. 183.

(12) Ch. *EISENMANN*, *Sur la légitimité juridique des gouvernements*, dans *APP n° 7 préc.*, p. 127. *G. FERRERO* a d'ailleurs insisté sur le fait que l'on ne devrait pas ruser avec la légitimité pour s'en servir afin de dominer (cf. *J. CHEVALLIER*, *La légitimité selon G. FERRERO*, dans *APP n° 7, préc.*, p. 221).

(13) N. *BOBBIO*, art. préc., p. 60. Il estime qu' " un pouvoir effectif est le pouvoir qui réussit à obtenir le résultat proposé; une règle efficace est la règle observée et accomplie. L'efficacité de la règle dépend de l'effectivité du pouvoir, tout comme l'effectivité du pouvoir dépend du fait que les règles sont efficaces

Dans l'analyse de *Georges Burdeau*, totalement opposée à celle de Duguit sur ce point, on ne saurait concevoir de conflit entre le droit positif (conçu ici dans son sens courant, c'est à dire comme le droit tel qu'il est posé), et un autre droit qui lui serait supérieur. Pourtant, il serait tentant de rapprocher " l'idée de droit ", fondamentale dans la pensée de Burdeau, du droit positif résultant de la conscience collective chez Duguit. Dans l'un et l'autre cas, ce que l'on entend désigner n'est-il pas " l'idée que se fait le peuple de ce que doit être la règle ? ". Le " Droit positif " pour Duguit, " Idée de droit " pour Burdeau, correspondent en fait largement à la notion de droit légitime. Mais, justement, ce qui fait l'une des différences fondamentales entre ces deux conceptions, est la relation entre cette légitimité, la validité et l'effectivité. Pour simplifier, on peut considérer que chez Burdeau,  $v = e$  ( $= 1$ ). Pour lui, le droit valide, c'est à dire le droit positif, est nécessairement, par essence, conforme à l'idée de droit, puisqu'il ne peut pas, par principe, y avoir de distinction entre le droit élaboré et pratiqué par les gouvernants, et un autre droit. Or les uns et les autres sont l'expression de l'idée de droit. Puisque Burdeau semble estimer que les gouvernants incarnent nécessairement l'idée de droit (14), dès lors, les règles qu'ils édictent ou appliquent lui seront toujours conformes (15). Il paraît ainsi présupposer que les gouvernants comme les règles de droit sont toujours légitimes. Néanmoins, il propose, pour mesurer cette légitimité, cette conformité à l'idée de droit, de se référer à la volonté de la majorité. Nous pensons néanmoins que le refus de distinguer entre la validité, la force et la légitimité du droit a inéluctablement conduit son auteur à avoir une position pour le moins peu critique face aux régimes autoritaires apparus durant la seconde guerre mondiale (16).

*Pour Kelsen*, il semble au premier abord que la légitimité des règles de droit ne soit pas un problème - ou au moins pas le problème de la science du droit - dans la mesure où seuls comptent les rapports de conformité entre les normes dans l'ordre juridique. Par ailleurs, dans la mesure où le sens des normes doit être considéré comme celui qui est donné par les organes d'application du droit, et dans la mesure où Kelsen exclut largement de la science du droit l'étude de l'effectivité

---

: nous nous trouvons dans un cercle " (id. p. 57). J. TOUSCOZ évoque également ces rapports : " la légitimité est en effet le lien qui existe normalement entre la légalité et l'effectivité d'un ordre juridique étatique; la légitimité exprime la conformité, appréciée subjectivement, des règles juridiques en vigueur, à un ensemble de règles non écrites, émanant d'un ordre de valeurs supérieures à l'ordre juridique et d'une autre nature " (dans *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Préc., p. 5).

(14) Pour G. BURDEAU, " Dès son institution, le pouvoir se trouve légitimé et limité par l'idée de droit d'où il procède " (*Droit constitutionnel*, LGDJ, 959); l'idée de droit " a son origine dans la représentation que les individus se font d'un ordre social conforme à la notion de Bien Commun " (*Traité de science politique*, t. i, p. 96).

(15) Cf. La journée d'étude de l'AFC sur G. BURDEAU, et en particulier le rapport d'O. PASSELECQ, *L'idée de droit chez Georges Burdeau*, 1er congrès de l'AFC, Strasbourg, 27-29 sept. 1990.

(16) Idem

des normes (17), il semble qu'il identifie largement droit valide et droit effectif. On pourrait ainsi, pour schématiser, considérer que dans la Théorie pure du droit, les normes valides sont les normes positives, la question de leur effectivité ou de leur validité ne se posant que de manière marginale. Donc  $v = t$  ( $= e$ ) ( $= l$ ). En fait, Kelsen reconnaît l'influence de l'effectivité sur la validité des normes dans des cas extrêmes. C'est à dire que pour lui l'effectivité n'est pas une condition nécessaire pour qu'une norme devienne valide, mais c'est une condition indispensable à ce qu'elle reste " en vie ", c'est à dire valide (18). Constatant que la question des rapports entre validité et effectivité est à la fois l'une des questions les plus importantes et les plus difficiles de la théorie du droit, Kelsen tente ainsi de trouver une voie médiane entre les deux conceptions extrêmes qu'il juge également insoutenables (19). Celle qui est suivie par les jusnaturalistes, selon laquelle il n'existe aucun rapport entre validité et effectivité, et celle des réalistes pour lesquels elles sont assimilées. Pour le juriste autrichien, " dire qu'une constitution est efficace, c'est dire que les normes posées conformément à cette constitution sont appliquées et obéies en gros et de façon générale " (20). Contre les réalistes, Kelsen admet donc qu'il peut y avoir un écart entre la règle et la pratique de la règle. Mais nous avons constaté qu'il excluait l'analyse de cet écart de la science du droit (21). La manière dont Kelsen aborde la question de la légitimité révèle également un certain malaise. Après avoir donné une définition de la légitimité dans laquelle il l'identifie à la légalité, il précise qu'il n'existe qu'une exception à cette règle, c'est celle de la révolution. Or, il entend par révolution toute situation dans laquelle la Constitution a été révisée ou remplacée selon des modalités différentes de celles qui étaient prévues par ses dispositions pour sa révision (22). Le critère qui permet de savoir quelle est la Constitution valide est donc son efficacité (23). Il en conclut donc que " le principe de légitimité voit son empire limité par le principe d'effectivité ", puisqu'un ordre juridique ne peut être considéré comme valide qu'aussi longtemps que la Constitution qui en est la base est effective. Enfin, on pourrait s'interroger sur les rapports entre la norme fondamentale, norme hypothétique prescrivant l'obéissance à la Constitution, et la notion de légitimité. On peut en effet se demander dans quelle mesure cette norme fondamentale - qui est considérée comme modifiée en cas de révolution - ne correspond pas à un certain consensus sur tel ou tel type de régime. En fait le rapport entre cette norme hypothétique et la légitimité n'est établi par Kelsen que dans le cas d'une révolution. En dehors de ce cas, le problème de savoir si une règle est légitime ou

---

(17) Cf. supra.

(18) Cf. supra.

(19) Cf. *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> ed. préc., p. 281, Validité et efficacité.

(20) *Théorie pure du droit*, préc., p. 280.

(21) Cf. supra.

(22) Cf. *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> ed. , p. 278-279, Légitimité et effectivité.

(23) Pour Kelsen, " Selon la norme fondamentale des ordres juridiques étatiques, le gouvernement effectif, qui pose des normes générales et des normes individuelles efficaces, sur la base d'une Constitution efficace, représente le gouvernement légitime de l'Etat " (*Théorie pure du droit*, préc., p. 280).



non n'est pas distingué par Kelsen de celui de sa légalité. On peut en conclure soit que pour lui cette question n'a pas d'intérêt - ce qui pourra conduire aux mêmes problèmes que pour Georges Burdeau -, soit qu'il estime que cette question relève du contenu de la Constitution et n'a pas de rapport avec sa validité. En tout état de cause, la conception kelsénienne de la science du droit exclut de ce domaine toutes les investigations relatives aux rapports réels entre les normes et la société à laquelle elles s'appliquent.

*Pour les réalistes, dont Ross ou Michel Troper, il y a identification entre la norme valide et la norme effective, puisque la norme n'existe que lorsqu'elle est appliquée, et son sens n'est déterminé que par cette application (24). Dans cette conception, " la validité du droit se confond purement et simplement avec son efficacité " (25). Quant à la question de la légitimité des règles, elle ne semble pas être considérée comme devant être intégrée à la science du droit dans sa conception positiviste stricte. Dans cette optique, on peut donc estimer que  $v = e, V t \text{ et } V l$ . Là encore, on considère que l'on ne peut pas s'interroger sur la distinction entre la force, la légitimité et l'effectivité du droit, puisque le seul droit valide est le droit effectif. Sans doute peut-on analyser la question de l'effectivité des règles dans une approche réaliste, mais cette analyse ne sera pas conduite dans une conception normativiste (26).*

Enfin, dans une optique à la fois très différente du jusnaturalisme et du réalisme, *les formalistes* peuvent être considérés comme les juristes pour lesquels la seule norme valide est celle qui est contenue dans le texte. Or, si l'on se souvient combien les formalistes du XIXe siècle étaient critiques à l'égard de la pratique du droit (27), il est aisé de constater que dans cette conception, la validité et l'effectivité des règles peuvent être distinguées. Dans la conception la plus stricte du formalisme, on peut admettre que  $v = t, V e \text{ et } V l$ . S'agit-il d'une conception positiviste ou jusnaturaliste ? Cela dépend de la définition que l'on donne du positivisme (28). Si l'on considère qu'est positiviste tout juriste pour lequel le seul droit valide est celui qui est posé, par opposition à un droit supposé, on peut considérer qu'il s'agit d'une approche positiviste. Par contre si l'on estime que ne peuvent être regardées comme ayant un sens que les normes dont le sens a été précisé par le juge ou les autorités administratives, alors on considérera qu'il ne s'agit pas d'une conception positiviste.

(24) Sur l'analyse réaliste, cf. supra.

(25) Selon l'expression de KELSEN, *Théorie pure du droit, préc.*, p. 282.

(26) Cf. supra, la question de l'effectivité dans l'analyse réaliste.

(27) Cf. C. ATIAS, *Epistémologie juridique, préc.*

(28) Cf. M. TROPER, *Le positivisme juridique*, Revue de synthèse, philosophie et épistémologie juridique, A. Michel, Avril-sept 1985, n° 118-119, p. 187-204.

Dans la *conception formaliste-systémiste* que nous suggérons, on admettra que  $v = t, V e \text{ et } V l$ . C'est à dire que la seule norme valide est celle qui est contenue dans le texte. Les décisions d'application de cette norme, décisions effectives du juge ou des autorités administratives (voire des particuliers dans d'autres branches du droit), peuvent être conformes ou non à la norme édictée par le texte. Nous estimons donc que si le Président de la République refuse, par exemple, de convoquer le Parlement en session extraordinaire, cette décision qui est regardée comme valide selon la conception kelsénienne aussi longtemps qu'elle n'a pas été annulée, n'est pas conforme à la Constitution. En fait, cette décision devrait, dans la conception que nous proposons, être considérée comme effective mais non valide (car non-conforme à la Constitution). Mais dans la mesure où aucune instance officielle ou légitime autre que le juge ou les gouvernants ne peut établir le rapport de conformité ou de non-conformité entre cette décision et cette norme, le jugement de validité que nous portons ainsi n'a évidemment aucune valeur juridique, c'est-à-dire qu'il n'entraîne directement aucune conséquence de droit. Nous admettrons donc que les pratiques contraires à la Constitution sont des décisions que l'on doit considérer comme valides aussi longtemps qu'elle n'ont pas été annulées, mais qui ne sont pas pour autant conformes à la Constitution. Par ailleurs, puisque nous proposons une analyse systémique du droit constitutionnel, on admettra dans cette conception - et contrairement à la conception formaliste stricte - que l'étude des rapports dynamiques entre règle, pratique, légitimité et effectivité des normes et des décisions d'application, doit être intégrée dans le droit constitutionnel. En effet, le fonctionnement des règles constitutionnelles, la pratique des normes constitutionnelles, dépend de ces relations. Ainsi, la légitimité n'est pas une condition de validité de la norme, mais elle influe sur les décisions d'application de la norme. Il est très possible que l'on soit en présence d'une Constitution qui ne soit absolument pas légitime, mais qui reste valide, soit parce qu'elle est imposée par la force, soit parce qu'elle n'a pas été remplacée par une autre Constitution. Mais la légitimité est une condition nécessaire à l'effectivité de la Constitution, bien que cela varie selon la nature du régime. Dans une dictature (qu'il s'agisse de la dictature d'un homme, d'un parti politique ou d'un groupe religieux), le recours à la violence par l'Etat peut compenser l'insuffisante légitimité des règles. On peut aussi constater que dans ce type de régime les règles constitutionnelles n'ont pas nécessairement pour objet d'être respectées. Ainsi, les règles relatives à la liberté religieuse dans les Constitutions des pays de l'Est avant la remise en cause du communisme, ou les dispositions relatives aux libertés et aux droits de l'homme dans les dictatures d'Amérique du Sud ou d'ailleurs, n'ont pas été rédigées pour que leur effectivité soit garantie, mais seulement pour donner l'illusion qu'il s'agissait de régimes démocratiques. L'étude des relations entre légitimité, validité et effectivité devra donc être conduite au regard de ces distinctions.

La plus grande difficulté de la conception que nous proposons réside donc dans le fait que l'on considère que la Constitution reste la seule norme valide aussi longtemps qu'elle n'a pas été remplacée par une autre, mais que les décisions d'application de cette Constitution peuvent être contraires à ce texte tout en étant effectives, parce qu'elles sont officiellement regardées comme telles aussi longtemps qu'elles n'ont pas été annulées. La seule règle, c'est-à-dire le seul modèle juridiquement valide est la norme contenue dans le texte même de la Constitution. Les décisions d'application de cette norme n'ont pas, juridiquement, la valeur de modèles de conduite. Elles ne s'appliquent, elles ne sont regardées comme valides qu'aussi longtemps qu'elles n'ont pas été remplacées par des décisions contraires. Ainsi, la pratique de la règle, son effectivité et sa légitimité, n'ont pas de conséquences directes sur la règle elle-même. Elles ne peuvent influencer qu'indirectement sur la norme, en ce qu'elles peuvent compter parmi les raisons qui justifient sa révision.

Quant aux avantages de cette approche, ils nous paraissent nombreux. Le plus important est à notre point de vue la simplicité et la rigueur de cette analyse (sous la réserve que l'on vient de rappeler, relative au caractère discutabile du contenu de certaines règles). Dès lors qu'une Constitution est adoptée régulièrement, son contenu est, dans la plupart des cas, connaissable (ce qui n'est pas le cas dans les conceptions jusnaturaliste et réaliste, où le contenu des règles est soit indéfinissable, soit éminemment mouvant). Or cette sécurité juridique nous semble absolument indispensable à tout Etat de Droit démocratique. Enfin et surtout, cette conception permet d'analyser non seulement le contenu, mais aussi le fonctionnement des règles constitutionnelles. En distinguant la norme constitutionnelle de sa légitimité et de son effectivité, on refuse d'assimiler par principe le droit à la force du droit, ou le droit à la justice. On estime qu'un droit peut être injuste, et/ou non conforme à l'idée que la majorité du peuple se fait de ce que doivent être les règles. Or, justement parce que l'on établit cette distinction, on pourra étudier les raisons qui rendent cet écart possible, et donc tenter de le réduire pour que le principe de la démocratie selon lequel le gouvernement doit être assuré par le peuple et pour le peuple ne reste pas une pure théorie. Si l'on veut pouvoir réduire les écarts entre la règle et la légitimité de la règle, entre la Constitution et la pratique de la Constitution, il est indispensable de commencer par distinguer ces notions et établir les rapports qui existent entre elles. Nous n'avons pu ici que suggérer des pistes de recherches pour orienter l'analyse du droit constitutionnel sur la question de l'effectivité des normes. Sans doute les éléments de réflexion que nous avons proposés sont-ils trop souvent imprécis, mais nous espérons avoir montré tout l'intérêt qu'il y aurait à poursuivre de telles recherches, malgré les obstacles qui semblaient s'y opposer.

## **Titre II A L'ISSUE DE L'EPREUVE, RENFORCER**

### **L'EFFECTIVITE DE LA CONSTUTION**

L'enseignement majeur de la cohabitation est que les changements de pratique institutionnelle observés depuis 1958 ne s'expliquent pas par la modification de la Constitution elle-même, mais par la relativité de son effectivité (du moins dans la conception formaliste-systémiste que nous proposons). Or, l'effectivité de la Constitution de la Ve République a été moyenne entre 1958 et 1962, faible entre 1962 et 1986, nettement renforcée durant la cohabitation, et elle est restée assez importante depuis 1988. Quels peuvent être les moyens de renforcer l'effectivité de la Constitution ? Cela dépend évidemment des causes de son ineffectivité. Pour traiter cette question de manière exhaustive, il serait nécessaire d'étudier toutes les combinaisons de facteurs constitutionnels et extra-constitutionnels que nous avons évoqués. On pourrait sans doute analyser de manière systématique tous les rapports d'équilibre que nous avons évoqués, et essayer de prévoir les effets potentiels de la modification de chaque facteur, et de plusieurs facteurs combinés. Il n'est pas possible de conduire des recherches aussi approfondies dans le cadre limité de cette étude. Nous préférons donc restreindre ces développements à l'analyse des conséquences potentielles majeures des principales solutions qui ont été proposées pour résoudre le problème de la cohabitation et pour renforcer l'effectivité de la Constitution.

Nous avons pu considérer que l'effectivité d'une Constitution dépend de la combinaison entre le régime politique qu'elle instaure et le système de variables déterminantes. L'ineffectivité relative de la Constitution entre 1962 et 1986 s'expliquait surtout par le fait que la soumission de la majorité parlementaire au Président de la République contribuait à renforcer sa légitimité, donc sa force, et sa " marge de manoeuvre " par rapport à la Constitution. Le déséquilibre des pouvoirs au profit du Président de la République s'expliquait donc par le fait que la combinaison entre la Constitution et le système dans lequel elle s'inscrivait favorisait les " excès de pouvoir " du Président de la République. Durant la coexistence, la Constitution a, au contraire, fonctionné dans un système qui a considérablement affaibli l'autorité présidentielle. La coexistence est en effet la situation dans laquelle chacun, du pouvoir majoritaire et du pouvoir d'opposition, du Président de la République et du Premier ministre ainsi que des parlementaires, a intérêt à contraindre l'autre au respect de la règle. C'est aussi le système dans lequel chaque pouvoir est le mieux armé pour obliger l'autre à se soumettre aux règles constitutionnelles. Et pourtant, même dans cette situation extrême, l'effectivité de la Constitution n'a pas été totale.

Or, cette ineffectivité relative peut s'expliquer par des facteurs inhérents au système de variables déterminantes. Nous avons constaté par exemple que la situation des gouvernants, la pratique antérieure (qui influait sur la légitimité de la Constitution), la structure politique (faiblesse de la majorité...), et certains éléments du contexte global (contexte social etc..) contribuaient à expliquer que le retour au texte de la Constitution n'ait pas été aussi important qu'on aurait pu l'imaginer.

Mais, justement, le fait que ces facteurs puissent avoir une telle influence sur l'effectivité de la Constitution ne montre-t-il pas certaines insuffisances de la Constitution elle-même ? Si l'effectivité de la Constitution est tellement variable, n'est-ce pas parce que sa cohérence n'est pas suffisante pour garantir le respect des règles constitutionnelles dans n'importe quel contexte ? On peut donc considérer que l'ineffectivité relative de la Constitution dans un contexte où elle aurait dû être beaucoup plus importante, révèle certaines faiblesses de la Constitution. Dès lors, et aussi paradoxal que cela puisse paraître, on ne pourra garantir l'effectivité de la Constitution que si on la révisé, de manière plus ou moins importante. Ces insuffisances de la Constitution peuvent tenir à l'organisation des pouvoirs législatif et "exécutif", dont les armes, ou la légitimité sont peut-être déséquilibrés. Ainsi, certains ont-ils proposé une révision de la Constitution, qui peut consister soit en un changement de régime, soit en des aménagements au régime existant ( Chapitre I ). Mais on peut aussi estimer que l'ineffectivité relative de la Constitution s'explique surtout par le fait que, si le régime est correctement organisé, la garantie juridictionnelle de son fonctionnement est insuffisante. On observe en effet que la plupart des violations de la Constitution sont le fait non pas des parlementaires (puisque les lois sont soumises au contrôle de

constitutionnalité), mais du Président de la République ou du Premier ministre, dont les actes ne sont soumis à aucun contrôle de légalité lorsqu'ils sont considérés par le Conseil d'Etat comme des actes de Gouvernement. La seule révision constitutionnelle qui serait dès lors nécessaire pour assurer l'effectivité de la Constitution du 4 octobre 1958 serait peut-être alors l'extension des compétences du Conseil constitutionnel, pour qu'il puisse contrôler la constitutionnalité de ces actes. Une telle réforme se heurterait à de nombreux obstacles, elle comporterait des limites et des inconvénients, et elle nécessiterait une véritable remise en cause de notre conception des règles constitutionnelles. Notre objectif est surtout de démontrer qu'il est peut-être inutile ou vain de modifier l'organisation des pouvoirs publics constitutionnels, si l'on n'instaure pas les moyens de garantir cette répartition des pouvoirs, si l'on continue à considérer que la politique doit échapper au droit, comme on le faisait au siècle dernier en droit administratif ( chapitre II ).

## **Chapitre I VERS UNE REVISION GENERALE DE LA CONSTITUTION ?**

L'évolution des propositions de révision de la Constitution est assez instructive. Avant la cohabitation, et en particulier durant les premières années de la Ve République, on observait trois grandes catégories de propositions de révision de la Constitution. Celles qui venaient de la gauche hostile au régime tendaient à un changement total du régime. Quand à celles qui émanaient de personnalités plus proches des gouvernants, elles se partageaient elles-mêmes en deux sous-catégories. Constatant l'écart entre le texte et la pratique constitutionnelle, les parlementaires

réagissaient de deux manières opposées. Pour les uns, il fallait réviser la Constitution pour aligner le fait sur le droit. Il s'agissait de garantir la soumission de la pratique à la Constitution, en précisant, par exemple, que le Président de la République était bien tenu de convoquer le Parlement en session extraordinaire lorsque la demande lui en était régulièrement présentée. Pour les autres, au contraire, il fallait garantir l'effectivité non pas du texte constitutionnel, mais de sa pratique. Pour réduire l'écart entre règle et pratique, il fallait donc réviser la Constitution pour que son texte corresponde au fonctionnement réel des institutions. Voulant aligner le droit sur le fait, certains préconisaient donc la révision de la Constitution dans un sens plus présidentialiste (réduction du mandat présidentiel, ou même adoption d'un régime présidentiel).

Au fil des années, le révisionnisme constitutionnel est allé se réduisant en peau de chagrin. L'adhésion de la gauche aux institutions et le renforcement de l'effectivité de la Constitution durant la cohabitation, ont sans doute largement contribué à la diminution des propositions de révision de la Constitution. Il est en effet une loi selon laquelle le révisionnisme des hommes ou des partis tend à disparaître lorsqu'ils sont au pouvoir. Mais, en même temps, la cohabitation a montré les faiblesses de la Constitution. Aussi, certains préconisent-ils une révision de certaines de ses dispositions, qui devrait en particulier permettre soit d'éviter une nouvelle coexistence, soit d'en faciliter le déroulement. D'autres préféreraient que l'on change complètement de régime.

Observons tout d'abord qu'il n'est pas toujours facile de savoir à partir de quelles modifications le régime est remis en cause. S'il est évident qu'il y a bien changement de régime lorsque l'on remplace un régime parlementaire par un régime présidentiel, par contre, il est possible de rester dans le cadre d'un régime parlementaire, tout en modifiant tellement profondément les institutions que l'on doit considérer qu'on instaure de nouvelles institutions<sup>1</sup>. L'appréciation du degré de révision de la Constitution à partir duquel il y a changement de régime est donc discutable et relative, elle dépend des critères pris en compte, par exemple pour la classifications des régimes. Nous n'envisagerons pas ici toutes les révisions concevables de la Constitution de la Ve République, mais seulement celles qui sont les plus marquantes au regard de la question de l'effectivité de la Constitution et du problème de la cohabitation. C'est pourquoi nous n'étudierons pas les projets ou propositions de révision de la Constitution relatifs, par exemple, à l'extension des pouvoirs du Parlement, ou à la question de la modification de l'article 11 de la

---

<sup>1</sup> Observons par exemple que les membres du parti républicains proposant certaines modifications de la Constitution de 1958 (nouvelle rédaction du préambule, réduction du mandat présidentiel, aménagements de la procédure législative etc..) s'interrogent pour savoir s'ils doivent parler de " nouvelle Ve République ", ou bien de VIe République (cf. LE Monde 18-19/2/1987).

Constitution, car ces aspects ne concernent notre sujet que de manière secondaire<sup>2</sup>. Par ailleurs, nous n'aborderons les idées de révision qui sont relatives au Conseil constitutionnel que dans le second chapitre, consacré aux garanties juridictionnelles de l'effectivité de la Constitution.

Interrogé à la fin de la cohabitation, le Président de la République observait combien il est difficile d'assurer un fonctionnement équilibré des institutions et envisageait deux solutions<sup>3</sup>. Si l'équilibre des pouvoirs " se révélait, à l'usage, trop instable, il serait impossible d'éluder la question " du changement de régime ( S. I ). Mais le chef de l'Etat estime que l'on pourrait dans un premier temps, essayer de rétablir cet équilibre dans le cadre des institutions existantes, quitte à les aménager, en précisant certaines dispositions de la Constitution ou en réduisant à cinq ans le mandat présidentiel ( S II).

## Section I L'OPTION DU CHANGEMENT DE REGIME

Tandis que fleurissaient les plaidoyers pour la Ve République, tandis que la gauche s'était largement ralliée au régime, tandis que les institutions avaient résisté à l'épreuve du feu, que chacun se félicitait de leur souplesse et de leur solidité, on aurait pu croire que nul ne songerait à remettre en cause une Constitution plébiscitée par les français<sup>4</sup>. Mais, justement parce que la cohabitation a montré que la Ve République n'était pas celle que l'on croyait, n'était pas un régime où le Président de la République

---

<sup>2</sup> Une révision de l'article 11 de la Constitution ne serait pas sans incidences sur une éventuelle nouvelle coexistence (puisque le référendum pourrait être un moyen, pour le Président de la République, de renforcer sa légitimité face à l'Assemblée), mais on peut tout de même la regarder comme secondaire par rapport aux révisions que nous évoquerons.

<sup>3</sup> F. MITTERRAND, entretien avec O. DUHAMEL, *Sur les institutions*, Pouvoirs n° 45, 1988, p. 135 et 137.

<sup>4</sup> Les sondages montrent nettement que la Constitution de la Ve République a la faveur des français (cf. supra).



domine et façonne tous les pouvoirs, mais un régime parlementaire moniste dans lequel le chef de l'Etat dispose de pouvoirs propres pour assurer sa mission d'arbitre et de garant des institutions; certains s'inquiètent de cette évolution qui porte atteinte à la fonction présidentielle, et/ou redoutent une nouvelle cohabitation, et proposent un changement de régime. Interrogé sur la nécessité de supprimer la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement pour que ce dernier puisse, à l'image des Etats-Unis, remplir son rôle de législateur et de contrôleur en toute indépendance, M. Mitterrand ne se montre pas très favorable à l'instauration du régime présidentiel en France : " il présente les avantages (...) cités, mais aussi de graves inconvénients. Je ne le crois pas adapté à nos traditions et à nos façons de penser. Mais " si l'équilibre que je souhaite (dans le régime actuel) se révélait, à l'usage, trop instable, il serait impossible d'éviter la question " <sup>5</sup>. Il exclut néanmoins dans ce cas, l'instauration d'une vice-présidence de la République.

Hantés, peut-être, par le souvenir des échecs des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> République, fascinés, sans doute, par le modèle américain, certains proposent aujourd'hui avec Madame Weil que l'on dote la France d'un régime présidentiel ( I ). D'autres, moins nombreux, vont chercher outre-Manche ou dans leur imagination un modèle de régime parlementaire, c'est-à-dire d'un régime dans lequel le Gouvernement est responsable devant le Parlement, qui conviendrait à la France que son régime parlementaire actuel, et lui éviterait de revivre la coexistence ( II ).

## I L'HYPOTHESE DU REGIME PRESIDENTIEL

" C'est un axiome établi en Europe, qu'un roi constitutionnel ne peut gouverner, quand l'opinion des chambres ne s'accorde pas avec la sienne. On a vu plusieurs présidents des Etats-Unis perdre l'appui de la majorité dans le corps législatif, sans être obligés d'abandonner le pouvoir, ni sans qu'il en résultât pour la société un grand mal. J'ai entendu citer ce fait pour prouver l'indépendance et la force du pouvoir exécutif en Amérique. Il suffit de réfléchir quelques instants pour y voir, au contraire,

<sup>5</sup> Entretien avec O. DUHAMEL, Sur les institutions, Pouvoirs, n° 45, 1988, p.137

la preuve de son impuissance. Un roi d'Europe a besoin d'obtenir l'appui du corps législatif pour remplir sa tâche que la Constitution lui impose, parce que cette tâche est immense. (...) En Amérique, le président ne peut empêcher la formation des lois; il ne saurait se soustraire à l'obligation de les exécuter. (...) Dans tout ce qu'il fait d'essentiel, on le soumet directement ou indirectement à la législature; où il est entièrement dépendant d'elle, il ne peut presque rien. C'est donc sa faiblesse, et non sa force, qui lui permet de vivre en opposition avec le pouvoir législatif "<sup>6</sup>. Comment reconnaître, derrière ce tableau brossé par Tocqueville il y a un siècle et demi, le régime des Etats-Unis, si souvent décrit comme celui de la toute-puissance présidentielle ou, au mieux, de l'équilibre des pouvoirs ? Seuls Les Etats-Unis connaissent actuellement un véritable régime présidentiel, traditionnellement caractérisé comme celui dans lequel l'exécutif, confié tout entier à un Président élu par le peuple, ne peut pas dissoudre le législatif et n'est pas responsable devant lui. Amendé, sans doute, le texte n'a pourtant pas été fondamentalement remanié depuis cette analyse de la démocratie en Amérique. Face à cette contradiction entre une Constitution qui organise un régime dans lequel le Président dispose de fort peu de pouvoirs, et le fonctionnement actuel de ces institutions, Stéphane Rials constate qu'il existe en réalité un mouvement pendulaire entre la pratique d'un régime " congressionnel ", et celle d'un régime " présidentiel "<sup>7</sup>. Il analyse les éléments qui déterminent l'écart entre la lettre de la Constitution et son interprétation, éléments que nous avons classés dans le " système de variables déterminantes ", à savoir la légitimité et la personnalité des gouvernants (du Président surtout), les éléments tenant au " contexte général ", c'est-à-dire " les habitudes mentales, tout comme la situation économique et diplomatique (dont la dégradation joue en faveur du Président), et aussi la structure politique, (mode de scrutin, organisation des partis), en particulier les rapports du Président avec la majorité. Ainsi, aux Etats-Unis comme en France, la relativité de l'effectivité de la Constitution varie selon l'évolution des rapports entre le régime politique et le système de variables déterminantes, dans lesquels la situation du Président face au pouvoir législatif a une influence majeure.

<sup>6</sup> A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, vol. I (publié en 1835), 1ère partie, chap. VIII, Pourquoi le Président des Etats-Unis n'a pas besoin, pour diriger les affaires, d'avoir la majorité dans les chambres, Flammarion, 1981, p. 199. En 1883, Woodrow WILSON soulignait l'écart entre un texte prévoyant l'équilibre des pouvoirs, et une pratique caractérisée par la prééminence du Congrès, qui se traduit par un " gouvernement congressionnel " (Cf. A. de Laubadère, *Le renforcement du pouvoir politique et la formule du gouvernement présidentiel*, dans *Refaites une Constitution*, La jeune Parque, 1946 d, p. 189-204, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ 1980, p. 317-331).

<sup>7</sup> S. RIALS, Régime " congressionnel " ou régime " présidentiel " ? Les leçons de l'histoire américaine, *Pouvoirs*, n° 29, 1984, p. 35-47. Cf. aussi A. de LAUBADERE, art. préc., pour qui " l'équilibre parfait des forces a fait place à un régime de primauté de l'un des pouvoirs; or, l'agencement des institutions n'ayant pas été conçu en vue d'une pareille primauté, celle-ci risque de s'affirmer dans une atmosphère trouble parce qu'elle n'est pas munie de procédés techniques de réalisation " (p.326).

A la lumière de ces leçons, on peut donc être un peu surpris de voir certains hommes politiques suggérer l'adoption d'un régime présidentiel au motif qu'il permettrait de garantir l'efficacité présidentielle ou l'équilibre des pouvoirs, quelle que soit la conjoncture politique ( A ). Non seulement le régime présidentiel ne permet pas d'éviter la cohabitation, mais il contraint les gouvernants à l'accepter, puisqu'il est alors impossible de faire appel à l'arbitrage du peuple. Si ce régime peut fonctionner sans trop de crises graves aux Etats-Unis, c'est parce qu'il existe dans ce pays des facteurs du " système de variables déterminantes " qui le rendent possible, et en particulier le caractère fédéral du régime, la structure des partis politiques, l'esprit de compromis. Dès lors, comment l'adapter en France ? Deux éléments nous amèneront à nuancer une position de rejet : l'évolution des mentalités depuis la cohabitation, et la possibilité de quelques aménagements à ce régime, qui permettraient de le rendre moins incompatible avec le contexte français ( B ).

#### **A LES ATTRAITS DU REGIME PRESIDENTIEL : DERRIERE LE MYTHE, UNE EFFECTIVITE VARIABLE.**

Pourquoi vouloir adopter un régime présidentiel en France ? L'évolution des réponses à cette question est assez révélatrice.

Avant la Ve République, des François Luchaire<sup>8</sup>, Georges Vedel<sup>9</sup>, ou Georges Lavau<sup>10</sup> pensaient que l'adoption d'un régime présidentiel, adapté à la France<sup>11</sup>, serait le meilleur moyen d'en finir avec les errements d'un régime parlementaire

<sup>8</sup> Dans l'ouvrage collectif, *Refaites une Constitution*, La jeune Parquet, 1946, F. LUCHAIRE prônait l'adoption de ce régime en France, soulignant qu'il ne conduit pas nécessairement à la prépondérance du Président, mais garantit l'indépendance des pouvoirs.

<sup>9</sup> G. VEDEL, Articles publiés dans l'hebdomadaire " *Demain* ", entre janvier et juin 1956, cf. revue " *Banque et bourse* ", mai 1956 (cité par C. ZORGBIBRE, op. préc., p. 138; Cf. aussi ASFP, *Entretiens du samedi* n° 1, fév. 1964

<sup>10</sup> G. LAVAU, *De quelques causes de la crise politique en France*, Christianisme social, janv.-fév. 1956, cité par C. ZORGBIBRE, op. préc., p. 138.

<sup>11</sup> Cf. infra. n° 236.

décidément incompatible avec le tempérament national et les impératifs d'un Etat moderne.

Mais le Général de Gaulle l'écarta catégoriquement. Pour de nombreuses raisons, pas toutes très avouables, dont certaines étaient très liées à la conjoncture, et d'autres plus profondes. Parmi les raisons conjoncturelles, rappelons d'abord qu'un des problèmes majeurs de la France était alors celui de l'organisation de la communauté. L'adoption du régime présidentiel aurait supposé l'élection au suffrage universel direct du Président par tous les citoyens de la communauté<sup>12</sup>. Michel Debré n'hésita pas à affirmer, dans une conception de l'égalité qui paraît discutable et semble, pour le moins, oublieuse de ce qu'était la France à l'heure de la Révolution : " Envisage-t-on un corps électoral comprenant universellement, tous les hommes, toutes les femmes de la France métropolitaine, de l'Algérie, de l'Afrique noire, de Madagascar, Des îles du pacifique ? Cela ne serait pas raisonnable et serait gravement de nature à nuire à l'unité de l'ensemble comme à la considération que l'on doit au chef de l'Etat " <sup>13</sup>. Autre élément, à la fois conjoncturel et plus profond, le Général de Gaulle soulignait le lien très étroit qui doit exister entre le Président et les partis dans le régime présidentiel. Or chacun sait que le mépris du général à l'égard des partis n'avait d'égal que la haine qu'il leur vouait. Comment aurait-il pu établir le régime et sa propre légitimité sur des accords et des marchandages avec les partis, lui qui les avait tant condamnés ? Et puis, tout permet de penser que le Général avait bien compris que les professeurs de droit, en voulant enfermer les régimes dans des modèles, entendaient assurer la limitation des pouvoirs, et en particulier du pouvoir du chef de l'Etat. En prétendant sortir de ces cadres condamnés pour leur rigidité, de Gaulle permettait au Président de la République d'échapper aux limitations que lui impose le pouvoir législatif aussi bien dans le régime présidentiel que dans le régime parlementaire. Et l'histoire prouva qu'il avait vu juste, puisqu'il put s'arroger presque autant de pouvoir qu'il le souhaitait. Raisons plus profondes enfin, de Gaulle voulait donner à la France un régime qui eût la légitimité et la stabilité de la monarchie, mais dans le cadre d'institutions républicaines. Il souhaitait que le pouvoir du " roi " soit fondé sur la volonté populaire, et non sur celle des partis ou des parlementaires. Il fut un " roi " élu. Disgrâcié, il se déchut.

Constatant, en 1962, la dérive incontrôlable des pouvoirs présidentiels dans ce curieux régime parlementaire, de nombreux hommes politiques ou représentants de la doctrine en appelèrent au régime présidentiel pour rétablir l'équilibre des pouvoirs. On voyait dans ce régime une possibilité de faire renaître de ses cendres le Parlement

<sup>12</sup> Ces éléments sont apparus, à mots plus ou moins couverts, dans les rapports qui ont été faits par les " témoins ", lors du colloque sur l'écriture de la Constitution, à l'occasion de son XXXe anniversaire, Aix-en-Provence, 1988.

<sup>13</sup> M. DEBRE, Discours au Conseil d'Etat du 27 août 1958.

agonisant. Ainsi, le peuple aurait-il choisi directement le chef de l'Etat et la politique à suivre, mais la puissance présidentielle aurait été limitée par un pouvoir redevenu législatif.

Au fil du temps, on préconisa avec Jacques Duhamel une " trêve constitutionnelle " <sup>14</sup>, et chacun songea à s'adapter au régime, plutôt que d'adapter les régimes à ses idées, et l'on ne parlait plus de régime présidentiel. Jusqu'au jour de l'épreuve.

Lorsque, en 1985, s'approche l'heure de vérité des institutions, chacun redoute qu'elles ne s'effondrent, et l'on en appelle à nouveau au régime présidentiel. A gauche, Jean-Pierre Chevènement dit qu' " il se battra pour qu'on aille vers un régime présidentiel " <sup>15</sup>. A droite, François Léotard rivalise avec lui pour vanter les mérites de ce régime <sup>16</sup>. Mais la cohabitation est là, et il faut bien la vivre dans le cadre des institutions existantes, puisque l'on redoute une crise à chaque instant, et que le Premier ministre s'est montré résolument hostile à toute remise en cause de l'héritage gaullien.

A l'issue de l'épreuve, revient, lancinante, la question de l'adoption du régime présidentiel. On lui prête deux vertus majeures : il permettrait de rétablir à la fois l'autorité d'un Président choisi et contrôlé par le peuple ( 1 ), et l'équilibre entre les pouvoirs ( 2 ).

### 1 ) La garantie d'un pouvoir démocratique et efficace ?

Constatant la réduction des pouvoirs présidentiels en cas de cohabitation, certains voient dans le régime présidentiel la possibilité offerte au peuple de choisir et de contrôler la politique conduite par un homme, le Président. Séduisant par sa simplicité et son efficacité ( a ), le régime présidentiel est pourtant d'une effectivité variable en fonction, justement, de la situation du Président par rapport à la majorité ( b ).

---

<sup>14</sup> Pour J. DUHAMEL, alors, " quelque hybride qu'elle fût et déformée qu'elle soit, il faudra maintenir la Constitution en vigueur, parce qu'elle est en vigueur " ( cité par C. ZORGBIBE, op. préc., p. 140 ).

<sup>15</sup> Le quotidien de Paris, 12 avril 1985 ( ibid ).

<sup>16</sup> Entretien à Questions à domicile, TF 1, 27 juin 1985.

## a) Un modèle simple et efficace ?

**230** L'image qu'ont les citoyens français du régime présidentiel est souvent très simple, pour ne pas dire simpliste. Le Président, choisi par le peuple (indirectement en droit, directement en fait aux Etats-Unis), déterminerait seul la politique de l'Etat fédéral. L'absence de Gouvernement responsable devant le Parlement, et le système des dépouilles lui garantissant la maîtrise de toute l'administration. De plus, la brièveté de son mandat permettrait au peuple de contrôler cette politique, tous les cinq ans.

Il est vrai que cette vision a parfois été donnée par les gouvernants français eux-mêmes, par exemple par Michel Debré, lorsqu'il expliqua, dans son discours au Conseil d'Etat pour présenter la Constitution, que l'on ne pouvait adopter ce régime en France <sup>17</sup> : Le régime présidentiel est la forme de régime démocratique qui est à l'opposé du régime d'Assemblée. Sa marque est faite de l'importance du pouvoir donné en droit et en fait à un chef d'Etat élu au suffrage universel. (...) Les qualités du régime présidentiel sont évidentes. L'Etat a un chef, la démocratie un pouvoir et la tentation est grande, après avoir pâti de l'anarchie et de l'impuissance, résultats d'un régime conventionnel, de chercher refuge dans l'ordre et l'autorité du régime présidentiel ".

On oublie dans cette caricature (caricature non pas de la Constitution américaine, mais de sa pratique) tous les freins organisés par le régime américain : les prérogatives très importantes du Congrès, les pouvoirs considérables des Etats-membres, l'indépendance croissante des agences fédérales, l'influence des groupes de pression etc..., tous ces éléments dont les rapports sont la base même de la démocratie américaine : le compromis.

Mais on oublie surtout que les pouvoirs présidentiels varient considérablement selon la conjoncture politique.

## b) Des pratiques variables

**231** Relevons, avec André de Laubadère, que " l'emploi, par les divers observateurs de la vie publique américaine, des expressions : " gouvernement présidentiel ", " gouvernement congressionnel ", " gouvernement des juges ", montre bien, que c'est, selon les époques et la fortune des mouvements politiques, tantôt vers

<sup>17</sup> M. DEBRE, discours devant le Conseil d'Etat, le 27 août 1958, Cf. D. MAUS, textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République, D.F., préc.

l'un, tantôt vers l'autre des pouvoirs de l'Etat que s'est portée la prédominance politique<sup>18</sup>.

En fait, tout comme sous la Ve République, le pouvoir présidentiel varie dans une mesure considérable selon la position du Président par rapport à la majorité du Congrès<sup>19</sup>. L'ampleur de ces variations est cependant moindre aux Etats-Unis qu'en France, puisque les oppositions entre les idées politiques sont beaucoup moins tranchées, et du fait de la structure très souple, et du fonctionnement très indiscipliné, des partis. Sans doute, depuis quelques années, la pratique des institutions américaines permet-elle au Président d'exercer un pouvoir considérable, mais il faut souligner avec Stéphane Rials que " si le soutien populaire au Président s'estompe durablement, ou si ce dernier commet trop d'erreurs dans le maniement des chambres, la lettre de la Constitution peut reprendre à tout moment une certaine acuité " <sup>20</sup>.

La pratique des institutions américaine est actuellement beaucoup plus légitime que la lettre de la Constitution, mais, pas plus qu'en France, cette situation n'est figée, puisqu'il existe des rapports dynamiques entre norme, image de la norme et pratique. Si " des habitudes mentales ont été prises qui demeurent à l'état d'un capital historique favorable au Leadership présidentiel " <sup>21</sup>, tout comme en France durant la cohabitation, ces habitudes pourraient être remises en cause. De nouvelles pratiques donneraient lieu à de nouvelles images, à une nouvelle légitimité, qui influencerait à son tour sur l'effectivité etc... On observe d'ailleurs un mouvement revendiquant une interprétation de la Constitution selon la volonté de ses rédacteurs<sup>22</sup>. Il ne faut pas perdre de vue le fait que dans les deux cas de l'histoire des Etats-Unis où l'on a tenté de mettre en jeu la responsabilité du chef de l'Etat pour haute trahison, on se trouvait dans une situation de cohabitation<sup>23</sup>.

Ainsi, le régime présidentiel ne permet-il pas de garantir, du moins tel qu'il existe aux Etats-Unis, l'effectivité de la Constitution, ni la pérennité d'une pratique qui lui est contraire. La différence majeure avec les institutions françaises se situe surtout dans le fait que les mandats du Président et des membres de la chambre de représentants étant beaucoup plus brefs qu'en France, le peuple intervient beaucoup plus fréquemment dans ces rapports. Mais c'est surtout dans l'équilibre des pouvoirs que se trouve l'avantage des institutions américaines par rapport au régime français.

<sup>18</sup> A. de LAUBADERE, *Le renforcement du pouvoir politique et la formule du gouvernement présidentiel*, préc., p. 325.

<sup>19</sup> Cf. S. RIALS, art. préc.

<sup>20</sup> S. RIALS, art. préc., p. 47.

<sup>21</sup> S. RIALS, art. préc., p. 46

<sup>22</sup> Cf. *Supra*.

<sup>23</sup> cf. *supra*, introduction, et n° 116 à 119

## 2 ) La recherche de l'équilibre des pouvoirs

L'avantage majeur de l'adoption d'un régime présidentiel en France serait de rendre possible un rééquilibrage des pouvoirs, au profit du législatif mais aussi de la puissance juridictionnelle ( a ). Mais, là encore, il convient de rester prudent, en constatant que ce équilibre est très instable. En fait, " l'expérience politique montre que cet état d'égalité juridique, qui est l'âme du régime, n'est guère qu'une vue de l'esprit. Dans la pratique, l'un des pouvoirs acquiert facilement une certaine primauté politique, le centre de gravité du système se porte inmanquablement sur l'un des organes "24. Si ces changements d'équilibre peuvent se faire sans crise majeure aux Etats-Unis, cela est largement dû à la souplesse des partis américains. Or il ne semble pas que le système des partis français soit très compatible avec ce type de régime ( b ).

### a ) Vers la renaissance des pouvoirs législatif et juridictionnel ?

**232** La crainte de retourner aux errements des IIIe et IV Républiques a été tellement forte en 1958, que l'on a sombré dans l'excès inverse en mettant la Parlement sous la tutelle de l'exécutif. Mais nous avons constaté que c'est surtout l'influence de la pratique gaullienne, et la combinaison des règles de rationalisation du régime parlementaire avec la structure du régime politique, qui ont induit ces abus. Aux Etats-Unis, au contraire, " les prérogatives du Congrès sont écrasantes " 25. Seul maître de la procédure législative, il est libre d'accéder ou non aux désirs du Président, il peut surmonter ses vetos, contrôler l'administration par ses commissions puissantes, le Sénat peut bloquer des nominations, refuser de ratifier des traités... Alors qu'en France on peut considérer avec Pierre Avril que le pouvoir législatif a été transféré au Gouvernement, les chambres ne conservant guère qu'un droit de veto<sup>26</sup>, aux Etats-Unis, le pouvoir législatif est resté digne de ce nom, même s'il consent au Président

<sup>24</sup> A. de LAUBADERE, art. préc., p. 324.

<sup>25</sup> S. RIALS, art. préc., p. 45.

<sup>26</sup> P. AVRIL, La séparation des pouvoirs aujourd'hui, rapport au colloque 1789 et l'invention de la Constitution, AFSP, Paris é-4 mars 1989.



une grande latitude d'action. C'est pourquoi la plupart des propositions d'instauration du régime présidentiel en France sont motivées notamment par la renaissance du pouvoir législatif qu'elle permettrait<sup>27</sup>. Si l'on en croit Maurice Faure, " un régime présidentiel véritable est le seul moyen de rendre au Parlement son rôle de contrôle efficace...de conserver dans les Assemblées des moyens assez puissants pour contraindre un Président de la République, élu au suffrage universel, à céder ou à composer " <sup>28</sup>. Si le régime Présidentiel a été écarté par le Général en 1958, c'était, en grande partie, parce qu'il donnait des pouvoirs beaucoup trop importants - à son goût - au législatif. René Capitant ne le rejetait-il pas en lançant : " en nous poussant vers le régime présidentiel, on a toutes les chances de nous ramener vers un authentique gouvernement d'assemblée " ? <sup>29</sup>.

Il en est de même du pouvoir juridictionnel. Si, comme l'a montré Pierre Vialle<sup>30</sup>, la Cour Suprême des Etats-Unis n'est certainement pas le " Gouvernement des juges " dénoncé en France<sup>31</sup>, le pouvoir juridictionnel a dans ce pays une influence capitale sur la régulation des pouvoirs constitutionnels <sup>32</sup>. Comme le montrent souvent les propositions de révision de la Constitution en vue de l'adoption, en France, d'un régime présidentiel, ce serait peut-être l'occasion d'instaurer, comme le suggérait la gauche dans le programme commun en 1972, une véritable Cour Suprême. Nous examinerons plus loin cette questions, relevons seulement ici que l'équilibre entre ces pouvoirs aux Etats-Unis demeure cependant variable selon le contexte politique, et surtout n'est possible que grâce à la structure et au fonctionnement des partis américains.

<sup>27</sup> Pour un répertoire de ces propositions, cf. C. MARQUEZ, op. préc., ou, de manière plus synthétique, C. ZORGBIBE, op. préc., p. 139. Parmi les personnalités qui se sont prononcées en ce sens entre 1960 et 1962, il cite P. Marcihacy, P. Pflimlin, B. JEANNEAU, M. Faure, G. Monnerville, A. Chandernagor, G. Defferre, A. Conte, P. Coste-Floret, R. Hersant.

<sup>28</sup> M. FAURE, RPP, oct. 1962, cité par C. ZORGBIBE, op. préc., p. 140.

<sup>29</sup> R. CAPITANT, *Ecrits constitutionnels*, p. 372 et s., ed. du CNRS.

<sup>30</sup> P. VIALLE, *La Cour Suprême et la représentation politique aux Etats-Unis*, Thèse, 1972, LGDJ; et *Le Congrès, le Président et la politique étrangère*, RIDC, 1979.

<sup>31</sup> Se référant à l'étude de M. DAVIS qui démontre que cette expression qui n'est employée qu'en France, recouvre un véritable mythe, L. FAVOREU s'interroge sur ce que représente aujourd'hui cette notion, et montre l'évolution du sens donné à cette notion : on ne s'interroge plus tellement aujourd'hui sur l'existence ou la composition du Conseil constitutionnel, mais plutôt sur la manière dont il intervient pour mettre en oeuvre les normes constitutionnelles (ou les créer, dans une vision réaliste). (L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, préc., p.106 et s.

<sup>32</sup> Cf. infra, chap. II

b) Un régime fondé sur un système de partis très différent de celui de la France

233 Le Général de Gaulle redoutait par-dessus tout l'influence des partis dans le régime présidentiel, dénonçant ceux qui, " faisant contre mauvaise fortune bon coeur, font profession d'accepter un chef de l'Etat qui en soit un, mais à la condition que le Parlement soit, de son côté, érigé en citadelle inexpugnable où les partis retrouveraient leur empire et leur sûreté (...) Ainsi, allèguent ce néophytes, le Gouvernement serait concentré entre les mains d'un seul, ce qui obviendrait aux inconvénients d'une autorité divisée entre un Président et un Premier Ministre, tandis que le Parlement, se trouvant intangible, voterait, ou non, les lois et le budget comme il le jugerait bon. On ne saurait méconnaître qu'une Constitution de cette sorte a pu, jusqu'à présent, fonctionner cahin-caha aux Etats-Unis, c'est-à-dire dans un pays qui (...) comprend deux partis politiques seulement, lesquels ne sont opposés par rien d'essentiel sans aucun domaine : national, social, moral ou international (...). Mais, comment ce régime conviendrait-il à la nation française (...) où les multiples partis politiques, à l'exception de celui qui pousse au bouleversement, sont divisés et inconsistants ? " <sup>33</sup>. La structure des partis français a bien évolué depuis cette conférence de presse, oh combien célèbre, du 31 janvier 1964, dans laquelle le Général donnait une vision quelque peu schématique des institutions américaines. Sous les effets combinés du scrutin majoritaire, et de l'élection présidentielle, elle a évolué vers une bipolarisation très nette. Or, l'adoption du régime présidentiel agirait elle-même sur le régime des partis. Si, en même temps que ce régime, on adoptait le mode de scrutin qui en est un des éléments essentiels, c'est à dire le scrutin majoritaire à un tour, on aboutirait très probablement à un système bipartisan, à l'image des Etats-Unis ou de la Grande-Bretagne. C'est d'ailleurs, peut-être un des éléments qui incitent certains hommes politiques français à adopter ce régime, ou ce qui motive l'opposition des autres. Pour Gérard Collomb, par exemple, " le régime présidentiel gomme nécessairement le rôle des partis. Il les réduit à ne refléter que des intérêts particuliers sauf à courir le risque permanent d'un blocage institutionnel par conflit avec le Président. Le moment du choix décisif étant l'élection présidentielle, le Parti ne peut avoir d'existence qu'au travers de ses ou de son leader. Perdant toute fonction de réflexion et toute capacité de proposition, il n'a plus dès lors d'autre vocation de celle de machine électorale. (...) Ce serait catastrophique pour la gauche ..." <sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Conférence de presse du 31 janvier 1964, RDP 1964, p. 135. De GAULLE insite aussi sur les autres éléments que nous évoquerons plus tard, qui sont liés au caractère fédéral des Etats-Unis, à l'histoire et aux mentalités.

<sup>34</sup> G. COLLOMB, Une social-démocratie à la française ? RPP, Sept-oct. 1985, p. 16. L'auteur critique ceci l'idée d'adopter un régime présidentiel, suggérée par J.P. CHEVENEMENT dans Le pari sur l'intelligence, entretiens avec H. HAMON et P. ROTMAN, p. 279. Pour G. COLLOMB, les partis américains n'ont pas pour raison d'être la défense d'un projet de société, mais d'assurer la promotion d'hommes politiques. (id. p. 17).C.

Les auteurs qui s'interrogent sur l'adoption du régime présidentiel en France sont pratiquement unanimes à démontrer la spécificité de l'organisation et du fonctionnement des partis américains, qui contribuent à rendre ce système viable. En fait, si le nombre des partis est restreint par la force du système, il existe en réalité une très grande diversité au sein de ces organisations fédérales, à un tel point que Georges Vedel a pu considérer que la structure politique des Etats-Unis est celle du multipartisme, et qu'elle ne s'oppose donc pas fondamentalement à celle de la France<sup>35</sup>. Wilson, déjà, soulignait que les partis américains " ne sont homogènes que de nom; chacun tolère dans ses rangs des opinions très différentes et des aspirations très variées...Ils ressemblent à une armée sans officiers lancée dans une campagne sans avoir une grande cause à défendre; ce qui les retient ensemble ce sont leurs noms et leurs traditions, mais non leurs espérances, ni leur politique "<sup>36</sup>. L'absence de discipline de vote que l'on y observe avec étonnement en France s'explique aussi largement par la mentalité américaine, marquée par l'idée que la démocratie résulte de la recherche de la confrontation d'intérêts contraire et de la recherche du compromis. Or, c'est ce dernier élément, par dessus tout, qui rend la cohabitation viable aux Etats-Unis. Aussi, Jean-Claude Colliard pense-t-il que " dans la France fortement bipolarisée d'aujourd'hui il est probable que l'on irait tout droit, en cas de divergence entre les deux majorités, au blocage (à l'exemple du Chili d'Allende avec des partis très structurés), c'est-à-dire qu'il n'y aurait en réalité aucun progrès par rapport à la situation actuellement envisageable "<sup>37</sup>.

---

PIERRET souligne aussi que " la perspective présidentielle comme élection essentielle et déterminante modèlerait la structure des partis politiques. Ils seraient, du fait même de cette contrainte, obligés de ratisser large, abandonnant les querelles idéologiques pour se centrer sur l'essentiel. Ils seraient aussi plus fédérateurs et plus ouverts..." (C. PIERRET, Quel consensus pour un véritable régime présidentiel ? RPP, sept-oct. 1985, p. 12.

<sup>35</sup> Cité par C. ZORGBIBE, art. préc., p. 146.

<sup>36</sup> W. WILSON, op. préc., cité par A. de LAUBADERE, art. préc., p. 327.

<sup>37</sup> J.C. COLLIARD, intervention au Débat Propositions institutionnelles pour l'alternance en France, Pouvoirs n° 1, 1977, p. 118.

## B EVITER OU ORGANISER LA COHABITATION EN REGIME PRESIDENTIEL

On ne voit pas très bien pourquoi certains conçoivent le régime présidentiel comme un traitement préventif contre la cohabitation, un moyen de "gommer cette contradiction toujours possible dans le régime actuel entre majorité présidentielle et majorité législative"<sup>38</sup>. D'ailleurs, la première cohabitation de notre histoire ne s'est-elle pas déroulée dans le régime de séparation tranchée des pouvoirs qu'était la Constitution de 1791 ? Et n'est-ce pas, justement, parce que le conflit entre l'Assemblée et Monsieur Veto ne permettait pas de faire appel au peuple pour le trancher, que le Roi perdit la tête ? La seconde tentative d'introduction des institutions américaines en France, en 1848, échoua également à cause de l'opposition entre le Président et l'Assemblée, et ne trouva d'issue que dans le coup d'Etat du 2 décembre 1851. Le sort de Nixon fut moins tragique, mais avait un peu la même cause. On ne saurait donc admettre l'idée selon laquelle l'adoption d'un régime présidentiel en France permet d'éviter la cohabitation, à moins que l'on adopte des mécanismes particuliers pour garantir la concordance parfaite des mandats présidentiel et parlementaire ( 1 ). Par contre, l'évolution des moeurs ou des techniques juridique et de science politique permettrait peut-être de trouver quelques moyens d'en éviter les atténuer les inconvénients ( 2 ).

### 1 ) Un moyen d'éviter la cohabitation ?

Les situations de cohabitation aux Etats-Unis existent depuis longtemps, comme l'a montré Tocqueville, et sont assez fréquentes. L'adoption de type de régime ne

---

<sup>38</sup> G. COLLOMB critique cette conception, art. préc; p. 15. De nombreux auteurs rappellent que l'adoption du régime présidentiel n'exclut pas, par elle-même, le risque de cohabitation 'cf. notamment J.C. COLLIARD, J. FAUVET, B. JEANNEAU et F. LUCHAIRE, participation au débat Propositions institutionnelles pour l'alternance en France, Pouvoirs n° 1, 1977, préc., et certains estiment avec B. JEANNEAU que, non seulement " ce face à face institutionnalisé entre le chef de l'Etat et le Parlement (...) ne résoudrait rien, mais risquerait d'aggraver la situation " (p. 120), et ils se montrent très réservés face à la perspective de l'introduction de ce régime en France.

permettra donc pas de mettre à fin au risque d'une cohabitation ( a ) , à moins que l'on n'adopte en même temps une série de mécanismes garantissant d'une part la concordance des mandats et d'autre part une identité politique entre le Président et la majorité parlementaire ( b ).

a ) Un régime qui n'empêche pas, en lui-même, la cohabitation.

234 On fera valoir, bien sûr, qu'une cohabitation entre Président de la République et Premier ministre est impossible en régime présidentiel, puisqu'il n'y existe pas de Gouvernement responsable devant le Parlement, et donc pas de chef de Gouvernement, et puisque les ministres sont individuellement responsables devant le Président. Evidemment. Mais ce serait avoir une conception bien étriquée de la cohabitation que de s'arrêter à cette constatation. Le problème majeur de la coexistence est l'opposition entre le chef de l'Etat et la majorité du pouvoir législatif. Or, le régime présidentiel ne l'exclut pas du tout en lui-même. Néanmoins, son adoption faciliterait sans doute la mise en oeuvre de certains mécanismes propres à la rendre plus improbable ou à l'empêcher.

b ) Vers un " système anti-cohabitation " ?

235 Il sera extrêmement difficile d'empêcher toute cohabitation. Cela n'est pourtant pas totalement inconcevable si l'on se résigne à adopter des mécanismes dont certains ont été proposés et analysés par d'éminents professeurs de droit, et d'autres sont beaucoup plus nouveaux et devraient être étudiés de manière approfondie. Nous nous contenterons de les suggérer ici, car nous les analyserons dans le cadre de la section suivante.

Notons seulement qu'il conviendrait dans un premier temps de garantir la concordance des mandats présidentiel et parlementaire, en début de mandat - ce qui ne pose pas de problème majeur, puisqu'il suffirait de le prévoir dans la nouvelle Constitution - ; mais aussi dans le cas où l'un des mandats se terminerait prématurément. Il faudrait que lorsque l'un des mandats prend fin avant son terme normal (hypothèses de décès ou démission du Président, ou de démission en bloc de nombreux parlementaires), l'autre mandat s'achève en même temps, pour qu'il puisse y avoir à nouveau des élections généralisées. Nous verrons que l'on a pu proposer de

lier ainsi la dissolution à la démission pour résoudre les conflits entre les pouvoirs<sup>39</sup> Une solution plus simple consisterait en l'instauration d'une vice-présidence, qui permettrait de résoudre la quasi-totalité des problèmes (puisque en l'absence de droit de dissolution, il est pratiquement impossible - sauf situation tout à fait exceptionnelle - que le mandat des députés s'achève avant son terme normal).

Mais, même dans l'hypothèse où il y aurait une totale concordance des mandats, il n'est toujours pas certain que les citoyens élisent, dans un bref délai, voire le même jour, un Président et une majorité de même couleur politique. Signalons seulement ici que l'on peut imaginer un mécanisme permettant de remédier à cela, mais aucune étude pharmacologique n'a été faite pour savoir si ce remède ne risquerait pas d'être pire que le mal. Il modifierait sans doute tellement le régime présidentiel que l'on ignore dans quelle mesure il conserverait un réel intérêt.

Si l'on n'adopte pas ces " solutions-miracle " ou explosives, il faudra envisager comment peut se dérouler une cohabitation dans le cadre du régime présidentiel.

## **2 ) Le déroulement de la cohabitation en régime présidentiel : risques d'explosion, et aménagement de " soupapes de sécurité ".**

L'histoire nous a enseigné que le caractère dangereux de la cohabitation en régime présidentiel vient de ce qu'il n'y existe aucune possibilité d'appel à l'arbitrage du peuple. Or ceci est particulièrement inquiétant dans un pays où l'esprit de compromis n'est pas la vertu première - ou le défaut majeur selon l'idée que l'on s'en fait - de la classe politique ( a ). Aussi a-t-on pu imaginer des systèmes qui permettraient de tempérer cet inconvénient ( b ). Mais, là encore, le régime ainsi instauré pourrait ne plus avoir beaucoup de rapports avec celui des Etats-Unis. Cela n'est pas forcément gênant en soi, mais il faudra en tenir compte pour imaginer comment ce ou ces systèmes pourraient fonctionner.

---

<sup>39</sup> En particulier le Doyen VEDEL, cf. infra.

a) L'impossible appel au peuple : le compromis ou l'explosion

236 Dans un régime où ni le droit de dissolution, ni la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement<sup>40</sup>, ne peuvent permettre de faire appel au peuple en cas de conflit entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, ils sont contraints de vivre ensemble jusqu'au terme de leur mandat respectif.

La cohabitation n'est donc possible que s'il existe un consensus minimal d'abord sur les institutions, et ensuite sur l'orientation globale de la politique. Alors qu'un consensus de ce type paraissait impossible en France, la cohabitation a montré qu'il était concevable. Accord sur les institutions, dont chacun revendique la stricte application. Accord ensuite sur les grandes lignes de la politique étrangère et de la défense. Pourtant, on est encore bien loin d'imaginer M. Mitterrand déployant toute son énergie à demander aux députés de la majorité qui lui est hostile de voter les textes auxquels il est favorable. " Je reste assis toute la journée à essayer de persuader des gens de faire ce qu'ils devraient avoir le bon sens de faire sans que j'aie besoin de les persuader " - se lamentait Truman<sup>41</sup>. L'évolution du " consensus " ne s'est pourtant pas arrêtée à la cohabitation. Le Président de la République a tenté - ou prétendu tenter - une " ouverture " dans la composition du Gouvernement à l'issue de cette épreuve, mais il a bientôt dissolu l'Assemblée, alors même qu'il s'était engagé à ne le faire que si les députés renversaient le Gouvernement. Deux ans plus tard, les rumeurs d'ouverture bruissent encore, qui font frémir l'opposition, moins disposée que jamais à " manger avec le diable, même avec une grande cuiller " <sup>42</sup>. Progrès du consensus, certainement. Réduction des conflits idéologiques entre la droite et la gauche, incontestablement. Aptitude au compromis suffisante pour permettre une cohabitation dans un régime présidentiel, difficilement. Si la tolérance, le réalisme, le pragmatisme, et le " fair-play " américains rendent possible le fonctionnement d'un régime basé sur des compromis incessants, il semble que, dans l'état actuel des choses, la psychologie des français, trop intellectuelle et passionnelle en la matière, ne soit pas tout à fait prête à de telles moeurs <sup>43</sup>. Bagehot estimait qu'en fait, l'efficacité de la Constitution des Etats-Unis

<sup>40</sup> On peut considérer ce mécanisme qui caractérise le régime parlementaire comme un moyen qui peut permettre au Parlementaire de mettre en jeu indirectement la responsabilité du Président dans des cas de conflits très graves (cas, par exemple, de la crise de 1924, qui contraignit Millerand à la démission, cf. introduction).

<sup>41</sup> Cité par S. RIALS, préc., p. 47.

<sup>42</sup> Selon l'expression employée par M. BARRE avant la cohabitation, et demeurée célèbre.

<sup>43</sup> Cf. A. de LAUBADERE, art. préc.

venait davantage de la mentalité des américains que de leurs institutions<sup>44</sup> Si l'esprit de compromis fait sans doute la grandeur de la démocratie américaine, les marchandages incessants, et par toujours très reluisants qu'il implique en sont peut-être la faiblesse.

Cette situation risquerait donc de se terminer de manière tragique en France si l'on ne prévoyait quelque soupape permettant de laisser échapper l'excès de vapeur en cas d'échauffement.

b) Les " soupapes de sécurité ", amendements ou dénaturation du régime ?

237 Se présentant en gardien du temple gaullien, Monsieur Barre s'inquiète de la réduction de l'autorité présidentielle induite par la cohabitation. " Je souhaite que cette fâcheuse expérience ne se prolonge pas après l'élection présidentielle. Si tel devait être le cas, je préférerais, à contre-cœur, un régime présidentiel, à condition qu'il prévoie des mécanismes permettant d'éviter un blocage durable de l'action gouvernementale par une majorité parlementaire hostile au Président<sup>45</sup>. Dans cette optique, il s'agit de maintenir la prééminence présidentielle, quelque soit la conjoncture politique. Cette conception nous paraît très contestable en ce que l'on ne voit pas bien pourquoi l'on maintiendrait la suprématie du Président si, au cours de son mandat, une majorité qui lui est hostile était élue, ou si, dans le cas de la concordance des mandats, la majorité s'opposait à lui dans le sens souhaité par les citoyens. Plutôt que de maintenir, coûte que coûte, la prééminence de l'un des pouvoirs, il nous semblerait préférable de prévoir un mécanisme permettant à chacun d'eux de faire appel à l'arbitrage populaire.

Des systèmes très originaux voire très curieux ont été imaginés pour tenter de pallier aux inconvénients que pourrait avoir l'introduction d'un régime parlementaire en France. D'autres nous paraissent beaucoup plus sérieux.

---

<sup>44</sup> Pour le célèbre constitutionnaliste anglais BAGEHOT, " Si les américains n'avaient point le génie de la politique, s'ils n'avaient pas dans leurs actes une modération très curieuse dans un pays où les paroles superficielles sont si violentes, s'ils n'avaient pas pour la loi un respect que n'a jamais montré un autre grand peuple, et qu'on est loin de trouver chez nous, la multiplicité des autorités créées par la Constitution américaine aurait, depuis longtemps, causé la ruine de cette Constitution. (...) Je crois que les habitants du Massachusetts sauraient tirer parti de n'importe quelle constitution " (cité par A. de Laubadère, art. préc., p. 328).

<sup>45</sup> R. BARRE, Entretien sur les institutions, Faits et arguments n° 42, janv. 1987, p. 2.



Les membres du Club Jean Moulin, et Pierre Avril<sup>46</sup>, se sont montrés très favorables à un régime présidentiel, auquel ils proposaient deux aménagements : d'une part la coïncidence dans le temps des mandats présidentiel et parlementaire, et d'autre part la suppression de l'incompatibilité entre le mandat parlementaire et les fonctions ministérielles.

M. Chevènement propose un régime présidentiel, c'est-à-dire un régime dans lequel les ministres ne seraient responsables que devant le Président élu par le peuple. Pour lui, Président et Assemblée devraient être élus en même temps. Redoutant néanmoins que ce schéma si séduisant ne soit " trop simple pour nos moeurs politiques compliquées " <sup>47</sup>, il suggère que l'on conserve, ne serait-ce qu'à titre provisoire, le droit de dissolution, pour permettre d'en appeler au peuple en cas de conflit grave entre les pouvoirs. Ne renforcerait-on pas ainsi à l'excès le déséquilibre déjà si flagrant des pouvoirs au profit du Président ? La solution préconisée par Georges Vedel nous paraît beaucoup plus sage.

Pour le doyen Vedel, on peut concevoir trois palliatifs importants aux risques de conflits entre Président et Assemblée dans le régime présidentiel qu'il préconise. D'une part, la concordance des mandats. Ensuite, l'extension des compétences du Conseil constitutionnel, pour que ce soit lui, et non plus le Président de la République, qui interprète la Constitution <sup>48</sup>. Enfin, pour les grands conflits, il faudrait mettre aux mains de l'un et l'autre des partenaires de pouvoir de provoquer des élections générales dans lesquelles chacun remet son investiture en jeu. On nous dit : mais c'est l'instabilité organisée. Ce n'est pas vrai. L'expérience prouve que lorsque deux partenaires possèdent des armes de dissuasion, ils ne s'en servent pas car ils ne recherchent pas leur destruction réciproque " <sup>49</sup>.

Un système assez proche serait celui du référendum d'arbitrage, proposé par Paul Coste-Floret et Robert Hersant notamment<sup>50</sup>. Christian Perret insiste également sur le fait que le Référendum pourrait devenir un instrument aux mains du Président, mais aussi des parlementaires (qui pourraient en avoir l'initiative à la majorité des deux-tiers), pour faire trancher les conflits entre les pouvoirs <sup>51</sup>.

<sup>46</sup> P. AVRIL, *Un Président pour quoi faire ?* préc., p. 94 et s.

<sup>47</sup> J.P. CHEVENEMENT, *Op. préc.*, cité par G. COLLOMB, *op. préc.*, p. 17.

<sup>48</sup> Cf. *infra*, chap. II

<sup>49</sup> G. VEDEL, *Les institutions politiques de la France*, Entretiens du samedi, n° 1, fév. 1964, p. 6.

<sup>50</sup> P. PERETTI proposait que le Congrès puisse décider de l'organisation d'un référendum à la majorité des 2/3. M. HERSANT, lui, n'associait pas le Sénat à l'organisation du référendum, et limitait cette possibilité offerte à la chambre basse : " le Président de la République et l'Assemblée nationale ne peuvent recourir qu'une fois par an à la procédure du référendum ".  
(cf. C. MARQUEZ, *op. préc.*, po. 100 à 120).

<sup>51</sup> C. PIERRET, *art. préc.*, p. 13 et s.

Quant à Geroges Lavau, s'il est favorable à un régime présidentiel pur, il estime que les risques de ce changement de régime sont tels pour la France, qu'il ne pourrait se faire qu'après une profonde transformation de la société politique française par l'extension des pouvoirs des collectivités locales et la libéralisation des médias <sup>52</sup>.

En définitive, la solution de la démission-dissolution, préconisée par le Doyen Vedel nous semble la plus sage, si l'on veut introduire le régime présidentiel dans un pays où le pragmatisme, le respect de l'opposition et l'esprit de compromis ne sont pas les vertus premières des citoyens et de la classe politique. En toute hypothèse, ce régime ne peut être tolérable que s'il est organisé de façon à établir, face au Président, de réels contre-pouvoirs. Les Assemblées, le Conseil constitutionnel - éventuellement transformé en Cour Suprême -, les collectivités locales, et les médias, doivent pouvoir bénéficier d'une indépendance et de prérogatives suffisants pour que le régime présidentiel ne se transforme pas en un régime autoritaire.

C'est pourquoi certains auteurs préfèrent rechercher un régime satisfaisant et une solution au problème de la cohabitation dans le cadre d'un régime parlementaire.

---

<sup>52</sup> G. LAVAU, cité par C. ZORGBIBE p. 139.

## **II L'ADOPTION D'UNE AUTRE FORME DE REGIME PARLEMENTAIRE**

Il est très rare que l'on propose, en France, de changer de régime, tout en restant dans le cadre du régime parlementaire, c'est-à-dire d'institutions dans lesquelles le pouvoir exécutif est responsable devant le législatif. C'est pourquoi nous n'évoquerons ici que brièvement les solutions concevables en ce sens. Quand aux suggestion de révision de la Constitution qui ne bouleversent pas fondamentalement l'organisation du système actuel, elles seront abordées dans la section suivante, consacrée aux aménagements de la Ve République.

Le régime parlementaire de type britannique a laissé de tellement mauvais souvenirs en France, qu'il peut paraître incongru d'en envisager l'adoption, même s'il peut être une solution au problème de la cohabitation ( I ). C'est donc plutôt vers des formes plus originales de régimes parlementaires que se sont tournées les imaginations ( B ).

### **A INTERROGATIONS SUR L'EXCLUSION DU REGIME PARLEMENTAIRE DE TYPE BRITANIQUE**

Qui oserait songer à l'instauration d'un régime parlementaire moniste de type britannique en France ? Personne, semble-t-il, actuellement, dans la classe politique ni dans la doctrine. Ne serait-ce pas, pourtant, la solution la plus simple et la plus radicale au problème de la cohabitation ? ( 1 ). Les motifs de ce rejet presque unanime semblent

résider davantage dans l'histoire et le psychisme des français que dans des raisons logiques ( 2 ).

## 1 ) Une solution démocratique et efficace au problème de la cohabitation

238 Dans les régimes parlementaires de type britannique, c'est-à-dire les régimes parlementaires monistes dans lesquels tous les pouvoirs du chef de l'Etat sont soumis au contreseing et sont, par conséquent, des compétences purement formelles, la pratique des institutions n'est pas aussi différente de celle du régime présidentiel qu'on le croit souvent. En pratique, dans l'un et l'autre cas, le chef de " l'exécutif ", président ou premier ministre, est en fait choisi par le peuple, ou du moins peut l'être, selon le mode de scrutin, et la structure des partis. Jean-Claude Colliard a ainsi constaté que " dans la plupart des régimes parlementaires contemporains, on a en réalité une élection du Premier ministre au suffrage universel, mais indirect. L'électeur britannique de 1974 sait parfaitement qu'il vote en réalité pour un gouvernement Heath ou Wilson, l'électeur suédois de 1976 pour Palme ou fälldin, l'électeur allemand pour Schmidt ou Kohl, etc.. Dès lors qu'il y a bipartisme ou bipolarisation l'effet est automatique, et c'est bien l'intérêt pour la France actuelle " 1.

Sans doute le monarque n'est-il pas élu. Mais, quelle importance, au fond, puisqu'il ne dispose que de compétences formelles ? Pour reprendre la distinction opérée par François Delpérée, on notera que si les " fonctions " des monarques héréditaires ne sont pas négligeables (représenter l'unité et la continuité de la nation, contribuer à la formation et la l'expression des consensus..), leurs " attributions " sont purement formelles, et donc peu importantes<sup>2</sup>. Le " Roi des belges " s'oppose-t-il à la nouvelle loi sur la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse ? Le Conseil des ministres, avec son accord, déclare que le chef de l'Etat se trouvera dans l'impossibilité de régner, pendant deux jours, et signe le projet de loi à sa place<sup>3</sup>. Et cela, alors même que le texte de la loi fondamentale prévoit que le roi " sanctionne et promulgue les lois " (art. 69), et qu'il pourrait être, au regard de la Constitution, " l'un des monarques les plus puissants de la terre " 4 . En tout état de cause, on imagine mal

1 J.C. COLLIARD, participation au Débat Propositions institutionnelles pour l'alternance en France, Pouvoirs n° 1, 1977, p. 124; dans le même sens, cf. P. AVRIL, Un Président pour quoi faire, 1965, p. 64 et s.

2 Cf. F. DELPEREE et B. DUPRET, Le roi des Belges, Pouvoirs n° 54, 1990, p. 15 à 24.

3 Idem

4 F. DELPEREE et B. DUPRET notent qu'il pourrait l'être, si la taille de son pays était autre.(art. préc. p. 16).

la restauration de la monarchie en France, après les échecs auxquels elle avait conduit, mais qui avaient pourtant permis l'instauration, en fait puis en droit, du régime parlementaire en France. On pourrait pourtant concevoir un régime parlementaire moniste dans lequel le chef de l'Etat serait le Premier ministre. Le problème majeur sera alors celui de la stabilité d'un tel régime. La solution adoptée sous les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques avait donc été celle d'un Président de la République désigné par les chambres, et doté de prérogatives non négligeables (sous la III<sup>e</sup> République, mais soumises au contreseing ministériel).

Pour Michel Debré, l'adoption du régime parlementaire de type britannique aurait pourtant été la seule solution au problème de la cohabitation. Il ne peut en effet y avoir de conflit entre le roi et le Parlement tant le premier est impuissant. En effet, dans ce type de régime, la cohabitation ne pose pas de problème si le chef de l'Etat admet son impuissance. S'il se rebelle, alors on retournera dans les crises de la III<sup>e</sup> République avec Mac Mahon et Millerand<sup>5</sup>. Sans doute, la rébellion d'une partie de la majorité contre madame Thatcher montre-t-elle aujourd'hui que des conflits sont possibles entre le chef du gouvernement et sa majorité. Mais la responsabilité du premier devant le second permet toujours de trouver une issue aux crises graves.

## 2 ) Une solution unanimement rejetée.

239 Alors que les constitutionnalistes déploient des trésors d'imagination pour adapter le régime présidentiel au contexte français, ils n'envisagent pas, à notre connaissance, l'adaptation du régime parlementaire de type britannique, tant les systèmes qu'ils parlementaires qu'ils conçoivent en sont éloignés.

La raison majeure de ce rejet se trouve sans aucun doute dans le spectre des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques, symbolisées par la souveraineté parlementaire, le désordre, et l'impuissance.

En fait, on pourrait sans doute résoudre au moins très largement les problèmes posés par l'absence d'un roi (par un président de la République investi de pouvoirs exclusivement formels), et par l'instabilité observée dans certains régimes parlementaires (par le mode de scrutin, avec une solution de type allemand par exemple, et par les procédés de rationalisation du parlementarisme). Le problème majeur de l'introduction d'un régime de type britannique en France tiendrait plutôt à l'évolution des mentalités qu'elle nécessiterait au niveau du respect des droits de l'opposition. Puisque, dans ce régime, l'identité de vues entre législatif et exécutif

---

<sup>5</sup> Cf. introduction.

empêche l'un de ces pouvoirs de freiner l'autre, c'est le pouvoir d'opposition qui est investi de la mission d' " arrêter " le pouvoir majoritaire. Tandis qu'en France le parti vaincu semble porter au front, en signe de condamnation, le *mea culpa* de Rousseau, " si l'avis contraire au mien l'emporte, cela prouve que je m'étais trompé ", la conception sportive et pragmatique des anglo-saxons les pousse au respect pour l'opposition - où ils sont conscients de pouvoir se retrouver le lendemain -, et " l'opposition de sa majesté " bénéficie d'une place importante dans les institutions<sup>6</sup>. Or, cette leçon nous semble devoir être retenue même si l'on ne modifie pas la Constitution actuelle.

Par ailleurs, on tire parfois argument de la nécessaire personnalisation du pouvoir pour exclure l'hypothèse d'un régime parlementaire de type britannique en France. " L'évolution politique de ces dernières années et surtout les transformations dans les mass media (le rôle de la télévision) font que les citoyens désirent choisir eux-mêmes le premier responsable de la politique française; il n'est donc pas possible de supprimer l'élection de celui-ci au suffrage universel direct ", considère ainsi François Luchaire<sup>7</sup> " Dans la mesure où le peuple français a choisi un homme il ne comprendrait pas que celui-ci n'assure pas la direction du pays tant qu'un nouveau vote populaire ne l'a pas désavoué; ceci condamne le régime parlementaire dans sa forme classique "- poursuit-il. Cette position nous paraît discutable à deux niveaux. En premier lieu, on peut considérer que le régime britannique n'est nullement incompatible avec la personnalisation du pouvoir. Le chef du Gouvernement est en fait choisi par les électeurs à l'occasion des élections législatives, et ils peuvent suivre son action à travers les médias de la même façon que s'il s'agissait d'un Président. Il suffit d'écouter les informations à la B.B.C. pour le réaliser. En second lieu, on notera que la cohabitation a fait évoluer cette situation. Depuis 1988, les français ne semblent pas particulièrement choqués par le fait que l' chef de l'Etat n'intervienne plus que de manière très lointaine dans la détermination de la politique nationale qui est désormais dirigée par le Premier ministre (sauf en matière de défense et de diplomatie). Or cette situation paraissait difficilement envisageable avant 1986. Que d'assouplissements la coexistence aura apportés à la conception française de la vie politique !

---

<sup>6</sup> Cf. A. de Laubadère, art. préc., p. 329.

<sup>7</sup> F. LUCHAIRE, participation au débat Propositions institutionnelles pour l'alternance en France, *Pouvoirs* n° 1, 1977, p. 122.

## B L'INSTAURATION D'UN REGIME PARLEMENTAIRE ORIGINAL

Deux solutions assez intéressantes ont été envisagées pour rendre plus directs encore les liens entre le dirigeant de l'action gouvernementale et le peuple, l'élection du Président de la République selon la même voie, mais avec l'instauration de la responsabilité du Président devant le Parlement ( 1 ), et l'élection du Premier ministre au suffrage universel direct ( 2 ).

Mais peut-on, alors, parler encore de régimes parlementaires ? Sans aucun doute, si l'on admet, comme nous avons proposé de le faire, que le critère du régime parlementaire est la responsabilité de l'exécutif devant le législatif<sup>8</sup>. Qu'importe que le chef de l'exécutif ait pour nom Premier ministre ou Président, ce qui est important est de savoir s'il est, ou non, responsable de sa politique devant les membres du Parlement.

### 1 ) Un président de la République élu au suffrage universel direct, mais responsable devant le Parlement

240 On rapporte que " dans le privé, Gambetta se déclarait partisan d'un " prince-président " élu au suffrage universel et responsable devant l'Assemblée; au minimum, il eût voulu un Gouvernement de législature, issu des élections et de la majorité de l'Assemblée. Bien plus tard, on retrouvera cette idée chez un Pierre Mendès-France. A plusieurs reprises, il s'est prononcé contre la souveraineté illimitée de l'Assemblée et pour un partage de cette souveraineté entre le Président et cette dernière " <sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> A propos des controverses sur la notion de régime parlementaire, cf. supra n° 30.

<sup>9</sup> J. JULLIARD, La tentation du Prince-Président, Pouvoirs n° 41, 1987, p. 34.

L'idée d'instaurer une responsabilité du Président de la République devant le Parlement n'est que très rarement évoquée. Elle a été suggérée par M. Moatti en 1960, dans une proposition de révision de la Constitution de la Ve République, déposée à l'Assemblée nationale<sup>10</sup>. Son objet était pourtant limité, puisque, d'une part, cette révision devait s'inscrire dans le cadre des institutions actuelles, et surtout, d'autre part, cette responsabilité devait être limitée au " domaine réservé "<sup>11</sup>. Une telle révision de la Constitution aurait l'avantage de renforcer l'effectivité de la Constitution en alignant le droit sur le fait, ce qui est discutable, mais permet au moins de donner l'occasion au peuple de choisir cette pratique au lieu qu'on la lui impose sans lui demander son avis. Surtout, elle permettrait d'instaurer un contrôle sur la politique nationale en matière de défense et de diplomatie. Car, en l'état actuel de la pratique constitutionnelle, nul ne contrôle ces domaines prétendument réservés à un chef de l'Etat irresponsable. Néanmoins, il nous paraîtrait beaucoup plus souhaitable d'en revenir simplement à la lettre de la Constitution, qui n'évoque aucunement un domaine dont le Premier ministre ne serait pas responsable, puisque les actes du chef de l'Etat dans ces domaines sont soumis au contreseing.

Plus ample est la suggestion faite par Jean Petot. Constatant que " la concentration du pouvoir, célébrée par les zéloteurs de l'omniscience présidentielle, s'accompagne, depuis 1969, d'une évanescence de la responsabilité, à l'opposé du principe républicain et démocratique ", il estime que " si l'on tient à garder la monarchisation du régime, cette situation n'est que plus choquante "<sup>12</sup>. Pour lui, " La solution logique s'impose : au lieu de se contenter du vain fantôme qu'est la Haute Cour, il faut compléter la Constitution, actuellement inachevée, et instituer une vraie responsabilité présidentielle " <sup>13</sup>. L'objet de cette réforme est de permettre de maintenir la prééminence présidentielle et d'éviter la cohabitation, l'un ne pouvant aller sans l'autre. Dans cette optique, si l'on veut éviter l'affaiblissement des pouvoirs de fait du chef de l'Etat qu'implique le texte de la Constitution, et qui résulte nécessairement de la cohabitation, il faut éviter la coexistence. Pour que le Président de la République puisse toujours disposer d'une légitimité suffisante pour dominer les autres pouvoirs, il est nécessaire de mettre en cause sa responsabilité chaque fois que cette légitimité est menacée. Jean Petot suggère donc qu' à l'occasion des élections législatives, le peuple

<sup>10</sup> Le 18/10/1960, n° 888, articles visés : 5, 8, 11, 12, 16, 18, 20.

<sup>11</sup> Cette proposition disposait notamment que " le Président ne peut en aucun cas et en aucune circonstance proposer au référendum l'approbation de sa politique sur les affaires réservées, le Parlement étant seul qualifié pour apprécier cette politique ". Le Président devrait demander en personne l'approbation de sa politique par la chambre basse, et ne pourrait dissoudre qu'en cas de désapprobation ( Cf. C. MARQUEZ, op. préc., p. 34).

<sup>12</sup> J. PETOT, Faut-il réviser la Constitution de 1958, RDP 1985, p. 1508.

<sup>13</sup> idem, p. 1509



se prononce sur la continuation du septennat en choisissant d'octroyer ou non une majorité soumise au Président. Ainsi, lors de la première session de chaque législature, une motion de censure pourrait être déposée à l'Assemblée nationale contre le Président de la République, qui devrait démissionner si elle était adoptée<sup>14</sup>. Pour garantir l'exercice de cette faculté, il serait en outre prévu que l'Assemblée ne peut être dissoute pendant la première session suivant son élection. Le principe de l'irresponsabilité présidentielle serait maintenu, mais avec cette exception.

Ce système, tout'entier orienté sur le problème de la cohabitation, ne permet cependant pas de l'éviter à coup sur. Il aurait sans doute l'avantage d'équilibrer le droit de dissolution par le risque d'une motion de censure. Néanmoins, contrairement à ce qu'écrit Jean Petot, rien ne prouve que le peuple élirait, à quelques semaines d'écart un président et une majorité authentiques. C'est seulement hautement probable, mais pas certain. L'auteur semble penser que le problème de la cohabitation serait ainsi harmonieusement résolu, notamment parce que " le chef de l'Etat triomphe si les opposants sont battus à l'Assemblée nationale ou n'osent même pas déposer une motion de censure ". Mais, si l'on reprend l'exemple de 1986, où la majorité parlementaire était relativement faible, aurait-il été tellement facile de renvoyer le chef de l'Etat devant les électeurs ? Il est vrai que l'existence même de ce mécanisme aurait pu modifier les données. En effet, nous avons considéré que les français s'étaient vu imposer la cohabitation, plus qu'ils ne l'avaient eux-mêmes imposée, dès lors que le Président avait déclaré qu'il ne démissionnerait pas, quoi qu'il arrive. Si un tel mécanisme avait existé, qu'auraient pu faire le Président, les électeurs et la majorité ? Il est probable que le chef de l'Etat se serait montré plus conciliant encore pour pouvoir se maintenir au pouvoir. Dès lors, il aurait peut-être été difficile à la nouvelle majorité de justifier la mise en jeu de sa responsabilité, et il aurait été tout à fait possible que le peuple renvoie le même président dans l'espoir qu'il pourrait tempérer les velléités réformatrices de la nouvelle majorité. Au terme de la première session, le Président aurait pu devenir plus vindicatif dès lors que l'Assemblée n'aurait plus été en mesure de

---

<sup>14</sup> L'auteur imagine, plus précisément, un nouvel article 19 bis de la Constitution, disposant que " Pendant la première session de chaque législature, une motion de censure visant le président de la République peut être déposée à l'Assemblée nationale par un cinquième au moins des membres qui la composent. Le débat est inscrit en priorité à l'ordre du jour. Le vote en peut avoir lieu que quarante huit heures après le dépôt de cette motion. Au cas où celle-ci est adoptée à la majorité des membres qui la composent, le président de la République est tenu de démissionner dans le délai d'un noour franc. Si cette motion est repoussé", ses signataires ne peuvent, au cours de la même session, déposer une autre motion visant le président." (ibid., p. 1509). Notons que l'auteur relève qu'il existerait déjà un système comparable, prévu dans l'article 63 de la Constitution Tunisienne du 1er juin 1959, prévoyant que si le Premier ministre est renversé par le vote d'une motion de censure, le chef de l'Etat peut dissoudre l'Assemblée. Si, durant sa première session, l'Assemblée nouvellement élue renverse à nouveau le Gouvernement, le Président de la République devra démissionner. Mais puisque Bourguiba était président à vie, et que l'on était dans un régime de parti unique, cette disposition n'a jamais fonctionné.

le contraindre à la démission, sauf en renversant le Gouvernement et en faisant une " grève des premiers ministres " , ce qui reste toujours concevable, mais n'est justifiable devant les électeurs que si la majorité est importante et si le Président paralyse totalement l'action du Gouvernement. Or la cohabitation a prouvé que chacun peut aller, dans ce cas, à la limite du point de rupture.

Au niveau de l'effectivité de la Constitution, ce mécanisme, en permettant de faire perdurer la prééminence présidentielle sur la direction de la politique nationale, aurait l'inconvénient de ne pas favoriser un retour à la lettre de la Constitution, selon laquelle le Président de la République est un arbitre, non un général en chef. Or, nous verrons que le strict respect de la Constitution est encore la meilleure garantie contre les risques de conflit de la cohabitation, puisque, dès lors que le Président a pour mission non pas de diriger la politique gouvernementale, mais de garantir la continuité de l'Etat et le respect de la Constitution, il ne devrait pas y avoir de conflit majeur entre l'Assemblée et lui. Et s'il y a des conflits, c'est au peuple ou au Conseil constitutionnel qu'il devrait appartenir de les trancher. Or la révision de la Constitution proposée par Jean Petot devrait permettre de pérenniser non pas la Constitution, mais la pratique actuelle de la Constitution, avec tous ses avantages et ses inconvénients. En renforçant la légitimité du Président, elle lui permettrait de conserver la marge de manoeuvre dont il dispose par rapport au texte. Ainsi seraient renforcées l'effectivité et la légitimité d'une pratique contraire à la Constitution., et dès lors, le renforcement de l'effectivité et de la légitimité de la Constitution deviendrait très improbable. Nous considérons que l'inconvénient majeur de ce système politique reste qu'il n'existe pas de contreponds suffisant à l'omnipotence présidentielle, qu'il n'y a aucune autorité qui soit réellement en mesure de limiter son pouvoir, ni gouvernementale, ni législative, ni juridictionnelle, ni locale etc...

Dans ces conditions, l'adoption d'un régime présidentiel adapté aux exigences du contexte français, nous paraîtrait plus démocratique.

C'est dans l'élection du Premier ministre au suffrage universel que d'autres auteurs ont recherché une solution au problème de la stabilité et de l'efficacité du pouvoir ainsi qu'à celui de la cohabitation. On peut se demander si ces deux solutions ne reviennent pas un peu au même.

## 2) L'élection du Premier ministre au suffrage universel ?

241 André Hauriou et Maurice Duverger ont préconisé une formule qui avait pour objet de permettre au Premier ministre de pouvoir être soutenu par une majorité durant toute une législature, tout en résolvant largement le problème de la cohabitation. Il s'agirait de faire élire le Premier ministre au suffrage universel au lieu du Président, en combinant cette réforme avec un mode de scrutin " à l'allemande " <sup>15</sup>. " Ce serait en quelque sorte un gouvernement de législature à la mode présidentielle " <sup>16</sup>.

Le premier objectif, à savoir l'identité de vues entre Premier ministre élu au suffrage universel direct et Assemblée, ne peut être atteint que si l'on adopte les solutions que l'on analysera plus bas pour assurer l'identité de vues entre Président de la République et majorité parlementaire, dans le cadre des institutions actuelles (concordance des mandats, et soit institution d'une vice-présidence - plus difficilement concevable ici - et suppression du droit de dissolution - mais cela déséquilibre le régime -, soit adoption du mécanisme de dissolution-démission <sup>17</sup>). Notons seulement que certains auteurs sont assez réservés sur la manière dont les citoyens accepteraient un système électoral aussi complexe que celui qui a été proposé, mais qui aurait l'avantage de garantir une majorité au Premier ministre, tout en assurant à chaque parti une représentation proportionnelle au nombre de voix obtenu <sup>18</sup>.

Le second objectif est de résoudre le problème de la cohabitation (puisque la présidence de la République n'est pas supprimée). C'est en renversant le déséquilibre des institutions actuelles que l'on prétend ici y parvenir. Elu au suffrage universel, face à un Président de la République qui serait désigné de manière indirecte, le Premier ministre disposerait d'une légitimité supérieure à celle du chef de l'Etat, et serait donc

<sup>15</sup> Cf. le débat Propositions institutionnelles pour l'alternance en France, Pouvoirs n° 1, 1977, p. 124 et s.

<sup>16</sup> B. JEANNEAU, intervention au débat préc.

<sup>17</sup> C'est-à-dire que si le Gouvernement est renversé par le Parlement, la dissolution s'impose, et l'on procède à nouveau à des élections générales. Cf. F. LUCHAIRE, participation au débat Propositions institutionnelles pour l'alternance en France, préc. p. 129; et Cf. infra. »

<sup>18</sup> Ce système, inspiré de celui qui existe en Allemagne, fonctionnerait de la façon suivante : il y aurait dans chaque bureau de vote deux urnes; l'une pour l'élection du député de la circonscription, l'autre pour l'élection du Premier ministre. La répartition des sièges des députés se ferait à la proportionnelle selon un système relativement complexe (cf. F. LUCHAIRE, participation au débat Propositions institutionnelles pour l'alternance en France, Pouvoirs n° 1, 1977, p. 128. Benoît JEANNEAU craint que ce système ne soit mal reçu par les électeurs (débat préc., p. 125). Notons cependant que les électeurs allemands semblent s'adapter au leur.

en mesure, d'une part d'exercer réellement les prérogatives que lui attribue la Constitution, et en particulier la direction de la politique gouvernementale, sans avoir à subir la tutelle présidentielle; et d'autre part, il pourrait imposer au Président qu'il se cantonne dans le rôle d'arbitre et de garant qui est le sien. Pour autant, les compétences et la fonction présidentielle garderaient une raison d'être, elles ne seraient pas réduites à néant, car le Président pourrait toujours faire appel à un arbitre - Peuple, Parlement, ou Conseil constitutionnel -, pour remplir sa mission. Dans ces conditions, le problème de la cohabitation n'aurait rien de dramatique, puisque le Président de la République ne pourrait pas prétendre imposer sa politique à celle du Gouvernement, et devrait se cantonner à ses prérogatives constitutionnelles, sans pouvoir prétendre que ses attributions soumises à contreseing sont autre chose que des compétences formelles, et sans être en mesure de revendiquer la direction du " domaine réservé ".

Mais est-il indispensable de procéder à un tel bouleversement des institutions pour arriver à ce résultat ? Jean-Claude Colliard est assez sceptique sur les chances de réussite d'un tel système. Il observe d'abord qu'il ne permet pas de résoudre les problèmes de conflit entre la majorité et le Premier ministre. Répondons que le jeu normal de la responsabilité du Gouvernement et du droit de dissolution devrait permettre de régler ces problèmes, et que, en toute hypothèse, on peut très bien prévoir un système de démission-révocation<sup>19</sup>. Il estime ensuite que si l'objectif de ce mécanisme est bien de renforcer la position du Premier ministre tout en conservant sa responsabilité devant le Parlement, et donc la logique d'un régime parlementaire, on peut obtenir ce résultat de manière beaucoup plus simple. " pourquoi compliquer ainsi les choses : cela n'aboutit en effet qu'à créer une majorité qui procède du Premier ministre, au lieu d'un Premier ministre qui procède d'une majorité " <sup>20</sup> Puisque, en fait, le Chef de gouvernement est élu indirectement par le peuple dans tous les systèmes où il y a bipartisme ou bipolarisation, il n'est pas nécessaire d'organiser constitutionnellement cette élection. Ce raisonnement est convainquant, à condition que le scrutin majoritaire ne soit pas remis en cause. Car si l'on adopte la proportionnelle, il y a de fortes chances pour que l'éclatement plus ou moins important des partis (selon les autres facteurs du système de variables déterminantes), empêche cette élection indirecte. Jean-Claude Colliard pense encore qu'il suffirait, en fait, d'inclure le nom du Premier ministre dans le contrat de législature, pour garantir sa désignation par le peuple. Mais surtout, il craint qu'en déplaçant ainsi la légitimité présidentielle sur le Premier ministre, on ne fasse que nominalisme, en transférant la suprématie d'une tête sur l'autre.

---

<sup>19</sup> Cf. *infra*.

<sup>20</sup> J. C. COLLIARD, intervention au débat Propositions institutionnelles pour l'alternance en France, *préc.*, p. 124.

C'est un argument de poids. Il est vrai qu'un tel système risquerait de remplacer un déséquilibre par un autre, et qu'il faudrait alors organiser des contre-poids à un Premier ministre si puissant<sup>21</sup>. Cependant, la Présidence de la République resterait un contre-pouvoir potentiel, même très affaibli, dans la mesure où le chef de l'Etat dispose de" pouvoirs propres pour assurer sa mission d'arbitre et de garant.

A notre connaissance, un tel changement de régime parlementaire n'a pas été proposé à l'occasion de la cohabitation, peut-être parce que le Premier ministre se faisait le gardien du temple gaullien, et parce que ceux qui se sentaient plus proches du Président n'avaient pas intérêt, alors, à ce que l'on adopte une telle réforme. L'évolution de la pratique institutionnelle durant la cohabitation a révélé qu'il n'est peut-être pas nécessaire de bouleverser ainsi la Constitution pour aboutir à un résultat comparable. Le renforcement très net de l'effectivité de la Constitution a permis au Premier ministre d'être soutenu par une majorité pourtant relativement hétérogène et faible, et de mettre en oeuvre sa politique - bien qu'il demeurât limité à la fois par la proximité de l'échéance présidentielle, et par une interprétation encore très large de ses compétences par le Président de la République -. Il n'y a pas eu de conflits majeurs - du moins publics - entre les deux têtes de l'exécutif, car le Président de la République ne dispose pas de prérogatives constitutionnelles suffisantes pour pouvoir, dans ce contexte politique, imposer sa direction à la politique gouvernementale. Si la pratique des institutions continue, comme actuellement, à s'orienter vers un rééquilibrage des institutions plus conforme à la Constitution que les pratiques antérieures, et que, ainsi légitimée, cette pratique perdure, l'adoption d'un régime parlementaire original ne sera peut-être plus nécessaire. Mais elle reste envisageable si l'on en revient aux pratiques antérieures à 1986. Notons d'ailleurs que cette solution est actuellement envisagée en Belgique pour remédier à l'instabilité gouvernementale <sup>22</sup>.

Le choix à opérer entre l'un des régimes évoqués, régime présidentiel, ou autre forme de régime parlementaire, appartient au peuple. Ce qui nous paraît important est qu'avant d'opérer une telle révision constitutionnelle, on analyse de manière approfondie toutes les conséquences qu'elle peut avoir sur le fonctionnement des institutions, selon les divers systèmes de variables déterminantes, et que l'on compense les déséquilibres qui risquent d'en résulter par l'aménagement de mécanismes permettant

<sup>21</sup> En ce sens, cf. F. LUCHAIRE, débat préc., p. 129.

<sup>22</sup> Pour W. DEWACHTER, cette proposition " cumule l'élection directe du Premier ministre à la stabilité et au fonctionnement du Gouvernement allemand, et l'élection directe du Gouvernement. Cette proposition résoudrait fondamentalement le problème (de l'instabilité gouvernementale en Belgique), mais par son caractère radical, elle a très peu de chances d'aboutir " (Dans *Instabilité gouvernementale et stabilité ministérielle en Belgique*, Pouvoirs n° 54, 1990, p. 49.

de rétablir un équilibre relatif entre les pouvoirs. La structure normative, comme la structure mécanique d'une constitution doit en effet conduire à ce que chaque pouvoir, et les gouvernants par rapport aux gouvernés, soit en mesure de contraindre l'autre au respect de la règle constitutionnelle. L'effectivité de la Constitution est ainsi une des conditions de la démocratie<sup>23</sup> car, dans ces conditions, les règles déterminant la répartition et la limitation du pouvoir des gouvernants, sont fixées par le peuple, et non par les gouvernants eux-mêmes. Tandis que si, comme c'était largement le cas en France avant la cohabitation, les " règles " déterminant l'organisation du pouvoir, sont fixées par la pratique des gouvernants eux-mêmes, alors, la Constitution n'est guère qu'un " miroir aux alouettes ".

L'adoption d'un régime présidentiel devrait permettre, pour ceux qui y sont favorables, de constitutionnaliser la pratique antérieure à 1986, tout en imposant un nouvel équilibre des pouvoirs, le Congrès et le Conseil constitutionnel - éventuellement transformé en Cour suprême - devenant de vrais " pouvoirs ". Pourtant, l'équilibre des pouvoirs et l'effectivité de la Constitution resteraient très instables en fonction de l'existence, ou non, d'une situation de cohabitation, très difficile à éviter. Quant à l'option d'un régime parlementaire dans lequel le Premier ministre serait élu au suffrage universel direct, elle ne semble pas indispensable dans l'immédiat mais ne doit pas être exclue pour l'avenir.

Mais, en tout état de cause, un changement de régime serait-il seulement possible, alors que la Constitution de la Ve République semble plus légitime que jamais ? Serait-elle même souhaitable, s'il est vrai que la Constitution que nous avons découverte à l'occasion de la cohabitation est beaucoup moins incohérente qu'on ne l'a cru pendant des années ?

---

<sup>23</sup> Du moins si la Constitution est elle-même démocratique, car l'effectivité de la constitution d'une dictature ne peut conduire qu'à la dictature.

## Section II L'OPTION DE L'AMENAGEMENT DE LA Ve REPUBLIQUE

Les deux solutions le plus fréquemment proposées pour garantir l'effectivité de la Constitution et, soit éviter le renouvellement de la cohabitation, soit en rendre le déroulement plus facile et moins dangereux, sont, d'une part, la réduction du mandat présidentiel, avec ou sans concordance des mandats des députés et du chef de l'Etat (I), et d'autre part, la détermination plus précise de la répartition des compétences au sein de l'exécutif ( II ).

### I LA REDUCTION DU MANDAT PRESIDENTIEL

On peut avoir des doutes sérieux sur la légitimité du septennat quand on constate que 60 à 70 % des français sont favorables au quinquennat<sup>1</sup>. Une large partie

---

<sup>1</sup> Les sondages montrent régulièrement une ferveur qui varie dans cette fourchette selon les périodes. Cf. Le point n° 815, 30 avril 1988, p. 76 (65 %), et J.L. PARODI, Le quinquennat plébiscité, Le Point n° 702, 3 mars 1986, p. 60 (70 %), qui rappelle que, traditionnellement, l'adhésion au quinquennat est plus marquée chez les opposants que chez les partisans du pouvoir, et que c'est parmi les électeurs socialistes que l'on rencontre le plus de réticences à ce moment là. Si deux français sur trois sont, durant la cohabitation

de la classe politique, de droite comme de gauche, se prononce également en faveur de la réduction du mandat présidentiel à cinq ans<sup>2</sup>. Mais souvent homme politique varie. Dès 1964, Gaston Deferre, candidat aux élections de 1965, propose cette réforme<sup>3</sup>. En 1973, Georges Pompidou entame une procédure de révision sur ce point, mais il renonce à soumettre le le texte adopté par les deux chambres au Congrès, craignant que la majorité requise ne puisse être atteinte<sup>4</sup>. Monsieur Giscard d'Estaing s'est-il prononcé plusieurs fois en ce sens, préconisant un mandat de cinq ou six ans, avant comme après sa présidence ? Il n'a pas révisé la Constitution sur ce point lorsqu'il était au pouvoir<sup>5</sup>. Monsieur Mitterrand a-t-il, durant des années, prôné une telle réforme ? (préconisant soit le quinquennat soit un septennat non renouvelable)<sup>6</sup>. Il se contente aujourd'hui de considérer qu'il souscrirait " à celle de ces réformes qui pourrait réunir une large majorité dans les deux assemblées, ce qui n'a pas été réalisable après 1981 " <sup>7</sup>. Il est vrai que les conditions requises par l'article 89 pour toute révision de la Constitution sont difficiles à remplir. Néanmoins, certains juristes n'ont pas exclu la possibilité de reprendre la procédure entamée par Georges Pompidou en 1973, et qui aurait permis de recourir directement au référendum<sup>8</sup>. Enfin, d'autres constitutionnalistes affirment que l'on pourrait utiliser l'article 11 pour procéder à cette révision, ce qui nous paraît totalement anticonstitutionnel<sup>9</sup>. Durant la cohabitation, M.

---

notamment, favorables à la réduction du mandat présidentiel, lorsque M. Giscard d'Estaing suggère cette révision en février 1987, seulement 39 % des personnes interrogées sont favorables à ce qu'elle soit adoptée avant les élections de 1988 (Le point, 23 fév. 1987, p. 45).

<sup>2</sup> Pour un recensement des propositions de révision de la Constitution, cf. T. MARQUEZ, Les propositions de révision de la Constitution de la Ve République, octobre 1958-mars 1985., IEP Aix-en-Provence, C. CADOUX dir.

<sup>3</sup> Cf. J.M. DENQUIN, Réflexions sur la durée du mandat présidentiel, RDP 1975, p. 1362.

<sup>4</sup> Idem, p. 1362-1363.

<sup>5</sup> Il s'était prononcé en ce sens durant sa campagne électorale en 1974, et lors de sa première " réunion " de presse. Il aurait pu, comme l'observe J.M. DENQUIN (art. préc., p. 1363 et s.), faire cette révision en même temps que celle qui était relative à la saisine du Conseil constitutionnel en 1974, d'autant que le problème arithmétique semblait résolu. M. GISCARD d'ESTAING s'est aussi prononcé pour la réduction du mandat présidentiel à six ans en 1984 (dans Deux français sur trois, Flammarion, p. 120). Il relança ce projet à la veille de la cohabitation, dans un entretien avec France-soir, le 29 juin 1985, voulant " faire en sorte que le problème (de la cohabitation) ne puisse plus ressurgir à l'avenir " . Notons que les propositions de réduction du mandat présidentiel viendront aussi bien des rangs de la majorité que de ceux de l'opposition. J. PETOT, note que " Chirac, Giscard d'Estaing, A. Peyrefitte, les radicaux veulent abrégé le mandat présidentiel. Mitterrand les rejoint "... (Faut-il réviser la Constitution de 1958 ?, RDP 1985, p. 1446 et 1448).

<sup>6</sup> Cf. Notamment le programme commun de la gauche, 1972, et F. MITTERRAND, Ici et maintenant, Fayard, 1981, p. 77.

<sup>7</sup> Entretien préc. avec O. DUHAMEL, p. 135.

<sup>8</sup> Par contre, d'autres constitutionnalistes se montrent réticents à l'endroit de l'utilisation de cette procédure, notamment J. ROBERT, Eloge du quinquennat, Le Monde 25 fév. 1987, qui se demande si le limite fixée à un président pour achever une révision qu'il a commencée, n'est pas la durée de son mandat.



Giscard d'Estaing suggéra à nouveau que l'on réduise le mandat présidentiel à cinq ans<sup>10</sup>. Le Premier ministre cria tout de suite haut et fort son opposition déterminée à toute révision constitutionnelle<sup>11</sup>. Dans le contexte de la coexistence, cette réforme eût en effet été un trop beau cadeau pour le Président de la République, dont un tel référendum aurait pu renforcer la légitimité - notamment parce qu'il avait longtemps préconisé cette révision -, et parce qu'elle aurait facilité sa réélection.

De nombreux éléments plaident en faveur d'une réduction du mandat présidentiel à cinq ans<sup>12</sup>. Parmi ces arguments, tandis que certains restent valables après la cohabitation, d'autres ont été considérablement affaiblis par l'épreuve de la coexistence.

Avant comme après la coexistence, la réduction du mandat présidentiel à cinq ans, préconisée par de nombreux constitutionnalistes<sup>13</sup>, paraît souhaitable pour de nombreuses raisons. Les fondements historiques du système actuel sont d'abord très fragiles puisque l'on sait que c'est le hasard, autant sinon plus que la raison, qui explique l'origine du septennat. On adopta cette solution au début de la III<sup>e</sup> République essentiellement parce que cela semblait un terme convenable pour que les monarchistes puissent régler leurs différends, ou pour que " Dieu veuille bien ouvrir les yeux d'un des prétendants au trône, ou daigne les lui fermer "<sup>14</sup>. Cette solution paraît aujourd'hui bien désuète, dans un monde où la plupart des chefs d'Etat de pays industrialisés ont un mandat de quatre ou cinq ans. Le réalisme aussi invite à cette réforme, car on observe que la durée moyenne des mandats présidentiels exercés en fait est de cinq

<sup>9</sup> J. ROBERT, par exemple estime que l'on pourrait organiser un référendum selon la procédure de l'article 11 pour réduire le mandat présidentiel : *Eloge du quinquennat*, *Le Monde* 25 février 1987. Sur la procédure utilisable pour la réduction du mandat présidentiel, cf. supra, n° 95.

<sup>10</sup> Le 11 février 1987, à l'émission *l'Heure de vérité*. Le Parti Républicain s'était déjà prononcé en ce sens en janvier : *Le Monde* 18-19/1/1987. Sur ce débat pendant la cohabitation, *Le Figaro*, 10/-2; ( sont hostiles au quinquennat J. Chirac, M. Debré, J. Chaban-Delmas, R. Barre) cf. M. DEBRE, *Le quotidien de Paris* du 13-2; O. DUHAMEL, *Les cinq quinquennats*, *Le Monde* du 14-2; M. DUVERGER, *Le mythe du quinquennat*, *Le Monde* 15/16-2; J. FOYER, *la querelle du mandat présidentiel*, *Le Figaro* du 19-2; J. ROBERT, *Eloge du quinquennat*, *Le Monde* 25-2; *Le point*, 23-2.

<sup>11</sup> Dès 1986, J. Chirac avait affirmé son attachement aux institutions : " La Constitution est l'héritage essentiel que nous devons au général " (*Le Quotidien de Paris*, 10 nov. 1986).

<sup>12</sup> Cf. F. DECAUMONT, *Le quinquennat, échec d'hier, solution de demain ?*, dans O. DUHAMEL et J.L. PARODI, *La Constitution de la Ve République*, presses de la FNSP, 1<sup>ère</sup> éd. 1988, p. 486 et s.

<sup>13</sup> Cf. notamment P. AVRIL, *Un Président pour quoi faire ?*, Coll. Jean Moulin, Seuil, 1965, p. 94 et s; O. DUHAMEL, *Perspectives constitutionnelles pour l'après-mars 1986*, *Projet*, Mars 1986, p. 18; J. ROBERT, *Le Monde* 4 février 1986, *Pour un aggiornamento.*; J.L. PARODI, *Les carrefours de la cohabitation*, RPP, sept-oct. 1985, p. 26

<sup>14</sup> Selon, en substance, la formule de l'époque.

ans<sup>15</sup>. Le mandat quinquennal aurait encore l'avantage de limiter le nombre de mandats inachevés<sup>16</sup>. Mais, surtout, le septennat est un obstacle à l'équilibre entre les pouvoirs présidentiels et la responsabilité inhérente à tout pouvoir. L'argument le plus fort en faveur du quinquennat réside en effet dans le fait, souligné dès l'élaboration de la Constitution, que le Président de la République dispose de prérogatives importantes dispensées de contreseing, alors qu'il est en principe irresponsable. Plutôt que de s'acharner à dénoncer en vain les excès de pouvoir présidentiels, ne serait-il pas préférable d'admettre cette réalité mais en permettant au peuple de se prononcer plus souvent sur la politique présidentielle ? Le quinquennat permettrait d'instaurer la responsabilité politique du Président de la République devant le peuple, alors qu'elle est aujourd'hui très insuffisante au regard de ses prérogatives. Cette responsabilité serait d'autant plus facilement mise en jeu que la réélection du Président de la République serait nettement plus probable s'il prétendait demeurer dix ans au pouvoir (ce qui correspond actuellement au record de longévité présidentielle en France), plutôt que s'il voulait s'y maintenir durant quatorze ans<sup>17</sup>.

Depuis la coexistence, pourtant, cet argument majeur a perdu au moins une partie de son poids. En effet, la cohabitation a montré que le rôle du Président de la République pouvait largement se limiter à l'arbitrage prévu à l'article 5 de la Constitution. La pratique qui a suivi la coexistence semble le confirmer. Cet élément devra donc être réexaminé à la lumière de cette évolution.

Réciproquement, le poids des éléments plaidant contre la suppression du septennat a donc été modifié par la coexistence. Ce changement est peut-être susceptible d'expliquer partiellement les palinodies de certains hommes ou partis sur cette question. Pour les adversaires du quinquennat, cette révision ne permettrait pas d'éviter la cohabitation, et dénaturerait la fonction présidentielle, plongeant le pays dans le désordre d'incessantes batailles électorales, empêchant le Président de la République d'incarner la continuité de l'Etat, faisant du chef de l'Etat non plus un arbitre, mais un pouvoir partisan en quête de réélection<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> J.M. DENQUIN constate que, depuis 1873, " la durée moyenne des fonctions présidentielles fut de 5ans et 187 jours. (art. préc., p. 1385), mais constate qu'il ne s'agit là que de statistiques.

<sup>16</sup> Cf. J.M. DENQUIN, art. préc., p. 1386 à 1388, pour qui l'argument selon lequel on limiterait ainsi le nombre de mandats inachevés, n'est pas très sérieux.

<sup>17</sup> De nombreux observateurs avaient considéré que cet élément avait été important pour expliquer l'échec de M. Giscard d'Estaing en 1981. Néanmoins la réélection de M. Mitterrand en 1988 montre qu'il ne s'agit pas d'un obstacle rédhibitoire au renouvellement du mandat présidentiel. Mais on doit noter également que la présidence exercée et proposée par M. Giscard d'Estaing en 1981 était beaucoup plus dirigiste et active que celle de M. Mitterrand en 1988.

<sup>18</sup> Se montrent notamment hostiles au quinquennat : R. HADAS-LEBEL (qui préconise un septennat non-renouvelable) Le septennat : un centenaire qui se porte bien, *Le Monde* 25/2/1988; Léo HAMON, Lettre

On observe ainsi que ce qu'il y a de plus frappant dans les vagues-hésitations des hommes politiques sur ce point, est le caractère totalement contradictoire de leurs analyses des conséquences potentielles de la réduction du mandat présidentiel sur le fonctionnement des institutions. Certains affirment que cette révision est indispensable pour assurer la pérennité de la Ve République, tandis que d'autres estiment qu'elle serait contraire à l'esprit du régime ou qu'elle risquerait de modifier profondément nos institutions ( A ). Non moins contradictoires paraissent les différentes positions sur les relations de cette réforme avec la coexistence. Traitement préventif efficace selon les premiers, remède plus dangereux que le mal selon les seconds...*quid* de l'influence d'une réduction du mandat présidentiel - avec ou sans concordance des mandats - sur la cohabitation ? ( B ).

## A CONSEQUENCES POTENTIELLES SUR L'EFFECTIVITE DE LA CONSTITUTION

Pour les uns, il faut absolument que le Chef de l'Etat se présente tous les cinq ans devant les électeurs afin de rafraîchir sa légitimité, et d'être en mesure d'exercer les prérogatives très importantes qui lui sont conférées par la Constitution. Dans cette optique, la réduction du mandat ne fera que renforcer l'autorité du Président. Pour d'autres, c'est pour affaiblir le Président de la République qu'il faut réduire la durée de son mandat. Pour d'autres encore, c'est justement parce que cette révision pourrait porter atteinte à l'autorité du Chef de l'Etat qu'il ne faut pas y procéder ! Dans certains cas, ces incohérences s'expliquent - au moins partiellement - par le fait que certains conçoivent cette révision de la Constitution de manière isolée ( 1 ), tandis que d'autres

---

ouverte au Président de la République, LGDJ, 1988, p. 13 et 95 et s.; G. COLLOMB, Une social-démocratie à la française ? (PRR sept-oct. 1985, p. 15-18, qui s'oppose aux arguments développés par M. Chevènement en faveur du quinquennat); les barristes, qui sont également favorables à un septennat unique (cf. A. DUHAMEL, Le présidence relative, Le Monde 7/12/1987), (et Le Monde 5/3/1987); Les communistes aussi sont favorables à un septennat non-renouvelable (conclusions de C. Fitermann au colloque du 13 déc. 1986, Cohabitation, alternance ou changement réel, quelles institutions pour la France ?, Le Monde 16 déc. 1986), Sur Sur tous ces points, cf. infra. et J.M. DENQUIN, art. préc., p. 1377 et s. (où il rappelle que le désordre généré par les élections est en fait organisé et limité, et que les périodes électorales sont des moments privilégiés pour les contacts entre élus et électeurs).

ne l'envisagent que dans le cadre d'une réforme plus importante de nos institutions, notamment avec un changement de mode de scrutin ( 2 ).

### 1 ) En l'absence d'autre modification des institutions.

Si l'on conserve le mode de scrutin actuel, et que l'on ne modifie aucune autre disposition de la Constitution, la réduction du mandat présidentiel à cinq ans aura nécessairement pour conséquence le renforcement de l'autorité présidentielle ( a ). Cela permettrait peut-être de renforcer l'effectivité de la pratique présidentialisée, mais certainement pas de la Constitution définie au sens strict ( b ).

#### a ) Vers un renforcement de la légitimité présidentielle.

242 La légitimité, comme toute énergie, est soumise à l'entropie <sup>19</sup>. Elle s'use, s'affaiblit au fil du temps. Dans une mesure variable selon l'usage que l'on en fait. Plus un Président de la République exerce personnellement le pouvoir, plus sa légitimité doit être fréquemment confirmée. Le général de Gaulle l'avait fort bien compris, qui demandait régulièrement au peuple le renouvellement de sa confiance par le biais du référendum<sup>20</sup>. Ses successeurs, renonçant à ce moyen trop dangereux ou aléatoire, virent dans la réduction du mandat présidentiel le meilleur moyen d'aller puiser dans l'onction populaire l'autorité qui leur faisait défaut en fin de mandat. Georges Pompidou renonça pourtant à cette révision, Monsieur Giscard d'Estaing pensait peut-être pouvoir s'en dispenser, et Monsieur Mitterrand s'accommoda fort bien des institutions. Mais il ne put se dispenser du renforcement de sa légitimité par une réélection ou un référendum que parce qu'il sut (et dut) " économiser sa légitimité " en laissant le Premier ministre diriger la politique de la Nation, et parce qu'il n'intervient guère que dans les domaines dans lesquels il y a un consensus <sup>21</sup>.

Sans doute un mandat excessivement court (moins de quatre ans) réduirait-il l'autorité présidentielle car le Président ne bénéficierait plus de l'autorité que confère la durée. Mais le quinquennat augmenterait indubitablement la puissance du Président <sup>22</sup>

<sup>19</sup> J.M. DENQUIN, art. préc., p. 1371 et s.

<sup>20</sup> Sur les rapports entre le référendum et la durée du mandat, cf. supra, et F. DECAUMONT, art. préc., p. 486.

<sup>21</sup> J.M. DENQUIN observe que l'autorité du Président de la République s'affaiblit d'autant moins vite que sa politique fait l'objet d'un consensus (art. préc. p. 1374).

<sup>22</sup> En ce sens, P. AVRIL, Un tournant du régime, RDP 1973, p. 778.

La cohabitation ayant montré que les pouvoirs présidentiels sont considérablement réduits dans cette situation, l'adoption du quinquennat apparaît indispensable si l'on veut maintenir la pratique présidentialisée qui s'était imposée jusqu'en 1986<sup>23</sup>. On assurerait ainsi l'effectivité non pas de la Constitution, mais des interprétations qui lui sont contraires.

Le quinquennat permettrait sans aucun doute au Président de la République de renforcer sa légitimité, donc son autorité. Mais, dès lors, ne risquerait-il pas d'abuser de ces pouvoirs constitutionnels ? Il apparaît nettement que le véritable problème est celui de l'équilibre entre les pouvoirs exercés par le Chef de l'Etat et sa légitimité, et en fait l'équilibre entre le pouvoir et la responsabilité.

Or la question de l'effectivité de la Constitution se trouve au coeur de ce problème.

#### b) Vers une diminution de l'effectivité de la Constitution ?

**243** Parce que le déséquilibre des pouvoirs au profit du chef de l'Etat serait encore renforcé par cette révision de la Constitution, la " marge de manoeuvre " du Président de la République par rapport au texte serait encore accrue, et donc l'effectivité potentielle de la Constitution réduite. Sans doute, mais au moins, le peuple contrôlerait plus efficacement les pouvoirs présidentiels, ce qui est peut-être plus important, du point de vue démocratique, que l'attachement borné et aveugle à la lettre d'un texte qui pourra, de toutes façons, en l'absence d'autre réforme, être bafoué. Que l'on se place du point de vue du fonctionnement de la démocratie - c'est à dire du contrôle des gouvernants par les gouvernés -, ou du point de vue de l'effectivité de la Constitution (en constatant qu'ils doivent être identiques si les institutions sont bien faites), on observera que le septennat et le quinquennat sont deux systèmes également défendables, qui obéissent chacun à une logique propre, et qui ont l'un et l'autre un aspect dynamique.

Avant la cohabitation, la réduction du mandat présidentiel semblait indispensable, tant l'écart entre les pouvoirs exercés par le Président de la République, et le contrôle de ces pouvoirs par le peuple était choquant<sup>24</sup>. Mais la coexistence nous a permis de découvrir la Constitution. Elle lui a rendu la cohérence qu'elle avait à

---

<sup>23</sup> S'interrogeant sur l'hypothèse de la cohabitation, P. AVRIL notait dès 1976 que " le raccourcissement du septennat conditionne le maintien du rôle actif du chef de l'Etat " (dans *Le cauchemar constitutionnel français*, Projet, nov. 1976, p. 37).

<sup>24</sup> Les propositions de réduction du mandat présidentiel sont très souvent motivées par le constat de l'écart entre les pouvoirs exercés par le Président de la République et le fait que sa responsabilité ne puisse être mise en jeu que tous les sept ans, cf. par ex. Proposition Sanguinetti, n° 758, 16 sept. 1969.

l'origine. Dès lors, elle permet d'aborder d'une manière tout à fait différente la question de la durée du mandat présidentiel.

Si le Président de la République est, comme le prévoit la Constitution, un arbitre et non pas un capitaine dirigeant toute la politique dans tous les domaines, il est peut-être préférable qu'il ait un mandat de sept ans.

Il aura fallu l'épreuve de la cohabitation pour que la logique du régime apparaisse. Le maintien du septennat en 1958 n'est pas seulement dû aux hasards de l'histoire. Une nouvelle fois, les travaux préparatoires sont riches d'enseignements. Interrogé par M. Barrachin sur la durée du mandat, le commissaire du Gouvernement Raymond Janot, répondit : " Outre que le septennat est dans la tradition républicaine, il ne faut pas assimiler les pouvoirs du Président, si importants soient-ils, à ceux qu'il exercerait dans un régime présidentiel. Encore une fois, ce que nous voulons c'est non un régime présidentiel mais un régime parlementaire assaini " <sup>25</sup>. Le général de Gaulle justifiait ainsi le septennat : " Dans notre République, c'est le Chef de l'Etat qui répond de l'intérêt supérieur et permanent de la France, de la stabilité des institutions, de la continuité dans la conduite des affaires publiques, sa fonction et son action sont donc à grande portée et dépassent la conjoncture. Aussi est-il élu par le peuple pour sept ans. Aussi est-il rééligible " <sup>26</sup>. Pour Guy Mollet non plus, il n'y a pas de doute, " le choix fait du septennat avait un sens précis : il signifiait le refus du régime présidentiel " <sup>27</sup> C'est parce que les rédacteurs de la Constitution voulaient que le Président de la République ne fût pas le chef d'un parti, mais un arbitre au dessus de la mêlée, un homme incarnant la légitimité, la continuité, la stabilité des institutions au-dessus des luttes partisans, qu'il devait avoir un mandat de longue durée. Michel Debré avait même pensé à un mandat de dix ans<sup>28</sup>. Dans la logique du système instauré en 1958, il n'est pas choquant que le chef de l'Etat ne soit investi de la confiance populaire que tous les sept ans, car il ne dispose guère que du pouvoir d'en appeler à un arbitre. Rappelons que dans l'esprit des rédacteurs du texte, les pouvoirs présidentiels soumis à contreseing étaient en fait, comme dans tout régime parlementaire, des compétences purement formelles appartenant en fait au Premier ministre (notamment en matière de défense et de diplomatie). Dès lors, le Président de la République ne dispose plus que de ses pouvoirs propres. Dans la plupart des cas, ces pouvoirs ne lui permettent pas d'arbitrer lui-même, mais seulement de recourir à l'arbitrage d'un autre pouvoir (nomination des membres du Gouvernement, droit de message, désignation de certains membres du Conseil constitutionnel et faculté de saisir cette autorité), ou du peuple (Référendum, droit de dissolution). Dans tous ces cas, il n'est donc pas très gênant

---

<sup>25</sup> Cité par J.M. DENQUIN, art. préc., p. 1361.

<sup>26</sup> Conf. de presse du 9 sept. 1968.

<sup>27</sup> Le Monde, 27 sept. 1973, cité par C. ZORGBIBE, *Le chef de l'Etat en question, scénarios de cohabitation ou de séparation*, Atlas, Economica, 1986, p. 130.

<sup>28</sup> Cf. Léo HAMON, op. préc., p. 115

qu'il ne bénéficie pas d'une légitimité très récente, puisqu'il ne prend pas de décision lui-même, mais peut seulement donner la parole à un autre organe ou au peuple. Reste le problème, majeur, de l'article 16, qui demeure très discutable et dangereux, puisqu'il s'agit d'une véritable dictature soustraite à tout contrôle réel. Telle est donc la seule faille à ce système dont la cohérence avait été masquée jusqu'à présent par l'ignorance dans laquelle on se trouvait par-rapport aux travaux préparatoires, et par la constance d'une pratique diamétralement opposée à cette logique. La dynamique du septennat est la suivante : parce que l'élection du Président de la République est indépendante de celle des partis, sa légitimité sera indépendante de la leur, parce que son mandat sera de longue durée, il pourra bénéficier de la stabilité et donc d'une certaine autorité, mais il ne pourra pas prétendre diriger la politique à la place du Gouvernement responsable devant le Parlement. Mais, grain de sable dans l'engrenage, l'élection présidentielle mais surtout la pratique du pouvoir par le Général de Gaulle est venu enlever toute logique à ce système pour le rendre incohérent. Les expériences étrangères montrent très bien que l'élection du Président de la République au suffrage universel direct n'implique pas nécessairement sa suprématie. C'est donc essentiellement l'infanticide commis par le Général de Gaulle à l'égard de la Constitution par la pratique qu'il en a eue, qui a conduit à l'incohérence du régime. Le tout est de savoir si les causes de ce " crime " étaient uniquement conjoncturelles (guerre d'Algérie, personnalité du Général etc...), ou si elles sont structurelles. Le régime prévu par le texte de la Constitution peut-il fonctionner efficacement ? Est-il possible que cette Constitution soit effective ? Donc, peut-on conserver le septennat ?

La cohabitation a apporté quelques éléments de réponse en montrant qu'il était largement possible d'en revenir à la lettre de la Constitution. Le Président de la République s'est conduit - et continue dans une très large mesure - à jouer un rôle d'arbitre...et il n'y a pas eu de déluge. Contrairement à ce que l'on a cru pendant près de trente ans, l'enfant conçu par des parents de sang contraire en 1958, opéré en 1962, n'est pas un monstre, et il est viable.

Néanmoins ce bilan réjouissant - au moins pour le juriste qui voit renaître un droit qu'il croyait mort - doit être nuancé. Nous avons en effet observé que, même durant la cohabitation, les pouvoirs présidentiels n'avaient pas été aussi réduits qu'il le sont dans le texte. Dans ces conditions, faut-il, aujourd'hui, considérer que cette pratique des institutions est inéluctable, et choisir d'aligner le droit sur le fait en révisant la Constitution pour que ces interprétations ne lui soient plus contraires<sup>29</sup>, ou bien faut-il persister à croire qu'un jour cette Constitution sera totalement effective ?

---

<sup>29</sup> En ce sens, cf. J. ROBERT, Eloge du quinquennat, *Le Monde* 25/2/1987 : " A qui fera-t-on croire qu'en le dotant, dès le départ, de pouvoirs exorbitants puis en le faisant, par la suite, désigner par l'ensemble du peuple, la Ve République ait entendu simplement cantonner le chef de l'Etat dans un seul rôle d'arbitre ? ".

Chacune des options est défendable. Nous considérons que si l'on n'apporte pas d'autres modifications à la Constitution, et en particulier si l'on ne renforce pas les compétences du Conseil constitutionnel pour qu'il puisse contrôler la constitutionnalité des actes du chef de l'Etat, il serait préférable de réduire la durée du mandat présidentiel. En effet, même pendant la coexistence, les pouvoirs présidentiels soumis à contresens ne sont pas redevenus les compétences formelles prévues par le texte, puisque le Président de la République a pu s'arroger certains droits de veto. De même, les pouvoirs très importants que le Général de Gaulle s'était attribués en matière de politique étrangère et de défense sont contraires à la logique initiale du régime. Si l'on se prétend dans une démocratie, il est difficilement acceptable qu'une autorité investie de tels pouvoirs n'engage sa responsabilité devant le peuple que tous les sept ans<sup>30</sup>. Mais il faut savoir également que l'adoption du quinquennat risque de réduire encore l'effectivité de la Constitution, en renforçant le déséquilibre du système au profit du chef de l'Etat, en augmentant encore le caractère partisan de sa fonction (qui fait de lui le capitaine d'une équipe et non plus un arbitre), en l'encourageant à se présenter sur un programme politique correspondant à un contrat de législature etc<sup>31</sup>.... Il y a fort à parier, de surcroît, que, tout comme après la réforme de 1962, on utilisera la réduction du mandat pour justifier à priori et à posteriori de nouvelles violations de la Constitution<sup>32</sup>. Certains ne manqueront pas d'expliquer que cette révision constitutionnelle ne concerne pas seulement la durée du mandat présidentiel, mais remet en cause toute l'interprétation de la Constitution, et confère au chef de l'Etat de nouvelles prérogatives. Tout cela peut être tout à fait admissible pour le fonctionnement de la démocratie, mais on se trouve alors dans un système qui est très éloigné de celui qui est organisé par le texte. Véritable "boîte de Pandore", la quinquennat modifierait profondément le régime de la Ve République<sup>33</sup>. Il appartient donc au peuple de choisir

<sup>30</sup> Pour J.M. DENQUIN, la signification du mandat à durée limitée réside dans l'automaticité de la responsabilité politique (art. préc., p. 1368 et s.). Nous admettons avec lui que si le mandat est vraiment trop long, le principe même de cette responsabilité est nié, alors qu'il est mieux garanti si le mandat est bref. Certains auteurs nient au contraire le fait que le Président de la République engage sa responsabilité devant le peuple en se représentant à l'issue de son premier mandat (par ex. P. ARDANT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 1989).

<sup>31</sup> En ce sens, Cf. Léo HAMON, op. préc., p. 116. Constatant que les Présidents de la République s'engagent à exécuter un programme assez précis, en particulier dans le domaine économique, J.M. DENQUIN note qu'il est à peu près impossible de prendre de tels engagements pour sept ans sans qu'ils deviennent caducs (art. préc., p. 1375). M. Mitterrand a ainsi tiré les enseignements de son premier mandat et de la cohabitation, en ne s'engageant pas sur un programme précis en 1988. La concordance des élections renforcerait d'autant le caractère partisan de la fonction présidentielle (cf. infra).

<sup>32</sup> Nous estimons avec M. CHANDERNAGOR, qu'"une fois de plus, une réforme isolée, présentée comme ayant une portée modeste, servira de justification ultérieure à l'accroissement indéfini des pouvoirs d'un seul" J.O. Ass. Nat., p. 4408, cité par J.M. DENQUIN, (art. préc., p. 1393), pour qui, au contraire, un tel phénomène ne saurait se produire deux fois.

<sup>33</sup> En ce sens, R. HADAS-LEBEL, *Le septennat : un centenaire qui se porte bien*, *Le Monde* 25/2/1988; Ch. Millon : "nos institutions actuelles sont bonnes, elles ont fait la preuve de leur efficacité (...)" Tout



entre le quinquennat, qui favorise une pratique présidentialisante des institutions<sup>34</sup>, et le septennat, qui est parfaitement cohérent dans la Constitution actuelle, et qui attribue au chef de l'Etat non pas un pouvoir gouvernemental, mais une fonction arbitrale<sup>35</sup>.

Dans ces conditions, le maintien du septennat ne nous semble admissible que si l'on est en mesure de garantir le respect de la Constitution par le chef de l'Etat. Or, l'évolution de l'interprétation de la Constitution depuis 1986, les expériences de cohabitation en Grèce et au Portugal, et l'extension potentielle des compétences du Conseil constitutionnel nous laissent penser qu'il n'est peut-être pas totalement illusoire de croire que l'on en reviendra un jour à la lettre de la Constitution. Si le Président de la République est un arbitre qui n'exerce que les pouvoirs qui lui sont reconnus par le texte, alors le système est cohérent, il n'est pas choquant pour la démocratie. Par contre s'il excède ces pouvoirs, il est indispensable de renforcer le contrôle du peuple sur ses actes, mais alors, on entre dans une " spirale inflationniste "

A la lumière de ces observations, on peut avoir des doutes sérieux sur la cohérence du discours de certains hommes politiques. On comprend particulièrement mal la logique de Monsieur Barre, pour qui la réduction du mandat présidentiel serait une atteinte à l'autorité du chef de l'Etat<sup>36</sup>. On admettra volontiers avec lui que la fonction présidentielle risquerait d'être encore plus partisane qu'elle ne l'est aujourd'hui, le Chef de l'Etat étant contraint d'avoir une attitude plus électoraliste, de consacrer plus de temps à préparer les élections, ce qui peut nuire à son indépendance et à son efficacité<sup>37</sup>. Mais dans la mesure où Monsieur Barre est favorable à une interprétation très présidentialisante de la Constitution, sa logique nous échappe, ou nous paraît peu démocratique. Si le Chef de l'Etat exerce des prérogatives importantes, il est indispensable que sa responsabilité soit régulièrement mise en jeu devant le peuple. Le

---

changement notable affecterait leur cohérence et leur efficacité " (*Le Monde* 5/3/1987; Léo. HAMON Lettre ouverte au Président de la République nouvellement élu, préc. Pour P. ARDANT, " il est concevable certes de réduire à 5 ans le mandat du Président, mais alors c'est un autre régime qui se met en place. " (manuel préc., 1989, p. 489).

<sup>34</sup> Cf. F. DECAUMONT, *Le quinquennat, échec d'hier, solution de demain ?* dans O. DUHAMEL et J.L. PARODI, *La Constitution de la Ve République*, presses de la FNSP, 2e ed. 1988, p. 486 et s.

<sup>35</sup> Cf. J. GICQUEL, communication à la " conférence-séminaire " de la Fondation pour la démocratie, *Les leçons de la cohabitation*, Paris, Ass.Nat., 6 nov. 1986, où l'auteur démontre l'opposition entre ces deux conceptions.

<sup>36</sup> En ce sens, cf. aussi la proposition n° 63 des sénateurs de l'union centriste, qui s'opposaient au quinquennat au motif qu'il affaiblirait le Président, et optaient pour le septennat non renouvelable, ses auteurs considérant que " les contraintes de la conduite d'un Etat moderne nécessitent que le pouvoir exécutif soit fort et incontesté; que son autorité ne puisse être remise en question à tout propos " (cité par E. JOS, *Le réformisme constitutionnel parlementaire sous la VIIe législature : essai de typologie*, RDP 1988, p. 733). Cf. aussi Léo Hamon, op. préc., p. 115 et s.

<sup>37</sup> On sait, par exemple, que le Président des Etats-Unis consacre environ un quart de son mandat à préparer les élections.

seul correctif qui pourrait rétablir la logique démocratique de ce raisonnement peut se trouver dans l'idée que la responsabilité du Président de la République sera mise en jeu devant les citoyens non seulement lors de l'élection présidentielle, mais aussi lors de référendums, qui devront être fréquents, et à l'occasion des élections législatives. Mais le problème est que le référendum, même s'il permet au Président de renforcer sa légitimité, n'équivaut tout de même pas à une réélection, puisque le pouvoir de contrôle du peuple y est très restreint<sup>38</sup>. De plus, l'organisation ou non d'un référendum dépend du seul " bon vouloir " du chef de l'Etat (à condition qu'une proposition lui en soit faite régulièrement), alors que les élections sont organisées à échéances régulières. la cohabitation a bien montré que le chef de l'Etat était libre de penser que sa responsabilité n'avait pas été mise en cause par les élections législatives (alors même qu'il n'avait pas été neutre durant la campagne). Ce mécanisme ne pourrait donc fonctionner qu'en cas de victoire écrasante de la majorité hostile au Président (par une grève des Premiers ministres, mais qui ferait toujours un peu figure de " coup d'Etat ", même si elle n'est pas interdite par la Constitution.). Cette conception des pouvoirs, de la responsabilité, et donc de la durée du mandat présidentiel, est sans doute assez logique et proche de la pensée du Général ou de Capitant, mais l'expérience a montré que le respect de ses règles était tout à fait aléatoire, les Présidents de la République étant libres de se placer ou non dans cette logique. Elle est, de surcroît, très éloignée de la lettre du texte constitutionnel puisque le Président n'y est pas un arbitre mais un capitaine.

Le raisonnement de Monsieur Mitterrand, qui préconise en même temps un rééquilibrage des pouvoirs, et une réduction du mandat présidentiel, ne nous paraît pas moins incohérent. De deux choses l'une. Soit on veut rétablir l'équilibre des pouvoirs entre le Président de la République, le Chef du Gouvernement, et le Parlement, dans quel cas on évite de réduire le mandat présidentiel, car il ne ferait qu'aggraver le déséquilibre en faveur du Président. Soit on adopte le quinquennat, mais alors on admet que l'on renforce l'autorité du chef de l'Etat, et l'on ne prétend pas rétablir l'équilibre entre les pouvoirs. Si la réduction du mandat pouvait permettre de contribuer à affaiblir les pouvoirs présidentiels dans le programme commun de la gauche en 1962, c'est parce qu'elle était accompagnée d'autres réformes. Seule, elle aboutirait à des conséquences totalement opposées à celles que prétendent rechercher ses auteurs.

---

<sup>38</sup> Sur les avantages et les limites de la notion de " référendum-réélection ", cf; J.M. DENQUIN, *Réflexions sur la durée du mandat présidentiel*, RDP 1975, p. 1373-1374.

## 2 ) Dans le cadre d'une révision plus importante.

Selon les autres révisions de la Constitution ou du mode de scrutin dont elle serait accompagnée, la réduction du mandat présidentiel pourrait aboutir à des conséquences tout à fait opposées. Il n'est pas possible d'envisager dans le cadre de cette étude une analyse systématique de toutes les conséquences potentielles des diverses réformes envisageables, en particulier au niveau du renouvellement du mandat, du mode de scrutin<sup>39</sup>, du droit de dissolution etc...- selon, en particulier que l'on s'efforce d'assurer ou non la concordance des élections présidentielle et parlementaire<sup>40</sup> -. On s'efforcera cependant de démontrer que le quinquennat pourrait être envisagé dans le cadre d'une réduction des pouvoirs présidentiels ( a ), tout comme dans le cadre d'une augmentation de ces pouvoirs ( b ).

### a ) Concilier le quinquennat et la réduction des pouvoirs présidentiels.

**244** L'adoption du quinquennat, par ce qu'elle conduit à un renforcement des pouvoirs présidentiels, est tout à fait contraire au retour à la pratique parlementaire des institutions, appelée des vœux de la gauche durant des années<sup>41</sup>.

Il paraît donc difficile de concilier le mandat quinquennal et la réduction des pouvoirs du chef de l'Etat. Telle semblait pourtant être l'ambition des auteurs du programme commun de la gauche en 1972. La réduction du mandat présidentiel pouvait être conciliable avec une réduction des pouvoirs du chef de l'Etat parce qu'elle s'accompagnait de nombreuses autres révisions, de nature à compenser les effets logiques du quinquennat. La réduction des compétences présidentielles, notamment la révision de l'article 16, l'instauration d'une véritable Cour Suprême à la place du Conseil constitutionnel etc... pouvaient permettre d'établir un équilibre nouveau. C'est pour des raisons politiques conjoncturelles, mais aussi parce que la gauche était bien

<sup>39</sup> Sur l'influence du scrutin à la proportionnelle sur la cohabitation, cf. supra, n° 5-6 selon J.M. DENQUIN, l'étude de l'influence de la proportionnelle sur la cohabitation n'a guère d'intérêt dans la mesure où ce mode de scrutin évite la cohabitation (art. préc., p. 1391), l'expérience de 1986 a montré que ses conclusions étaient hâtives sur ce point. Sur les contraintes des modes de scrutin par rapport au régime, cf. supra n° 9 et s.

<sup>40</sup> Sur ce dernier point, cf. infra, n°

<sup>41</sup> P. AVRIL, (Un tournant du régime, RDP 1973, p. 778), souligne cette contradiction.

consciente du fait qu'isolé de ces réformes, le quinquennat conduisait à l'extension des pouvoirs présidentiels, qu'elle n'a pas souscrit au projet de Georges Pompidou en 1973. En effet, pour François Mitterrand, " réduire la durée du mandat sans rectifier le fonctionnement du régime ne signifie plus grand chose " <sup>42</sup>. Mais en adhérant à la Ve République, la gauche a renoncé à remettre en cause ses institutions. On peut malgré tout se demander quelles seraient les incidences de ces réformes sur l'effectivité des autres dispositions de la Constitution. D'un côté, elles tendraient à la réduire, car le Président de la République serait davantage lié à un parti politique, et pourrait difficilement assurer sa fonction d'arbitre et de garant de la stabilité des institutions. Mais d'un autre côté, en rétablissant l'équilibre entre les pouvoirs publics, elles permettraient dans une certaine mesure au Parlement, au Gouvernement, et peut-être à la Cour Suprême, de contraindre le chef de l'Etat au respect de la Constitution. En 1981, il est seulement prévu dans les 110 propositions que " le mandat présidentiel sera ramené à cinq ans, renouvelable une fois, ou limité à sept ans sans possibilité d'être renouvelé " (n° 45), et l'on affirme vaguement que le Parlement retrouvera ses droits constitutionnels (n° 46) <sup>43</sup>. Ainsi isolée, l'adoption du quinquennat ne pourrait certainement pas conduire à la réduction de la prééminence présidentielle.

On peut encore être un peu sceptique sur la cohérence du programme commun si l'on admet que la concordance des mandats présidentiel et parlementaire risque de réduire encore le rôle du Parlement, que la gauche entend pourtant réhabiliter <sup>44</sup>. Ainsi Guy Mollet appelait-il le Parlement, en 1973, à refuser de " légitimer sa propre déchéance " <sup>45</sup>. Il semble en fait que l'idée de contrat de législature qui était ainsi développée en 1972, devait avoir pour résultat tangible de limiter le pouvoir discrétionnaire du Président en matière de dissolution de l'Assemblée nationale <sup>46</sup>

Ces conséquences pourraient varier notamment en fonction des possibilités de *renouvellement* du mandat. Dans les propositions de 1972, on suggérait soit un mandat de cinq ans renouvelable une fois seulement, soit un septennat non renouvelable. Dans sa " lettre à tous les français ", en avril 1988, M. Mitterrand dit qu'il souscrit au quinquennat " a la seule condition que le mandat ainsi réduit ne soit renouvelable d'une fois " <sup>47</sup>. M. Giscard d'Estaing se prononce dans le même sens lorsqu'il préconise un

<sup>42</sup> Le Nouvel Observateur, 8 oct. 1973, cité par C. ZORGBIBE, op.préc., p. 131.

<sup>43</sup> Cf. R. TEXIDOR, art. préc. ? p. 471.

<sup>44</sup> En ce sens, cf. J.M. DENQUIN, art. préc., p. 1392.

<sup>45</sup> J.O. débats Ass. Nat. , séance 16 oct. 1973, p. 4408. (cité par C; ZORGBIBE, préc., p. 132).

<sup>46</sup> Cf. R. TEXIDOR, L'évolution du révisionnisme, dans O. DUHAMEL et J.L. PARODI, La Constitution de la Ve République, presses de la FNSP, 2e ed. 1988, p. 470.

<sup>47</sup> Rappelons qu'actuellement, le Président est indéfiniment rééligible, alors que le renouvellement des mandats était limité sous la IVe République.

mandat de six ans<sup>48</sup>. Notons que la limitation des possibilités de renouvellement du mandat peut avoir des incidences sur la conception de la responsabilité présidentielle<sup>49</sup>. Par ailleurs, l'idée d'un septennat non-renouvelable, à laquelle M. Mitterrand s'était déclaré favorable, connaît aujourd'hui une certaine faveur<sup>50</sup>, tant dans les rangs des communistes<sup>51</sup> que dans ceux des Barristes<sup>52</sup>. Encore une fois, la logique des amis de M. Barre nous semble impénétrable. En effet, le non-renouvellement tend à réduire - pour ne pas dire nier - la responsabilité du chef de l'Etat<sup>53</sup>, et donc, dans une logique démocratique, ses pouvoirs.

Néanmoins, la conséquence normale de la réduction du mandat présidentiel demeure le renforcement de l'autorité du chef de l'Etat.

b) La logique du quinquennat, le renforcement de l'autorité présidentielle.

**245** C'est dans le cadre d'une révision de la Constitution tendant à renforcer les pouvoirs du chef de l'Etat que la réduction du mandat présidentiel paraît la plus cohérente. L'application du principe élémentaire en démocratie, selon lequel la responsabilité est la contre-partie nécessaire du pouvoir, permettrait d'instaurer un équilibre différent de celui qui existe actuellement.

Si les autres révisions de la Constitution étaient peu importantes, l'effectivité des dispositions inchangées du texte risquerait d'être affaiblie. Peut-être alors serait-il souhaitable de préciser ou redéfinir les compétences présidentielles pour éviter ce risque d'augmenter encore les écarts entre la Constitution et sa pratique. Cette révision peut donc être complémentaire avec celles que l'on envisagera ci-dessous.

Par contre, si les autres révisions sont importantes, on aboutira à l'instauration d'un nouveau régime, qui se rapprochera probablement du régime présidentiel. Là encore, il serait nécessaire de veiller à la cohérence de l'ensemble du texte, dans sa structure normative et dans sa structure mécanique, pour éviter que la Constitution ne soit encore moins effective qu'aujourd'hui.

<sup>48</sup> Cf. Deux français sur trois, 1984, préc., p. 120.

<sup>49</sup> Cf. J.M. DENQUIN, art. préc., p. 1384.

<sup>50</sup> Cf. J. RIVERO, Réviser la Constitution ? Etudes, mars 1985, p. 317. R. HADAS-LEBEL, Le septennat, un centenaire qui se porte bien, Le Monde 25/2/1988.

<sup>51</sup> Cf. Les conclusions de M. FITERMAN au colloque sur la cohabitation du 13 déc., préc., Le Monde 16/12/1986.

<sup>52</sup> Cf. Le Monde 5/3/1987; A. DUHAMEL, la présidence relative, Le Monde 7/12/1987.

<sup>53</sup> Cf. J.M. DENQUIN, pour qui l'interdiction du renouvellement du mandat du Président le rend irresponsable. " Une telle conséquence paraît difficilement compatible avec les théories qui voient dans la limitation des gouvernants la condition première de la démocratie " (art. préc., p. 1384).

Mais l'argument le plus fréquemment avancé pour en appeler au quinquennat est qu'il permettrait d'éviter la cohabitation.

## **B UNE REPOSE A LA QUESTION DE LA COHABITATION ?**

Même si elle s'est déroulée sans crise majeure apparente, même si elle a permis un large retour à la lettre de la Constitution et un certain rééquilibrage des pouvoirs publics qui semblent perdurer depuis 1988, chacun convient bien du fait que la cohabitation n'est pas une situation idéale pour le fonctionnement des institutions. Elle reste relativement dangereuse pour la stabilité des institutions, du moins si l'on ne procède pas à certaines révisions du texte telles que la précision des rapports au sein de l'exécutif, ou l'extension des compétences du Conseil constitutionnel. C'est en effet la situation dans laquelle une crise institutionnelle reste la plus probable.

On entend ici et là qu'il serait donc souhaitable d'instaurer le quinquennat pour limiter les risques de coexistence. Notons que l'on limiterait par là-même les chances de retour à la lettre de la Constitution puisque la cohabitation est le système dans lequel l'effectivité potentielle de la Constitution est la plus forte. Cela montre, une nouvelle fois, que l'efficacité et l'effectivité d'un régime politique ne coïncident pas dans tous les cas de figure.

On ne saurait proposer le quinquennat comme traitement préventif contre la cohabitation qu'après avoir envisagé sérieusement tous les principaux aspects du problème. Il apparaît en réalité que si cette solution peut réduire les risques de coexistence, elle ne peut pas les exclure totalement - sauf à réviser la Constitution sur plusieurs points - ( 1 ). Mais surtout, elle risque de conduire à ce que le déroulement de la cohabitation soit beaucoup plus houleux que dans le cas où l'on maintiendrait le septennat ( 2 ). En fin de compte, on peut s'interroger sur la nécessité de cette révision qui rendrait très difficile un retour à la Constitution établie en 1958, puisqu'en fait, il suffirait que la Constitution soit respectée pour la cohabitation ne pose aucun problème majeur.

## 1 ) Une réduction du nombre potentiel de cohabitations.

La mesure dans laquelle le quinquennat réduirait les risques de coexistence varie en premier lieu selon le fait que l'on s'efforcera, ou non, de garantir la concordance des mandats présidentiel et parlementaire ( a ). Mais en toute hypothèse, il est impossible de supprimer totalement ce risque inhérent à tout régime dans lequel existe un exécutif dualiste, même si l'on révisé la Constitution sur d'autres points pour renforcer les chances de succès de cet antidote ( b ).

a ) Une réduction plus ou moins importante en fonction de la concordance ou de la non-concordance des mandats.

**246** S'il paraît indispensable d'assurer la concordance des mandats présidentiel et parlementaire pour éviter tout risque de cohabitation, il convient de rappeler ici que ceux qui se prononcent en faveur du quinquennat ne sont pas tous favorables à cette concordance. Nous constaterons combien il est difficile de garantir cette identité des mandats, même en révisant la Constitution sur d'autres points. Notons aussi, par ailleurs, que cette concordance n'est évidemment possible qu'avec le mandat des députés, puisque le Sénat ne peut être dissout, et puisque son renouvellement se fait par tiers tous les trois ans.

Pour certains, il convient d'établir le quinquennat pour renforcer la légitimité présidentielle, mais " il est essentiel d'éviter la concomitance des élections législatives et présidentielle " <sup>54</sup>. Telle était, par exemple, la position de Georges Pompidou, qui voulait réduire le mandat à cinq ans " sans pour autant lier la date des élections présidentielles à la date des élections à l'Assemblée nationale, ce qui remettrait en cause

---

<sup>54</sup> C. ZORGBIBE, op. préc., p. 134. Pour lui, " la réduction du mandat présidentiel à cinq ans devrait même entraîner la réduction à quatre, voire à trois ans, du mandat législatif ". Il renvoie aux développements de S. RIALS dans *La liberté à refaire*, Op. coll. Paris 1984, p. 41-43, et rappelle qu'en 1973, certains amendements avaient été déposés pour proposer de prolonger soit le mandat parlementaire, soit le mandat présidentiel pour éviter cette concordance (J.O. Deb. Ass. Nat., 16 oct. 1973, p. 4430).

l'esprit même des institutions et l'équilibre des pouvoirs publics " <sup>55</sup>. Pour lui, cette concordance porterait gravement atteinte à l'esprit et au fonctionnement des institutions de la Ve République, car elle lierait trop le programme et le sort du Président à ceux de la majorité parlementaire et surtout des partis qui la composent. Selon la doctrine du général de Gaulle, en effet, " parce que la France est ce qu'elle est, il ne faut pas que le Président soit élu simultanément avec les députés, ce qui mêlerait sa désignation à la lutte directe des partis, altérerait le caractère et abrègerait la durée de sa fonction de Chef de l'Etat " <sup>56</sup>. " Tout ce qui a pour objet de lier l'élection du Chef de l'Etat à quelque chose qui ressemblerait à l'élection d'un chef de parti, à jumeler l'élection du Chef de l'Etat avec celle d'une éventuelle majorité est aberrant " - rappelait en écho Edmond Michelet <sup>57</sup>

On objectera que s'il est très difficile d'assurer la concordance des mandats, il paraît tout à fait impossible de l'empêcher totalement dès lors que l'on instaure le quinquennat., sauf à l'interdire expressément dans la Constitution, et à prévoir des moyens de garantir l'effectivité de cette interdiction. Aussi longtemps que l'on ne modifie pas le droit de dissolution - qui est l'arme la plus importante du chef de l'Etat, et qu'il serait donc curieux de limiter dans le cadre d'une réforme tendant à l'extension de ses pouvoirs -, il y a de très fortes chances pour que le Président de la République dissolve l'Assemblée nationale qui lui serait hostile juste après son élection. Les analyses de science politique, et les exemples des dissolutions de 1981 et 1988 montrent bien que le chef de l'Etat a intérêt à ne pas attendre trop longtemps après son élection pour dissoudre, s'il veut avoir le plus de chances possibles pour que le peuple lui envoie une majorité. L'intérêt du Président de la République et celui du ou des partis qui le soutiennent se cumulant en ce sens, on voit mal comment il serait possible de réduire le mandat présidentiel à cinq ans tout en évitant cette concordance. Mais, à l'inverse, il est difficile de la garantir.

Mais la plupart des auteurs et des hommes politiques qui préconisent le quinquennat le conçoivent comme un moyen d'éviter la cohabitation - ou du moins d'en limiter le risque -, et s'interrogent sur les moyens de garantir la concordance des mandats présidentiel et parlementaire<sup>58</sup>. " Le quinquennat est en quelque sorte inscrit

<sup>55</sup> Exposé des motifs du projet de révision de la Constitution, 1ère session ordinaire, 1973-1974, doc. n° 639, annexe au P.V. de la première séance après le 30 juin 1973, p. 2 (cité par J.M. DENQUIN, art. préc., p. 1363).

<sup>56</sup> De Gaulle, Conférence de presse du 31/1/1964.

<sup>57</sup> La querelle de la fidélité, Fayard, 1971, p. 107.

<sup>58</sup> Cf. G. VEDEL, Les institutions politiques de la France, Entretiens de l'AFSP, Samedi 1 fév. 1964, p. 5; P. AVRIL, Un Président, pour quoi faire ?, Seuil, Coll. Club Jean Moulin, 1965; J.L. PARODI, Les carrefours de la cohabitation, RPP sept-oct. 1985, p. 26; J. ROBERT, Eloge du quinquennat, Le Monde 25 fév. 1987. Les personnalités interrogées par les rédacteurs de la revue Pouvoirs (n° 1, 1977) se montrent au contraire assez



dans les désillusions de la cohabitation " <sup>59</sup> Il est plus facile d'établir cette concordance des mandats à leur début que d'en assurer la prééminence. Pourtant, on ne saurait la garantir totalement, que ce soit au commencement des mandats ou pendant toute leur durée, sans réviser la Constitution.

Dans l'état actuel des choses, la solution employée le plus couramment pour que les mandats présidentiel et parlementaire *commencent* avec peu d'écart est le recours au droit de dissolution. Notons cependant que si le Président de la République avait dissout l'Assemblée durant l'année précédente, il lui serait impossible d'y recourir à nouveau. Ces élections peuvent aussi avoir lieu en même temps parce que le " hasard " y conduit. Par exemple en cas de décès du chef de l'Etat peu de temps avant les élections législatives. Mais ce peut être aussi une crise politique. Admettons qu'une cohabitation se passe mal, ou que, plus simplement, le Président de la République veuille éviter une cohabitation en engageant sa responsabilité devant le peuple. Dans le premier comme dans le second cas, le chef de l'Etat pourra démissionner soit au terme normal du mandat des députés, soit après avoir dissout l'Assemblée. Les élections auront donc lieu sinon en même temps, du moins avec peu d'écart. En dehors de ces hypothèses - qui demeurent relativement aléatoires -, on ne peut assurer la concomitance des élections que si on la prévoit dans la Constitution, et donc qu'on la révisé en ce sens.

Mais c'est surtout le *maintien* de cette concordance qui est difficile. Comment, en effet, garantir que Président de la République et Députés demeurent ensemble au pouvoir durant cinq ans, alors que l'un comme les autres peuvent vouloir ou devoir abréger leur mandat prématurément ?

L'imagination des juristes est si féconde que l'on peut proposer des solutions à tous les cas de figure.

Si le chef de l'Etat meurt, ou démissionne (quelle qu'en soit la raison<sup>60</sup>), comment assurer la concordance des mandats ? Il suffit d'instaurer une vice-présidence, répondront les juristes avertis. Le vice-président élu en même temps que le Président achèvera son mandat. M. Giscard d'Estaing, entendant " faire en sorte que le problème (de la cohabitation) ne puisse plus se reproduire (...) (estime qu'il) faudrait faire coïncider, dans l'avenir ces deux élections et instituer un Vice-président de la

---

sceptiques quand à la possibilité d'éviter une cohabitation par la simultanéité des élections, qu'il s'agisse de J.C. COLLIARD, J. FAUVET, J. FOYER, B. JEANNEAU, ou F. LUCHAIRE.

<sup>59</sup> J.L. PARODI, *Les carrefours de la cohabitation*, préc., p. 26.

<sup>60</sup> J.M. DENQUIN recense les différents cas qui peuvent se présenter : mort, incapacité, démission (pour des raisons de santé pour des motifs politiques), pression des événements internationaux etc.; (art. préc., p. 1386).

République " <sup>61</sup>. Observons cependant qu'il est des hypothèses où il lui serait presque impossible de lui succéder à la présidence, par exemple en cas de scandale ou de crise politique grave, ou s'il était lui-même impliqué, ou si lui aussi mourait. Pour parer encore à cette éventualité, on pourrait prévoir que dans cette hypothèse, le mandat des députés se terminera lui aussi prématurément, pour que de nouvelles élections aient lieu en même temps. Notons que les hypothèses de mandats achevés prématurément sont fréquentes, puisque Jean-Marie Denquin notait en 1975 que, " depuis le début de la Ve République, deux législatures sur quatre, deux mandats présidentiels sur trois se sont achevés prématurément " <sup>62</sup>.

C'est surtout le droit de dissolution qui pose problème. Car, sauf cas de guerre ou autres circonstances exceptionnelles, c'est généralement par la dissolution que le mandat des députés est abrégé. Certains avancent que pour éviter ce problème on peut envisager la disparition du droit de dissolution. Pour Monsieur Giscard d'Estaing, il ne serait même pas nécessaire de réviser la Constitution sur ce point, car le droit de dissolution tomberait en désuétude<sup>63</sup>. Deux objections doivent ici être soulevées. Rappelons tout d'abord que la désuétude, qui n'est jamais qu'une coutume négative (c'est à dire la disparition coutumière d'une règle), n'a pas plus de valeur en droit constitutionnel que la coutume positive. Notons ensuite que cette " garantie " de la concordance des mandats par la désuétude du droit de dissolution resterait très aléatoire.

Le seul moyen totalement efficace pour éviter une dissolution serait donc d'abolir le droit de dissolution. Mais, puisque cette prérogative est un des rouages essentiels de la Ve République <sup>64</sup>, le fonctionnement des institutions en serait tout entier bouleversé.

Tout comme dans le problème précédent, la solution qui serait à la fois la moins aléatoire et la moins dangereuse, consisterait donc à prévoir qu'en cas de dissolution, le mandat présidentiel est, lui aussi abrégé prématurément. La formule de la " dissolution-démission ", a, depuis longtemps, été préconisée par le Club Jean Moulin pour apporter une solution simple et démocratique à la cohabitation <sup>65</sup>. Mais bien des constitutionnalistes restent sceptiques sur son intérêt <sup>66</sup>

<sup>61</sup> Entretien avec France-Soir le 29 juin 1985, cité par C. ZORGBIBE, op. préc., p. 133.

<sup>62</sup> Art. préc., p. 1390.

<sup>63</sup> V. GISCARD D'ESTAING, entretien à France-Soir le 29 juin 1985, et LE quotidien de Paris, 29-30 juin 1985.

<sup>64</sup> Cf. supra, n° 10 à 12, et 70.

<sup>65</sup> Cf. P. AVRIL, Le cauchemar constitutionnel français, Projet, nov. 1976, p. 35.

<sup>66</sup> Cf. Le débat préc. de la revue Pouvoirs n° 1, 1977, p. 136 à 139, B. JEANNEAU pense même que " tout procédé quel qu'il soit consistant à imposer l'arbitrage du peuple aux deux pouvoirs en conflit nous paraît à la fois inadéquat et dangereux " . (p. 138) Les participants sont également interrogés sur l'intérêt du référendum d'arbitrage, et se montrent tout aussi dubitatifs (pour F. LUCHAIRE, le recours au référendum n'arrangerait rien " . (id.).

Si l'on révisé la Constitution sur ces points, il est donc possible de garantir en toute hypothèse la concordance des mandats présidentiel et parlementaire. Mais il faut bien être conscient des incidences que ces révisions auraient sur le fonctionnement des institutions, et qui se cumuleraient à celles du quinquennat. Le caractère partisan de la fonction présidentielle serait encore accru, et le chef de l'Etat ne pourrait plus faire figure ni d'arbitre, ni de garant de la continuité des institutions. Il serait dans une situation plus proche de celle du Premier ministre britannique que de celle de la Reine d'Angleterre. Or l'une des fonctions essentielles de la présidence de la République dans la conception gaullienne était justement de donner à la République un succédané démocratique de monarchie. Ainsi transformé, le régime de la Ve République perdrait l'essentiel de son intérêt, qui est justement de permettre la coexistence d'un chef de l'Etat garant du " fonctionnement régulier des pouvoirs publics et de la continuité de l'Etat (article 5), et d'un Premier ministre qui dirige la politique gouvernementale selon les vues de la majorité parlementaire devant laquelle il est responsable. Le régime qui serait instauré avec les révisions constitutionnelles évoquées serait peut-être intéressant, mais il n'aurait plus beaucoup d'intérêt par rapport au régime parlementaire de type britannique dans lequel le chef de l'exécutif est, en fait sinon en droit, choisi directement par le peuple en même temps qu'il se prononce pour les élections législatives. Ce système aurait même deux inconvénients qui n'existent pas outre-Manche : il n'y aurait plus aucun représentant de l'unité de la nation, et les risques de conflits entre Président de la République ne seraient pas totalement exclus.

Dans cette nouvelle logique, l'effectivité de la Constitution serait probablement encore réduite, tant le régime serait profondément modifié.

On peut se demander si ces risques ne seraient pas disproportionnés par rapport au résultat qui reste toujours aléatoire, car il est pratiquement impossible d'éviter totalement le risque de la cohabitation.

b) Il est presque impossible de supprimer tout risque de cohabitation.

**247** Pour Michel Debré, il est tout à fait inconcevable d'éviter le risque de la cohabitation, sauf à adopter le régime parlementaire de type britannique<sup>67</sup>. La plupart des observateurs constatent en effet qu'en l'état actuel de la Constitution, il est impossible d'empêcher tout risque de cohabitation. Les révisions constitutionnelles que nous avons suggérées permettraient de garantir la concordance des mandats présidentiel et parlementaire. Mais cette concordance elle-même ne permettrait pas d'exclure toute possibilité de cohabitation. En effet, rien ne garantirait que les électeurs éliraient un

<sup>67</sup> M. DEBRE, communication à la conférence-séminaire de la Fondation pour la démocratie, préc., Paris, Ass. Nat., 6 nov. 1986.

président et une majorité parlementaire du même bord politique. Sans doute serait-il plus logique et très probable qu'ils élisent en même temps un chef d'Etat et une majorité parlementaire de la même couleur politique<sup>68</sup>, mais rien ne pourrait le garantir. Et cela, même si les élections avaient lieu le même jour. La ferveur cohabitationniste des premiers mois de 1986, qui a surpris tant d'observateurs, pourrait même laisser penser que les citoyens seraient peut-être tentés d'élire une majorité hostile au Président pour que la politique suive une voie médiane, ou parce qu'ils souhaiteraient une forme d'union nationale. Le fait que la cohabitation se soit déroulée de manière relativement pacifique renforcerait ce risque, puisque cette pratique peut être considérée comme appartenant déjà aux "habitus"<sup>69</sup>.

Il n'est pourtant pas tout à fait impossible d'exclure totalement le risque de la cohabitation, à condition de rajouter encore une révision de la Constitution à celles que nous venons d'évoquer.

Puisque le problème viendrait du risque d'élection simultanée d'un Président et d'une majorité parlementaire opposés, c'est à ce niveau qu'il faudrait agir pour prévenir ce risque. Une solution pourrait consister à organiser les élections le même jour, mais surtout en prévoyant un bulletin de vote unique. D'une manière vaguement comparable à ce qui se passe pour les élections municipales, le candidat à la présidence devrait s'entendre à l'avance avec un ou plusieurs partis déterminés à le soutenir. Les électeurs ne disposeraient donc que d'un seul bulletin pour désigner en même temps le Président de la République et le député (ou les députés selon le mode de scrutin et la taille des circonscriptions), du même bord politique. Ce serait une solution, la seule qui nous paraisse à peu près concevable, qui permettrait d'éviter tout risque de cohabitation. Elle comporterait pourtant de nombreux inconvénients. Il semble à priori qu'elle serait tout d'abord injuste pour certains candidats, du moins en l'état actuel du paysage politique français. Seuls les candidats à la présidence qui pourraient s'assurer du soutien d'un parti puissant (ou d'une coalition de partis, selon les modalités choisies), auraient des chances réelles d'emporter les élections. Ainsi, Monsieur Barre par exemple, aurait fort peu de chances d'être élu avec un tel système<sup>70</sup>. Ensuite, le déséquilibre des institutions qui serait déjà favorisé par les autres réformes auxquelles celle-là devrait se

---

<sup>68</sup> Cf. F. GOGUEL, *Les institutions politiques françaises*, Cours IEP, 1967-1968, p. 239 (cité par J.M. DENQUIN, (art. préc., p. 1390), qui note que " Si les résultats de l'un des scrutins sont connus, dans le cas de non-coïncidence absolue, ils peuvent inciter les électeurs à voter dans le même sens, mais aussi à opérer une compensation, par un réflexe psychologique souvent observé en ces matières ". Dans le même sens, P. ARDANT, manuel préc., 1989; Pour J. ROBERT, " le bon sens dont (les français) ne sont point dépourvus pousse à la cohérence de leurs votes. Leur profond légitimisme aussi " (*Le Monde*, 25/2/1987).

<sup>69</sup> Cf. supra.

<sup>70</sup> Les représentants des petits partis tels que les écologistes, ou des partis extrêmes, qu'ils soient de droite ou de gauche, auraient également peu de chances d'être élus, mais cela est déjà le cas dans le système actuel (qui leur serait plutôt plus favorable).

cumuler, serait encore accentué. Le lien entre la présidence de la République et les partis serait encore plus ténu, et la notion même d'arbitrage disparaîtrait définitivement dans " les oubliettes ". Enfin et surtout, ce système, lui aussi, aurait plutôt moins d'avantages que le régime parlementaire de type britannique.

Mais si l'on renonçait à cette dernière révision, il resterait toujours un risque de cohabitation.

## 2) Une aggravation du caractère conflictuel de la cohabitation ?

A l'exception de la dernière révision constitutionnelle envisagée, toutes les hypothèses évoquées ci-dessus non seulement ne permettent pas d'éviter totalement le risque d'une cohabitation - même si elles le limitent considérablement - , mais surtout, risqueraient d'aggraver le caractère explosif de cette situation. Néanmoins, il serait peut-être possible de limiter ces inconvénients ( b ).

### a ) Une coexistence plus explosive ?

**248** La réduction du mandat présidentiel à cinq ans aurait l'avantage de réduire, d'une manière plus ou moins importante selon qu'elle est ou non accompagnée d'autres réformes, la probabilité, mais aussi la durée de la coexistence<sup>71</sup>. Si le mandat présidentiel est plus bref, la perspective de la remise en cause du mandat du chef de l'Etat sera plus courte, et cela pourrait contribuer à dédramatiser la situation, en incitant à la patience et au compromis<sup>72</sup>. Mais dans l'hypothèse où les électeurs imposeraient la cohabitation, les conflits entre les pouvoirs publics risqueraient de n'en être que plus vifs<sup>73</sup>. " On se trouverait alors devant un véritable **cauchemar** constitutionnel, non seulement parce que les moyens d'arbitrage auraient été épuisés mais aussi parce que les deux interlocuteurs, Président et Assemblée, se réclameraient d'une légitimité équivalente et qui interdirait de privilégier une expression de la volonté populaire plutôt que l'autre puisqu'elles seraient toutes deux pratiquement contemporaines " <sup>74</sup>.

<sup>71</sup> La durée probable de la cohabitation sera plus ou moins affaiblie selon qu'il y a ou non concordance des mandats. C'est dans les cas de non-concordance qu'elle pourra être la plus réduite.

<sup>72</sup> Cf. J.M. DENQUIN, art. préc.

<sup>73</sup> En ce sens, cf. J.M. DENQUIN, art. préc., p. 1391.

<sup>74</sup> P. AVRIL, *Le cauchemar constitutionnel français*, Projet, nov. 1976, p. 36 (souligné par l'auteur).

Puisque, par hypothèse (si l'on admet la concordance des élections), le Chef de l'Etat et la majorité parlementaire seraient élus en même temps, ils disposeraient d'une légitimité tout à fait comparable. Or si, comme la logique du quinquennat l'implique, l'un et les autres ont été élus sur des programmes politiques opposés, aucune des deux parties en présence ne pourra se targuer d'une légitimité suffisante pour imposer son programme contre celui de son adversaire. De surcroît, si l'on renonce à la dissolution, la durée de la cohabitation sera au contraire allongée, puisqu'elle ne pourra pas se terminer prématurément<sup>75</sup>. Si l'on adopte le mécanisme de la " démission-dissolution ", aucun des deux pouvoirs ne pouvant se targuer d'une légitimité plus forte que celle de l'autre, et chacun redoutant d'affronter l'arbitrage populaire, le risque d'immobilisme politique sera considérablement accru. Si l'interprétation actuelle de la Constitution perdurait, ou si le texte n'en était pas modifié, les conflits pourraient être particulièrement graves en matière de politique étrangère ou de défense, mais aussi dans les autres domaines où les actes du Président de la République sont soumis au contreseing. Par contre, si la Constitution était scrupuleusement respectée, les risques de conflits seraient considérablement restreints.

b ) Le respect scrupuleux de la Constitution, garantie d'une coexistence pacifique ?

249 Si, contrairement à ce qui s'est passé entre 1986 et 1988, on en revenait *totalemment* à la lettre de la Constitution, interprétée dans le sens que les gouvernants affirmaient être le sien lorsqu'ils la soumirent à l'approbation des citoyens, alors, les conflits ne pourraient pas être très graves à l'exception, toujours, de l'article 16. Le Président de la République voudrait-il imposer au Premier ministre un programme opposé au sien ? Ce dernier rappellerait au chef de l'Etat que c'est lui-même, et non le Président, qui dirige la politique nationale. Le Chef de l'Etat voudrait-il imposer ses vues en matières de politique étrangère de de défense, comme le fit Monsieur Mitterrand entre 1986 et 1988 ? Le chef du Gouvernement lui apporterait la même réponse. Le seul point qui pourrait poser problème serait l'article 16, si le Président de la République voulait s'en servir contre le Premier ministre ou la majorité parlementaire. Dans tous les autres cas, le Président de la République ne disposerait guère que des pouvoirs de la Reine d'Angleterre, avec, en plus, le droit de dissolution. Si la Constitution était respectée, il serait presque totalement désarmé face au premier ministre. On notera par ailleurs que si le conflit perdurait, la Constitution permet actuellement de recourir à l'arbitrage du peuple. Cette possibilité est offerte au Chef de l'Etat par le droit de dissolution. Quant à la majorité parlementaire, elle pourrait surtout

<sup>75</sup> En ce sens, cf. R. BARILLON et alii, Dictionnaire de la Constitution, Cujas, 4e ed nov. 1986, p. 60.

faire la " grève des premiers ministres ". Si l'on modifiait la Constitution dans le sens évoqué ci-dessus, le recours à l'arbitrage populaire serait systématique, puisque toute interruption prématurée d'un mandat mettrait fin à l'autre et conduirait à des élections générales.

Le caractère dangereux de la cohabitation ne provient donc pas, pour l'essentiel, de la Constitution elle-même, qui, si elle était vraiment respectée, limiterait considérablement les conflits potentiels. L'origine de ce danger réside en fait dans les violations de la Constitution qui se sont imposées depuis le début de la Ve République, et dont certaines ont perduré pendant la cohabitation. Dès lors, le vrai problème n'est pas de modifier la répartition des pouvoirs organisée par la Constitution, car on a pu découvrir qu'elle est tout à fait cohérente, et qu'elle peut permettre de résoudre les difficultés de la cohabitation. Le seul vrai problème est de savoir comment garantir l'effectivité de cette Constitution, pour qu'elle puisse, justement, jouer son rôle qui est d'organiser le règlement des conflits d'intérêt. Que le mandat présidentiel soit réduit ou non, et quelles que soient les solutions envisagées pour éviter la situation de la coexistence, toutes les spéculations seront vaines si l'on n'est pas en mesure d'assurer le respect de la Constitution. Or la cohabitation a montré que la conception mécaniste des institutions ne suffisait pas à cela, et la situation serait encore aggravée si le quinquennat était adopté. C'est donc dans la structure normative des institutions, et en particulier dans l'extension du contrôle de constitutionnalité, que l'on recherchera une solution au problème de la cohabitation. Mais on pourrait également envisager de préciser la répartition des compétences au sein de l'exécutif.

## II VERS UNE REDEFINITION DES RAPPORTS AU SEIN DE L'EXECUTIF

" La République aurait beaucoup à gagner à une répartition claire des tâches; à une détermination plus précise des frontières au sein du pouvoir exécutif. Je trouverais excellent que le peuple, consulté, en décidât ". Interrogé par Olivier Duhamel sur l'évolution des institutions deux mois avant la fin de la cohabitation, le Président de la République semblait ainsi déterminé à entreprendre une révision de la Constitution pour en supprimer les ambiguïtés, les confusions qui avaient été révélées par la coexistence<sup>1</sup>.

Et pourtant, dix-huit jours plus tard seulement, le chef de l'Etat déclarait qu'une révision de la Constitution sur ce point ne lui paraissait pas nécessaire<sup>2</sup>. Evoquant la répartition des tâches entre Président et Premier ministre, il indiquait que : " La réponse est davantage dans le comportement des hommes responsables : cela peut se régler dans la pratique, car les institutions comportent une certaine souplesse qui doit être utilisée. Mais si les juristes, si les grands spécialistes, les constitutionnalistes, estiment qu'il faut en passer par une réforme constitutionnelle, là encore, je vous dirai : eh bien, on la fera ! Mais elle ne me paraît pas nécessaire. L'objectif recherché, lui, l'est.

" Il faut savoir exactement ce que le Président de la République doit faire. J'ai expliqué qu'il ne doit pas être cette espèce de chef de l'Etat doté du pouvoir absolu. En droit, il ne l'a pas, mais, en fait, c'est l'usage qui s'est créé après 1958 et 1962. Il ne doit pas être ce président qui commande tout, qui intervient en toute chose, mais il ne

---

<sup>1</sup> F. MITTERRAND, entretien avec O. DUHAMEL, Sur les institutions, Pouvoirs n° 45, 1988, p.135. Ces entretiens se sont terminés le 7 mars 1988.

<sup>2</sup> Interview sur Europe 1, par J.P. Elkabbasch, le 25 mars 1988, Le Monde 27-28 mars 1988.



faut pas non plus que l'on retourne au président de la IV<sup>e</sup> République - que l'on appelle le président soliveau - et qui n'avait aucun pouvoir (...). Peu à peu, alors que les usages administratifs s'étaient situés tout autrement, je suis revenu à une situation à mon avis plus équilibrée, dans laquelle le chef du gouvernement retrouve sa raison d'être. Le Gouvernement, c'est un pouvoir très important. (...) J'ai peu à peu restitué les institutions. Et j'ai été étonné parce que, en 1986, on croyait m'arracher (...) un livre de chair. On ne m'a rien enlevé du tout. J'avais fait une opération sur moi-même"<sup>3</sup>.

Entre ces deux déclarations, il n'y a pas de contradiction sur l'*objectif*, qui est de préciser la répartition des compétences entre Président de la République et Premier ministre; mais au niveau des *moyens* requis pour y parvenir. Considérant d'abord qu'il faut réviser le texte de la Constitution jugé obscur, le Président se ravise ensuite pour penser que ce rééquilibrage peut se faire par la pratique, grâce à la souplesse des institutions. Mais il reste prudent en n'excluant pas la possibilité d'une révision de la Constitution sur ce point. Pour bien saisir les raisons de cette évolution, il nous semble nécessaire de la resituer dans son contexte, c'est à dire à la fin de la cohabitation.

C'est en effet la première fois, sous la Ve République, que se pose de manière particulièrement aigüe le problème de la répartition des compétences entre le Président de la République et le Chef du Gouvernement. Pour Monsieur Mitterrand - mais nous ne partagerons pas son opinion sur ce point -, cette épreuve aurait révélé toute l'ambiguïté de certaines dispositions constitutionnelles ( A ). Il est donc nécessaire de s'interroger sur les moyens de définir plus précisément le rôle et les compétences de chacun : faut-il modifier le texte pour le redéfinir à l'image de la pratique, ou bien laisser la pratique redéfinir l'image du texte ? Nous suggérerons en fait une troisième voie ( B ).

---

<sup>3</sup> Idem. Il confirmera cette position dans sa " lettre à tous les français " , diffusée peu de temps avant les élections : " S'il ne paraît pas nécessaire de réviser la Constitution pour rendre moins ambigus les textes relatifs aux compétences respectives du Président et du gouvernement, deux réformes, en revanche, ne sont réalisables que par ce moyen : la réduction du mandat présidentiel et l'extension du champ du référendum à des problèmes de société " (p. 5).

## A UNE NECESSITE REVELEE PAR LA COHABITATION ?

Avant 1986, la question de la répartition précise des compétences entre les deux têtes de l'exécutif n'avait guère d'intérêt pratique, dans la mesure où l'équilibre des forces politiques et les habitudes développées durant près de trente ans, faisaient considérer à chacun que le Premier ministre était dans une position subordonnée à celle du chef de l'Etat. Il fallut donc attendre l'épreuve de la cohabitation pour réaliser combien le texte constitutionnel pouvait paraître confus et ambigu sur de nombreux points ( 1 ). En réalité, nous pensons au contraire que la coexistence a révélé la cohérence de la Constitution, toutes ses " zones d'ombre " s'expliquant très largement par le fait, non pas de la Constitution elle-même, mais de la contradiction entre la règle et la pratique, qui a déformé l'image de la règle. Jusqu'en 1986, l'effectivité d'une pratique largement contraire à la Constitution, a contribué à la rendre plus légitime que la règle elle-même. En corrigeant partiellement ce déséquilibre, la coexistence a permis d'apporter la lumière sur la cohérence interne du texte, alors qu'elle était totalement masquée par la pratique auparavant. On constatera ainsi que les ambiguïtés ne viennent donc pas de la Constitution, mais de l'interprétation contestable qui en a été faite avant et pendant la cohabitation ( 2 ).

1 ) La cohabitation semble avoir démontré l'ambiguïté de la Constitution.

Qu'il s'agisse de la définition générale de leur rôle ( a ), ou bien de la répartition précise de leurs compétences, dans le domaine de la défense et de la diplomatie ( b ), ou dans les autres secteurs pour lesquels les actes du chef de l'Etat sont soumis au contreseing ( c ), Président de la République et Premier ministre observent durant la cohabitation que la Constitution semble bien obscure sur tous ces points. De fait, les controverses entre les juristes sur l'interprétation de la Constitution révèlent la difficulté d'apporter une réponse incontestable à ces problèmes.

a) Incertitudes sur le rôle respectif des dyarches.

**250** Le 8 juillet 1987, Monsieur Chirac constatait que les responsabilités du Président et du gouvernement sont partagées mais que la ligne de ce partage n'est pas clairement établie par la Constitution<sup>4</sup>. Quant à Monsieur Mitterrand, il éprouve la même difficulté à trouver dans le texte de la loi fondamentale une réponse à la question de savoir quel doit être précisément la mission du chef de l'Etat et du chef du Gouvernement. " Le Président de la République exerce à la fois une fonction d'autorité, notamment dans les domaines désignés par l'article 5 de la Constitution, et une fonction d'arbitrage, de conciliation, de conseil en de multiples circonstances. Sa fonction d'autorité ne peut se substituer à celle du Gouvernement, et le Gouvernement, de son côté, doit se garder d'empiéter sur la fonction présidentielle. Mais la Constitution est là-dessus rédigée de façon très confuse. Témoin l'ambiguïté de l'article 5 et de l'article 20 ", observe le Président de la République, avant de proposer une révision de la Constitution pour résoudre cette difficulté<sup>5</sup>.

Mais le problème le plus aigu se pose en matière de politique étrangère et de défense.

b) Des compétences totalement imbriquées en matière de défense et de diplomatie.

**251** L'observation de la lutte très vive qui s'est déroulée dans ces matières entre le Président de la République et le Premier ministre durant la cohabitation, révèle l'extrême imbrication de leurs prérogatives respectives dans ces domaines<sup>6</sup>. " Comment le Premier ministre peut-il être " responsable de la défense " (article 21) quand le chef de l'Etat est " le chef des armées " (article 15) et qu'il détient également, et à sa seule discrétion, la clé du feu nucléaire ? " <sup>7</sup>. Pour Jacques Robert, il serait nécessaire de réviser la Constitution pour que soit clarifiée cette répartition des pouvoirs. S'il est vrai que de nombreux facteurs conjoncturels ont permis à M. Mitterrand d'imposer largement sa prééminence dans ces secteurs à un Premier ministre qui la contestait tout en s'y soumettant, l'interprétation de la Constitution dans ces

<sup>4</sup>G. CONAC, Commentaire de l'article 20 de la Constitution, dans *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, Economica, 1989, p. 155.

<sup>5</sup> Entretien Sur les institutions avec O. DUHAMEL, préc., p. 135.

<sup>6</sup> Cf. *Supra*, n° 100 à 107.

<sup>7</sup> J. ROBERT, *Notre Constitution a-t-elle vieilli ?*, *Le Monde* 9 sept. 1988.

domaines est tout à fait discutable. Qui pourrait aujourd'hui affirmer quelle pratique sera observée dans le cas d'une nouvelle cohabitation ? Cette incertitude est trop dangereuse dans ces matières, et il est indispensable de trouver une solution au problème de l'interprétation de ces textes. La logique voudrait que cette interprétation fût la même que celle qui devrait s'imposer dans les autres matières pour lesquelles les actes du chef de l'Etat sont soumis au contreseing. Mais il est des logiques tellement complexes qu'elles nous échappent largement.

c ) Les autres actes présidentiels soumis à contreseing, suprématie présidentielle, pouvoir partagé, ou compétence formelle ?

252 On eût pu attendre de la cohabitation qu'elle apportât une réponse à cette grave question. Il n'en fut rien. Nous avons observé que si, dans la pratique antérieure à la cohabitation, on estimait que tous ces pouvoirs étaient parfaitement maîtrisés par le Président de la République - à un tel point que l'on oubliait la distinction entre pouvoirs propres et pouvoirs partagés - . Entre 1986 et 1988, Président de la République et Premier ministre semblèrent considérer qu'il s'agissait tantôt de compétences formelles (puisque le Président s'interdisait de contrecarrer la politique gouvernementale, et se sentait tenu de signer les décrets réglementaires, même s'il n'en approuvait pas le contenu); et tantôt de pouvoirs partagés (dans tous les cas où le Président de la République s'est arrogé un droit de veto, comme pour les ordonnances, ou certains décrets de nomination).

Il résulte de ces variations d'interprétations l'obscurité la plus totale sur les pouvoirs du Président de la République et du Premier ministre. On comprend dès lors les interrogations de certains juristes et hommes politiques sur l'utilité d'une révision de la Constitution pour préciser cette répartition des compétences. Pour Gérard Conac par exemple, il faudrait, " si l'on veut réviser la Constitution, dissiper les équivoques en précisant nettement, en cas de cohabitation, les compétences de chaque partenaire et leurs conditions d'exercice, notamment les délais dans lesquels l'un et l'autre doivent signer ou faire connaître leur refus de signer les actes soumis constitutionnellement à leur double signature. La faiblesse de la Constitution dans son texte actuel est de rendre possible la cohabitation sans en définir clairement les règles " 8.

Est-il tellement certain que la Constitution ne définit pas clairement la répartition des tâches, que l'on soit, ou non, en période de cohabitation. L'ambiguïté ne vient-elle

---

<sup>8</sup> G. CONAC, La Constitution de la République française, 2e Ed. fév. 1981, p. 248; confirmé dans Le droit constitutionnel de la cohabitation, préc., p. 155.

pas davantage du choix de certaines méthodes d'interprétation, et d'une large confusion entre règle valide et règle effective que des normes elles-mêmes.

## **2 ) La coexistence a, en fait, démontré la cohérence de la Constitution.**

Même si la quasi-totalité de la doctrine estime que les dispositions constitutionnelles que l'on vient d'évoquer sont confuses, car on ne saurait admettre une interprétation parlementariste de la Constitution dans un pays où le chef de l'Etat est élu directement par le peuple, et doté de pouvoirs propres importants, nous affirmons que l'ambiguïté de la Constitution ne vient nullement de son texte, de l'obscurité de ses règles, mais en réalité de l'ambiguïté des méthodes d'interprétation de ce texte. C'est essentiellement parce que les juristes, las de constater leur impuissance devant les violations de la Constitution, ont voulu adapter le droit à la pratique - et non l'inverse -, parce qu'ils ont souvent confondu règles effectives et règles valides; qu'ils estiment aujourd'hui que la Constitution est confuse. Non, la Constitution n'est pas confuse, si l'on accepte de l'interpréter dans le sens qui était présenté comme étant officiellement le sien lorsqu'elle a été soumise à l'approbation du peuple, en 1958 et en 1962. Non, elle n'est pas ambiguë si l'on refuse de considérer que la violation d'un texte juridique entraîne sa modification. Non, elle n'est pas obscure si l'on arrache l'image omniprésente d'une pratique inconstitutionnelle qui nous voile la face. Non, elle n'est pas incohérente, si l'on cesse de confondre norme et décision d'application d'une norme. Non, elle n'est pas mal rédigée si l'on admet que les mots, que les phrases ont un sens. Non, elle n'est pas élastique si l'on cesse de considérer que les règles de droit constitutionnel sont des boules de pâte à modeler au service des gouvernants, et non des normes qui doivent limiter leurs pouvoirs pour garantir la démocratie.

Devant la violation de ces normes, comment réagir ? On peut, comme l'a fait une partie de la doctrine française pendant des années, avoir une attitude réaliste, et considérer que le droit sans la force n'est rien, n'est pas du droit. Penser que seules les règles effectives sont valides, à l'exclusion de celles qui sont prévues par les textes. Alors, on aboutira à la situation actuelle, où le droit constitutionnel consiste à décrire la pratique des gouvernants ou du juge, sans jamais la contester parce qu'une telle attitude serait considérée comme non-scientifique. Or le droit ainsi conçu est éminemment malléable. Et c'est bien cela qu'a révélé la cohabitation. Quel est le droit, quelles sont les règles en vigueur aujourd'hui ? peut demander naïvement le citoyen. Cela dépend,

lui répondra-t-on. Le Président de la République est-il tenu de donner suite à une demande de convocation du Parlement en session extraordinaire ? Cela dépend, répondra encore le constitutionnaliste. Voyez-vous, sous la Ve République, le sens de la Constitution, le sens des règles solennelles qui ont été adoptées par le peuple pour limiter les pouvoirs des gouvernants, eh bien ce sens là nous est délivré par les gouvernants eux-mêmes, car il n'est pas dans les textes. Le sens des règles dépend de l'âge du capitaine, de son bon vouloir, de la qualité de ses relations avec l'opposition etc... Ainsi entre 1958 et 1961, le Président était, semble-t-il, tenu de convoquer le Parlement. Puis le général de Gaulle a dit qu'il ne l'était plus. Et comme les parlementaires n'ont pas été assez forts pour imposer le respect de la règle constitutionnelle, on a dit que la règle n'existait pas, ou avait été modifiée. Après, on ne savait plus très bien quelle était la règle. Une nouvelle fois, M. Mitterrand a dit que cette convocation dépendait de sa seule responsabilité, la règle est donc que le Président est libre de faire ce qu'il veut. Mais cela n'est-il pas tout à fait normal puisque, de toutes façons, il a interprété l'article 5 de la Constitution en affirmant qu'il lui appartenait de l'interpréter.

Que telle soit la pratique, nul ne le conteste. Mais peut-on, sans hésitation, admettre une telle confusion entre règle et pratique, entre norme et décision d'application de la norme, entre pratique effective et norme valide, entre force du droit et droit ? Nous ne le pensons pas, sauf à nier la notion même de droit qui est de fixer des règles aux conduites humaines - et non pas de constater quelles règles les conduites humaines établissent. Il est évidemment indispensable d'analyser les violations des textes et de tenter, dans une optique réaliste, d'expliquer et de prévoir les conduites humaines. Mais nous ne pensons pas qu'il appartienne au juriste d'en conclure que les règles n'existent pas, simplement parce qu'elles manquent d'effectivité, et que l'on confond effectivité et validité.

---

Nous pensons que devant de telles violations, il appartient au juriste d'une part de dénoncer ces interprétations, ensuite et surtout d'essayer de comprendre pourquoi la règle valide n'est pas effective, pour, enfin, réduire cet écart entre norme et pratique, afin que ce soit le peuple, et non pas les gouvernants, qui définissent les règles du jeu constitutionnel. Cet écart peut être réduit soit en modifiant la règle écrite, soit en agissant sur les facteurs qui l'ont empêchée d'être effective, pour tenter de garantir son respect.

Or, si l'on accepte de distinguer entre règle et pratique, alors on constatera que la Constitution de la Ve République contient des règles cohérentes et claires (au moins pour la plupart), et que la prétendue obscurité de ces règles vient essentiellement de l'interprétation qui en a été donnée en pratique, et surtout de la confusion entre ces pratiques et la règle. Le choix d'une méthode d'interprétation rigoureuse nous permettra

d'identifier la norme contenue dans la Constitution, et de mesurer son écart avec la pratique pour tenter de le comprendre et de le réduire.

a) La cohabitation a révélé que la Constitution est largement cohérente

253 En contraignant les gouvernants à un large respect de la Constitution, la cohabitation nous a invités à réfléchir non plus seulement sur la logique de la pratique de ses règles, mais sur la cohérence interne du texte. Or, la publication des travaux préparatoires a rappelé que c'était bien un régime parlementaire moniste (le gouvernement n'étant responsable que devant le Parlement) que l'on a établi en 1958, même s'il est fortement rationalisé, et même s'il ne s'agit évidemment pas d'un régime de type britannique. Or, dans l'esprit des rédacteurs du texte, cette qualification avait un sens, elle impliquait que les principes d'interprétation du régime parlementaire s'appliqueraient. Or, si l'on accepte cette interprétation, la Constitution est tout à fait cohérente, et son application ne pose pas de problème majeur en cas de cohabitation. Puisque le Président de la République est un arbitre et non un capitaine, comment pourrait-il contester au Chef du Gouvernement la direction de la politique nationale ? Puisque tous ses pouvoirs soumis à contreseing sont des compétences formelles appartenant en fait au Premier ministre, comment pourrait-il prétendre exercer un quelconque droit de veto chaque fois que, par son contreseing, le Premier ministre endosse la responsabilité de ses actes ? De même, si ses compétences sont formelles en matière de politique étrangère et de défense, ce doit être le Premier ministre qui dirige ces domaines, comme tous les autres secteurs de la politique nationale.

Dans cette optique, la Constitution est parfaitement cohérente (même si elle reste critiquable sur certains points). Comment peut-on prétendre que l'article 20 est confus, obscur, qu'il n'établit pas clairement la répartition des tâches entre Président et Premier ministre, alors qu'il dispose on ne peut plus clairement que c'est le Gouvernement qui détermine et conduit la politique de la nation... Qui doit diriger le Gouvernement ? L'article 21 prévoit on ne peut plus explicitement que c'est le Premier ministre. Ces articles sont on ne peut plus clairs.

Il en est de même de l'article 5. Si on l'interprète non pas à la lumière de ses violations, mais à celle du sens normal des mots, son sens est on ne peut plus limpide. Cet article définit sa mission d'arbitre et de garant, mais ne lui confère aucune compétence particulière - aucune prétendue mission d'autorité, aucun pouvoir d'interprétation de la Constitution -. Les moyens dont il dispose pour exercer cette mission sont ses pouvoirs propres, les pouvoirs soumis à contreseing n'étant que des compétences formelles qui lui permettent de se tenir informé de la politique

gouvernementale, pour qu'il soit en mesure de faire appel à l'arbitrage du peuple, du Conseil constitutionnel, ou du Parlement si nécessaire.

Tout ce système est parfaitement clair et cohérent, seule l'idée que la pratique modifie le droit ou que le droit n'existe pas en dehors de sa pratique, ont pu donner l'illusion que cette Constitution était confuse. Or la pratique de la cohabitation n'a pas permis un retour total à ce système d'interprétation, pour les raisons que nous avons évoquées. La question est donc maintenant de savoir s'il est, ou non, nécessaire de réviser la Constitution pour que les compétences entre Président de la République et Premier ministre soient clairement réparties. Si le texte est clair et cohérent, pourquoi le modifier ?

b) C'est la pratique, et l'interprétation de cette pratique, qui donne l'illusion que la Constitution est incohérente.

**254** La norme est claire, cohérente. C'est l'image de cette norme qui est confuse. Or cette image a été forgée par une pratique contraire à la règle. L'interprétation est le résultat de la combinaison entre le texte et le système de variables déterminantes. Or cette interprétation a été très fluctuante depuis la cohabitation. Cela nous montre toute la relativité non pas de la Constitution elle-même, mais de son interprétation, de son effectivité.

C'est parce que le Général de Gaulle a affirmé qu'arbitrage signifiait commandement suprême, parce que sa légitimité et des facteurs historiques lui ont permis de le faire, que l'on a cru pouvoir légitimer cette pratique en modifiant l'interprétation de la Constitution. C'est parce que les Présidents de la République se sont progressivement arrogé tout le pouvoir gouvernemental que l'article 20 peut paraître obscur. C'est parce que le général de Gaulle était un militaire et que le contexte diplomatique lui a permis d'imposer son autorité dans ce domaine que l'on a inventé la théorie du domaine réservé...C'est parce que les chefs d'Etat, même pendant la cohabitation, ont refusé d'admettre que leurs compétences soumises à contreseing étaient purement formelles que l'on s'interroge aujourd'hui sur leurs pouvoirs réels.

Si l'on admet que dans un Etat de droit démocratique, la règle n'est pas celle qui est inventée par les gouvernants au gré de la conjoncture politique, mais celle qui a été adoptée par le peuple pour organiser la répartition des pouvoirs et limiter les pouvoirs des gouvernants, on pourra considérer que la Constitution de la Ve République, même avec la révision de 1962, est bien le texte dont on vient de décrire la cohérence. Le problème est maintenant de savoir comment garantir l'effectivité de ces règles. Est-il, d'abord, souhaitable de le faire ? Non, pour ceux qui estiment que ces règles d'un



régime parlementaire assaini ne conviennent pas à la France d'aujourd'hui. Dans ce cas, plutôt que de continuer à violer la Constitution en essayant de légitimer ces pratiques, il nous paraîtrait plus démocratique d'en réviser le texte, pour que ce soit le peuple, et non les gouvernants qui décident des règles relatives à l'organisation et à la limitation de leurs pouvoirs.

Mais il n'est pas certain que ces règles soient aussi inadaptées qu'elles le paraissent à priori, comme semble le montrer, dans une large mesure, la pratique des institutions depuis 1986. Si l'on ne change pas totalement de régime, plusieurs solutions sont donc concevables pour que la répartition des compétences entre Président et Premier ministre ne pose plus de problème grave, quelle que soit la conjoncture politique.

## **B PRINCIPALES SOLUTIONS ENVISAGEABLES**

Si l'on choisit de conserver l'architecture générale de la Ve République, trois options nous semblent envisageables pour rendre plus explicite la répartition des pouvoirs au sein de l'exécutif. La première consisterait, comme l'avait suggéré le Président de la République, à réviser la Constitution sur ce point. Mais, dans la mesure où le texte actuel est clair et permet de régler l'organisation des pouvoirs même en période de cohabitation, on peut craindre qu'une révision de ses dispositions ne porte atteinte à cette cohérence ( 1 ). La seconde option préconisée par le chef de l'Etat est le " status-quo ". La grande majorité de la doctrine et de la classe politique ne considèrent-elles pas, en effet, que la souplesse est la vertu première de notre régime ? Mais Monsieur Mitterrand a bien précisé que s'il n'était pas nécessaire de réviser la Constitution pour rendre le plus explicite le sens des textes, c'est parce que l'on pouvait arriver à ce résultat simplement par la pratique des institutions. Dans cette optique, on ne modifiera donc pas les textes, mais l'interprétation, l'image et la pratique des textes ( 2 ). Enfin, une troisième voie est possible, qui consisterait à ne pas réviser le texte non plus, et à garantir son effectivité non pas grâce au bon vouloir des gouvernants, mais par des moyens plus juridiques, par exemple par l'extension des compétences du Conseil constitutionnel. Mais cela supposerait qu'il existe un accord sur l'interprétation de la Constitution ( 3 ).

## 1 ) Modifier la répartition des compétences : vers la constitutionnalisation de l'incohérence ?

Si l'on voulait réviser la Constitution pour préciser quelle est la répartition des pouvoirs entre chef de l'Etat et chef du Gouvernement, il faudrait tout d'abord savoir si c'est pour constitutionnaliser l'interprétation qui a prévalu avant ou après la cohabitation ( a ), et il conviendrait de trouver les moyens adéquats pour opérer cette révision ( b ).

### a ) Comment répartir les compétences au sein du pouvoir exécutif ?

**255** Pour réduire l'écart entre règle et pratique, et surtout pour garantir une répartition précise des pouvoirs entre les deux têtes de l'exécutif (autre que celle qui est prévue actuellement par le texte puisque dans cette hypothèse il n'est pas nécessaire de le réviser), on pourrait être tenté de constitutionnaliser l'interprétation qui a prévalu jusqu'à présent.

Il est concevable de modifier le texte pour qu'il corresponde à la pratique qui s'est imposée avant 1986. On pourrait par exemple prévoir dans ce cas que le premier ministre est responsable devant le chef de l'Etat, et que c'est le Président de la République qui détermine et conduit la politique de la nation. Dans ce régime parlementaire dualiste, le chef de l'Etat aurait des pouvoirs tellement important qu'il serait souhaitable que son mandat soit réduit à cinq ans. Il n'est pas nécessaire de s'interroger plus longtemps sur le contenu d'une telle révision constitutionnelle pour constater que, dans un tel régime, l'hypothèse de la cohabitation serait tout à fait dramatique, puisque le chef de l'Etat disposerait de prérogatives très importantes pour imposer sa volonté au Parlement qui, par hypothèse, ne serait pas disposé à s'y soumettre. Il serait donc impératif d'adopter en même temps les révisions constitutionnelles qui accompagneraient la réduction du mandat présidentiel pour éviter la cohabitation<sup>9</sup>. La pratique des institutions ressemblerait beaucoup à ce que l'on a observé entre 1962 et 1986, mais elle serait plus présidentialiste encore, mais plus démocratique aussi car la responsabilité du Président devant le peuple serait accrue.

---

<sup>9</sup> Cf. supra, n°

Néanmoins, ce régime instaurerait un déséquilibre très important entre les pouvoirs. Le Premier ministre serait presque totalement soumis au chef de l'Etat, et, surtout, le Parlement serait plus impuissant que jamais. Il serait peut-être préférable alors d'adopter un vrai régime présidentiel, ou bien de constitutionnaliser l'interprétation qui a été faite de la Constitution durant la cohabitation.

Lorsque Monsieur Mitterrand évoque une révision de la Constitution pour préciser la répartition des compétences au sein de l'exécutif, il veut avant tout garantir le rééquilibrage des pouvoirs qu'il estime avoir opéré, dès avant la cohabitation. Avant 1986, le rétablissement de l'équilibre des pouvoirs au sein de l'exécutif n'a pas été très sensible, puisque seul M. Mitterrand semble l'avoir perçu. Il s'agirait donc de constitutionnaliser l'interprétation qui a prévalu depuis la cohabitation. Il est incontestable que, depuis 1986, la répartition des pouvoirs entre Président et Premier ministre est totalement bouleversée, puisque, dans une large mesure, elle n'est plus verticale mais plutôt horizontale. Laissant le Gouvernement, dirigé par le Premier ministre et non par lui-même, déterminer et conduire la politique de la nation, le chef de l'Etat ne conduit plus personnellement que le " domaine réservé ". Cette organisation du pouvoir est nettement plus proche que la précédente du texte de la Constitution. Si l'on voulait la constitutionnaliser, il faudrait prévoir par exemple, que les pouvoirs présidentiels soumis à contreseing correspondent à des pouvoirs partagés. Mais dans tous les domaines, ou pour certains actes seulement ? Le Président de la République aura-t-il un droit de veto sur tous les actes soumis au contreseing, ou sur certains seulement ? En cas de conflit, qui pourra avoir la prééminence ? La Constitution pourrait aussi disposer que le Président de la République est seul responsable de la défense et de la diplomatie. Mais ce système nous semble inacceptable pour deux raisons. Tout d'abord parce qu'il est très difficile, au XXe siècle, et probablement plus encore au XXIe, de séparer ces domaines des autres secteurs de la politique gouvernementale. Ensuite, parce qu'il paraît difficilement acceptable qu'un chef d'Etat doté de tels pouvoirs ne soit soumis au contrôle du peuple que tous les sept ans. Il faudrait donc adopter le quinquennat. Mais un Président élu tous les cinq ans se cantonnerait-il dans le seul domaine réservé ? On peut être sceptique. Enfin, l'inconvénient majeur de ce système serait de rendre les conflits potentiels - et en particulier la cohabitation - beaucoup plus dangereux qu'ils ne le sont actuellement, tout en maintenant un important déséquilibre des pouvoirs. Le risque majeur de ce système serait que les deux têtes de l'exécutif ne se livrent à une guérilla constante pour la signature des actes importants pour conduire la politique de la nation. Durant la cohabitation de 1986-1988, de nombreux conflits ont pu être évités pour des causes conjoncturelles. Dans un autre contexte (avec une majorité parlementaire plus forte par exemple, ou en présence de personnalités différentes), les risques de conflits graves pourraient être beaucoup plus importants.

Plus concrètement, comment pourrait-on établir cette révision ?

b ) Modalités concevables de cette révision.

256 Si l'accord général sur ce régime est tel que les inconvénients que l'on vient de souligner ne conduisent pas à écarter une telle révision constitutionnelle, on peut se demander par quels moyens on pourrait la faire.

Au niveau de la procédure, seul l'article 89 pourrait être utilisé, - du moins si l'on respecte la Constitution - . Il serait souhaitable de recourir au référendum plutôt qu'au Congrès, car cette révision serait tellement importante qu'il est souhaitable que le peuple en décide.

Le nombre d'articles à réviser varierait évidemment selon l'option choisie. Il serait en tout cas nécessaire de réviser l'article 5, pour redéfinir la fonction présidentielle<sup>10</sup>, et les articles 20 et 21. Il serait particulièrement important de préciser, à l'article 19, ce que signifie le contreseing du Premier ministre. Enfin, tous les articles relatifs aux pouvoirs du Président et du Premier ministre en matière de politique étrangère et de défense devraient être modifiés, pour qu'ils organisent soit la prééminence soit l'exclusivité du pouvoir présidentiel. Mais, encore une fois, une telle répartition des tâches nous paraît incohérente et dangereuse.

Son seul avantage serait, si l'on recourt au référendum à la fin de la procédure de l'article 89, de donner l'occasion aux citoyens de se prononcer sur l'organisation des institutions, au lieu qu'elle dépende largement de la volonté des gouvernants.

## 2 ) Le choix du statu-quo, souplesse et incertitude.

En écrivant, que " *S'il ne paraît pas nécessaire de réviser la Constitution pour rendre moins ambigus les textes relatifs aux compétences respectives du Président et du Gouvernement*, deux réformes, en revanche, ne sont réalisables *que par ce moyen* : la réduction de la durée du mandat présidentiel et l'extension du champ du référendum à

---

<sup>10</sup> En ces sens, cf. notamment P. PASCALLON, *Plaidoyer pour la Constitution de la Ve République*, pour qui il faut conserver la Constitution de la Ve République, mais en révisant certains de ses articles qui ne " cadrent plus avec la réalité ", et en particulier l'article 5 : " On sait bien en effet que l'arbitre est désormais plus qu'un arbitre, un arbitre *et* un acteur central du jeu institutionnel " (Dans *Plaidoyer pour la Constitution de la Ve République*, Economica 1986, préface J. CHARBONNEL, p. 117.

des problèmes de société "...<sup>11</sup>, le Président de la République laissait entendre, dans sa lettre à tous les français, que l'on pouvait préciser le sens de la Constitution, sans pour cela en modifier le texte.

On pourrait penser qu'il suffirait de modifier des textes moins importants, tels que les lois organiques<sup>12</sup>. Mais on constatera que ces réformes seraient limitées puisque, en dehors des modalités de d'élection du Président, le recours à la loi organique n'est prévu dans le titre II de la Constitution que pour la détermination des emplois pourvus en Conseil des ministres<sup>13</sup>.

Pour l'essentiel, M. Mitterrand a en effet précisé que la solution se trouve dans le comportement des hommes, dans la pratique, car les institutions sont souples. Elles sont souples en ce qu'elles laissent une grande marge de manoeuvre aux gouvernants pour les interpréter, et tout particulièrement au Président de la République qui s'est arrogé, depuis le début de la Ve République, le droit d'interpréter ce texte. Le status-quo aurait donc l'avantage de maintenir ce large pouvoir d'appréciation des gouvernants. Il leur permettrait de faire évoluer leur interprétation de la Constitution au gré des circonstances ( a ). Le problème est que l'on ne voit pas bien comment on pourrait compter sur la pratique, par essence évolutive, pour préciser de manière durable le sens des textes. Il y a tout lieu de craindre que ces précisions ne soient très éphémères, et donc que l'on reste dans l'incertitude ( b ).

#### a ) Des interprétations souples

257 Il n'y a pas lieu de revenir ici sur les avantages, pour les hommes politiques, d'une interprétation très élastique de la Constitution<sup>14</sup>. Notons seulement que dans le régime actuel, ou tel qu'il serait si la Constitution était révisée pour institutionnaliser la pratique, il faut distinguer entre deux cas extrêmes. L'interprétation résultant de la combinaison du texte constitutionnel avec le système de variables déterminantes, lorsque la majorité parlementaire est soumise au chef de l'Etat, c'est très

<sup>11</sup> Lettre à tous les français, diffusée durant la campagne présidentielle, imprimerie l'Avenir Graphique, Paris, p. 5. Cet extrait se situe dans la phrase suivante : " S'il n'est pas nécessaire.....Gouvernement, deux réformes, en revanche, ne sont réalisables que par ce moyen : la réduction de la durée du mandat présidentiel et l'extension du champ du référendum à des problèmes de société ".

<sup>12</sup> Ainsi, G. CONAC considère-t-il que cette formule du Président " laisse ouverte la voie de la loi organique et qu'éventuellement cette loi pourrait faire l'objet d'un référendum ". Néanmoins, la voie ainsi ouverte est cependant étroite (cf. infra). Quant à la modification d'une loi organique par référendum, même si elle a pu être opérée en 1962, et aurait pu l'être en 1969, elle nous paraît assez discutable.

<sup>13</sup> Sur les problèmes posés par cette loi organique (ordonnance du 28 novembre 1958), et surtout par la révision de la liste de ces emplois par décret à la veille de la cohabitation, cf. supra° 85.

<sup>14</sup> Cf. L. FAVOREU, *Le Monde*, 5 nov. 1988; et supra, n° 124 et s.

largement la volonté de ce dernier qui s'impose. Il faut cependant observer que l'évolution de l'interprétation de la Constitution depuis 1986 freinera le retour à cette situation. En cas de coexistence, l'interprétation résulte d'un accord entre le Chef de l'Etat et le Premier ministre<sup>15</sup>. Depuis 1988, on se trouve dans une situation médiane, car l'application relativement parlementariste de la Constitution résulte notamment de l'équilibre des forces politiques - le parti du Président n'a pas de majorité absolue mais seulement relative à l'Assemblée -, et de la situation des gouvernants - M. Mitterrand ayant à la fois la volonté et l'intérêt de ne pas briguer tout le pouvoir gouvernemental.

Si l'on ne révisé pas le texte constitutionnel, cela permettra de préserver l'ampleur de cette marge d'interprétation de la Constitution, qui a sans doute contribué à permettre au régime de fonctionner dans divers systèmes politiques, mais au prix de l'ineffectivité de la Constitution.

b) Le maintien de l'incertitude, ou la recherche d'une pratique stable ?

**258** A priori, il paraît difficile de fixer par la pratique une interprétation précise et stable de la Constitution, puisque les pratiques sont, par essence, variables. Néanmoins, nous avons constaté que la variabilité de l'effectivité de la Constitution, c'est à dire l'évolution des écarts entre règle et pratique, s'explique notamment par les rapports dynamiques entre la règle, la pratique, et l'image respective de l'une et de l'autre. C'est sans doute pour cela que M. Mitterrand espère pouvoir maintenir le rééquilibrage des pouvoirs sans qu'il soit nécessaire de modifier le texte. L'image de la Constitution joue un rôle détermination sur son application - qui, à son tour, influe sur son image -. On peut donc penser qu'en modifiant l'interprétation de la Constitution (qui devient un des facteurs du système de variables déterminantes), on modifiera la pratique d'une manière durable. C'est ainsi que s'est faite l'évolution de la plupart des régimes parlementaires dualistes vers des régimes parlementaires monistes. Lorsque le peuple, et la classe politique seront convaincus que c'est le Gouvernement qui détermine et conduit la politique de la nation, alors l'image de la Constitution aura été modifiée, et son effectivité renforcée.

Il reste cependant un problème majeur, qui est de savoir jusqu'à quand pourra perdurer cette situation. Doit-on considérer que les " logiques cachées " de la Ve République imposeront inéluctablement le retour de l'interprétation présidentialisée dès

---

<sup>15</sup> Cf. supra, nos observations sur le caractère contractuel des pratiques constitutionnelles durant la cohabitation.

lors que l'on sera à nouveau en présence d'une majorité absolue soumise au Président ? En fait, ces logiques existent bien, elles nous paraissent incontestables. Il ne fait pour nous aucun doute que l'analyse stratégique a permis de démontrer qu'il existe des logiques qui tendent à conduire à telle ou telle pratique des institutions. En présence d'un Président élu au suffrage universel direct, et doté de pouvoirs propres importants - en particulier d'un droit de dissolution pratiquement discrétionnaire, il y a de fortes chances pour que l'on soit conduits vers une interprétation présidentialisée du régime<sup>16</sup>. Le problème est en réalité de savoir quel est le poids de ces logiques par rapport à celui de la légitimité des gouvernants, des règles et des pratiques constitutionnelles. Les éléments entrant en ligne de compte pour déterminer l'influence respective de ces facteurs sont tellement complexes et nombreux qu'il ne nous est pas possible, en l'état actuel des choses de répondre précisément. On peut seulement affirmer que plus la nouvelle interprétation de la Constitution sera confortée par des pratiques constantes et régulières, plus la légitimité de cette interprétation sera forte, et plus il sera difficile de revenir aux pratiques antérieures. Ainsi, l'épreuve de la cohabitation est-elle un obstacle majeur au jeu des logiques potentielles qui résultent de la structure mécanique de la Constitution et de la structure politique avec laquelle elle se combine.

Aussi, serait-il peut-être plus souhaitable de garantir par d'autres moyens, et en particulier par la structure normative de la Constitution, l'effectivité des règles constitutionnelles.

### **3 ) Garantir l'effectivité de la répartition actuelle des compétences.**

Le régime parlementaire assaini que la cohabitation a permis de découvrir derrière les forêts de pratiques contraires qui en cachaient la vue, nous a semblé parfaitement cohérent, et apte à fonctionner sans problème majeur même en période de cohabitation. Du moins en ce qui concerne la répartition des compétences au sein de l'exécutif (et à l'exception du problème de l'article 16 qui reste trop dangereux). Car il est nécessaire de renforcer enfin le pouvoir législatif, et de rénover et multiplier les moyens de contrôle des gouvernants par les gouvernés....toutes questions que nous ne pouvons traiter dans le cadre de cette étude.

Si, donc, ce régime est cohérent, il peut être intéressant de rechercher à le rendre plus effectif. Il faut donc vérifier que son ineffectivité ne provienne pas elle-même de

---

<sup>16</sup> Cf. *Supra*,

son incohérence. Or, nous avons pu considérer que l'élément les éléments d'incohérence qui étaient les plus déterminants pour expliquer l'ineffectivité de la Constitution (en plus des logiques démontrées par l'analyse stratégique), étaient d'une part le déséquilibre entre la règle, la pratique, et l'image de la règle; et d'autre part le déséquilibre entre la structure normative et la structure mécanique de la Constitution.

Sur le premier point, nous avons vu que la cohabitation a largement permis de rétablir la cohérence entre la pratique, la règle, et leur légitimité respective. Voilà donc un élément très favorable à une amélioration de l'effectivité de la Constitution.

Sur le second point, nous avons constaté que le déséquilibre de la structure normative et aussi de la structure mécanique au profit du Président de la République devrait pouvoir être rompu si les actes de gouvernement du chef de l'Etat pouvaient être soumis au contrôle du Conseil constitutionnel ( b ). Mais le Conseil constitutionnel pourrait lui-même adopter une interprétation réaliste de la Constitution et admettre, par exemple, que le Président de la République détermine seul la politique de la France dans les domaines de la défense et de la diplomatie. Il serait donc peut-être nécessaire - et aussi paradoxal que cela puisse paraître - de réviser le texte de la Constitution dans le sens qui est le sien, pour préciser quelle doit en être l'interprétation ( a ).

a ) Réviser la Constitution pour en expliciter le sens

**259** On pourrait concevoir de réviser certains articles de la Constitution, ou y insérer une clause d'interprétation, pour rendre plus contraignantes ses dispositions, explicitées dans le sens parlementariste que leurs auteurs avaient entendu leur donner en 1958. Cela supposerait qu'il existe un consensus suffisant sur cette interprétation de la Constitution. Existe-t-il aujourd'hui ? On peut en douter. Mais l'évolution de l'interprétation de la Constitution a été tellement importante depuis 1986, que l'on peut penser qu'elle se poursuivra en ce sens. S'il était invraisemblable que l'on respecte la Constitution à la lettre avant 1986, cela devient de plus en plus envisageable, tant sa légitimité a évolué. Une révision de la Constitution, ne serait-ce que pour y inclure une clause générale d'interprétation, serait d'ailleurs une excellente occasion de demander au peuple (par le biais du référendum de l'article 89) s'il adhère toujours au texte qu'il avait approuvé en 1958 et en 1962.

Il serait par exemple concevable de préciser que les compétences présidentielles soumises à contreseing sont des compétences formelles, c'est à dire qu'elles permettent seulement au Président de jouer un rôle de notaire en veillant à la régularité de ces actes,



et qu'il sont pour lui un moyen de se tenir informé de la politique gouvernementale, afin de pouvoir , , si nécessaire user de ses pouvoirs propres pour exercer sa fonction d'arbitre et de garant. L'interprétation de certains articles constitutionnels a été tellement contraire au texte, que ces précisions confindraient parfois au ridicule. Devrait-on ainsi réviser l'article 5 pour préciser qu'un arbitre n'est pas un capitaine d'équipe ? Faudrait-il réviser les articles 20 et 21 pour rappeler que ce n'est pas le Président de la République, mais le Gouvernement dirigé par le Premier ministre, qui détermine et conduit la politique de la nation ? Quelle que soit la clarté d'un texte, on peut donc arriver à lui faire dire le contraire de ce qu'il prévoit. Aussi, ces révisions permettant d'explicitier le texte, risqueraient d'être inutiles, si l'on ne prévoyait également un moyen d'en garantir l'effectivité.

b) Vers une extension des compétences du Conseil constitutionnel ?

**260** Que l'on révisé ou non le texte de la Constitution, et quelles que soient ces révisions, même si le texte présent ou futur est très cohérent, même s'il organise un régime équilibré, l'effectivité de ce texte restera largement aléatoire - même si sa structure mécanique est bien faite -, si un juge ne peut en garantir le respect. Il paraît aujourd'hui nécessaire d'attribuer au Conseil constitutionnel une compétence générale d'interprétation de la Constitution, et de lui permettre de contrôler la constitutionnalité des actes de Gouvernement. Néanmoins, l'instauration et l'efficacité d'un tel contrôle se heurtent aujourd'hui à tant d'obstacles que cette révision supposerait que l'on remette en cause non seulement quelques articles de la Constitution, mais aussi, toute notre conception du droit constitutionnel.

## **Chapitre II    VERS UNE EXTENSION DES COMPETENCES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ?**

Régime introuvable, régime inqualifiable, régime impénétrable que la Ve République? Non. Pratiques audacieuses, impérieuses et astucieuses, essentiellement. Et si l'on faisait le pari que, débarrassée du prisme déformant des usages amoncelés sur elle depuis tant d'années, la Constitution, allait enfin montrer son vrai visage et retrouver toute sa vigueur ? Si l'on faisait le pari que les logiques cachées dans ce régime ne pourront plus produire tous leurs effets comme avant 1986, parce que leur développement potentiel est fonction du rapport entre la Constitution, sa légitimité et son effectivité, et que ce rapport a été totalement bouleversé par la cohabitation ? En renforçant l'effectivité de la Constitution, la coexistence a totalement redéfini son image. Désormais, le texte de la Constitution est devenu plus légitime que les pratiques qui lui étaient contraires. Sans doute, l'image n'est-elle pas parfaitement nette. Sans doute convient-il encore de la préciser. Mais ce qui est impensable il y a cinq ans à peine, devient possible : si, au lieu de chercher au loin des modèles byzantins, on essayait tout simplement d'appliquer la Constitution du 4 octobre 1958 ? On la prétendait difforme, elle se révèle largement cohérente. On l'imaginait inapplicable, elle se montre praticable. On la croyait morte, elle revit.

Deux points d'ombre demeurent pourtant à ce tableau. En premier lieu, le retour à la lettre du texte n'a pas été complet. En second lieu, on peut imaginer que si, demain, un autre homme arrivait au pouvoir qui, croyant incarner la Nation, violait à

nouveau la Constitution, et en redéformait l'image, le cycle de l'évolution recommencerait comme en 1958. A ces deux problèmes, il est possible qu'il y ait une seule réponse : l'extension des compétences du Conseil constitutionnel. Si l'on permettait au Conseil d'avoir une compétence générale d'interprétation de la Constitution, si on lui reconnaissait le pouvoir de préciser le sens du texte lors des conflits de compétence entre les pouvoirs publics, peut-être arriverait-on à renforcer l'effectivité de la Constitution. A son tour, cette effectivité influencerait sa légitimité, et l'on parviendrait à maintenir une application correcte de la Constitution. En imposant au Chef de l'Etat et au Premier ministre le respect de la Constitution, le Conseil constitutionnel garantirait le maintien des équilibres qui déterminent l'effectivité du régime organisé en 1958, même avec la révision de 1962. Le régime parlementaire original de la Ve République pourrait peut-être alors trouver l'équilibre en vain recherché depuis plus de trente ans, en devenant parfaitement cohérent. Comment nier, en effet, que toutes les violations graves du texte ont été le fait non pas des parlementaires, soumis au contrôle du Conseil constitutionnel; mais du Président de la République ou du Premier ministre ? Comment admettre que le Chef de l'Etat, " gardien de la Constitution ", soit en même temps le premier interprète et le premier sujet du texte constitutionnel ? Peut-on tolérer que le Président de la République, dont la responsabilité devant le peuple est mise en cause tous les sept ans, soit à la fois l'arbitre et le capitaine, le juge et l'avocat, l'acteur et le censeur ? Est-il tout à fait normal que dans un " Etat de droit", le Chef de l'Etat puisse violer impunément la Constitution, selon son bon plaisir, ou au gré des conjonctures politiques ? Soit on estime que le régime prévu par la Constitution de 1958 ne convient pas à la société française actuelle, dans quel cas il convient de réviser la Constitution ou de changer de régime. Soit on admet que ces institutions conviennent à la France, et dans ce cas, il faut en assurer l'effectivité. Mais la situation actuelle, dans laquelle on ne peut pas connaître le sens positif des normes les plus importantes parce qu'aucun juge ne peut en donner une interprétation authentique, et parce que les Gouvernants ont intérêt à prétendre que la Constitution est élastique, ne nous paraît pas très satisfaisante. Certains des plus éminents représentants de la doctrine, comme le Doyen Vedel, ou le Doyen Favoreu, préconisent depuis des années le contrôle de la constitutionnalité des actes de Gouvernement par le Conseil constitutionnel<sup>1</sup>. S'ils n'étaient pas entendus jusqu'à présent, c'était peut-être parce que la surpuissance présidentielle était considérée comme indispensable à la survie des institutions et qu'il paraissait irréaliste de vouloir contraindre le Chef de l'Etat au respect de la Constitution. Mais la cohabitation a totalement modifié les données du problème, en démontrant que la Ve République peut fonctionner convenablement, même si le Président de la République joue un rôle d'arbitre et non de " commandant en chef " de la politique

---

<sup>1</sup> Cf. infra.

gouvernementale. Jusqu'en 1986, on pouvait penser que la responsabilité politique du Président compensait l'absence de contrôle de la constitutionnalité de ses actes. Mais la coexistence a montré que cette responsabilité est très insuffisante. Ainsi, quel que soit le contexte politique, et bien que ce soit dans une mesure variable, le Président de la République n'est jamais réellement soumis au respect de la Constitution. Nous considérons que cette situation pose problème, non pas à cause d'un quelconque " fétichisme juridique ", qui nous conduirait à prôner la soumission au droit, quel qu'il soit, mais simplement parce que, dans une démocratie, dans un Etat de Droit, c'est au peuple souverain qu'il appartient de déterminer les règles de la répartition du pouvoir, et non aux gouvernants eux-mêmes. Quand on contemple l'édifice juridique non pas du point de vue du Chef de l'Etat, mais depuis la position du peuple, on réalise que le droit constitutionnel n'a aucun autre intérêt que d'assurer le contrôle des gouvernants par les gouvernés. Or, aussi longtemps que le Président de la République, et dans une certaine mesure, le Premier ministre pourront se jouer des règles constitutionnelles en échappant largement à tout contrôle, nous ne serons pas dans un véritable Etat de droit. Sans doute, l'extension des compétences du Conseil constitutionnel ne suffira-t-elle pas à faire de la Ve République un régime idéal. Sur bien des points, que nous n'évoquons pas ici car ils débordent le cadre de notre sujet, il y aurait lieu de " retoucher " la Constitution. Le rééquilibrage entre le Gouvernement et le Parlement, ou l'adoption du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception n'en sont que quelques exemples. Mais tous ces aménagements resteront sans doute lettre morte, si l'on n'assure pas un rééquilibrage des pouvoirs en garantissant un contrôle de la Constitutionnalité des actes de Gouvernement.

A bien des lecteurs, l'analyse paraîtra trop juridique. On voit d'ici les fronts se plisser, les yeux se remplir d'inquiétude. Comment, on voudrait soumettre le chef de l'Etat au respect de la Constitution? Idée saugrenue. On risque d'enfermer le régime dans un carcan juridique, supprimant toute la souplesse qui faisait sa force. Nous prétendons démontrer que cette idée n'a nullement l'absurdité ou le simplisme dont certains voudraient peut-être la revêtir. On prétend que le régime périrait étouffé si l'on voulait soumettre le chef de l'Etat au droit ? Déplaçons-nous dans le temps, revenons un siècle en arrière. A cette époque, le spectre des arrêts de Parlement hantait encore les esprits (mais n'est-ce pas toujours le cas aujourd'hui ?<sup>2</sup>). Relisons les conclusions du commissaire du Gouvernement David sous l'arrêt Blanco : " C'est maintenant,

---

<sup>2</sup> L'influence des arrêts de règlement des Parlements de l'Ancien régime est, par exemple, invoquée par J. FOYER pour condamner le " Gouvernement des juges " du Conseil constitutionnel. Pour lui, " le système actuel est beaucoup plus limitatif, si j'ose dire, pour le législateur, que ne l'était pour le Roi l'ancien droit d'enregistrement, car le Roi avait la possibilité de briser le refus d'enregistrement par le procédé des lettres de " jussion ", puis en venant lui-même tenir l'audience au Parlement. Il ordonnait au cours d'un lit de justice l'enregistrement de l'acte qui traduisait sa décision " (dans Evolution du rôle du Conseil constitutionnel depuis 1958, communication au Colloque Le Conseil constitutionnel, Gardien de la Constitution ou Gouvernement des juges, Fondation du Futur, Paris, Ass. Nat., 16 oct. 1986, p 4.

messieurs, que nous pouvons voir dans toute son étendue quelle était, dans l'esprit des constituants, la portée de l'interdiction faite au corps judiciaire de troubler de quelque manière que ce fût les opérations des administrateurs. C'est qu'elle voulait que leur responsabilité demeurât entière devant le peuple qui les a élus." Mais, constatant que cette responsabilité des gouvernants devant le peuple ne suffit pas à garantir le respect des règles de droit, le juge administratif sera conduit à intervenir de plus en plus activement pour soumettre les gouvernants et l'administration au droit. L'administration est-elle étouffée ? Non. Sans doute, certains de ses projets devront-ils être modifiés, pour prendre en compte les impératifs rappelés par le juge. Mais ni l'administration locale, ni l'administration centrale n'a été paralysée par le respect des règles de droit imposées par le juge. Pourquoi en irait-il autrement en droit constitutionnel ? Il conviendra de relativiser la prétendue spécificité du droit constitutionnel, appelé " droit politique " il y a quelques années. Le droit n'est-il pas toujours politique ?<sup>3</sup> Qui prétendra que la décision d'un juge ne matière de droit du travail, de droit fiscal, de droit de l'environnement, ou à propos d'une décision d'une collectivité locale ou d'un préfet, n'a aucun caractère politique ? Il y a donc simplement une différence de degré, et non pas de nature dans les rapports entre Droit et Politique dans ces différentes matières<sup>4</sup>. On prétend que les actes de gouvernement devraient, par nature, échapper à tout contrôle juridictionnel. Mais qui oserait prétendre que les actes du Président de la République ou du Premier ministre sont plus politiques que ceux du Parlement ? Qui oserait affirmer qu'ils sont d'une nature différente ? Kelsen, au début du siècle encore, s'indignait de ce que la distinction faite par la doctrine entre Droit public et Droit privé avait essentiellement pour but de permettre aux gouvernants de s'affranchir des règles de droit<sup>5</sup>. " A la fin du XVIIIe et au cours du XIXe siècle, le grand progrès avait été de soumettre le pouvoir exécutif au respect de la règle de droit posée par la loi; dans la deuxième moitié du XXe siècle, un pas supplémentaire est franchi (qui fait que les européens rejoignent les américains) en ce sens que le pouvoir législatif est, lui aussi, soumis au respect de la règle de droit contenue dans la Constitution " <sup>6</sup> Reste une exception : les actes de Gouvernement, c'est-à-dire, essentiellement, les actes du Chef de l'Etat et du Premier dont le juge administratif refuse d'apprécier la légalité. On redoute aujourd'hui que la soumission des actes de Gouvernement à la Constitution ne paralyse les institutions, tout comme on redoutait au début du siècle, que le droit

<sup>3</sup> H. KELSEN rappelait déjà que " La distinction entre un droit public qui serait politique et un droit privé qui ne le serait pas ne tient pas compte du fait que le droit privé créé par un contrat appartient tout autant que le droit public au domaine de la politique " (Théorie pure du droit, ed. 1953, n Neuchâtel, p. 152.

<sup>4</sup> Cf; par ex. , sur le caractère politique du droit administratif, J.A. MAZERES, Réflexions sur la génération du droit administratif, Mém. M. CLUZEA, Presses de l'IEP de Toulouse, 1985, p. 439-464.

<sup>5</sup> Cf. H. KELSEN, Théorie pure du droit, ed. 1953, Neuchâtel, p. 151, et infra.

<sup>6</sup> L. FAVOREU, Rôle du Conseil constitutionnel dans le contexte de l'alternance de 1986, Communication au colloque Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges ? préc., p. 22.

administratif ne bloque l'action de l'exécutif, et tout comme on craignait, au début de la Ve République, que le contrôle des actes du Parlement par le Conseil constitutionnel n'empêche toute évolution de la démocratie. Or, l'expérience a prouvé que, loin de freiner la démocratie, le contrôle de la légalité et de la constitutionnalité des actes administratifs et des lois a fait progresser l'Etat de droit. Mais n'y a-t-il pas incompatibilité entre Etat de droit et démocratie ? Nous verrons que cela dépend de l'idée que l'on se fait de la démocratie.

Si l'on se déplace à présent dans l'espace, on verra qu'en Allemagne, en Italie, en Espagne, en Autriche, la Cour constitutionnelle peut, selon des modalités variables, intervenir pour préciser le sens de la Constitution en cas de conflit entre les pouvoirs publics. Ces pays ont-ils sombré dans la paralysie et le conservatisme ? Depuis des années ces régimes (où l'on ne considérait pas le risque de dictature comme une vue de l'esprit puisque l'on venait de la subir) n'avaient pas connu autant de démocratie. Sur le plan économique, leur expansion n'a rien à envier à celle de la France. Il faut pourtant nuancer cette vision, et ne pas oublier que le pouvoir des cours constitutionnelles dans ces pays est parfois jugé excessif. Mais ceci ne concerne pas spécifiquement les compétences des Cours dans les conflits entre les pouvoirs publics, ces critiques concernent tout autant le contrôle de la constitutionnalité des normes. C'est pourquoi nous considérons que l'extension des compétences du Conseil constitutionnel ne modifiera pas nécessairement ce problème de fond, et qu'en toute hypothèse, il convient de s'interroger sur la place du Conseil constitutionnel lui-même dans la structure mécanique des institutions, et sur les possibilités de limiter ses éventuels excès de pouvoir.

Peut-on suggérer dès à présent les modalités concevables de l'extension des compétences du Conseil constitutionnel ? Non, car il est des lecteurs encore réticents à l'admettre. Nous devons donc les convaincre qu'une telle réforme est nécessaire ( S I ), avant de voir quel pourrait être son contenu, et quels aménagements on pourrait concevoir pour limiter ses effets pervers potentiels ( S II ).

## **S I POURQUOI ETENDRE LES COMPETENCES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ?**

En vain, on tenterait de persuader le lecteur de l'intérêt d'une telle révision, si, auparavant, on ne débarrassait pas son esprit de l'idée qui, restant présente à son esprit, l'empêcherait de nous entendre, selon laquelle l'extension des compétences du Conseil constitutionnel est inconcevable, pour des raisons à la fois théoriques et pratiques. C'est donc seulement après avoir démontré que cette réforme envisageable, à court ou à moyen terme ( I ), que l'on verra comment elle pourrait contribuer à renforcer l'effectivité de la Constitution et la stabilité des institutions (II).

### **I UNE REFORME INCONCEVABLE ?**

Il est un phénomène typiquement français, qui serait assez amusant s'il n'était par trop sclérosant, c'est que chaque fois que l'on évoque une extension des compétences du Conseil constitutionnel, on voit surgir l'épouvantail du "

gouvernement des juges ". Ce mythe national, assis à la droite de Rousseau dans l'esprit des français, est un obstacle majeur au contrôle de la constitutionnalité des actes de gouvernement. Il faudra donc surmonter cet obstacle théorique ( A ) pour pouvoir imaginer très concrètement de quelle façon cette extension des compétences du conseil pourrait se produire, par une évolution de la jurisprudence, ou par une révision constitutionnelle ( B ).

## A ECARTER L'EPOUVANTAIL DU GOUVERNEMENT DES JUGES

Le mythe divulgué par le célèbre ouvrage d'Edouard Lambert a la vie longue<sup>7</sup>. Une nouvelle majorité parvient-elle au pouvoir, qui voit ses velléités réformatrices limitées par les exigences posées par le Conseil, et l'on dénonce à grands cris le " Gouvernement des juges ". Suggère-t-on un élargissement des compétences du Conseil, et l'on invoque encore cette formule magique. Les démonstrations des juristes, du Président du Conseil constitutionnel<sup>8</sup>, ne suffisent pas à éradiquer cette idée, tant elle est profondément enracinée dans la mentalité française. Interrogé, à la fin de la cohabitation, sur l'évolution de son jugement à propos du Conseil constitutionnel, le Président de la République ne fait pas exception : " Les passions se sont apaisées en même temps que le Conseil constitutionnel, surtout après l'extension des conditions de sa saisine en 1974, forgeait une jurisprudence moins sensible à l'opportunité. On peut dire qu'il a progressivement trouvé son " rythme de croisière ". Je m'en réjouis. Disposant de grands pouvoirs, il doit à tout prix éviter de s'ériger en gouvernement des

---

<sup>7</sup> Cf. L. FAVOREU, La politique saisie par le droit, *Economica*, 1988, p. 106, qui démontre avec M. DAVIS (Government of judges : an historical review, in *American Journal of comparative law*, 1987, vol. 35, p. 1501-1521), en quoi consiste ce mythe exclusivement français, et quelle est sa fonction. Pendant longtemps, cette expression a traduit " une hostilité à toute forme de contrôle juridictionnel du législateur dans la mesure où cela paraissait non démocratique et illégitime au regard de la théorie de la souveraineté parlementaire". Aujourd'hui, comme la période de cohabitation l'a révélé, " il s'agit de mettre en cause, non plus le principe même de justice constitutionnelle ou la composition du Conseil constitutionnel, mais le rôle de la Haute juridiction dans la création du droit " (p. 108-109).

<sup>8</sup> R. BADINTER, Entretien au Monde, 3 mars 1989, p. 2.



juges "9. Derrière cette expression, on peut retrouver non plus tellement la hantise d'une atteinte à la souveraineté parlementaire - puisqu'elle a justement été abolie - mais à l'autorité qui, à sa place, est devenue toute puissante, c'est-à-dire le Chef de l'Etat. On semble redouter que l'extension des compétences du Conseil constitutionnel pour contrôler les actes de gouvernement ne conduise à un transfert de la souveraineté du Président aux juges ( 1 ). Et l'on ne manque pas de souligner le caractère dangereux d'une telle révision, qui, dit-on, ne manquerait pas de porter atteinte à la démocratie ( 2 ).

#### 1 ) Un transfert de souveraineté d'un gardien de la Constitution à l'autre?

Qu'est-ce que la " souveraineté " ? Pour Jean Bodin, c'est " le pouvoir de commander et de contraindre sans être ni commandé ni contraint ". C'est un pouvoir illimité. Un demi-siècle après que Carré de Malberg ait dénoncé la confiscation de la souveraineté du peuple par les Assemblées, il est temps de rappeler qu'en mettant le Parlement sous tutelle, et en laissant se développer la tutelle du Président de la République sur le Premier ministre, on a peut-être déplacé la confiscation de la souveraineté, plutôt que de la supprimer. Qui, dans la pratique de la Ve République, a " le pouvoir de commander et de contraindre sans être commandé ni contraint ", sinon le chef de l'Etat ? Sans doute ce pouvoir est-il considérable lorsque le Président dispose d'une majorité de " godillots ", alors qu'il est beaucoup moins étendu lorsque la plupart des parlementaires lui sont hostiles. Mais, en toute hypothèse, nul ne peut le contraindre au respect de la Constitution. Sans doute, sa responsabilité pour haute trahison pourrait-elle être engagée s'il abusait de ses pouvoirs d'une manière totalement intolérable<sup>10</sup>. Mais, pour l'essentiel, on lui reconnaît le pouvoir d'interpréter et de violer le texte de la loi fondamentale en toute quiétude<sup>11</sup>. N'est-il pas le " gardien de la Constitution " ? Dans cette optique, tout contrôle juridictionnel de l'application de la Constitution par le Président de la République sera ressentie comme une atteinte à sa " souveraineté " ( a ). Dès lors, transférer au juge constitutionnel le pouvoir de donner l'interprétation qui s'imposera aux autres pouvoirs publics en cas de conflits, aboutirait à le faire " souverain à la place du souverain " ( b ). Derrière ces conceptions tout aussi

<sup>9</sup> F. MITTERRAND, interview Sur les institutions, accordée à O. DUHAMEL, Pouvoirs, n° 45, 1988, p. 138.

<sup>10</sup> Cf. supra, n° 118.

<sup>11</sup> Sur l'interprétation de la Constitution par le Président de la République, cf. infra.

fausses que simplistes, on verra se profiler l'éternel débat entre Kelsen et Schmitt, sur la notion de gardien de la Constitution.

a) Une atteinte à la " souveraineté " du Président de la République ?

**261** Le chef de l'Etat n'est certainement pas souverain selon la Constitution de 1958. Mais, au regard de la pratique de ces institutions, il apparaît que lui seul est " au dessus des lois " - à défaut d'être au-dessus des partis -. Or, seul un souverain peut-être soustrait au respect du droit. Sans doute, tous ses actes n'échappent-ils pas au contrôle du juge, puisqu'ils sont en principe contrôlés par le juge administratif. Seuls les " actes de gouvernement " sont écartés par le Conseil d'Etat comme ne relevant pas de sa compétence. Il n'est pas tout à fait seul non plus, puisque les actes adoptés par le Premier ministre dans ses relations avec les autres pouvoirs publics constitutionnels sont également regardés, dans certains cas, comme des actes de gouvernement, et soustraits au contrôle de toute juridiction<sup>12</sup>. Mais, tout comme le Parlement de la IIIe République, chaque fois que le Président viole la Constitution, il se comporte en fait comme s'il avait le pouvoir de réviser le texte constitutionnel, comme s'il disposait du pouvoir constituant originaire, comme s'il était souverain. Tout comme le Parlement de la IIIe République, il confisque en fait la souveraineté, oubliant qu'il n'est que le représentant du souverain, et non le souverain lui-même. Suprême vertu ou orgueil suprême, le Général de Gaulle se prenait pour la France. Il était donc normal, dans son esprit, qu'il s'octroie les pouvoirs du peuple. " Souvenez-vous toujours d'une chose - disait-il à ses proches - il y a d'abord la France, ensuite l'Etat, et enfin, dans la mesure où l'on peut respecter les intérêts des deux premiers, le droit..."<sup>13</sup>. Ayant été le dirigeant de l'élaboration de la Constitution, et se considérant investi d'une légitimité historique, il estime qu'il est l'interprète et le gardien de la Constitution, entendue non pas comme un texte juridique, mais plutôt comme " un esprit, des institutions et une pratique ". Sa conception large, souple et pragmatique de la Constitution lui permet de prétendre la modeler au fil des circonstances et au gré de la volonté du peuple qu'il incarne. Un contrôle juridictionnel de ses actes est donc inconcevable, puisque pour lui, " en France, la Cour suprême, c'est le peuple "<sup>14</sup>. Investi de la confiance de la Nation qu'il représente, le Chef de l'Etat peut donc " créer le droit ". Que l'on est proche, ici, de la conception de Schmitt, on ne peut mieux résumée par le titre qu'il donna à un article retentissant au lendemain de la nuit des longs couteaux : " le Führer a

<sup>12</sup> Sur la notion d'acte de Gouvernement, cf. infra.

<sup>13</sup> De GAULLE, cité par J. FOYER, comm. préc. au colloque Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges ?, p. 8.

<sup>14</sup> De GAULLE, cité par J. FOYER, idem, p. 5.

créé le droit " ! Toute la célèbre controverse entre Schmitt et Kelsen sur la notion de gardien de la Constitution, repose en fait sur une conception différente de la Constitution. Là encore, on constate que le problème central est celui des relations entre validité, légitimité et effectivité. Pour Schmitt, c'est au Chef de l'Etat qu'il faut attribuer le rôle de gardien de la Constitution, car la légitimité prime sur la légalité. " Pour lui, la Constitution, c'est la décision sur le caractère et la forme de l'unité politique d'un peuple. A son avis, il faut surtout distinguer la Constitution, ainsi définie, des simples lois constitutionnelles " <sup>15</sup>. Parce qu'il adopte une définition matérielle et très large de la Constitution, en même temps qu'une définition très étroite et discutable de la notion de " juridiction ", Schmitt considère que des juges ne peuvent pas être les gardiens des institutions <sup>16</sup>. Dans sa conception, " L'Etat ne s'identifiait pas à l'ordre juridique et celui-ci n'était pas un mécanisme. Comme l'Etat trouve dans la Constitution le fondement juridique de son existence politique, protéger la Constitution ne relevait pas, pour lui, d'une activité purement logique ou simplement juridictionnelle, mais bien au contraire d'une activité éminemment politique. Protéger la Constitution, c'est la défendre contre ses ennemis politiques, dans une situation de danger ou de crise extrême. La justice constitutionnelle au sens de Schmitt, c'était la garantie politique provenant d'un Chef qui tranche en dernier ressort les situations exceptionnelles " <sup>17</sup>. Or, pour lui, l'ennemi politique, c'est le Parlement, dont le déclin trouve sa source dans l'irrationalité des partis. Dès lors que les décisions sont prises dans " des réunions secrètes entre leaders des partis ", s'installe " un transfert et une dissolution de toute responsabilité, et de la sorte, c'est tout le système parlementaire qui finit par ne plus être qu'une détestable façade du règne des partis et d'intérêts économiques " <sup>18</sup>. Dès lors, seul le Chef de l'Etat peut être le gardien de la véritable Constitution, c'est-à-dire la Constitution légitime. Or, fondamentalement, c'est sa conception de la démocratie

<sup>15</sup> N. ZANON, La polémique entre Hans Kelsen et Carl SCHMITT sur la justice constitutionnelle, rapport au 1er Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990, p. 3.

<sup>16</sup> La conception Schmittienne du rôle des juridictions nous paraît extrêmement discutable et totalement fautive par rapport à la réalité. " Pour lui, l'activité juridictionnelle, ce n'est que l'application d'une norme à une situation réelle, ce n'est que la décision d'une controverse à la lumière de cette norme (N. ZANON, art. préc., p. 6). Cette conception restrictive nous paraît totalement fautive, en particulier en ce qu'elle ignore superbement tout le contentieux de l'interprétation (tel que le pratique, par exemple, le Conseil d'Etat). " De plus, il souligne que dans un Etat législatif - entendu comme un Etat dans lequel l'expression la plus importante de la volonté générale reste la loi - il n'y a pas de juridiction si les normes de la loi que le juge doit appliquer ont un contenu controversé, si il y a des doutes sur leur contenu " (ibid.). Kelsen lui fait très justement observer que cette conception est inacceptable, puisque les tribunaux civils, pénaux ou administratifs, dont Schmitt ne conteste pas le caractère juridictionnel, ont un pouvoir d'interpréter la loi, et non pas seulement appliquer des règles dont le contenu est toujours parfaitement clair et non controversé. Mais il reconnaît volontiers que l'ampleur du pouvoir d'interprétation du juge varie en fonction de la précision des règles contenues dans les textes.

<sup>17</sup> N. ZANON, art. préc., p. 2.

<sup>18</sup> C. SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, 1923, rééd. Seuil, 1988, p. 25, cf aussi la préface de P. PASQUINO.

qui lui permettra d'affirmer que le Parlement ne représente que des intérêts divisés, l'hétérogénéité du peuple, tandis que seul le Chef de l'Etat peut incarner l'homogénéité dont " résulte l'identité démocratique entre les gouvernants et les gouvernés ", c'est-à-dire ce qu'il considère comme la seule véritable démocratie<sup>19</sup>. Mais nous verrons que seule une conception unanimiste, intolérable et totalement archaïque de la démocratie conduit à admettre que la souveraineté du peuple peut être déléguée.

Dès lors que le peuple délègue sa souveraineté à un Parlement, à un homme, un parti, ou à une caste religieuse, il n'est plus souverain, il est esclave.

Aussi, aux termes de l'article 3 de la Constitution de 1958, " La souveraineté appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ". Le contrôle de la constitutionnalité des actes du Président de la République ne pourrait évidemment pas conduire à la limitation de sa souveraineté, puisqu'il n'est pas souverain mais seulement représentant du souverain. Porterait-il atteinte à ses pouvoirs ? Certainement pas, s'il s'agit, comme il se doit, d'un contrôle de la conformité de ses actes à la Constitution, et non d'un contrôle d'opportunité. Ses pouvoirs seront respectés, *seuls ses abus de pouvoir seront limités*. Aux termes de l'article 5 de la Constitution, "Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat. (...) ". Nulle part, il n'est prévu qu'il dispose du pouvoir d'interpréter la Constitution ou de la modifier. Il ne lui appartient pas, pour garantir le respect de la Constitution, de s'arroger le pouvoir constituant, mais seulement de saisir le Conseil constitutionnel, dont il nomme certains membres. Ainsi, le rôle de gardien des institutions, traditionnellement conféré au Chef de l'Etat dans toutes les démocraties, ne lui confère aucune autre prérogative que celles qui lui sont reconnues par le texte constitutionnel<sup>20</sup>. En accordant au Président de la République des pouvoirs propres importants pour faire appel à l'arbitrage du Parlement, du peuple, ou du Conseil constitutionnel; ou bien pour prendre les mesures nécessaires en cas de circonstances exceptionnelles, la Constitution de 1958 lui permet de veiller au respect de la Constitution et de garantir la continuité de l'Etat et le respect des traités. Mais, contrairement à ce que certaines pratiques ou certains discours (comme la conférence de presse du Général de Gaulle du 31 janvier 1964) auraient pu laisser croire, il ne devient pas souverain pour autant et doit être soumis au respect de la Constitution. C'est seulement après avoir apporté ces précisions que l'on peut admettre avec Pierre Avril

<sup>19</sup> C. SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie, préc.*, p. 112.

<sup>20</sup> Notons que, durant l'élaboration du projet de Constitution de 1946 qui sera rejeté par le peuple, quand la minorité demande que le Président soit le gardien de la Constitution, elle entend uniquement par là le fait qu'il doit pouvoir saisir le comité de contrôle de la constitutionnalité des lois (cf. P. DUJARDIN, 1946, *Le droit, mis en scène. Propositions pour une analyse matérialiste du droit*. P.U. Grenoble, coll. Critique du droit.

que le Président de la République est le " gardien politique " de la Constitution, tandis que le Conseil constitutionnel en est le gardien juridique<sup>21</sup>. La Ve République aurait ainsi permis sinon une synthèse, du moins une application partielle des idées de Schmitt et de Kelsen.

Contrairement à Schmitt, Kelsen adopte une conception purement formelle de la Constitution, puisqu'elle peut avoir n'importe quel contenu. Selon lui " un pouvoir étatique entièrement légalisé et un Etat identifié à l'ordre juridique, nécessitent un gardien " juridique " " <sup>22</sup>. Pour lui, seule une Cour constitutionnelle - et non pas le juge ordinaire comme au Etats-Unis - peut assurer cette fonction, garantissant une interprétation unique et authentique du texte. Il estime que " l'absence d'une décision uniforme sur la question de constitutionnalité d'une loi, c'est-à-dire sur la question de savoir si la Constitution a été violée, représente un grave danger pour la Constitution elle-même " <sup>23</sup>. La Cour constitutionnelle, seul véritable " gardien de la Constitution ", doit être indépendante de l'administration. " Une telle indépendance était nécessaire car la Cour exerçait un contrôle juridictionnel sur les règlements du Chef de Etat, du Premier ministre et des ministres, et le pouvoir réglementaire jouissait à l'époque d'une très grande importance politique. Par l'abus de ce pouvoir, le Gouvernement aurait pu diminuer le Parlement et éliminer le fondement démocratique de l'Etat " <sup>24</sup>. Tandis que pour Schmitt, l'ennemi était le Parlement, pour Kelsen, le danger venait du pouvoir exécutif et la machine bureaucratique de l'administration<sup>25</sup>.

Si l'on admet aujourd'hui avec Kelsen la nécessité d'un contrôle de constitutionnalité, il n'y a donc aucune raison à ce que les actes du Premier ministre ou du Président de la République en soient exemptés. Il est au contraire essentiel qu'ils puissent être soumis à la censure de la Cour constitutionnelle si l'on veut garantir leur soumission aux règles constitutionnelles. Mais, en permettant au juge constitutionnel de contrôler les actes de gouvernement, ne risque-t-on pas de transférer la souveraineté du Président vers le Conseil ?

---

<sup>21</sup> P. AVRIL, La séparation des pouvoirs aujourd'hui, rapport au colloque 1789 et l'invention de la Constitution, AFSP, 2-4 mars 1989. Notons que le Président du Conseil constitutionnel, M. BADINTER, a considéré que " le Conseil a (..) joué pleinement son rôle d'arbitre et de gardien des libertés et droits fondamentaux " (Le Monde 3 mars 1989).

<sup>22</sup> N. ZANON, art. préc., p. 2.

<sup>23</sup> H. KELSEN, cité par N. ZANON, art. préc., p. 3.

<sup>24</sup> N. ZANON, art. préc., p. 6.

<sup>25</sup> N. ZANON, art. préc. p. 6.

## b) Vers la souveraineté des juges ?

262 Durant la cohabitation, le Garde des sceaux, M. Chalandon, s'est élevé vivement contre l'augmentation du rôle du Conseil constitutionnel. En dénonçant le " gouvernement des juges ", on s'élève ici non pas contre l'existence du Conseil, mais contre le fait qu'il s'écarte de la lettre de la Constitution et crée des règles de droit<sup>26</sup>. Si l'on admet, avec le courant réaliste, que tout acte d'interprétation est un acte de création, et qu'en interprétant un texte, le juge lui donne un sens alors qu'il n'en avait pas auparavant, on peut s'interroger sur le point de savoir si la souveraineté dont bénéficiait le Parlement sous les Républiques précédentes n'a pas été transférée au Conseil constitutionnel. Dominique Rousseau va-t-il jusque là, lorsqu'il observe que, le Conseil constitutionnel ayant " le pouvoir d'imposer aux lois leur contenu, d'imposer au Parlement sa pensée législative " (...) " la loi, désormais, ne tire plus sa souveraineté du Parlement " ?<sup>27</sup> Cet auteur invoque en effet la décision du 23 août 1985, dans laquelle le Conseil a estimé que " la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ". Mais, comme les réalistes considèrent que c'est le Conseil qui crée le sens de la Constitution, et puisqu'il n'est lui-même contrôlé par aucun organe, on peut, dans cette optique, affirmer que le Conseil constitutionnel a bien " le pouvoir de commander et de contraindre sans être ni commandé ni contraint ". Si l'on pense que le Conseil constitutionnel crée la Constitution en l'interprétant, il faut admettre qu'il est non seulement un co-législateur, mais aussi un constituant. Or, puisque seul le souverain est doté du pouvoir constituant, on peut penser que le Conseil constitutionnel est souverain.

Nous avons cependant considéré que l'analyse réaliste est en fait nihiliste, et qu'elle n'est qu'une interprétation discutable de la réalité. Sans doute, le juge dispose-t-il d'un pouvoir d'interprétation, qui est variable en fonction de la normativité du texte. Mais, dans la plupart des cas, il ne crée pas la norme pour autant, il en propose seulement une interprétation authentique<sup>28</sup>, qui peut toujours être critiqué, et surtout remise en cause. Son interprétation ne modifie donc pas le texte, elle n'en est qu'une application. Quand le Conseil constitutionnel interprète la Constitution, il ne la modifie pas, il se contente de l'appliquer. Lorsqu'il déclare une loi non conforme à la Constitution par la voie de l'action, il n'en modifie pas le contenu, il l'empêche

<sup>26</sup> Cf. L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, préc., p. 106 et s.

<sup>27</sup> D. ROUSSEAU, dans *Revue de science administrative de la Méditerranée occidentale (IRA de Bastia)*, cf. *Le Monde* 5 mars 1987.

<sup>28</sup> Cf. supra, n° 167 et s.

d'exister, de devenir une loi, puisqu'il intervient avant sa promulgation. Lorsqu'un juge intervient pas la voie de l'exception, sa décision n'ayant que l'autorité de la chose jugée, la loi est en principe seulement écartée dans le cas d'espèce concerné. En pratique, le résultat est le même, puisque l'administration hésitera à appliquer un texte dont il sait qu'il sera écarté par le juge en cas de procès. Cependant, lorsque le juge statue sans s'appuyer sur aucun texte, mais en inventant un " principe " *ex nihilo*, on ne saurait nier qu'il crée une règle. Ceci est particulièrement net dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et, tend à se développer dans celle du Conseil constitutionnel. Le " principe de continuité du Service Public ", créé de toutes pièces au fil de la jurisprudence du Conseil d'Etat, et " constitutionnalisé " par le Conseil constitutionnel, est l'archétype de ces règles inventées par le juge. Mais, quelle que soit la conception, réaliste ou formaliste, que l'on adopte, il n'y a pas lieu d'opérer une distinction entre le Droit constitutionnel et les autres " branches du droit ". Le problème se pose dans les mêmes termes en droit privé, en droit administratif ou en droit constitutionnel<sup>29</sup>. Il y a, là encore, non pas une différence de nature, mais une différence de degré entre les pratiques observées dans ces différentes disciplines. Si la proportion de règles prétoriennes est beaucoup plus grande en droit administratif qu'ailleurs, ce phénomène est généralisé. On a d'ailleurs pu se demander si le juge administratif est " un juge qui gouverne " <sup>30</sup>. Quelle que soit la réponse que l'on propose à cette question, le problème de fond est de savoir si le juge confisque ou non la souveraineté du peuple. Le juge ne devient souverain que si le peuple ne peut plus intervenir après le juge pour imposer sa volonté. Or, le Doyen Vedel estime pour sa part qu' " en réalité, la représentation nationale exprime bien la volonté générale, mais seulement dans les conditions prévues par la Constitution et dans les matières dévolues par celle-ci au législateur. Hors de ces limites, la volonté générale ne peut s'exprimer que dans une procédure de révision constitutionnelle qui est précisément agencée pour que, sur des points fondamentaux, l'assentiment démocratique soit indiscutable " <sup>31</sup>. M. Badinter rappelle que " le contrôle de constitutionnalité n'est pas le gouvernement des juges ! Quand une loi est déclarée inconstitutionnelle, l'alternative est toujours ouverte : ou voter une nouvelle loi conforme à la Constitution ou modifier la disposition constitutionnelle elle-même. Le Conseil ne peut jamais avoir le dernier mot " <sup>32</sup>. Nous verrons que dans l'Etat actuel de l'organisation du référendum et de la révision de la Constitution en particulier, l'expression de la souveraineté du peuple reste très

<sup>29</sup> Cf. P. HEBRAUD, *Le juge et la jurisprudence*, Mél. COUZINET, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329 à 371. Sur la manière dont le " contentieux " se transforme en " jurisprudence ", cf. E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé*, P.U. Lyon, Coll. Critique du droit, 1985.

<sup>30</sup> Cf. J. RIVERO, *Le juge administratif français, un juge qui gouverne ?*, D. 1951, Chron., p. 6, cité par L. FAVOREU, op. préc., p. 109.

<sup>31</sup> G. VEDEL, avant-propos à la réédition de la thèse de C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, PUAM, 1986, p. IX.

<sup>32</sup> R. BADINTER, entretien au Monde, 3 mars 1989, p. 2.

hypothétique<sup>33</sup>. Mais en tout état de cause, si l'on admet que la Loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution, et si l'on pense que la souveraineté du peuple n'est pas confisquée par le juge en matière législative, pourquoi en irait-il différemment en ce qui concerne les actes de Gouvernement ? Que l'on adopte une analyse réaliste ou formaliste, et que l'on estime que la souveraineté du peuple est, ou non, transférée au Conseil constitutionnel, le problème se pose exactement dans les mêmes termes pour les actes du Chef de l'Etat ou du Premier ministre. Donc, soit on admet que tous les actes des gouvernants, qu'ils relèvent de la fonction législative ou exécutive, doivent être soumis à un contrôle de constitutionnalité, soit on écarte ce contrôle pour tous ces actes. Mais la distinction qui existe actuellement entre eux est tout à fait illogique, et n'a absolument aucune justification valable.

Dès lors, quelle option choisir, supprimer tout contrôle de constitutionnalité parce que l'on considère qu'il est antidémocratique, ou au contraire l'étendre aux actes de gouvernement, quitte à aménager la Constitution de façon à ce que la souveraineté populaire devienne un peu moins illusoire ? La réponse à cette question dépend, fondamentalement, de la conception de la démocratie que l'on adopte.

## 2) Une solution antidémocratique ?

La notion d'Etat de Droit semble fondamentalement incompatible avec celle d'Etat démocratique, du moins selon les conceptions dans lesquelles on considère que le gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple ne peut pas exister si cette volonté souveraine est limitée par quoi que ce soit. Ainsi, qu'elles soient de gauche ou de droite, toutes les visions unanimistes de la démocratie dans lesquelles on prétend parvenir à l'identification des gouvernants et des gouvernés, sont fondamentalement incompatibles avec toute forme de contrôle de constitutionnalité par un juge indépendant ( a ). Mais les faillites historiques et actuelles de ces systèmes nous obligent à rechercher un équilibre entre l'application de la volonté de la majorité et le respect des minorités garanti par les règles de droit. Dans cette optique, au lieu de prétendre nier la distinction entre gouvernants et gouvernés, on cherchera les moyens de soumettre les premiers à la volonté et au contrôle des seconds. Or l'un des instruments privilégiés de cet équilibre et de ce contrôle sera le pouvoir modérateur

---

<sup>33</sup> cf. infra.



exercé par la Cour constitutionnelle. Mais un tel système comporte des limites et des inconvénients indéniables. En premier lieu, il n'est envisageable que s'il existe un large consensus sur les règles d'organisation de la société. Et en second lieu, il risque - ou permet, selon le point de vue - de freiner toute remise en cause fondamentale des institutions ( b ).

a ) L'Etat de droit contre l'Etat démocratique ?

263 Il n'y a pas lieu de reprendre ici tous les éléments d'une opposition très connue entre les conceptions de l'Etat de droit et celle de la démocratie, mais seulement d'en rappeler les aspects essentiels. Le problème du contrôle de constitutionnalité impose nécessairement de s'interroger sur la définition de la démocratie. " Evidemment - souligne Jean Rivero -, admettre qu'une douzaine d'hommes qui ne tirent pas leur investiture du peuple vont pouvoir censurer la volonté des élus de la nation, cela, au regard de la logique démocratique, pose un problème que l'on peut difficilement évacuer ... Il faut quand même souligner ce que ce problème peut avoir d'angoissant pour l'avenir et de la démocratie et du contrôle constitutionnel " <sup>34</sup>. Dans la conception Rousseauiste de la démocratie la volonté du peuple (qui résulte sinon de l'unanimité, du moins de la majorité) ne peut connaître aucune limitation parce qu'elle est souveraine. L'idée essentielle est que la volonté de la majorité et censée faire l'unanimité, et qu'elle ne peut pas à être limitée par quoi que ce soit, même pas par les droits de la minorité, puisque ceux qui sont d'un avis contraire à la majorité, doivent s'y soumettre car ils ont tort. Il s'agit de conceptions *unanimistes* de la société en ce sens que ce qui est jugé bon par la majorité est présumé être bon pour tous les citoyens. Elles s'opposent fondamentalement au libéralisme, basé sur le reconnaissance de la pluralité des intérêts et des opinions. Ces conceptions vont être utilisées pour prétendre justifier des acceptions très variables de la démocratie, depuis la croyance en la souveraineté de la loi sous les IIIe et IVe Républiques jusqu'aux régimes totalitaires de droite comme de gauche.

Il est nécessaire de rappeler brièvement quels sont les principes de base des conceptions totalitaristes de la " démocratie " pour bien comprendre pourquoi le contrôle de la constitutionnalité des actes des gouvernants y est inconcevable. Quelle que soit leur diversité, et quelle que soit par ailleurs leur infidélité par rapport à l'auteur du " Contrat social " dont ils se réclament souvent, tous ces régimes se caractérisent au moins par trois points communs. Le premier résulte de l'idée qu'il doit y avoir identité

---

<sup>34</sup> J. RIVERO, Rapport de synthèse, dans Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, *Economica* 1982, cité par E. PISIER, art. préc., p. 200.

entre gouvernés et gouvernants, entre société politique et société civile. Le second est que l'expression de la souveraineté populaire doit être monopolisée par un groupe d'hommes, un homme, un parti, ou une caste religieuse. Le troisième, qui découle logiquement des deux premiers, est que la souveraineté incarnée dans cet homme ou cette institution ne saurait connaître aucune limite, si l'on admet avec Rousseau ou Le Bret que " la souveraineté n'est pas plus divisible que le point en la géométrie ". Aucun juge ne peut donc prétendre contrôler la constitutionnalité des actes des représentants du souverain. Deux expressions particulièrement extrêmes de ces conceptions peuvent être trouvées d'une part dans le marxisme, et d'autre part dans le fascisme.

Dans l'analyse marxiste C'est " la logique de l'Etat bourgeois " qui conduit au contrôle de constitutionnalité. " Loin d'être secondaire, cette institution, en constituant le droit politique en droit constitutionnel, scelle l'abstraction de l'Etat politique en Etat de droit. Scellant l'acte constitutionnel de la marque du contrôle de constitutionnalité des lois (on) donne à voir et réalise ainsi la subordination du politique au juridique, sacrement de la subordination du travail au capital " <sup>35</sup>. L'Etat et le droit étant des superstructures aux mains de la bourgeoisie pour exploiter le peuple, n'ont d'autre raison d'être que l'expression et le maintien de la domination d'une classe sur l'autre. " Ersatz de la séparation des pouvoirs, succédané de seconde chambre, le contrôle de constitutionnalité des lois apparaît ainsi comme le lieu possible d'une résistance à l'Assemblée Nationale. Il ne régule donc pas seulement un ensemble normatif; mais, par et à travers cette fonction, il régule le rapport des puissances sociales " <sup>36</sup>.

Dans les conceptions totalitaristes de droite, le contrôle de constitutionnalité des lois ou des actes de l'exécutif est rejeté avec la même vigueur. Carl Schmitt, par exemple, adopte une conception très particulière de la démocratie, allant jusqu'à affirmer que " la dictature n'est pas le contraire de la démocratie " <sup>37</sup>. Pour lui, le peuple doit être homogène au point que pratiquement règne l'unanimité. Prétendant trouver les fondements de sa pensée chez Rousseau, il estime que " Pour le contrat social, il ne doit pas y avoir de partis dans l'Etat, pas d'intérêts particuliers, pas de différences religieuses, rien qui sépare les hommes, pas même la finance " <sup>38</sup>. Ainsi, " de l'homogénéité résulte l'identité démocratique entre les gouvernants et les gouvernés " <sup>39</sup>. Le Parlement, représentant des intérêts divergents, est totalement inadapté pour l'expression d'une telle " démocratie ". Si l'on en croit le chantre juridique de l'un des régimes les plus tyranniques que la terre ait portés, à savoir la dictature hitlérienne,

<sup>35</sup> P. DUJARDIN, op. préc., p. 176

<sup>36</sup> P. DUJARDIN, op. préc., p. 175.

<sup>37</sup> C. SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, préc., p. 35. Pour lui, " Une démocratie peut être militariste ou pacifiste, absolutiste ou libérale, centraliste ou décentralisée, progressiste ou réactionnaire, et le tout peut être à son tour différent à diverses époques, sans cesser d'être démocratie " (ibid. p. 31).

<sup>38</sup> C. SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, préc., p. 111.

<sup>39</sup> C. SCHMITT, op. préc., p. 112.

libéralisme et démocratie sont fondamentalement opposés. " En tant que démocratie, la démocratie de masse moderne tente de réaliser une identité entre gouvernants et gouvernés et, dans cette entreprise, elle se heurte au Parlement (...). Si l'on prend au sérieux l'identité démocratique, nulle autre institution conforme à la Constitution ne pourra, en effet, sérieusement tenir face à la normativité exclusive de la volonté imprescriptible du peuple, exprimée d'une manière ou d'une autre " <sup>40</sup> Schmitt n'est en effet pas très exigeant sur les moyens d'expression de cette volonté unanime : " Face à une démocratie immédiate au sens non seulement technique mais encore vital, le parlement issu d'une logique de pensée libérale apparaît comme une machinerie artificielle, alors que des méthodes dictatoriales et césaristes peuvent non seulement être portées par l'*acclamatio* du peuple, mais encore être des expressions immédiates de la substance et de l'énergie démocratiques ". Telle est la vision qui conduit à la dictature d'un homme. Seul le Führer peut être le gardien de la Constitution - entendue comme l'accord unanime sur ce que doit être le régime -, puisqu'il incarne la volonté unanime du peuple, et puisque lui seul est en mesure de le défendre contre ses ennemis. Ainsi se voit-il reconnaître le pouvoir constituant, et devient-il lui-même souverain.

Chacun de ces systèmes excluant tout contre-pouvoir, puisque toute limitation du pouvoir est une atteinte à l'homogénéité du peuple, le contrôle de constitutionnalité des lois est conçu comme étant fondamentalement incompatible avec ce type de " démocraties ".

Les horreurs des cinquante dernières années, avec le fascisme durant la seconde guerre mondiale en Europe et aujourd'hui avec les dictatures d'extrême droite des pays en voie de développement (ou de sous-développement), avec le marxisme jusqu'à présent dans les pays de l'Est, et avec les régimes intégristes qui se développent actuellement, suffisent à démontrer que toute conception de la " démocratie " selon laquelle la souveraineté du peuple doit s'incarner dans un seul pouvoir, que ce soit un homme, un parti, ou un Dieu (représenté par une caste religieuse), conduit nécessairement à la confiscation des droits du peuple et aux pires atrocités. Devant la faillite de ces systèmes unanimistes, dans lesquels l'individu se dissout dans la société en perdant toute spécificité, on en revient à remettre en cause la conception extensive de la démocratie qu'avait prônée Burdeau, et qui permettait de qualifier comme tel tout régime qui se prétendait tel. On en revient ainsi à la conception du XVIII<sup>e</sup> siècle, dans laquelle, aux termes de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, " Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ". Mais, après avoir réalisé que la structure mécanique des institutions ne suffisait pas à garantir la

---

<sup>40</sup> C. SCHMITT, préc. p. 114.

Constitution ainsi définie, c'est aussi dans le contrôle de constitutionnalité des actes des gouvernants que l'on va rechercher la garantie d'un Etat de droit démocratique.

Dès lors, l'Etat de droit et le contrôle de constitutionnalité qui le rend effectif, ne sont plus conçus comme étant incompatibles avec la démocratie, mais au contraire comme devant permettre la garantie de la démocratie<sup>41</sup>. Or cette conception-là de la démocratie n'est pas, ne peut pas être totalitariste. Elle est fondamentalement pluraliste en ce que, non seulement elle admet, mais surtout elle impose le respect d'opinions et de convictions diverses. Fondamentalement, c'est donc la question des rapports entre l'individu et la société qui commande l'adoption ou le refus de l'Etat de droit. Ainsi, la légitimité du contrôle de constitutionnalité passe par " une sorte de réconciliation du libéralisme et de la démocratie ou plutôt d'une réinvention de la démocratie telle qu'elle mettrait fin aux traditionnelles antinomies des sources et des limites de la souveraineté "<sup>42</sup>. Pour Jacques Julliard, " A travers le Conseil constitutionnel, nous sommes en train de vivre une sorte de grande mutation dans nos conceptions de la démocratie. (...) Nous sommes en train de passer de la démocratie selon Rousseau à une démocratie selon Montesquieu, non pas le Montesquieu de la séparation des pouvoirs, mais celui de l'équilibre des pouvoirs, du système où le pouvoir arrête le pouvoir. En d'autres termes, nous sommes en train de passer d'une conception philosophique à une conception sociologique du pouvoir " <sup>43</sup>. Deux systèmes s'opposent. L'un est basé sur l'abolition des différences. L'autre sur le respect des différences. Le premier exige un pouvoir illimité pour imposer la disparition de tous les singularismes. Le second exige la division du pouvoir pour assurer le respect de la pluralité des idées et des intérêts.

---

<sup>41</sup> Cf. C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, 1928, rééd. Economica, PUAM, 1986. Sur l'Etat de Droit, B. BARRET-KRIEGEL, *Rapport au Président de la République*, D.F., 1985; et la critique de cet ouvrage par L. FAVOREU, qui constate que non seulement les auteurs de ce rapport n'accordent pas une place importante au Conseil constitutionnel, mais encore qu'ils le présentent comme un ennemi de l'Etat de droit (L. FAVOREU, *Le Conseil constitutionnel et la cohabitation*, D.F., regards sur l'actualité, n° 135, nov. 1987, p. 3 et s.). D'autres auteurs soulignent également que la croyance en l'Etat de droit peut conduire à donner au juge le pouvoir de créer le droit, ce qui est contraire à la logique de l'Etat de droit : cf. W. LEISNER, *L'Etat de droit, une contradiction ?* Mél. EISENMANN, Cujas, Paris, 1977, p. 65-79, et D. ROUSSEAU, pour qui " Au principe (...) de l'Etat de Droit se trouve l'idée que tous les pouvoirs publics, u compris la Justice - judiciaire, administrative ou constitutionnelle - sont tenus, limités dans leur action par les normes, soumis au Droit; (...) Toute la construction doctrinale de l'Etat de droit repose donc sur le normativisme, sur la double foi en la clarté évidente et la certitude signifiante de la norme ". Or, si l'on admet avec Michel TROPER qu'interpréter la loi c'est la refaire, alors tout l'édifice s'écroule, l'Etat de droit n'est plus un Etat soumis à la norme, mais un Etat soumis au " bon plaisir " de neuf personnes non élues (D. ROUSSEAU, *De l'Etat de droit à l'Etat politique*, dans D. COLAS, préc., p. 195-196). M. FROMONT souligne les difficultés qu'il y a à concilier contrôle de constitutionnalité et démocratie, dans *République Fédérale d'Allemagne, L'Etat de Droit*, RDP 1984, p. 1203-1226.

<sup>42</sup> E. PISIER, (sous forme interrogative), *Léon DUGUIT et le contrôle de constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes*, Mél. DUVERGER, PUF, 1987, p. 189-201.

<sup>43</sup> J. JULLIARD, *Le rôle du Conseil constitutionnel, un problème technique devenu un problème politique*, Communication au Colloque *Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges ?*, préc., p. 33.

Sont-ils conciliables ? Le système le plus satisfaisant serait probablement celui dans lequel la volonté de la majorité peut devenir effective, mais dans le respect des droits fondamentaux, et en particulier de ceux de la minorité.

b) De la conception pluraliste de la démocratie au pouvoir modérateur

264 " Si l'on réduit la définition de la démocratie à l'application de la volonté du peuple, alors le nazisme et le stalinisme sont des formes de démocratie. (Mais il est impossible de s'arrêter à cette définition : ce que veut le peuple ou ce que veulent les élus du peuple épuise la démocratie. Justement pas. La démocratie, c'est aussi le respect des libertés essentielles sans lesquelles les individus ne sont plus libres, sans lesquelles le peuple ne peut plus être libre, sans lesquelles le peuple ne peut plus former son opinion, ne peut plus choisir ses gouvernants, ne peut plus respecter autrui "44. Seul un Etat de droit, à savoir un régime dans lequel les règles de droit s'imposent à tous, gouvernants et gouvernés, peut garantir le respect de ces libertés. " La doctrine de l'Etat de Droit qui semblait confinée à l'enseignement des facultés de droit et encore de manière technique se trouve tout d'un coup ramenée sur le devant de la scène publique sous la forme d'une doctrine permettant de penser non seulement le passé mais aussi le présent de notre société. (...) Aussi, dans le désarroi des valeurs que les mutations actuelles précipitent, la doctrine de l'Etat de Droit apparaît moins comme un retour passéiste que comme la redécouverte de fondements incontournables qui redonnent, par leur simplicité et leur autorité, un sens à la vie sociale "45. " *L'Etat de Droit, c'est l'anti-Léviathan* . (...) Il ramène les juristes à une situation de combat - ici pour les libertés - que semblait avoir déconsidérée une attitude strictement positiviste et neutraliste de la science juridique "46. Malgré la ferveur dont fait aujourd'hui l'objet l'Etat de droit, dont la très grande majorité de la doctrine considère qu'il ne peut être atteint que par l'intervention du juge constitutionnel, il faut reconnaître que le contrôle de constitutionnalité des actes des gouvernants n'est compatible avec le respect de la démocratie que s'il ne paralyse pas toute action politique, et s'il existe toujours une possibilité, pour le peuple, d'imposer sa volonté souveraine. Le système le plus satisfaisant dans une conception pluraliste de la démocratie est donc celui qui permet l'expression de la volonté de la majorité, tout en garantissant les droits subjectifs, et en particulier de ceux des minorités. Or, on peut considérer avec le Doyen Favoreu qu'à

44 O. DUHAMEL, intervention au débat Sommes-nous entrain de changer de Constitution, sur France-Culture à l'automne 1986.

45 M. MIAILLE, Le retour de l'Etat de Droit, le débat en France, dans D. COLAS (dir.) L'Etat de droit, préc., p. 215-216.

46 M. MIAILLE, art. préc., p. 219 (souligné par nous).

l'occasion des deux alternances de 1981 et de 1986, le Conseil constitutionnel a joué le rôle d'un pouvoir modérateur en n'empêchant pas les réformes souhaitées par les nouvelles majorités, mais les a seulement tempérées en les soumettant aux exigences constitutionnelles. Ici encore, son action est très comparable à celle du Conseil d'Etat, dont le Doyen Vedel démontre comment il a assuré la continuité, la stabilité du droit administratif malgré la discontinuité du droit constitutionnel, en défendant " avec vigueur et avec audace les " bases constitutionnelles " du droit administratif en limitant et, au besoin, en niant les effets des textes qui les auraient mises en péril; (...) il a donné des dispositions constitutionnelles intéressant le droit administratif une interprétation modérant les innovations " 47. Il y a donc un risque que ce pouvoir modérateur ne devienne un pouvoir conservateur. Néanmoins, pour le Conseil d'Etat comme pour le Conseil constitutionnel, il faut observer que le juge a freiné les évolutions, mais ne les a pas paralysées pour autant, " un avion peut être stable, même s'il trace la plus rapide des routes "48.

On retrouve ici l'idée si chère à Benjamin Constant, d'un pouvoir neutre capable d'imposer le respect de la Constitution. Nous avons pu constater que si le général de Gaulle avait peut-être été inspiré par cette conception, sa pratique s'en était très vite écartée<sup>49</sup>. Par essence, le pouvoir modérateur ainsi conçu se doit d'être impartial. Il faudrait donc que le Chef de l'Etat soit réellement " au dessus des partis " pour être en mesure de remplir cette fonction. Le discours de M. Mitterrand durant la cohabitation, et dans une large mesure depuis 1988, semblait s'inspirer de cette conception de sa fonction, bien qu'il restât trop partisan pour prétendre être objectif<sup>50</sup>. Sous la Ve République, le Conseil constitutionnel dispose seul d'une neutralité suffisante - pour l'instant - pour être en mesure de jouer ce rôle de " modérateur ". Néanmoins, comme à propos de la mission de gardien de la Constitution, on pourrait peut-être envisager une distinction entre un pouvoir modérateur politique - qui relèverait du Président de la République et s'exercerait par les seuls pouvoirs qui lui sont conférés par la Constitution -, et un pouvoir modérateur d'ordre plus juridique, qui relèverait de la seule compétence du Conseil constitutionnel<sup>51</sup>.

47 G. VEDEL, *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge*, Mél. WALINE, LGDJ, 1974, p. 777-793, reproduit dans *Pages de Doctrine*, LGDJ 1980, t. II, p. 203 à 217 (ici p. 205).

48 G. VEDEL, art. préc., p. 204.

49 Cf. supra, n° 38 à 41.

50 Cf. supra, n° 38 à 41.

51 L. FAVOREU évoque la fonction arbitrale du Conseil, considérant qu'il ne peut y avoir qu'un seul arbitre, le Conseil constitutionnel (*La politique saisie par le droit*, préc., p. 112 à 115). Comme nous l'avons fait plus haut, nous considérons qu'il convient de distinguer entre l'arbitrage politique, rôle qui ne peut être nié au Président en vertu de l'article 5, et l'intervention du Conseil dans les rapports entre les pouvoirs publics pour donner une interprétation authentique du texte (et non pour " compter les points ").

Mais le problème majeur qu'a révélé la Cohabitation est justement que le pouvoir présidentiel ne semble pas suffisamment modéré, puisqu'il échappe largement au contrôle du Conseil constitutionnel. Or, " on ne peut raisonnablement affirmer que l'Etat de droit est pleinement réalisé en France et admettre en même temps que l'un des gouvernants échappe au respect de la règle de droit assuré par le juge " <sup>52</sup>. Il faut en effet admettre avec Duguit que " la force obligatoire des décisions juridictionnelles à l'égard de l'Etat est (...) une conséquence logique et simple de la conception de *l'Etat de droit* : l'Etat est lié par le droit objectif et le droit subjectif, quand, au cas de violation ou de contestation, ils sont constatés et sanctionnés par les agents auxquels la loi a donné expressément compétence à cet effet " <sup>53</sup>. Il est donc indispensable que les actes de gouvernement du Président de la République et du Premier ministre soient soumis au contrôle du Conseil constitutionnel pour que l'Etat de droit existe véritablement dans le pays de la déclaration de 1789, deux siècles après sa proclamation. L'autorité présidentielle n'en serait pas atteinte, puisque seuls les abus de pouvoir présidentiels seraient ainsi empêchés. Or, " il ne serait pas plus choquant de voir le Conseil constitutionnel désavouer le Président de la République que de le voir désavouer l'Assemblée nationale, élue comme lui au suffrage universel. L'Etat de droit exige que tous les pouvoirs publics respectent la Constitution, y compris ceux qui ont la qualité de représentants de l'Etat " <sup>54</sup>.

Loin d'opérer un transfert de souveraineté entre le Président de la République et le Conseil constitutionnel puisque ni l'un ni l'autre ne sont souverains, l'extension de la compétence du Conseil aux actes de gouvernement serait une garantie indispensable - même si elle n'est pas suffisante - de la souveraineté du peuple. Le pouvoir modérateur confié à ce juge permettrait enfin l'avènement d'un véritable Etat de droit, indispensable à la démocratie pluraliste. Cette réforme n'a donc rien d'une idée saugrenue ou antidémocratique (du moins si l'on admet une conception pluraliste de la démocratie et si le pouvoir du juge n'est pas illimité). Mais encore faudrait-il que cette réforme ait quelque chance d'être adoptée, pour qu'il puisse être intéressant d'en envisager les modalités.

---

<sup>52</sup> L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit, préc.*, p. 116.

<sup>53</sup> DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tome II, 1928, p. 689.

<sup>54</sup> M. DUVERGER, *Le système politique français*, PUF, 1986, p. 638.

## B EVALUER LES PROBABILITES D'ADOPTION DE CETTE REFORME

Pour que le Conseil constitutionnel se voie reconnaître une compétence générale d'interprétation de la Constitution, encore faudrait-il qu'il existe une volonté politique d'agir en ce sens ( 1 ), et qu'il soit techniquement possible d'opérer cette réforme, soit par une extension " spontanée " de la jurisprudence constitutionnelle, soit par une révision de la Constitution ( 2 ).

### 1 ) Qui peut vouloir cette révision ?

Si l'on ne renonce pas à la démocratie, on admettra que c'est au peuple qu'il devrait appartenir de prendre une telle décision. Est-ce vraiment son souci premier à l'heure actuelle ? Certainement pas ( a ). La doctrine doit-elle pour autant renoncer à essayer de le convaincre, baisser les bras ? ( b ). En fait, l'éventualité d'une telle réforme dépend essentiellement de la volonté de la classe politique. Mais, pour que les hommes politiques, représentants du législatif ou de l'exécutif, membres de la majorité ou de l'opposition, veuillent procéder à cette révision, encore faut-il qu'elle ne soit pas incompatible avec leur intérêts. Or le fait que des amendements aient été déposés en ce sens il y a quelques mois nous montre qu'il ne s'agit pas là d'une hypothèse d'école ( c ).

#### a ) *Quid* de la volonté du peuple ?

265 En l'absence de sondages sur cette question, il est difficile de savoir ce que les citoyens penseraient d'une telle réforme. L'expérience commune de l'enseignant et du citoyen montre que les français sont généralement très surpris lorsqu'ils apprennent que certains des actes les plus importants du Chef de l'Etat ou du Chef du Gouvernement échappent à tout contrôle juridictionnel. Pour eux, il paraît



évident que le Président de la République, tout comme le Parlement, est contrôlé par le Conseil constitutionnel. Mais on ne peut évidemment pas supputer une quelconque volonté du peuple à travers ces simples observations. Les citoyens auraient-ils intérêt à ce que cette réforme soit adoptée ? Oui, sans doute, mais à condition qu'ils acceptent l'interprétation littérale de la Constitution que le Conseil sera très probablement conduit à adopter s'il ne veut pas en donner une interprétation fluctuante des règles constitutionnelles, et s'il veut garantir la stabilité des institutions en cas de nouvelle cohabitation. L'image que les français ont des institutions est et sera encore influencée par la pratique, qui demeure beaucoup plus conforme à la Constitution qu'avant 1986, ce qui renforce la légitimité des institutions. Elle sera aussi déterminée par le discours des médias, qui peuvent appeler la doctrine à s'exprimer à titre d'expert, et par les discours des hommes politiques.

#### b) L'analyse de la doctrine

**266** Depuis près de trente ans, certains des plus éminents constitutionnalistes ont montré que l'absence de contrôle de constitutionnalité des actes de gouvernement était injustifiée et comportait de graves inconvénients<sup>55</sup>. Georges Vedel<sup>56</sup>, François Goguel<sup>57</sup>, Louis Favoreu<sup>58</sup>, Léo Hamon<sup>59</sup>, Gérard Conac<sup>60</sup>, François Luchaire<sup>61</sup>

<sup>55</sup> Sur les critiques doctrinales du pouvoir d'interprétation que se sont arrogés les présidents, cf. infra.

<sup>56</sup> G. VEDEL, intervention au débat Les institutions politiques de la France, AFSP, entretiens du samedi, n° 1, fév. 1964, p. 6; Le Doyen Vedel nous a confirmé, lors d'une discussion à l'occasion du colloque 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, le 3 mars 1989, qu'il est toujours favorable à cette extension des compétences du Conseil constitutionnel pour qu'il puisse contrôler les actes du Chef de l'Etat.

<sup>57</sup> F. GOGUEL, intervention au débat de l'AFSP 1964, préc., l'auteur y rappelle qu'il a défendu cette position dès 1962 (p. 14).

<sup>58</sup> L. FAVOREU démontre dans sa thèse, *Le déni de justice en droit public français*, LGDJ 1964, que l'absence de contrôle des actes de gouvernement constitue un déni de justice non pas du fait de la nature de ces actes, mais par défaut de juge reconnu compétent. Il estime que le contrôle de ces actes devrait relever de la compétence du Conseil constitutionnel (p. 217 à 269), cf. infra. Aujourd'hui, le Doyen Favoreu est toujours très favorable à cette extension dont la nécessité a été nettement démontrée par la cohabitation, cf. *La politique saisie par le Droit*, préc., p. 111 et s.

<sup>59</sup> Intervention au débat préc. de l'AFSP, 1964, p. 33.

<sup>60</sup> G. CONAC, commentaire de l'article 5 de la Constitution, dans *La Constitution de la République française*. Dans la seconde édition, il considérera beaucoup plus réservé (cf. infra).

<sup>61</sup> O. DUHAMEL rapporte que " François Luchaire plaidait, au colloque de l'Association française des constitutionnalistes tenu le 31 janvier 1986, pour que la compétence du Conseil constitutionnel soit étendue et qu'il se charge d'interpréter les dispositions de la Constitution posant problème si le Président de la République le saisit à cette fin. " (*Perspectives constitutionnelles pour l'après-mars 1986*, Projet, 1986, p. 18.); cf. aussi G. CONAC et F. LUCHAIRE, *La Constitution de la République française*, (ed. 1987, et *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, 1989, p. 152 et s., où G. Conac explique pourquoi il ne partage pas cette position de F. LUCHAIRE.

Olivier Duhamel<sup>62</sup>, Philippe Ardant<sup>63</sup>, Maurice Duverger<sup>64</sup>, Guillaume Bacot<sup>65</sup> qui, pourtant, n'ont pas tous la même sensibilité, ni la même conception des institutions - certains adoptant une démarche normativiste, et d'autres optant pour une conception mécaniste et stratégique -, ont tous montré l'intérêt d'une telle réforme<sup>66</sup>. Notons cependant que Gérard Conac explique que ses idées ont évolué sur ce point, puisqu'il s'est montré, depuis 1981 et durant la cohabitation, beaucoup plus réservé sur cette solution qu'il ne l'était auparavant, allant jusqu'à considérer qu'elle pourrait être " très périlleuse et inadaptée " <sup>67</sup>. Il redoute en effet qu'elle ne nuise à l'efficacité de la fonction gouvernementale - mais nous verrons qu'il est des moyens de remédier à ce risque - et qu'elle n'ait l'inconvénient de " juridictionnaliser des relations qui doivent conserver, en fonction des rapports de force, une grande souplesse " <sup>68</sup>. Mais nous pensons avoir démontré que la pratique des institutions pouvait demeurer suffisamment souple dans le respect de la Constitution, et qu'il n'était donc pas nécessaire d'en faciliter les violations. Enfin, on peut être surpris par le silence d'autres auteurs sur ce point. Peut-être tient-il à leur conception de la démocratie. Mais lorsque ces constitutionnalistes admettent l'intérêt du contrôle de constitutionnalité sur le Parlement, on comprend mal pourquoi ils ignorent aussi superbement ce problème<sup>69</sup>. La réponse à cette question se trouve peut-être dans leur souci d'avoir une attitude scientifique, donc purement descriptive et non prescriptive. Ou peut-être ces auteurs considéraient-ils que cette extension était inconcevable dans un régime où, en pratique, le Président était tellement puissant, et où la violation des textes semblait généralement admise. Mais c'est justement cette sur-puissance et cette méconnaissance de la Constitution qui ont poussé certains des plus illustres représentants de la doctrine à proposer l'extension des compétences du Conseil constitutionnel sur les actes de Gouvernement.

---

<sup>62</sup> O. DUHAMEL, semble approuver la suggestion faite par F. LUCHAIRE, dans O. DUHAMEL, Perspectives constitutionnelles pour l'après-mars 1986, Projet, 1986, p. 18; surtout, il se prononce nettement en ce sens dans son intervention au débat Sommes-nous entrain de changer de Constitution, J. JUILLARD, France-Culture, automne 1986 (cf. infra).

<sup>63</sup> P. ARDANT, L'article 5 et la fonction présidentielle, Pouvoirs n° 41, 1987, p. 52 (cf. infra).

<sup>64</sup> M. DUVERGER, dans Le système politique français, PUF, 1986 (cité supra n° 264).

<sup>65</sup> G. BACOT, La signature des ordonnances, R.A. sept-oct. 1986, p. 454.

<sup>66</sup> Et cela, même si l'intensité de leur conviction en ce système, et les modalités qu'ils suggèrent sont variables. Mais ces distinctions sont difficiles à établir car, à l'exception du Doyen Favoreu, aucun de ces auteurs n'a, à notre connaissance, développé largement cette question.

<sup>67</sup> Cf. son commentaire de l'articles 5 de la Constitution, dans La Constitution de la Ve République, ed. 1978, 1981, 1987, et Le droit constitutionnel de la cohabitation, 1989, p. 153 et s. Cf. infra. Citation extraite de la 2e ed. , 1981, pp. 245 à 247).

<sup>68</sup> Cf. infra, les modalités de la réforme.

<sup>69</sup> Ce silence peut surprendre lorsque les auteurs font une analyse générale du Contrôle de constitutionnalité en France, lorsqu'ils suggèrent des réformes, ou lorsqu'ils étudient plus spécialement les rapports entre les pouvoirs publics.

Dès 1961, le Doyen Vedel avait ouvert la voie<sup>70</sup>. " Certains conflits sont de nature juridique. Faisons-les résoudre juridiquement. Le jeu actuel n'est pas un jeu loyal, il consiste à confier un certain nombre de conflits juridiques, ceux qui peuvent brimer les députés ou les sénateurs, au Conseil Constitutionnel, et tous les autres, ceux qui pourraient gêner le gouvernement, au Président de la République. Or, l'interprétation d'une Constitution ne dépend pas de la pensée du Président, le Président (...) " ce n'est pas le Bon Dieu ". Il peut se tromper comme tout le monde et son prestige ne sera pas atteint si un Conseil Constitutionnel lui révèle que son interprétation n'est pas la bonne " <sup>71</sup>. François Goguel admettait avec lui, dès 1962, que " la charge de veiller au respect de la Constitution doit être retirée à un Président de la République qui n'est plus un arbitre, elle doit être donnée au Conseil Constitutionnel qui exercerait ainsi un véritable contrôle juridictionnel, à la fois sur le Président et sur les Chambres " <sup>72</sup>. Le Doyen Favoreu allait démontrer par des développements très approfondis que l'inexistence d'un contrôle de constitutionnalité des actes de gouvernement était totalement injustifiable juridiquement...sinon par l'absence d'intervention du Conseil constitutionnel, qui devrait se voir reconnaître cette compétence<sup>73</sup>. Après qu'en 1978, Gérard Conac ait considéré qu'il faudrait réviser la Constitution pour combler cette lacune, ce problème parut tomber un peu dans l'oubli.

C'est à l'heure de la cohabitation qu'il a resurgi avec une vigueur jamais atteinte auparavant. Il semble en effet que, jusque là, les juristes se soient " consolés " de n'être point entendus en considérant que la responsabilité politique du Chef de l'Etat compensait peut-être partiellement l'immunité juridictionnelle de ses actes de gouvernement. Durant la coexistence, l'absence de responsabilité politique du Président montre, plus que jamais, combien l'absence de contrôle de constitutionnalité de ses actes de gouvernement est choquante<sup>74</sup>. Le Doyen Favoreu observe que " par ses initiatives, le chef de l'Etat s'est en quelque sorte " découvert " en période de cohabitation : son irresponsabilité totale peu sensible en période normale, prend ici un relief tout particulier car elle n'est pas masquée par la responsabilité du Premier ministre. Il apparaît qu'il sera difficile désormais d'admettre que le chef de l'Etat agisse sans encourir de responsabilité et sans qu'il y ait contrôle de ses actes : soit il agit de

<sup>70</sup> G. VEDEL se montre favorable à une extension des compétences du Conseil constitutionnel pour qu'il puisse contrôler les actes du Chef de l'Etat dès cette époque : cf. *L'inexpérience constitutionnelle de la France*, La Nef, avril-juin 1961, p. 5-14, reproduit dans *Pages de doctrine*, LLGDJ 1980, tome I, p. 436.

<sup>71</sup> G. VEDEL, intervention au débat *Les institutions politiques de la France*, AFSP, entretiens du samedi, n° 1, fév. 1964., p. 6.

<sup>72</sup> F. GOGUEL, intervention au débat préc. de l'AFSP, 1964, p. 14. Sur les modalités du contrôle préconisé par cet auteur, cf. infra.

<sup>73</sup> L. FAVOREU, Thèse préc. cf. infra une analyse plus approfondie.

<sup>74</sup> Sur la question de la responsabilité présidentielle dans son rapport avec l'absence de contrôle de ses actes, et selon la conjoncture politique, cf. infra.

concert avec le Premier ministre et c'est celui-ci qui encourt la responsabilité; soit il agit seul et il doit y avoir responsabilité ou contrôle. Tôt ou tard, le Président de la République sera soumis à un contrôle du juge constitutionnel car c'est dans la logique du développement de l'Etat de droit " 75. En effet, il est inadmissible que le Président de la République puisse méconnaître l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel 76. L'immunité dont bénéficient ses actes de gouvernement déséquilibre le système et empêche le Conseil d'être un véritable arbitre 77. Philippe Ardant réagit avec la même vigueur face aux excès de pouvoir présidentiels dans l'interprétation de l'article 5 78. Guillaume Bacot, lui aussi, montre comment la cohabitation a souligné les carences de notre Constitution sur ce point, par exemple en matière d'ordonnances. Il rappelle que ce problème n'est pas nouveau, et qu'il s'est déjà posé pour la convocation du Parlement en session extraordinaire, pour l'engagement de la responsabilité du gouvernement ou pour la révision de la Constitution par le biais de l'article 11... " Face à ces errements, la seule solution serait d'élargir les compétences du Conseil constitutionnel. Cela ne signifie pas nécessairement que serait accru l'arbitraire, que certains trouvent bon de lui reprocher par les temps qui courent; car rien n'interdit de définir aussi ses modalités de fonctionnement. Mais celui-ci pourrait devenir ainsi, comme dans d'autres pays, ce véritable juge de droit commun en matière constitutionnelle, que nous fait encore défaut " 79. Olivier Duhamel observe également que l'on " arrive dans une période où tous les actes fondamentaux peuvent être contrôlés, sauf ceux du Président de la République. Là, il y a un premier problème, et il y a peut-être une extension de la saisine du Conseil constitutionnel à prévoir là-dessus (...)"80.

Devant un tel constat, les hommes politiques vont-ils réagir ?

### c) Les réactions de la classe politique

**267** Ce n'est pas tout à fait en vain que la doctrine a démontré, tout particulièrement durant la cohabitation, qu'il était nécessaire d'étendre les compétences du Conseil constitutionnel pour interpréter la Constitution. Ses avertissements ont été entendus. Des amendements ont été déposés, et discutés à l'Assemblée nationale au

---

75 L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, préc., p. 98-99.

76 Cf. *infra*.

77 L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, préc., p. 115 et s.

78 P. ARDANT, *l'article 5 et la fonction présidentielle*, préc., cf. *infra*.

79 G. BACOT, *La signature des ordonnances*, préc., p. 454.

80 O. DUHAMEL, *Débat préc. Sommes-nous entrain de changer de Constitution ?*. IL pense que cette compétence pourrait au moins être étendue au contrôle des articles 11 et 16 (cf. *infra*, les modalités du contrôle).

printemps 1990, à l'occasion du débat sur l'adoption d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. Ainsi, M.M. Millon et Mazeaud ont proposé que l'on puisse demander au Conseil constitutionnel de vérifier la conformité à la Constitution des actes du Président de la République non soumis au contrôle du Conseil d'Etat<sup>81</sup>. L'influence de la cohabitation sur ces propositions apparaît lorsque les députés y font référence, soulignant par exemple qu'un tel mécanisme aurait permis d'apporter une solution au problème de la signature des ordonnances<sup>82</sup>. Selon leurs auteurs, "ces amendements sont très importants car ils démontrent la volonté de notre assemblée de bien vouloir renforcer le contrôle de l'exécutif par le judiciaire"<sup>83</sup>. Répondant aux arguments de la majorité, selon lesquels l'équilibre des institutions serait remis en cause par cette révision, M. Toubon semble se faire l'écho de la doctrine : " A l'occasion de cette réforme, nous n'allons pas créer un problème de déséquilibre entre les pouvoirs. Mais nous allons devoir nous poser la question suivante avec encore plus d'acuité : faut-il que le Président de la République puisse agir dans des domaines aussi importants que ceux qu'a cités M. Millon - le décret de dissolution de l'Assemblée, décret organisant un référendum de l'article 11, convocation du Parlement en session extraordinaire, promulgation des lois, recours à l'article 16, ratification des engagements internationaux, signature des ordonnances ? Peut-on en fait et, surtout, en droit, laisser encore le Président de la République justifier ses actes en disant : en vertu de l'article 5, je suis l'arbitre et le gardien des institutions, je dis les tables de la Constitution tout seul et nul ne peut me contredire dans notre système institutionnel ? "<sup>84</sup>. Ce député estime que cette révision de l'article 61 devrait être envisagée dans le cadre d'une réflexion plus générale sur la place du chef de l'Etat dans les institutions, et que c'est aux citoyens qu'il appartient de se prononcer sur ce point. " S'ils pensent que plus de démocratie implique que (le chef de l'Etat) soit contrôlé, alors qu'il ne l'est pas actuellement, il faut aboutir, à la suite de ce débat, à des dispositions plus largement opérantes que celles " de ces amendements<sup>85</sup>.

Pour tenter de convaincre la majorité présidentielle, les auteurs de ces amendements ne manquent pas d'invoquer les suggestions faites en ce sens par M. Mitterrand<sup>86</sup>. Longtemps dénoncé comme n'étant que " le chien de garde de l'exécutif ", le Conseil constitutionnel était encore considéré par M. Mitterrand en 1981 comme " l'instrument politique du pouvoir exécutif. Rien de moins. Rien de plus " <sup>87</sup>. A la fin

<sup>81</sup> J.O. Ass. Nat., séance du 25 avril 1990, p. 692 et s. Sur le contenu précis de ces amendements et sur les débats, cf. infra, les modalités du contrôle.

<sup>82</sup> J.O. Ass. Nat. 25 avril 1990, p. 693, C. Millon.

<sup>83</sup> C. MILLON, idem, p. 693.

<sup>84</sup> J. TOUBON, J.O. Ass. Nat. 25 avril 1990, p. 694.

<sup>85</sup> J. TOUBON, idem, p. 694.

<sup>86</sup> Idem, p. 693.

<sup>87</sup> F. MITTERRAND, cité dans *Le Quotidien de Paris*, 30 oct. 1981, cité par E. PISIER, Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois, paradoxes pour paradoxes, Mélanges DUVERGER, PUF, 1987, p. 198.

de la cohabitation, le Président de la République envisage l'extension des compétences du Conseil pour se prononcer à priori sur la conformité d'un éventuel référendum de l'article 11 à la Constitution, pour le cas où le champ de ce référendum serait étendu<sup>88</sup>. Pourtant, ses intérêts ne semblent pas aller dans ce sens. On a rarement vu un homme politique mettre en oeuvre une limitation de ses propres pouvoirs. Le Gouvernement et la majorité présidentielle - via la commission parlementaire - rejettent d'ailleurs très vite les amendements de l'opposition, par des arguments défectueux sur le plan juridique<sup>89</sup>.

M. Sapin, président de la commission, rapporteur, affirme en premier lieu qu'il ne serait pas " *légitime* " de soumettre au Conseil constitutionnel certains actes du Chef de l'Etat, " ou alors, ce serait une *modification très considérable des pouvoirs attribués au Président* de la République par la Constitution de 1958 "<sup>90</sup>. Or, nous avons démontré que seuls les excès de pouvoir présidentiels qui se sont imposés en pratique et non en droit pourraient être limités par un tel contrôle<sup>91</sup>. Il considère en second lieu que certains actes de gouvernement sont des " *actes négatifs* ", qui ne pourraient donc pas être contrôlés. Il qualifie le refus de signer une ordonnance d'acte négatif, " car il *n'existe pas* "<sup>92</sup>. Les administrativistes ne manqueront pas de sourire, puisque, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, les actes considérés comme " *inexistants* " sont ceux dont l'illégalité est tellement manifeste, tellement monstrueuse, qu'ils sont regardés comme ne pouvant même pas accéder à la vie juridique !<sup>93</sup> Il ne semble pas qu'il était dans l'intention de M. Sapin de qualifier ainsi le refus présidentiel de signer les ordonnances. On ne voit pas pourquoi il serait juridiquement impossible, par principe, d'attaquer des actes de refus, des actes négatifs, puisque le Conseil d'Etat admet les recours contre les décisions négatives aussi bien que contre les décisions positives (il a rejeté l'objection selon laquelle l'annulation d'une décision négative pourrait être

<sup>88</sup> F. MITTERRAND, Sur les institutions, entretien avec O. DUHAMEL, Pouvoirs n° 45, 1988, p. 138.

<sup>89</sup> Le Garde des sceaux estime que ces actes ne peuvent pas, par " nature " être soumis à un contrôle juridictionnel. (idem, p. 694). Or nous constaterons que cet argument est juridiquement indémontrable. De plus, M. Sapin, président de la commission, rapporteur, considère que ce serait " une modification très considérable des pouvoirs attribués au Président de la République par la Constitution ". Mais nous avons démontré que ce contrôle n'atteindrait nullement les pouvoirs constitutionnels du président, mais les seulement les " *surpouvoirs* " que les présidents de la Ve République ont pu s'arroger en pratique. Donc l'argument ne tient pas, sauf si l'on donne de la " Constitution " une définition particulièrement souple et gaullienne, dont nous avons démontré tous les inconvénients. Enfin, M. Sapin affirme que le refus de signer une ordonnance est un " *acte négatif*, car il n'existe pas ".

<sup>90</sup> Idem, p. 693.

<sup>91</sup> Sur les modalités de ce contrôle, cf. infra.

<sup>92</sup> Idem, p. 693.

<sup>93</sup> Et cela, depuis le début du siècle : C.E. 10 janv. 1908, Legouez. Cf. G. VEDEL, Droit administratif, PUF, ou J.M. AUBY et R. DRAGO, Traité de contentieux administratif, LGDJ, 3e ed. t. II, n° 1098. (ces derniers auteurs parlant d'actes " *inopérants* ").

assimilée à une injonction d'avoir à accomplir l'acte refusé)<sup>94</sup>. Notons que dans certains cas, le refus d'agir opposé par l'administration peut même entraîner sa responsabilité<sup>95</sup>. Ainsi, l'acte contesté peut être aussi bien positif que négatif, l'essentiel est qu'il fasse grief, or on peut considérer que le refus de signer une ordonnance est susceptible de faire grief<sup>96</sup>. En disant que l'acte n'existait pas, M. Sapin évoquait peut-être l'existence matérielle de l'acte, puisqu'il mettait les défenseurs des amendements au défi de trouver une solution à ce problème : " Quel acte allez-vous déférer au Conseil constitutionnel s'il n'y a pas de signature du Président de la République. Il n'y a pas de document, il n'y a pas d'acte. C'est une non-décision, vous n'avez rien à soumettre au Conseil constitutionnel ! " <sup>97</sup>. Il s'agit encore d'une erreur, puisque le Conseil d'Etat admet depuis le début du siècle les recours contre les décisions verbales, pourvu que leur existence et leur contenu soient certains<sup>98</sup>. Or, les déclarations de M. Mitterrand signifiant on ne peut plus officiellement, et explicitement son refus, nul doute que " l'acte " , la décision préalable exigée pour tout recours pour excès de pouvoir existe bien. Il est donc faux de prétendre que le caractère " négatif " de certains actes de gouvernement les rendrait insusceptibles de contrôle juridictionnel. On notera enfin qu'il serait même concevable de prévoir que l'absence de réponse du Président à la demande qui pourrait lui être faite de signer une ordonnance par exemple, pourrait également être considérée, au bout d'un certain délai, comme une décision implicite de rejet, ou d'acceptation, à condition qu'un texte intervienne pour le préciser<sup>99</sup>. Les solutions du droit administratif ne seront pas nécessairement suivies en droit constitutionnel, mais il est probable que la jurisprudence du Conseil d'Etat influencera celle du Conseil constitutionnel, comme on a déjà pu le constater à plusieurs occasions, notamment lorsque la Cour a utilisé la notion d'erreur manifeste d'appréciation<sup>100</sup>.

<sup>94</sup> Cette solution est admise depuis longtemps, cf. par ex. V. Glélé, *Le recours contre une décision administrative négative*, A.J.D.A 1970, 18.; cf. A. De LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, t. I, n° 898.

<sup>95</sup> C.E. 23 octobre 1958, Doublet.

<sup>96</sup> Cf. infra, les modalités de contrôle. En droit administratif, il est fréquent que des décisions négatives fassent grief, par exemple un refus d'accorder un permis de construire, ou un permis de chasse, ou le refus d'exercer des poursuites par exemple pour occupation sans titre du domaine public : C.E., 6 fév. 1981, Comité de défense de la forêt de Fouesnans, rec., p. 64, J.C.P. 1981. II.19698, note J.F. DAVIGNON. Cf. J.M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 3e ed., t. II, n° 1094.

<sup>97</sup> *Idem*, p. 693.

<sup>98</sup> Voir par ex. C.E. 8 juil. 1900, Bruant, rec., p. 565; 9 janv. 1931, abbé Cadel, S. 1931.III.41, note BONNARD (cf. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. préc.*, n° 1092).

<sup>99</sup> En droit administratif, un recours est possible contre un acte implicite, décision implicite de rejet ou d'acceptation d'une demande, mais il faut qu'un texte indique à quelles conditions le silence de l'administration est assimilé à une telle décision (cf. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. préc.*, t.i, n° 1092, les auteurs renvoient à la Thèse de J. LAVESSIERE, *Le silence de l'administration*, Bordeaux, 1979.

<sup>100</sup> Sur cette notion, cf. L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1990; B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, STH, 1988, D.

Quand au Garde des Sceaux, il considérait que c'est la " *nature* " même des actes de gouvernement qui paraît exiger qu'ils échappent, comme c'est le cas actuellement, à tout contrôle juridictionnel <sup>101</sup>. Or nous verrons avec le Doyen Favoreu que le critère du mobile politique pour exclure ces actes du contrôle du Conseil d'Etat a été abandonné depuis des années, et que ce n'est pas la nature de ces actes, mais l'inexistence d'une compétence du Conseil constitutionnel en cette matière qui explique l'immunité de ces actes<sup>102</sup>. Enfin, il estime lui aussi que ces amendements remettraient en cause la fonction présidentielle, alors que " le Gouvernement n'entend nullement, quant à lui, s'engager dans cette voie à l'occasion d'une réforme qui n'a en aucune façon pour objet de modifier l'équilibre des pouvoirs publics " <sup>103</sup>.

Quelques temps plus tard, la question de la signature des ordonnances sera à nouveau évoquée, les députés écartant les propositions des Sénateurs visant à contraindre le Président de la République à signer les ordonnances prises par le gouvernement au titre de l'article 38 <sup>104</sup>. N'est-ce pas la preuve de l'incertitude dans laquelle nous sommes actuellement pour l'interprétation de la Constitution ?

L'analyse de ces débats suffit à montrer que l'opposition a intérêt à cette extension des compétences du Conseil constitutionnel, tandis que le Président de la République et le parti qui le soutient y sont hostiles. Cela paraît être l'évidence même. Mais il faut nuancer cette appréciation, d'abord dans le temps, ensuite au niveau des positions à l'intérieur des partis ou des coalitions, et enfin en prenant en compte la position du Parlement dans son ensemble par rapport à celle du Gouvernement et du Président. Au niveau de *l'évolution des intérêts dans le temps*, on aurait pu concevoir que le Parti socialiste se prononce en faveur de ces amendements, car il seraient une garantie au cas où la droite reviendrait au pouvoir. C'est, notamment, dans cette optique, que M. Giscard d'Estaing avait organisé l'extension du contrôle de la saisine du Conseil constitutionnel en 1974. M. Mitterrand n'a-t-il d'ailleurs pas toujours considéré que ce régime était dangereux parce qu'il favorisait les abus de pouvoir

---

ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1990, p. 127 et s. ; L. HABIB, La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, RDP 1986, p. 695. Sur les rapports entre Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat, cf. Les actes du Colloque des 21 et 22 janv. au Sénat, LGDJ Montchrestien, et en particulier L. FAVOREU, Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ? (p. 145 à 190), où l'auteur montre que l'ordre juridique encore fragmenté est en voie d'unification; P. DELVOLVE, Le contrôle de l'opportunité existe-t-il ? (p. 269 à 312, p. 286 et s. sur l'erreur manifeste d'appréciation), et F. MODERNE, Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'Etat, p. 313 à 380.

<sup>101</sup> J.O. Ass. Nat., préc. p. 694

<sup>102</sup> Cf. L. FAVOREU, préc., cf. infra, les modalités concevables du nouveau contrôle.

<sup>103</sup> Ass. Nat. 2e séance 25 avril 1990, p. 694.

<sup>104</sup> Cf. Le Monde 21 juin 1990.



présidentiel ? Il aurait donc été possible qu'il cherche un moyen de les réduire, sinon pour lui-même, du moins pour ses successeurs. Il n'est donc pas exclu qu'il envisage à nouveau la question lorsqu'il sera plus proche du terme de son mandat. En ce qui concerne les *positions à l'intérieur des partis ou des coalitions*, l'intervention de M. Toubon, montre que le problème de fond est de savoir si les Français sont d'accord pour que la Constitution de 1958 soit respectée à la lettre, ou s'ils préfèrent laisser les institutions en l'Etat dans l'espoir que la pratique s'écartera à nouveau du texte, comme avant 1986, ou bien encore s'ils veulent changer de régime pour tenter de garantir la primauté présidentielle. Or les partis semblent divisés sur ce point. Enfin, il faut considérer la *position des parlementaires en tant que tels face au Gouvernement et au Président*. L'analyse de l'évolution de la Ve République nous a permis de constater que tous les abus du pouvoir présidentiels s'étaient exercés au détriment du Parlement et avaient contribué à sa déchéance. L'exemple le plus flagrant est évidemment le refus de convocation du Parlement en session extraordinaire. Mais il en va de même pour la plupart des actes de gouvernement. Le refus d'engagement de la responsabilité du Gouvernement (dont la cohabitation a montré qu'il dépend juridiquement du Premier ministre, mais dont la pratique antérieure montre qu'en dehors de cette hypothèse, elle dépend en fait du chef de l'Etat), réduit le pouvoir de contrôle de l'Assemblée. Si le Président refuse à l'Assemblée de mettre en jeu la responsabilité du Gouvernement, c'est encore elle qui assiste à la restriction de ses droits. Si le Président de la République dissolvait deux fois l'Assemblée en moins d'un an, c'est toujours elle qui serait atteinte. Il en serait de même s'il refusait de promulguer une loi. Ce sont l'Assemblée nationale et le Sénat dont les droits sont encore restreints et les droits bafoués lorsque le Président révisé la Constitution par l'article 11. Dans tous les cas de figure (sauf peut-être pour le refus de signature des ordonnances qui, sur ce point, est discutable), il est très clair que les excès de pouvoir du Président de la République ou du Premier ministre conduisent à une réduction des pouvoirs du Parlement. Si la discipline de vote à l'intérieur des partis s'affaiblissait, et si les parlementaires réalisaient que les intérêts de leur partis ne doivent pas nécessairement primer sur ceux des institutions, il serait imaginable qu'ils prônent une telle révision constitutionnelle.

L'adoption de la réforme permettant le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception a été paralysée par les luttes partisans, alors même qu'elle semblait recueillir un très large consensus<sup>105</sup>. On peut donc être très pessimiste pour l'avenir d'une révision qui consisterait à permettre le contrôle de la constitutionnalité des actes de gouvernement dans la mesure où le Président de la République, son gouvernement et sa majorité viennent de s'y montrer hostiles. Mais, pour autant, cette révision ne

---

<sup>105</sup> Cf. C. CASTANO, L'exception d'inconstitutionnalité : la contrainte du droit, la force du politique, rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990, et les nombreux articles du Monde, notamment L'entretien de R. BADINTER, le 3 mars 1989; et Le Monde 26 et 29 mars 1990, et 21 juin 1990.

devient pas inconcevable, à plus long terme, ou selon d'autres modalités que celles qui paraissent évidentes.

## 2 ) La procédure d'adoption de la réforme

On peut concevoir qu'une extension des compétences du Conseil constitutionnel pour connaître des actes de gouvernement se fasse " spontanément ", c'est-à-dire sans révision constitutionnelle formelle, simplement par la progression de la jurisprudence ( a ). Néanmoins, cette évolution serait probablement assez lente, et surtout, elle ne serait pas conforme à la Constitution, et paraîtrait peu démocratique, puisque le Conseil pourrait s'arroger les pouvoirs que la loi fondamentale lui refuse. Il serait donc beaucoup plus souhaitable que cette réforme soit faite par une révision de la Constitution, conformément aux dispositions de l'article 89. Dans le cadre de cette procédure, on peut envisager cette réforme même si le Président de la République ne la souhaite pas ( b ).

### a ) Vers une évolution spontanée de la jurisprudence ?

268 Puisque le Conseil constitutionnel semble suivre la voie du Conseil d'Etat, l'extension du contrôle de constitutionnalité étant au XXe siècle ce que celle du contrôle de légalité fut au XIXe, il n'est pas exclu qu'à l'image des juridictions administratives, la Cour constitutionnelle étende progressivement son contrôle au-delà des compétences qui lui sont reconnues par le texte de la Constitution. Sans doute s'est-il refusé à le faire à plusieurs reprises, soulignant qu'il disposait seulement d'une compétence d'attribution <sup>106</sup>. Mais la plupart des commentateurs soulignent avec Louis Favoreu le caractère inéluctable de l'extension du contrôle de constitutionnalité. Constatant que le Président de la République est la seule autorité de l'Etat dont certains actes ne sont pas soumis au contrôle du juge, il estime que " cette anomalie disparaîtra par la logique des choses ", comme nous le montrent les enseignements du droit comparé <sup>107</sup>. On ne saurait nier que ce mouvement est possible, puisqu'il est déjà amorcé. Dans la décision Delmas, du 11 juin 1981, le Conseil constitutionnel a *contrôlé*

<sup>106</sup> Cf. infra.

<sup>107</sup> L. FAVOREU, communication à la conférence-séminaire sur Les leçons de la cohabitation, Fondation pour la démocratie, Ass. Nat, 6 nov. 1986.

*directement la constitutionnalité d'un décret* portant convocation des électeurs. Dans cette affaire, M. Delmas n'avait aucun des titres requis par les textes pour saisir le Conseil. " En fait, il semble que c'est en tant que requérant malheureux devant le Conseil d'Etat que le conseil constitutionnel a accepté d'examiner sa requête " <sup>108</sup>. *Le Conseil a donc admis qu'il pouvait être saisi en dehors des modalités prévues*. Dès lors, on peut se demander si cette décision " ne remet pas purement et simplement en cause le principe selon lequel le Conseil ne statue que dans les cas et suivant les modalités prévus par la Constitution " <sup>109</sup>. Dès sa décision du 130 DC du 30 octobre 1981, le Conseil a *commencé à examiner la régularité de la convocation d'une session extraordinaire* <sup>110</sup>. Maurice Duverger observe également que " le Conseil a fait un pas qui mérite d'être signalé vers le contrôle des pouvoirs du chef de l'Etat " lorsque, dans sa décision du 23 août 1985, il " s'est déclaré compétent pour *examiner le droit du Président de renvoyer un texte en seconde lecture*, estimant que celle-ci pouvait servir à corriger une disposition du texte jugée inconstitutionnelle par une première décision du Conseil " <sup>111</sup>. Selon Louis Favoreu, dans cette affaire, " l'examen du décret du Président de la République était rendu nécessaire par la logique même du contrôle de constitutionnalité de la loi votée sur deuxième délibération : en effet, on ne pouvait admettre l'incontestabilité de la loi au motif que le décret qui la rendait possible était incontrôlable " (...) " Le Conseil constitutionnel a ainsi indirectement mais certainement, exercé un contrôle d'un décret du Président de la République " <sup>112</sup>. Dans cette même décision, rendue à la veille de la cohabitation, le Conseil a tenu à souligner l'exigence du contreseing : rappelant que l'exercice de la prérogative conférée au chef de l'Etat par l'article 10 de la Constitution " n'est soumise à aucune condition autre que celles résultant de ce texte, et en ce qui concerne le contreseing, de l'article 19 de la Constitution " (14e considérant). De surcroît, le Conseil profite de cette occasion pour souligner que la promulgation de la loi par le Président ne lui donne aucun autre pouvoir que celui d'un notaire. Car, s'il lui est " loisible " de demander au Parlement une nouvelle délibération, par la promulgation, le Président " *atteste que la loi a été régulièrement délibérée et votée* " <sup>113</sup>. L'emploi de cette formule montre clairement que le Président ne saurait en aucun cas se soumettre à l'obligation de promulguer la loi régulièrement adoptée, puisqu'il ne participe pas à son élaboration mais peut seulement " attester " qu'elle a été régulièrement formée. Si le Président avait eu la faculté de ne pas promulguer la loi, le Conseil aurait employé une formule du type " le Président

<sup>108</sup> L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 4e ed., n° 13, p. 155.

<sup>109</sup> GDCC, préc., p. 155.

<sup>110</sup> L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, préc., p. 115.

<sup>111</sup> M. DUVERGER, *Bréviaire de la Cohabitation*, PUF, 1986, p. 58.

<sup>112</sup> L. FAVOREU et L. PHILIP, GDCC, préc., n° 42, p. 689.

<sup>113</sup> CC, 23 août 1985, 15e considérant (L. FAVOREU et L. PHILIP, préc., 4e ed. n° 42, p. 682); cf. supra, n° 90-91.

décide de promulguer ", ou " il peut promulguer ". La question de savoir si le Président pourrait se soustraire à l'obligation de promulguer la loi - question qui a été soulevée lors des débats parlementaires précités <sup>114</sup>- est ainsi tranchée par le Conseil . Cette compétence est liée, le Président ne pouvant refuser de promulguer une loi que si elle n'a pas été régulièrement adoptée ou votée. Son pouvoir de décision (sous réserve de contreseing) se situe au niveau de la demande de nouvelle délibération, et non pas au niveau de la promulgation<sup>115</sup>.

Durant la cohabitation, le Conseil n'a pas pu empêcher le Président de la République d'imposer son interprétation de la Constitution et de s'arroger des droits de veto très contestables, il n'a pas eu à statuer sur les rapports entre le Président de la République et le Premier ministre. Il est donc clair qu'il ne dispose pas encore d'un pouvoir de contrôle direct sur les actes de gouvernement. Néanmoins, il a pu intervenir indirectement dans certains cas, par exemple lorsqu'il s'est prononcé sur la constitutionnalité des lois d'habilitation, et a considéré que la procédure des ordonnances n'était pas exclue. Pourtant, le Président de la République a motivé ses décisions de refus par le fait que seul le Parlement pouvait se prononcer en ces matières, méprisant ainsi l'autorité de la chose jugée, alors même que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à lui comme à tous les autres pouvoirs publics<sup>116</sup>.

La mesure dans laquelle le Conseil constitutionnel continuera à étendre son contrôle sur les actes de gouvernement dépendra de nombreux facteurs, d'ordre stratégique autant que d'ordre juridique. Mais, directement ou indirectement, à court terme ou à moyen terme, le Conseil constitutionnel sera amené à se prononcer sur les actes de gouvernement, comme il a commencé à le faire. " Dès lors - conclut le Doyen Favoreu - il n'est pas exclu que, même à défaut de révision constitutionnelle, le juge constitutionnel n'assure progressivement le contrôle des actes du Président de la République, ce qui en ferait alors un véritable arbitre, à l'instar des cours constitutionnelles allemande et italienne " <sup>117</sup>. Mais il demeure que la voie la plus démocratique pour l'extension des compétences du Conseil serait la révision formelle de la Constitution.

---

<sup>114</sup> Cf. J.O. Ass. Nat. 2e séance, 25 avril 1990, p. 694, J. TOUBON.

<sup>115</sup> Cf. supra, n° 90-91.

<sup>116</sup> Cf. L. FAVOREU, La politique saisie par le droit, et Le droit constitutionnel jurisprudentiel, RDP 1986, p. 395-495; et supra.

<sup>117</sup> L. FAVOREU, La politique saisie par le Droit, , préc., p. 115.

b) Une révision de la Constitution est concevable, avec ou sans l'accord du Président de la République.

269 Si l'on veut étendre les compétences du Conseil constitutionnel pour qu'il dispose d'une compétence générale d'interprétation de la Constitution, ou, plus simplement, pour qu'il contrôle les actes de gouvernement, il faut réviser la Constitution. Une loi organique ne saurait suffire, puisque les compétences du Conseil sont énumérées par les articles 58 à 61 de la Constitution. Par contre, cette révision du texte de la Constitution conduira très probablement à modifier en outre l'ordonnance modifiée du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. En effet, aux termes de l'article 63 de la Constitution, " une loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, la procédure qui est suivie devant lui, et notamment les délais ouverts pour le saisir de contestations. L'adoption de cette loi organique ne devrait pas poser de problème majeur<sup>118</sup>. On sait que toutes les lois organiques sont nécessairement soumises au contrôle du Conseil (art. 61). Or, s'il s'agit d'augmenter ses compétences, on ne voit pas de raisons à ce que le Conseil tente de bloquer cette loi organique (mais nous verrons qu'il pourrait en aller différemment pour une révision tendant à réduire ses pouvoirs <sup>119</sup>).

La révision du texte de la Constitution par le biais de l'article 11 doit être écartée parce que ce serait une violation manifeste de la Constitution (même si elle n'était pas inédite)<sup>120</sup>. De plus, elle paraît improbable car le Président de la République dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour recourir ou non à l'article 11, dès lors que la proposition requise lui a régulièrement été faite. Il pourrait donc bloquer toute proposition en ce sens. Il est vrai qu'il pourrait lui-même souhaiter ce référendum, par exemple en fin de mandat, pour renforcer sa popularité et/ou limiter pour l'avenir les pouvoirs de son successeur. Mais cette auto-limitation du Président resterait tout de même très surprenante.

La seule procédure conforme à la Constitution serait le recours à l'article 89. Maurice Duverger considère que " grâce à la jurisprudence établie par les Présidents Pompidou et Valéry Giscard d'Estaing, il n'y a pas de révision constitutionnelle sans que le Président l'accepte : il est libre d'attendre pour donner au référendum ou au Congrès, la révision " <sup>121</sup>. Sans doute M; Duverger s'est-il laissé emporter

<sup>118</sup> Du moins par rapport à l'adoption de la révision constitutionnelle elle-même.

<sup>119</sup> Cf. infra.

<sup>120</sup> Cf. supra, n° 94-95.

<sup>121</sup> M. DUVERGER, intervention au colloque *Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges ?*, Ass. Nat. 16 oct. 1986, préc., p. 11

l'expression orale de sa pensée pour parler de " jurisprudence " des présidents de la République. Il est bien évident que seules des juridictions peuvent avoir une jurisprudence. Mais ce qui n'est certainement qu'un lapsus, est révélateur. On ne saurait tolérer que la violation - fût-elle répétée - de la Constitution conduise à sa révision <sup>122</sup>. Mais cela prouve une nouvelle fois qu'en pratique, sinon en droit, le Président peut, contrairement à la Constitution, décider de soumettre directement au peuple la révision de la Constitution, puisqu'aucune autorité ne peut l'en empêcher. En réalité, nous avons pu constater que l'article 89 de la Constitution permet aux assemblées, alliées au peuple, d'imposer au chef de l'Etat une révision de la Constitution à laquelle il serait hostile<sup>123</sup>. Cette procédure pourrait donc être employée pour étendre le contrôle de constitutionnalité aux actes de Gouvernement.

Même si elle reste peu probable dans la conjoncture actuelle, l'extension des compétences du Conseil constitutionnel sur les actes de gouvernement n'est pas inconcevable, que ce soit sur le plan théorique, politique, juridique ou technique. Dans une optique prospective, il peut donc être intéressant de voir quelles conséquences elle pourrait avoir sur l'effectivité de la Constitution, et sur les équilibres du régime et du système qui la déterminent. Nous serons ainsi amenés à constater que, non seulement cette réforme n'est pas inimaginable, mais aussi qu'elle est souhaitable.

---

<sup>122</sup> cf. Supra n° 195-196, sur la notion de coutume constitutionnelle.

<sup>123</sup> Cf. supra, n° 94.

## II UNE EXTENSION NECESSAIRE

Observant durant la cohabitation que l'écart entre le comportement des Présidents de la Ve République et leur rôle constitutionnel est tel que l'entreprise qui consiste à tenter de retrouver le second donne parfois le sentiment paradoxal d'un exercice de droit constitutionnel fonction ", Philippe Ardant conclut qu'il est temps de s'interroger ." Est-il normal que le Président soit si peu astreint au respect de la Constitution que de telles déviations soient possibles ? L'absence de tout contrôle juridique direct sur les actes du Président est-il encore défendable alors, en particulier, que le Conseil constitutionnel assure un contrôle toujours plus poussé sur les décisions des élus de la nation siégeant au Parlement ? Un déséquilibre se crée entre un législatif contraint au respect du droit et un président agissant à sa guise " <sup>1</sup>. Si les français choisissent de conserver la Constitution de la Ve République, même en l'amendant sur certains points, il paraît nécessaire de renforcer son effectivité, pour que l'organisation des pouvoirs publics soit définie par le texte qu'ils ont approuvé, et non par les gouvernants eux-mêmes, au gré des circonstances. On a trop souvent tendance à considérer que la répartition des pouvoirs entre les organes de l'Etat dépend des conventions établies entre les hommes ou les partis; oubliant que les citoyens, dans une démocratie, ont intérêt non seulement à ce que leurs droits et libertés soient respectés, mais aussi à ce que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics soit garanti conformément aux règles qu'ils ont adoptées<sup>2</sup>. Or l'exemple des démocraties dans lesquelles la Cour constitutionnelle dispose du pouvoir de préciser le sens de la Constitution en cas de conflit entre les pouvoirs publics nous montre que les institutions ne sont pas paralysées par leur soumission aux règles constitutionnelles, pas plus que l'administration française n'est réduite à l'impuissance par le contrôle des

---

<sup>1</sup> P. ARDANT L'article 5 et la fonction présidentielle, *Pouvoirs* n° 41, 1987, p. 52.

<sup>2</sup> En ce sens, cf. P. DABEZIES, Intervention à la table ronde sur le Bilan d'un septennat, RPP sept-oct. 1985, préc., p. 61.

tribunaux administratifs. Dans une mesure et selon des modalités variables, les Cours constitutionnelles italienne, allemande, espagnole, autrichienne, yougoslave, et la Cour suprême des Etats-Unis, par exemple, se sont vu reconnaître des compétences bien plus importantes que le Conseil constitutionnel pour imposer le respect de la Constitution à tous les pouvoirs publics, y compris le chef de l'Etat et le Premier ministre<sup>3</sup>. Sous la Ve République, nous avons pu observer que le manque de cohérence de la Constitution venait essentiellement du déséquilibre existant à l'intérieur de sa structure normative, et entre la structure normative et la structure mécanique, du fait de l'absence de contrôle de constitutionnalité de certains actes du chef de l'Etat. L'extension des compétences du Conseil constitutionnel pour contrôler les actes de Gouvernement permettrait probablement de rétablir l'équilibre des institutions ( A ), dont on sait qu'il influe directement sur l'effectivité de la Constitution ( B ).

## A RETABLIR L'EQUILIBRE DES INSTITUTIONS

Dans la situation actuelle, il existe un déséquilibre aussi bien entre les autorités investies des fonctions législative, exécutive et juridictionnelle ( 1 ) qu'entre le pouvoir majoritaire et le pouvoir d'opposition ( 2 ). Or, l'extension des compétences du Conseil constitutionnel sur les actes de Gouvernement favoriserait un nouvel équilibre qui devrait permettre à chaque pouvoir de contraindre l'autre au respect de la Constitution.

---

<sup>3</sup> Cf. infra.



## 1) Vers l'équilibre des fonctions législative, exécutive, et juridictionnelle ?

Obsédés, sans doute, par la hantise de l'omnipotence parlementaire sous les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques, les rédacteurs de la Constitution de 1958 se sont souciés de contraindre les actes des parlementaires au Conseil constitutionnel, et n'ont pas réalisé qu'ils établissaient un nouveau déséquilibre des institutions au profit, cette fois, du Président de la République. Il est vrai que ce déséquilibre a été nettement renforcé par la révision de 1962. Or l'élection présidentielle au suffrage universel, justement parce qu'elle renforce la légitimité présidentielle, et donc la marge de manoeuvre potentielle du Président par rapport à la Constitution, rend encore plus nécessaire le contrôle des actes de celui qui se prétend l'interprète de la Constitution, et dont l'action n'est contrôlée par le peuple que tous les sept ans. Durant des années, M. Mitterrand a dénoncé le risque que comportait, pour la démocratie, l'institution d'un Président dont les actes les plus importants ne sont soumis à aucun contrôle. " Je ne crois pas qu'on puisse concilier, en France pas plus que dans n'importe quel pays latin, l'attribution à un homme de pouvoirs considérables et la garantie sérieuse des institutions et des libertés publiques - déclarait-il en 1961. Je crois au risque fatal d'un glissement vers l'autoritarisme en raison des passions trop vives qui n'épargneront ni l'exécutif - entre autres la passion du pouvoir - ni la masse des citoyens trop souvent versatile, exigeante, revendicatrice. Je ne vois pas comment l'équilibre pourrait être maintenu. Voyez ce qui est advenu en moins de trois années de la Constitution de la Ve République " <sup>4</sup>. Le fonctionnement des institutions depuis 1958 nous a montré qu'il existe en pratique - et non selon la lettre de la Constitution - un déséquilibre flagrant des pouvoirs au profit du Président de la République, même en période de cohabitation ( a ). Or, sauf à modifier fondamentalement notre Constitution, seul le contrôle de la constitutionnalité des actes de gouvernement pourrait mettre fin à ces excès de pouvoirs, et limiter le risque de déviation du régime vers un système autoritaire ( b ).

a ) Un déséquilibre des pouvoirs au profit du Président de la République.

**270** En dehors des périodes de cohabitation, le Président de la République disposant d'une majorité soumise - même si elle n'est que relative - et d'un Premier

---

<sup>4</sup> F. MITTERRAND, débat avec M. DUVERGER, *l'Express*, 1er juin 1961, à propos de l'instauration d'un régime présidentiel en France, reproduit dans M<sup>é</sup>l. DUVERGER, PUF 1987, p. 171.

ministre qui dépend en fait largement de lui, le chef de l'Etat peut violer la Constitution avec une très grande liberté. Le Conseil constitutionnel intervient, certes, pour empêcher la promulgation des lois inconstitutionnelles. Certains auteurs ont d'ailleurs considéré que, dans ce contexte politique, c'était en fait le Président de la République qui était sanctionné par le Conseil constitutionnel, puisque les lois émanaient en réalité du Président<sup>5</sup>. Sans doute, mais il faut rappeler que cette vision des choses n'est possible que si l'on méprise totalement la Constitution, selon laquelle l'initiative des lois appartient aux Parlementaires et au Gouvernement, et non pas au chef de l'Etat. En fait, " sans contrôle de la constitutionnalité des lois, sans un organe qui vient perturber le jeu, finalement, surtout dans les phases habituelles de la Ve, lorsque le Président, le Gouvernement, et la majorité de l'Assemblée sont d'accord, ils peuvent faire tout et n'importe quoi, parce qu'on a un bel organigramme d'un Président qui gouverne et dirige (...) et cet organigramme permet tout " <sup>6</sup>. Le contrôle de constitutionnalité des lois vient limiter le pouvoir législatif et, indirectement, le pouvoir gouvernemental. Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics<sup>7</sup> se fait ainsi le protecteur du Parlement contre le Gouvernement <sup>8</sup>. Ainsi est-il amené à garantir l'équilibre des pouvoirs publics<sup>9</sup>. Mais le Président de la République, lui, n'est limité par aucun pouvoir.

En période de coexistence, les pouvoirs présidentiels sont très sérieusement limités, mais le déséquilibre des pouvoirs persiste en ce que le chef de l'Etat peut ralentir, voire bloquer l'activité du Gouvernement et du Parlement en s'arrogeant des droits de veto et en menaçant les autres pouvoirs de saisir le Conseil constitutionnel; tandis que, de leur côté, les parlementaires et le Gouvernement doivent choisir entre se soumettre à la violation de la Constitution par le Président de la République, et le fait de déclencher une crise politique. Dans une autre hypothèse de cohabitation, on peut concevoir que le Président aille plus loin encore pour bloquer l'action du Gouvernement responsable devant le Parlement, puisqu'il pourrait exercer sept droits de veto <sup>10</sup>. Le déséquilibre est plus flagrant que jamais entre un Parlement sous

<sup>5</sup> En ce sens, J.C. COLLIARD, intervention à la table-ronde " Bilan du septennat ", préc., RPP p. 63, et P. GABORIT, *ibid.*, p. 66.

<sup>6</sup> O. DUHAMEL, *Participation au débat Sommes-nous entrain de changer de Constitution*, J.JULLIARD, France-Culture, automne 1986.

<sup>7</sup> Cf. L. FAVOREU, *Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, RDP 1967, p. 5-120, où l'auteur souligne que la régulation de l'activité " politique " des pouvoirs publics est étrangère à la mission du Conseil, contrairement à ce qui se passe, par exemple, en Allemagne ou en Italie.

<sup>8</sup> Cf. L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, préc., p. 130.

<sup>9</sup> Cf. G. KNAUB, *Le Conseil constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'Etat*, RDP 1983, p. 1149-1168.

<sup>10</sup> L. FAVOREU recense 7 possibilités pour le Président, de freiner ou bloquer l'action de la majorité soutenant le Gouvernement : il pourrait " bloquer la voie constitutionnelle en s'abstenant de soumettre le projet voté par les chambres soit au Congrès soit au référendum; refuser de promulguer une loi organique ou une loi ordinaire; refuser de convoquer le Parlement en session extraordinaire lorsque le Gouvernement le

contrôle et un Président "sans contrôle" <sup>11</sup> De deux choses l'une. Soit on admet que la France est un Etat de droit, et alors tous les pouvoirs doivent être soumis au contrôle de constitutionnalité, y compris le Président de la République; soit on renonce à l'Etat de droit, et alors le Président devra être réduit à l'impuissance en se soumettant à la volonté de la majorité. Mais la situation actuelle, dans laquelle le Président peut s'arroger des droits de veto, et dans une large mesure, maintenir le Parlement et le Gouvernement sous tutelle, alors qu'ils viennent d'être désignés par le peuple pour conduire une politique contraire à la sienne, nous paraît tout à fait contraire aux principes démocratiques et aux principes de l'Etat de droit. Or, c'est ce déséquilibre des institutions qui va rendre possibles la plupart des violations de la Constitution, et ce, quel que soit le contexte politique.

b) Le Conseil constitutionnel, garant d'un nouvel équilibre ?

271 Face à l'extension des pouvoirs de "l'exécutif" observée un peu partout dans le monde, l'extension des compétences des Cours constitutionnelles pour limiter ce déséquilibre paraît de plus en plus nécessaire<sup>12</sup>. Sous la Ve République, alors que la plupart des parlementaires estiment que le Conseil constitutionnel limite leur pouvoir, ils semblent souvent oublier qu'il contribue aussi à garantir le respect de leurs prérogatives, par exemple en donnant une interprétation extensive du domaine de la loi, ou en s'opposant à un usage abusif du droit d'amendement<sup>13</sup>. Le contrôle de constitutionnalité des lois peut donc faciliter un rétablissement de l'équilibre des pouvoirs entre Parlement et Gouvernement. Mais il reste encore impuissant à faire respecter les droits du Parlement lorsque le Gouvernement n'engage pas sa responsabilité comme il devrait le faire aux termes de l'article 49 alinéa 1, ou lorsque le chef de l'Etat refuse de convoquer le Parlement en session extraordinaire alors que la demande lui en est régulièrement présentée, ou encore lorsqu'il freine ou paralyse l'action de la majorité en utilisant d'autres vetos inconstitutionnels. Si l'on admettait que le Conseil constitutionnel puisse donner une interprétation de la Constitution en cas

---

demande; ne pas organiser un référendum législatif sur proposition du Gouvernement; refuser de signer un décret délibéré en Conseil des ministres; et enfin refuser de signer une ordonnance " Dans La politique saisie par le droit, préc. , p. 97-98). On pourrait encore concevoir, s'il franchissait un pas supplémentaire dans l'inconstitutionnalité, que le Président de la République s'arroge directement tous les pouvoirs en mettant en oeuvre l'article 16 (cf. supra n° 71).

<sup>11</sup> L. FAVOREU, la politique saisie par le droit, préc., p. 117.

<sup>12</sup> Cf. M. DUVERGER, communication au Congrès Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges, préc., p. 10.

<sup>13</sup> Cf. Cf. DC 86-225 du 23 janvier 1987, Loi portant diverses mesures d'ordre social, où le Conseil a sanctionné " l'amendement Seguin ", reproduit et commenté dans L. FAVOREU, La politique saisie par le Droit, préc. ,p. 143-153.

de litiges, on éviterait probablement de tels abus. L'équilibre entre les pouvoirs publics serait ainsi rétabli, chacun d'eux étant en mesure d'imposer à l'autre le respect de la Constitution, et donc de ses propres prérogatives. Les droits du Parlement, et ceux du Gouvernement par rapport au Président de la République pourraient ainsi être garantis. En devenant effective, la Constitution de la Ve République trouverait probablement enfin la cohérence qui devrait être la sienne. Le Président de la République resterait suffisamment puissant pour exercer ses prérogatives constitutionnelles, puisqu'il disposerait toujours de pouvoirs importants et d'une forte légitimité, mais il ne pourrait plus prétendre être l'autorité suprême de l'Etat à laquelle sont assujettis tous les pouvoirs<sup>14</sup>. Son mode de désignation l'empêcherait probablement d'être un arbitre tout à fait neutre, mais, au moins, il ne serait plus à la fois juge et partie, sujet et interprète de la Constitution. Le Gouvernement et le Parlement pourraient enfin exiger le respect de leurs prérogatives constitutionnelles et n'être plus seulement les " godillots du Président ", mais de véritables pouvoirs. De plus, cette extension des compétences du Conseil permettrait un rééquilibrage entre pouvoir majoritaire et pouvoir d'opposition.

## 2 ) Vers l'équilibre entre pouvoir majoritaire et pouvoir d'opposition

La coexistence a révélé combien le déséquilibre était grand, non seulement entre les pouvoirs législatif exécutif et juridictionnel, mais aussi entre pouvoir majoritaire et pouvoir d'opposition<sup>15</sup>. Ce second déséquilibre se présente sous un jour nouveau dans ce cas de figure politique, car il y a " déséquilibre entre majorité et opposition dans la mesure où l'un des éléments de l'opposition - le Président - échappe à tout contrôle juridique et à toute responsabilité politique " <sup>16</sup>. Cette situation originale conduit regarder certains problèmes sous un jour nouveau. Qui peut remplir le rôle de garant des droits fondamentaux et de protecteur des droits de la minorité, mission indispensable dans toute démocratie pluraliste ? Est-ce le Président de la République, comme M. Mitterrand l'a affirmé durant la cohabitation ? Ou bien est-ce le Conseil constitutionnel ? Plutôt qu'une situation de concurrence, on pourrait ici imaginer, une nouvelle fois, des relations de complémentarité entre la fonction présidentielle, politique et s'exprimant de manière variable au gré de la conjoncture et de la personnalité du Président ( a ); et la fonction du Conseil constitutionnel, d'ordre juridique, et qui doit se caractériser par sa neutralité et sa stabilité ( b ).

<sup>14</sup> Cf. De GAULLE, conférence de presse du 31 janvier 1964, préc.

<sup>15</sup> Cf. supra, n° 34-35.

<sup>16</sup> L. FAVOREU, La politique saisie par le droit, préc., p. 117.

a ) Le Président de la République, protecteur des minorités ?

272 Durant la coexistence, le Président de la République s'est, à maintes reprises, présenté comme le défenseur des faibles, le protecteur des minorités<sup>17</sup>. M. Giscard d'Estaing, avant lui, n'avait-il pas prétendu être le garant des libertés fondamentales ? Il est vrai que, dans certains contextes politiques, et selon sa personnalité, le chef de l'Etat peut jouer ce rôle. En situation de coexistence, le chef de l'Etat aura généralement intérêt à critiquer la politique gouvernementale, et à se poser en défenseur de ces droits et libertés pour légitimer ces critiques. Ainsi, M. Mitterrand inventa-t-il, durant la coexistence, une " fonction tribunitienne " qui était, selon lui, justifiée par la mission d'arbitrage qui lui est reconnue à l'article 5 de la Constitution, ainsi que par la mission de " garant de la cohésion nationale " qu'il avait également créée pour les besoins de la cause. Pour remplir la mission d'arbitrage qui lui est confiée par la Constitution, nous avons vu que le Président dispose essentiellement de ses pouvoirs propres, parmi lesquels la faculté qui lui est offerte de saisir le Conseil constitutionnel d'une loi avant de la promulguer. Mais les autres autorités qui peuvent saisir le Conseil contribuent également à remplir cette mission. Les autres pouvoirs propres du Président qui pourraient être utilisés à cette fin restent, par essence d'un usage sinon exceptionnel, du moins très rare. En dehors du contexte de la coexistence, on n'a jamais vu le Président de la République, quel qu'il soit, être très critique à l'endroit de la politique gouvernementale, et se poser en défenseur des droits des faibles, opprimés par la majorité. Lorsqu'il est le chef de la majorité parlementaire, le Président peut être le premier à ignorer les droits fondamentaux et à méconnaître les droits des minorités. Dans ces conditions, il appert que l'on ne saurait confier une mission aussi importante que celle-ci à un pouvoir qui l'exercera d'une manière aussi irrégulière. Puisqu'il est impossible de maîtriser les " variables déterminantes " que sont le contexte politique et la situation personnelle des gouvernants<sup>18</sup>, il est par trop aléatoire de remettre cette mission exclusivement entre les mains du chef de l'Etat. On pourrait donc considérer que les pouvoirs propres du chef de l'Etat lui permettent de participer à cette mission, ainsi que les autres pouvoirs, mais qu'il n'en est pas le titulaire exclusif.

---

<sup>17</sup> Cf. supra, n° 111.

<sup>18</sup> Cf. supra, n° 221 et 218.

b) Le Conseil constitutionnel, garant des droits de la minorité.

273 En contrôlant la constitutionnalité des lois sur la requête des minorités, le Conseil constitutionnel est conduit à limiter les pouvoirs de la majorité parlementaire<sup>19</sup>. En effet, en remettant la faculté de saisir le Conseil à une minorité, la révision constitutionnelle de 1974 " a fait du contrôle une structure d'arbitrage généralisée et du Conseil le protecteur potentiel de toutes les minorités contre toutes les majorités " <sup>20</sup> Ainsi se fait-il le protecteur des droits de la minorité, et peut-il limiter les écarts possibles d'une majorité à l'autre <sup>21</sup>. François Luchaire<sup>22</sup> et Louis Favoreu <sup>23</sup> démontrent avec quelle stabilité le Conseil garantit les droits et libertés fondamentaux, malgré les alternances<sup>24</sup>, qu'il favorise en les modérant <sup>25</sup>. Pour Maurice Duverger on peut d'ailleurs observer une loi selon laquelle le Conseil constitutionnel est loué par l'opposition et vilipendé par la majorité<sup>26</sup>, loi qui s'est vérifiée durant l'été 1986. En même temps, précise le doyen Favoreu, durant la coexistence, chaque nouvelle majorité est plus limitée que la précédente. " Et cela parce qu'au fur et à mesure que s'exerce le contrôle du Conseil constitutionnel, la masse des dispositions constitutionnelles s'imposant au législateur et à la majorité gouvernementale grossit et la marge d'action de celle-ci diminue " <sup>27</sup>. Ce processus conduit en fait à une triple auto-limitation. Auto-limitation de la majorité, d'abord, qui va écrêter ses réformes pour les rendre

<sup>19</sup> Cf. G. KNAUB, art. préc., pour qui, du fait de l'absence de véritable séparation des pouvoirs entre législatif et exécutif, c'est dans le cadre des relations entre pouvoir majoritaire et pouvoir d'opposition que le Conseil constitutionnel est amené à garantir l'équilibre des pouvoirs. L'auteur souligne le caractère politique de cette forme de régulation des rapports entre les organes de l'Etat.

<sup>20</sup> J. BOULOUIS, Le Conseil constitutionnel, Défenseur de l'exécutif, Pouvoirs n° 13, réed. 1986, p. 39.

<sup>21</sup> Cf. L. HAMON, Les tables de la loi ne peuvent tout prévoir, Le Monde 19 août 1986; O. DUHAMEL, intervention au débat Sommes-nous entrain de changer de Constitution, préc.

<sup>22</sup> Cf. F. LUCHAIRE, La double confusion d'un vrai théologien. Les récentes décisions de la haute instance témoignent d'une remarquable continuité, Le Monde 19 août 1986.

<sup>23</sup> L. FAVOREU, La politique saisie par le droit, préc.

<sup>24</sup> Pour une approche critique, cf. D. LOSCHAK, Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? Pouvoirs n° 13, réed. 1986, p. 41 et s., où l'auteur souligne le caractère arbitraire du contrôle de constitutionnalité.

<sup>25</sup> G. KNAUB, art. préc., p. 1167 : " Le rôle nouveau de la haute instance a, de toute évidence, un contenu politique dans la mesure où son action vise à faire triompher des principes dont elle définit les contours exacts et qui sont la traduction d'un certain type de société libérale régie par un pouvoir modéré. Il a également une portée politique puisque le Conseil constitutionnel contribue de manière très générale à faciliter l'alternance au pouvoir ".

<sup>26</sup> M. DUVERGER, Communication au Congrès Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges, Ass. Nat. 16 oct. 1986, préc., p. 9.

<sup>27</sup> L. FAVOREU, Le rôle du Conseil constitutionnel dans l'alternance de 1986, Congrès Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges, préc., p. 21.

acceptables. Auto-limitation de l'opposition, ensuite, car elle réalise que l'inflation de la jurisprudence constitutionnelle l'enserrera dans un carcan plus étroit encore lorsqu'elle redeviendra majoritaire si elle saisit trop fréquemment le Conseil. Autolimitation du Conseil, enfin, car il doit respecter le pouvoir d'appréciation du législateur <sup>28</sup>.

Aussi longtemps qu'il ne pourra pas s'auto-saisir (et la transposition d'un système tel que celui de la Yougoslavie paraît difficilement concevable en France<sup>29</sup>), le Conseil constitutionnel ne pourra pas remplir seul la mission de garant des droits de la minorité qui découle directement du fait qu'il est le seul organe habilité par la Constitution à en délivrer l'interprétation. Il est indispensable que le Conseil soit saisi par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale ou du Sénat, ou par soixante députés ou sénateurs pour pouvoir garantir le respect de la Constitution. En dehors du contexte de la cohabitation, c'est par la saisine de soixante députés ou sénateurs que le Conseil constitutionnel est amené à limiter le pouvoir majoritaire en le contraignant au respect de la Constitution. En cas de coexistence, le Président de la République peut, lui aussi, faire figure de défenseur des droits de la minorité en saisissant le Conseil, même si M. Mitterrand n'a pas utilisé cette faculté entre 1986 et 1988 <sup>30</sup>. Tandis que le Président de la République n'intervient pour limiter le pouvoir majoritaire qu'en situation de cohabitation, le Conseil constitutionnel peut, sur la demande des autres pouvoirs, remplir cette mission en toute hypothèse. Par contre, il serait nécessaire qu'il puisse aussi limiter les abus potentiels du Président en contrôlant ses actes de gouvernement. Car tous les exemples de violation de la Constitution par le Président de la République montrent que ces abus n'ont été rendus possibles que par la soumission de la majorité au Président. Il serait donc nécessaire que, tout comme pour le contrôle de la constitutionnalité des lois, la minorité puisse saisir le Conseil constitutionnel des actes du chef de l'Etat ou du Premier ministre qui ne sont pas contrôlés par le Conseil d'Etat.

Dès lors que chaque organe et chaque pouvoir sera en mesure de saisir le Conseil constitutionnel pour interpréter la Constitution en cas de conflit, le déséquilibre des institutions devrait être nettement atténué, et l'effectivité de la Constitution renforcée. Créé pour être le "chien de garde de l'exécutif" <sup>31</sup>, le Conseil constitutionnel pourrait-il en devenir le censeur ? Sans aucun doute, si l'on reconnaît que les dispositions de la Constitution de 1958 s'expliquaient par la hantise du

<sup>28</sup> L. FAVOREU, *Le rôle du Conseil constitutionnel dans l'alternance de 1986*, préc., p. 28; et *La politique saisie par le droit*, p. 131-137.

<sup>29</sup> L'auto-saisine conduirait sans doute à un nouveau déséquilibre des pouvoirs au profit du Conseil constitutionnel. Sur les risques d'abus de pouvoir du Conseil, cf. *infra*.

<sup>30</sup> Cf. *supra*, n° 73, et C. BIGAUT, *La pratique parlementaire sous la cohabitation*, D. F. Regards sur l'actualité, n° 141, mai 1987, p. 17

<sup>31</sup> Cf. J. BOULOUIS, *Le Conseil constitutionnel, Défenseur de l'exécutif*, Pouvoirs n° 13, rééd. 1986, p. 33.

déséquilibre observé sous les IIIe et IVe Républiques<sup>32</sup>. Dès lors qu'un nouveau déséquilibre s'est instauré, au profit, cette fois du Président et de la majorité qui le soutient la plupart du temps, il est nécessaire de permettre au Conseil de limiter les abus de pouvoir qui peuvent en résulter. Mais ne peut-on redouter que l'attribution d'une compétence générale d'interprétation de la Constitution au Conseil ne crée, à son tour, un nouveau déséquilibre au profit de ce dernier ? On ne saurait l'exclure totalement. Néanmoins, il semble que, justement parce qu'il ne dispose pas d'une légitimité comparable à celle des pouvoirs publics dont il contrôle les actes, le Conseil constitutionnel soit contraint à limiter son action en garantissant l'effectivité de la Constitution, car sa légitimité serait remise en cause et réduite à néant s'il abusait de ses pouvoirs<sup>33</sup>. Ainsi apparaît-il clairement que la structure mécanique de la Constitution influe directement sur l'effectivité du texte, même quand elle est garantie dans une conception normativiste des institutions. L'extension des compétences du Conseil constitutionnel permettrait de renforcer la structure normative de la Constitution en garantissant son effectivité, mais l'efficacité de cette garantie dépend aussi de la structure mécanique des institutions.

## B RENFORCER L'EFFECTIVITE DE LA CONSTITUTION

" Qu'on y prenne bien garde, avertissait Tocqueville, un pouvoir électif qui n'est pas soumis à un pouvoir judiciaire échappe tôt ou tard à tout contrôle, ou est détruit. (...) L'extension du pouvoir judiciaire dans le monde politique doit donc être corrélative à l'extension du pouvoir électif. Si ces deux choses ne vont point ensemble, l'Etat finit par tomber en anarchie ou en servitude "<sup>34</sup>. Sous la Ve République, tous les pouvoirs sont soumis au contrôle du pouvoir sinon judiciaire, du moins juridictionnel. Seuls, certains actes du Président de la République et du Premier ministre sont

---

<sup>32</sup> Cf. F. GOGUEL, communication au Colloque Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges ? , préc., p. 13.

<sup>33</sup> Cf. infra.

<sup>34</sup> A. de TOCQUEVILLE, De la démocratie en Amérique, 1835, t. I, Ière partie, Chap. V, ed. Flammarion, 1981, p. 138.



soustraits à tout contrôle. Cette situation conduit à ce que les dirigeants du pouvoir exécutif puissent imposer leur interprétation de la Constitution, et en premier lieu de leurs propres pouvoirs. Or l'absence de contrôle de ces actes d'une part, est le premier facteur d'ineffectivité de la Constitution et constitue un véritable déni de justice ( 1 ). L'extension des compétences du Conseil constitutionnel pour qu'il puisse contrôler ces actes devrait permettre de renforcer l'effectivité de la Constitution, s'il est vrai que la légitimité du Conseil qui détermine ses pouvoirs dépend de la rigueur et de la prudence avec lesquelles il est contraint de remplir sa mission ( 2 ).

### **1) De l'interprétation de la Constitution par les gouvernants au déni de justice**

Que l'on estime, dans une optique formaliste, qu'il s'agit d'une situation de fait et non de droit, ou que l'on admette, dans une conception réaliste que c'est une situation de droit, on observe en fait qu'aujourd'hui, le Premier ministre, et surtout le Président de la République imposent leur interprétation de la Constitution aux autres pouvoirs publics, et déterminent eux-même le sens des dispositions constitutionnelles dont ils sont les premiers sujets. Or cette situation difficilement acceptable dans un Etat de droit démocratique est la cause de la plupart des violations importantes de la Constitution ( a ). Un tel déni de justice est d'autant plus regrettable qu'il ne se justifie nullement par la nature de ces actes, mais seulement par le fait que le Conseil constitutionnel n'a pas été reconnu compétent pour les contrôler ( b ).

#### **a ) L'inacceptable interprétation par les gouvernants.**

**274** Durant la cohabitation, le Président de la République a tenu à rappeler qu' " il faut que la France s'impose à elle-même les règles dont elle affirme qu'elles sont universelles : la séparation des pouvoirs, le contrôle de la constitutionnalité, l'adhésion à un système de valeurs, à une hiérarchie des normes juridiques, dont le respect commande l'évolution de la démocratie. Ce sont souvent des contraintes, surtout pour ceux qui ont en charge d'assurer la direction d'une société " <sup>35</sup>. En réalité, la pratique du général de Gaulle comme celle de ses successeurs (dans une mesure variable) a bien montré que le chef de l'Etat est, de tous les citoyens, celui qui peut

<sup>35</sup> F. MITTERRAND, à l'occasion d'un colloque, le 26 janv. 1987, *Le Monde* du 28, CCF Pouvoirs, n° 42, 1987, p. 173.

prendre le plus de libertés avec le droit, puisque certains de ses actes - les plus importants - sont soustraits à tout contrôle juridictionnel. Que l'on se place dans une optique politique, ou dans une optique juridique, il paraît tout-à-fait anormal que le Président de la République et le Premier ministre puissent imposer leur interprétation de la Constitution. Sur un plan politique, la structure mécanique des institutions ne garantit pas un équilibre suffisant des pouvoirs pour que chaque pouvoir puisse " arrêter " l'autre. Que l'on soit ou non dans une situation de cohabitation, leur responsabilité devant le peuple est actuellement insuffisante pour que l'on puisse écarter tout risque d'abus de leurs pouvoirs, comme la pratique des institutions l'a montré. On ne pourrait admettre que le chef de l'Etat puisse imposer son interprétation de la Constitution que si l'on se plaçait dans la conception Schmittienne du pouvoir présidentiel, dont on a pu constater qu'elle conduisait nécessairement à la dictature <sup>36</sup>. Peut-on considérer que le Président incarne la Nation au point de devenir souverain à la place du peuple, au point de confisquer son pouvoir constituant ? Qui, aujourd'hui, en France, accepterait une telle conception, à part quelques extrémistes ?

Sur le plan juridique, il faut souligner que seul le Conseil constitutionnel se voit reconnaître par la Constitution le pouvoir de l'interpréter, et que cette interprétation s'impose à tous les pouvoirs publics, quels qu'ils soient. Tous les Présidents de la Ve République ont affirmé qu'il leur appartenait d'interpréter la Constitution. Le général de Gaulle, le premier, ne tirait-il pas argument de sa qualité de fondateur des institutions pour prétendre les " façonner " <sup>37</sup> ? Après lui, Georges Pompidou et Valéry Giscard d'Estaing n'hésitèrent pas à rappeler qu'ils avaient une interprétation présidentialisée des institutions. Quant à François Mitterrand, il tint à préciser, à la veille de la cohabitation, que " le défaut de cette constitution est qu'elle laisse libre cours à plusieurs interprétations dans des matières importantes, qu'elle présente des failles, mais *c'est le Président qui tranche* " <sup>38</sup>. Durant la cohabitation, il a réussi à imposer son interprétation de la Constitution sur de nombreux points, et à légitimer ses interventions en affirmant qu'il lui appartenait de délivrer l'interprétation du texte <sup>39</sup>. Relatant avec quelle incroyable naïveté et ignorance de la Constitution certains articles de la presse dite sérieuse ont prétendu justifier la prééminence du Président sur le Conseil constitutionnel pour imposer une interprétation de la Constitution, Louis Favoreu observe que l'on " croirait presque entendre Bonaparte exposant à Siéyès sa conception du rôle du Sénat conservateur et de sa position par rapport au chef de l'Etat " <sup>40</sup>. La doctrine a longtemps dénoncé cette conception comme étant inacceptable,

---

<sup>36</sup> Cf. supra.

<sup>37</sup> Cf. supra, n° 115

<sup>38</sup> F. MITTERRAND, Voeux aux journalistes, Le Figaro 7 janvier 1986.

<sup>39</sup> Cf. supra, n° 203.

<sup>40</sup> L. FAVOREU, La politique saisie par le droit, préc., p. 113.

puisqu'elle conduisait à l'auto-limitation du chef de l'Etat <sup>41</sup> : " Ce n'est donc pas la Constitution qui délimite les fonctions, c'est la volonté du Président de la République " constatent, stupéfaits, les professeurs de droit en observant la pratique des institutions <sup>42</sup>. On s'inquiète du danger de substituer progressivement " à un Etat de droit un état de fait où tout, bien ou mal, ne relève que du bon plaisir du prince " <sup>43</sup>. On s'indigne , en rappelant qu'il est totalement à fait contraire à tous les principes juridiques qu'un organe définisse sa propre compétence et celle des autres par rapport à la sienne, car, dans un Etat de droit, tous les pouvoirs sont soumis à la Constitution <sup>44</sup>. Puis voilà que certains professeurs de droit, dans une conception réaliste sans doute, estiment que les précédents (constitués généralement par des violations de la Constitution) consacrent le pouvoir d'interprétation du Président, pouvoir qui résulterait des dispositions de l'article 5 de la Constitution<sup>45</sup>. Nous affirmons au contraire que si, aux termes de l'article 5, " le Président de la République veille au respect de la Constitution " et assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat, cela ne signifie nullement qu'il a le droit d'imposer son interprétation de la Constitution <sup>46</sup>. Sans doute, comme tout agent de l'exécutif, est-il amené à l'interpréter pour l'appliquer, comme, par exemple, un préfet ou un maire qui prend un arrêté en application d'une loi ou d'un règlement . Mais l'autorité de cette interprétation s'épuise dans la décision, toujours contestable, d'application de la Constitution<sup>47</sup>. Pour veiller au respect de la Constitution, le

<sup>41</sup> Cf. supra, n° 115.

<sup>42</sup> G. BURDEAU, F. HAMON et M. TROPER, manuel de droit constitutionnel, LGDJ, 1988, p. 436 (à propos de la conférence de presse du 31 janvier 1964).

<sup>43</sup> H. BEUVE-MERY, De la dictature temporaire au régime présidentiel, " Sirius ", Le Monde 22 sept. 1962, reproduit dans Mél. DUVERGER, PUF, 1987, p. 535.

<sup>44</sup> Cf. supra, n° 115.

<sup>45</sup> En ce sens, M. TROPER, La signature des ordonnances, fonctions d'une controverse, Pouvoirs n° 41, préc.; J. GICQUEL, Droit constitutionnel et institutions politiques, Montchrestien, 1987, p. 588, et CCF. Pouvoirs n° 38, 1986, p. 169; et R. ROMI, Le Président de la République, interprète de la Constitution, RDP 1987, p. 1265-1295. Sur l'évolution des conceptions de M. DUVERGER, cf. supra, n° 115.

<sup>46</sup> Pour L. FAVOREU, nonobstant les termes de l'article 5, " le Président n'a pas reçu mission d'interpréter la Constitution comme le fait un juge car nous sortirions de la conception de la séparation des pouvoirs. Le président peut saisir le juge constitutionnel pour faire respecter la Constitution, mais il n'a pas à trancher lui-même les différents relatifs à l'interprétation de la Constitution, sinon il sortirait de son rôle d'organe de l'exécutif. Gardien politique de la Constitution, il doit s'incliner devant le gardien juridictionnel, comme lui en fait obligation d'ailleurs l'article 62 de la Constitution aux termes duquel " les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics " ". (La politique saisie par le droit, préc., p. 112. P. ARDANT démontre en analysant l'article 5 de la Constitution, comment les présidents de la République l'ont utilisé pour étendre leurs pouvoirs, et en particulier pour prétendre interpréter la Constitution, alors même que cet article avait au contraire pour raison d'être de délimiter la fonction présidentielle : L'article 5 et la fonction présidentielle, Pouvoirs n° 41, 1987, p. 40 et s. : " Chacun selon son tempérament et au gré des circonstances a affecté de trouver dans l'article 5 le fondement d'une liberté d'action qu'il avait justement pour vocation de lui refuser..."

<sup>47</sup> Cf. supra, n° 186.

Président dispose uniquement des compétences qui lui sont explicitement conférées par le texte, c'est-à-dire essentiellement ses pouvoirs propres, et en particulier celui de saisir le Conseil constitutionnel. Si la Constitution attribuait au Président un pouvoir d'interprétation, elle le ferait explicitement, comme pour le Conseil constitutionnel. Or, le texte est on ne peut plus clair, seul le Conseil constitutionnel se voit reconnaître le pouvoir d'interpréter la Constitution. Il faut donc répéter haut et fort avec Jean Massot qu' " il n'existe qu'une autorité habilitée à donner une interprétation motivée de la Constitution, c'est le Conseil constitutionnel (...) le Président de la République ne peut interpréter la Constitution qu'en tant qu'acteur de la vie publique, au même titre que le Parlement votant la loi ou le gouvernement prenant un décret " 48. Même les auteurs qui estiment que le Président de la République peut interpréter la Constitution doivent concéder que, du fait des dispositions de l'article 62 de la Constitution, l'interprétation juridique de la Constitution appartient au seul Conseil constitutionnel, alors que " la mission énoncée à l'article 5 relève de l'arbitrage politique " 49. Comment pourrait-on d'ailleurs admettre que le Président soit à la fois sujet et interprète de la Constitution ? Comment pourrait-on lui confier une telle mission alors même que le contenu et l'autorité de ces interprétations varient au gré de la conjoncture politique et de la personnalité du chef de l'Etat ?<sup>50</sup> " Dans un Etat de droit, seuls les juges doivent donner une interprétation authentique de la Constitution " 51. Nous estimons dans une conception formaliste que le Président de la République *peut* sans doute, en pratique, imposer son interprétation de la Constitution, puisque l'effectivité de la Constitution n'est pas garantie, mais cela ne signifie pas qu'il ait *le droit de le faire*, car nous pensons que la validité de la Constitution ne dépend pas directement de son effectivité. Ce n'est pas parce que les Présidents de la Ve République ont affirmé qu'ils avaient le droit d'interpréter la Constitution qu'ils ont acquis ce droit. La vision réaliste nous paraît ici d'autant plus difficilement acceptable que, parce qu'elle conduit à admettre que toute interprétation d'un texte équivaut à créer cette norme, elle aboutit à conclure que les gouvernants sont investis du pouvoir constituant. Que les gouvernants puissent, en pratique, se comporter comme s'ils disposaient de ce pouvoir, lorsqu'ils violent la Constitution, nul ne le contestera. Que la Constitution leur confère ce pouvoir, nous ne saurions l'admettre. le problème de fond est donc qu'" en dehors des interventions du Conseil constitutionnel, dont il ne faut pas oublier qu'elles sont très étroitement limitées, c'est finalement chaque organe qui apprécie l'étendue de sa propre compétence

---

48 J. MASSOT, *L'arbitre et le capitaine*, Champs, Flammarion, 1987, p. 258.

49 P. AVRIL, *De Gaulle, interprète de la Constitution, une paradoxale leçon de droit constitutionnel*, préc., p. 5.

50 G. CONAC souligne que " la portée des interprétations présidentielles dépend plus du contexte politique que de leur force juridique " (Commentaire de l'article 5 de la Constitution, dans *La Constitution de la République française*, Economica 1987, p. 310.

51 L. FAVOREU, qui critique le fait que le chef de l'Etat puisse imposer son interprétation de la Constitution (*La politique saisie par le droit*, préc., p. 112).

" 52. Nous estimons donc avec Gérard Conac que " lorsque (le Président) décide de faire usage d'un pouvoir propre ou de n'y point avoir recours pour des raisons qui d'après lui tiennent à l'esprit de la Constitution, il *n'interprète pas* la Constitution, il *l'applique*. Faut-il , en outre lui reconnaître le pouvoir d'imposer son interprétation juridique d'un texte constitutionnel lorsqu'il y a divergence sur l'interprétation à lui donner en raison de son ambiguïté ou de son manque de clarté ? C'est normalement le Conseil constitutionnel qui est chargé de donner l'interprétation juridique de la Constitution (...). On ne pourrait reconnaître le pouvoir d'interprétation juridique du Président qu'en se fondant sur l'existence de pouvoirs implicites. Il ne semble pas que cette solution découle nettement de l'article 5. Elle peut présenter d'autre part de grands inconvénients car le même homme est à la fois juge et partie. Il serait préférable de combler cette lacune de la Constitution par une révision visant à étendre les pouvoirs du Conseil constitutionnel " 53. L'organisation constitutionnelle française paraît ainsi assez archaïque par rapport à celle de pays voisins. Si l'on en croit Adriano Giovannelli " pour celui qui observe la Ve République depuis l'Italie, pays où la cour constitutionnelle juge " des conflits d'attribution des pouvoirs de l'Etat ", la situation française frappe par l'absence d'un organe supérieur, distinct des acteurs politiques, en mesure de se prononcer sur la ligne de démarcation entre les pouvoirs de l'Elysée, ceux de Matignon et ceux du Parlement, même si les racines historico-culturelles d'une telle absence apparaissent bien clairement "54. La solution adoptée en Italie et en Allemagne permet en effet d'éviter le véritable déni de justice que constitue l'absence de juge compétent pour contrôler les actes de gouvernement.

b ) Mettre fin à un déni de justice : l'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement.

**275** Pour caractériser , au plan contentieux, les actes de l'exécutif regroupés sous le vocable d' " actes de gouvernement " , il suffit de marquer qu'ils échappent à la connaissance tant du juge administratif que du juge judiciaire. Mais, si ces litiges sont

52 G. BACOT, La signature des ordonnances, R.A., sept-oct. 1986, p. 454. Il suggère une extension des compétences du Conseil constitutionnel pour régler ces conflits d'interprétation.

53 G. CONAC, Commentaire de l'article 5 de la Constitution, dans La Constitution de la Ve République, Economica, 1ere ed., 1978.

54 A. GIOVANNELLI, La Ve République vue d'en face, Pouvoirs n° 50, 1989, p. 131. L'auteur poursuit en considérant que " par ailleurs, la tendance persistante de quelques auteurs français à fonder l'interprétation des normes constitutionnelles sur la base des déclarations du Président de la République ne peut susciter d'appréciation particulière (d'autant que dans cette vision il me semble trouver, plus que l'écho lointain de l'article 42 de la Constitution finlandaise, celui de l'inquiétante conception exprimée par de Gaulle dans sa conférence de presse du 31 janvier 1964) ".

injusticiables, c'est *de facto*, faute de juge compétent. Dès 1964, Louis Favoreu démontre que " l'immunité juridictionnelle des actes de l'exécutif regroupés sous le vocable " actes de gouvernement " est due à l'absence de juge compétent, et que ce juge, dont la compétence fait défaut, est un juge constitutionnel " <sup>55</sup>. Il constate que " le juge n'a jamais indiqué clairement pourquoi les divers actes habituellement groupés sous le vocable " d'actes de gouvernement " étaient soustraits à tout contrôle " <sup>56</sup>. A partir des motivations généralement laconiques des décisions où le juge refuse de connaître de ces actes, la doctrine a tenté en vain de donner une explication globale de cette attitude. Critiquant la jurisprudence des actes de gouvernement par ce que les motifs du juge n'étaient pas d'ordre juridique, une partie de la doctrine dresse la " liste " des actes dont le juge refuse de connaître, et y voit une " survivance de la raison d'Etat " <sup>57</sup>. Ce faisant, elle constate cette situation plutôt qu'elle ne l'explique. D'autres juristes tentent au contraire de justifier cette jurisprudence par une distinction entre les actes administratifs et les actes gouvernementaux. Mais le Doyen Vedel démontre que cette théorie, défendue en particulier par Laferrière, est " inacceptable pour la raison qu'il n'y a pas de distinction juridique entre la fonction gouvernementale et la fonction administrative " <sup>58</sup>. Selon Duez, " les actes de gouvernement seraient tous les actes et seulement les actes qui sont l'exécution directe d'une disposition formelle de la Constitution " <sup>59</sup>. Mais c'est encore en vain que Ducrocq, Carré de Malberg et Capitant chercheront avec lui dans les textes une explication à la jurisprudence, car le juge accepte de contrôler certains actes présidentiels pris en application directe de la Constitution, par exemple le pouvoir de nomination. La tentative d'explication de l'immunité de ces actes par leur caractère mixte sera, elle aussi, vouée à l'échec <sup>60</sup>. Conception essentiellement doctrinale au départ, la notion d'acte de gouvernement est consacrée par la jurisprudence, le tribunal des conflits, les tribunaux judiciaires et le Conseil d'Etat se référant à ce concept <sup>61</sup>. Louis Favoreu montre qu'il faut en réalité rechercher une explication non pas globale, mais évolutive et fragmentaire à la notion d'acte de gouvernement. Les différentes causes données successivement à l'autolimitation du juge ordinaire correspondent chacune approximativement à une étape

---

<sup>55</sup> L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit français*, Thèse, LGDJ, 1964, p. 217 et s.

<sup>56</sup> L. FAVOREU, *Thèse préc.*, p. 219.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 220.

<sup>58</sup> Cité par L. FAVOREU, *idem*, p. 221.

<sup>59</sup> *Ibid.* p. 222.

<sup>60</sup> Selon certains auteurs, cette immunité s'expliquerait par le caractère mixte de ces actes, c'est-à-dire par le fait qu'ils sont l'œuvre commune de l'exécutif et du législatif, ou des autorités de pays étrangers, mais M. Chapus fait observer que " si cette explication était exacte, le juge administratif ne devrait également pas pouvoir connaître des décisions prises par l'administration dans ses rapports avec les particuliers " (*ibid.*, p. 222-223).

<sup>61</sup> Le Tribunal des conflits l'utilise le 12 fév. 1953, et le 24 juin 1954 dans l'arrêt BARBARAN, et le Conseil d'Etat l'emploie pour la première fois dans le fameux arrêt RUBIN DE SERVENS, le 2 mars 1962, RDP 1962, p. 288 (cf. L. FAVOREU, *préc.*, p. 224-225).

de la théorie des actes dits de gouvernement. Au début du siècle, Laferrière et Carré de Malberg estiment que, du fait de leur caractère politique, ces actes ne peuvent être contrôlés que par le Parlement. " Il y a entre ces deux sortes d'actes (législatif et de gouvernement) cette différence essentielle que, en l'absence de tout organe constitué qui soit supérieur aux chambres, il n'existe aucun moyen de retenir le pouvoir législatif dans la légalité, tandis que l'autorité exécutive est subordonnée, même pour l'exercice de ses prérogatives gouvernementales, au contrôle supérieur du Parlement " <sup>62</sup>. Mais de telles explications ne sauraient être maintenues sous la Ve République, où le Président de la République dispose de pouvoirs importants, même en période de cohabitation, tout en n'étant pas responsable devant le Parlement <sup>63</sup>, et alors que le pouvoir législatif est contrôlé par le Conseil constitutionnel. Selon la " théorie classique " des actes de gouvernement qui succède à l'explication par la prééminence du Parlement, c'est dans des motifs de politique jurisprudentielle qu'il faut rechercher l'explication de ce déni de justice, le juge ordinaire étant compétent, mais refusant de connaître de ces actes par prudence. Puis d'autres auteurs, dont Odent ou M. Virally, estiment au contraire que cette immunité s'explique par les limites de la compétence des juges ordinaires <sup>64</sup>. Alors se développe l'idée émise par Michoud dès la fin du siècle dernier, selon laquelle ce déni de justice s'explique non pas par la nature de ces actes, mais par l'absence de juge compétent : " Il serait peut-être désirable qu'il existât un tribunal assez haut placé dans l'opinion publique et assez éloigné des luttes de parti pour trancher, avec toute l'autorité qui appartient à un juge impartial et éclairé, les conflits de droit constitutionnel qui peuvent surgir entre les différents pouvoirs. Mais ce tribunal, qui serait sans doute difficile à organiser, n'existe pas, et le Conseil d'Etat, simple corps législatif, ne peut en tenir lieu " <sup>65</sup>. Louis Favoreu conclut dès 1964 que " l'existence du Conseil constitutionnel permet aujourd'hui d'envisager aisément cette hypothèse et de comprendre que, au fond, les actes regroupés sous le terme d'" actes de gouvernement " n'étaient *injusticiables que par accident et non par nature* ", comme l'avait démontré Charles Eisenmann <sup>66</sup>. Il faut reconnaître avec cet auteur qu'en dehors de l'hypothèse du traité, " tous les actes de gouvernement (...) paraissent justiciables par nature, aucun d'entre eux - mis à part le traité - n'ayant un statut juridique d'acte

<sup>62</sup> CARRE DE MALBERG, cité par L. FAVOREU, *ibid.*, p. 226.

<sup>63</sup> Sur la responsabilité présidentielle et son évolution durant la cohabitation, cf. *supra*, n° 116 à 119.

<sup>64</sup> Cf. L. FAVOREU, *Thèse préc.*, p. 228.

<sup>65</sup> MICHOU, *Les actes de gouvernement*, cité par L. FAVOREU, *Thèse préc.*, p. 229.

<sup>66</sup> L. FAVOREU, *thèse préc.*, p. 231. Dans une étude de 1952, relative aux " actes de gouvernement ou de l'administration insusceptibles de recours ", C. EISENMANN a démontré que ces actes ne sont pas injusticiables du fait de leur nature, mais du fait qu'ils ne peuvent relever ni de la compétence des tribunaux judiciaires, ni de celle des tribunaux administratifs, et que c'est dans les lacunes de l'organisation juridictionnelle qu'il faut rechercher la cause de l'immunité juridictionnelle de ces actes. (cf. L. FAVOREU, *op. préc.*, p. 232).

incontestable " 67. Or, si l'on admet que le déni de justice se définit non pas par l'attitude du juge, mais par " la situation du plaideur qui n'a pas trouvé de juge ", dès lors que ces actes ne sont pas incontestables par nature, l'absence de contrôle s'analyse en déni de justice 68.

Inacceptable en ce qu'elle permet une auto-limitation des gouvernants qui s'est traduite par des violations flagrantes de la Constitution, l'interprétation de la Constitution par les sujets de droits et d'obligations que sont le Président de la République et le Premier ministre est également inacceptable en ce qu'elle conduit à un véritable déni de justice, totalement contraire aux principes de notre droit. Pour Louis Favoreu comme pour Georges Vedel, le seul juge qui pourrait être reconnu compétent pour statuer sur ces litiges est le juge Constitutionnel 69. L'extension de ses compétences au contrôle des actes de gouvernement devrait permettre de rétablir l'équilibre des institutions et de garantir la cohérence et l'effectivité de la Constitution.

## 2 ) Vers le renforcement de l'effectivité de la Constitution ?

Il convient de rappeler que si le juge constitutionnel ne garantit pas toujours parfaitement l'effectivité de la Constitution, le contrôle de constitutionnalité reste tout de même la garantie la plus importante de l'effectivité de la Constitution ( a ). C'est pourquoi, plutôt que de se contenter d'observer que le Conseil constitutionnel s'écarte parfois de la lettre de la Constitution, on recherchera quelles normes ou quels mécanismes peuvent le contraindre à garantir l'effectivité de la Constitution . Ainsi serons-nous amenés à observer que la légitimité du Conseil qui détermine son influence potentielle sur le fonctionnement du système, dépendra probablement de la prudence et la rigueur avec laquelle il assurera le respect de la Constitution ( b ).

---

67 L. FAVOREU, thèse préc., p. 235. En analysant la jurisprudence, l'auteur démontre le caractère " accidentel " de ce déni de justice.

68 L. FAVOREU, Thèse préc., p. 240.

69 Cf. L. FAVOREU, thèse préc., p. 241 et s. , et les extraits du cours de G. VEDEL de 1960-1961 qu'il cite (p. 241-242, cf. aussi infra; sur les positions de l'ensemble de la doctrine, cf. supra.



a ) Le Conseil constitutionnel devrait être le meilleur garant de l'effectivité de la Constitution

276 Le temps n'est plus où l'on pouvait écrire que, du fait de l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois, " la rigidité constitutionnelle n'a plus de signification précise " <sup>70</sup>. Globalement, le Conseil constitutionnel a " incontestablement rempli la mission qui lui a été confiée par le Constituant et a contribué ainsi à assurer l'effectivité de la règle constitutionnelle " <sup>71</sup>. Tous les juristes semblent en effet admettre avec Kelsen que le meilleur moyen de garantir l'effectivité d'une Constitution est d'organiser le contrôle de la constitutionnalité des normes par une Cour constitutionnelle<sup>72</sup>. " La sanction par le juge est en effet le seul critère sûr, en droit positif, de la hiérarchie des normes et c'est pourquoi cette hiérarchie n'est vraiment complète et *effective* que depuis qu'il existe un juge constitutionnel " <sup>73</sup>. Et même si l'on admet avec les réalistes que toute interprétation d'une norme consiste à créer cette norme, il faut reconnaître que le Conseil constitutionnel, au pire, participe au pouvoir constituant, qu'il ne le monopolise pas, puisqu'il ne peut intervenir seul pour contrôler la Constitutionnalité des lois. Il joue donc plutôt un rôle de pouvoir modérateur que de pouvoir créateur. Quelle que soit l'optique dans laquelle on se place, une chose paraît hors de conteste : la nécessité logique , et par suite morale, de cette institution pour parachever le système de protection du droit...Deux partis s'offrent et deux seulement : ou laisser au législateur le soin de respecter la Constitution, ou confier à des juges le soin d'en assurer le respect par lui. Entre les deux, il faut choisir. Le choix peut-il être douteux?"<sup>74</sup>. L'interrogation ainsi formulée par Charles Eisenmann à propos du contrôle de la constitutionnalité des lois est à fortiori applicable au contrôle de la constitutionnalité des actes de gouvernement . Dans une conception formaliste, nous estimons que le Conseil constitutionnel ne crée pas les normes qu'il interprète, il les applique, en les respectant ou non. Nous avons pu constater que si la mission première

<sup>70</sup> A. MATHIOT, *Agonie de quelques vieux principes*, , Il politico, 1950, p. 3\_16, reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, t. I, P. 84.

<sup>71</sup> G. KNAUB, *Le Conseil constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'Etat*, RDP 1983, p. 1161.

<sup>72</sup> Sur l'influence du contrôle de constitutionnalité des lois sur l'effectivité des constitutions, cf. L. FAVOREU et JOLOWICZ, *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents* (colloque d'Uppsala), PUAM et *Economica*, 1986.

<sup>73</sup> L. FAVOREU, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit public*, *Pouvoirs* n° 13, rééd. 1986, p. 20, souligné par nous.

<sup>74</sup> Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Thèse, Paris, 1928, p. 295, rééd.

du juge est de garantir l'effectivité de la Constitution, il ne la remplit pourtant pas nécessairement<sup>75</sup>. On peut même avoir des doutes sérieux, si l'on observe avec Loïc Philip qu' " il ressort clairement des débats (durant l'élaboration de la Constitution) que, selon les auteurs du projet, le rôle du Conseil était d'empêcher le Parlement de légiférer en dehors du domaine de la loi et qu'il ne serait pas amené à exercer un contrôle de constitutionnalité au regard des principes fondamentaux visés par le Préambule : c'était définir exactement l'inverse de la situation actuelle "<sup>76</sup>. Même si cette vision peut être nuancée<sup>77</sup>, il faut reconnaître que le Conseil constitutionnel n' a pas donné une interprétation littérale de la Constitution, et donc n'en a pas garanti l'effectivité sur plusieurs points, par exemple en donnant une interprétation très extensive du domaine de la loi<sup>78</sup>, ou en ne garantissant pas l'obligation du vote personnel pour les parlementaires, alors qu'elle résulte clairement de la Constitution. Reconnaissons avec Pierre Avril, qu' " il s'agit dans ce dernier cas d'une violation flagrante et délibérée de l'intention du constituant " <sup>79</sup>. Dans ces conditions, est-il très

<sup>75</sup> Cf. supra, n° 193-194.

<sup>76</sup> L. PHILIP, L'écriture des normes juridiques, le Conseil constitutionnel, rapport au Colloque sur l'écriture de la Constitution, à l'occasion de son XXXe anniversaire, Aix-en-Provence, 8,9,10 sept. 1988, p. 12.

<sup>77</sup> S'agissant de l'argumentation selon laquelle le Conseil constitutionnel ne pourrait, au regard des travaux préparatoires, contrôler la constitutionnalité des textes au regard du préambule (invoquée notamment par J. FOYER lors du colloque précité Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges, 1986, p. 4\_5), on peut faire deux séries d'observations. On peut d'abord noter avec L. FAVOREU que M. Janot a précisé par la suite qu'il avait fait cette affirmation de manière hâtive, sans avoir consulté aucune autorité sur ce point (en ce sens, cf. L. FAVOREU, intervention préc. au colloque sur Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges, 1986, p. 24) R. JANOT nous a en effet confié que, pour la plupart des interventions qu'il a faites durant l'élaboration de la Constitution, chacune de ses réponses était discutée et préparée, mais que dans certains cas, il lui avait fallu improviser, puisqu'il ne connaissait pas la position du gouvernement sur la question évoquée (discussion à l'occasion du colloque sur le XXXe anniversaire de la Constitution). On peut également considérer que, contrairement à ce qui se passait sous la IVe République, où le contrôle de constitutionnalité par référence aux déclarations de droits avait été explicitement exclu, on ne retrouve aucune exclusion de ce type dans la Constitution de 1958. Dès lors, on peut considérer que, la lettre du texte étant claire, il n'est pas nécessaire de rechercher l'intention des rédacteurs. Pour F. GOGUEL, il a toujours été clair que ce contrôle était possible, et s'il n'a pas pu être exercé avant 1970 et 1971, c'était seulement parce que les saisines ne permettaient pas au Conseil de se prononcer sur ce point (cf. son intervention au colloque préc. sur Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges, p. 14).

<sup>78</sup> Cf. L. FAVOREU, *Les règlements autonomes existent-ils ?* MéL; BURDEAU, Paris LGDJ 1977, p. 417.

<sup>79</sup> P. AVRIL, *Le Parlement sous la VIIIe législature, 1986/1988*, AFSP, -GETUPAR, réunion du 4 nov. 1988, compte-rendu, p. 4. En effet, alors que, dans un article paru dans *Le Monde* du 22 janvier 1987, J. ROBERT rappelait qu'aux termes de l'art. 27, alinéas 2 et 3 de la Constitution, " le droit de vote des membres du Parlement est personnel " et que " nul ne peut recevoir délégation de plus d'un mandat ", et invitait instamment le Conseil à " arrêter la décadence en sanctionnant des violations caractérisées de la Constitution " , pour empêcher que ne perdurent des " coutumes " contra legem " qui discréditent les institutions "; le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 86-225 du 23 janvier 1987, estime que " la circonstance que, dans le cadre d'un scrutin public, le nombre de suffrages favorables à l'adoption d'un texte soit supérieur au nombre de députés effectivement présents au moins de donner à penser que les délégations de vote utilisées, tant par leur note que par les justifications apportées, excèdent les limites prévues par l'article 27..., ne saurait entacher de nullité la procédure d'adoption de ce texte que s'il est établi, d'une part, qu'un ou des députés

raisonnable de songer à étendre les compétences du Conseil pour qu'il garantisse l'effectivité de la Constitution ? Oui, si l'on admet que ces cas de violation manifeste de la Constitution par le Conseil constitutionnel restent, fort heureusement, très rares, alors qu'il assure l'effectivité du texte dans la majorité de ses décisions, parfois avec un peu trop de hardiesse, parfois avec trop de prudence, mais, globalement, de manière satisfaisante. Oui encore si l'on ne se place pas dans une approche réaliste, et que l'on admet que le texte constitutionnel n'est pas un assemblage de mots totalement dénué de sens, mais un ensemble de règles qui tiennent leur validité de leur mode d'adoption, et dont l'effectivité doit être garantie par un juge. Oui enfin si l'on constate que certains facteurs d'ordre normatif et mécanique contraignent le juge constitutionnel au respect de la Constitution.

b ) De la légitimité du Conseil constitutionnel à l'effectivité de la Constitution.

**277** Comme toutes les autres autorités, le Conseil constitutionnel peut utiliser ses pouvoirs d'une manière plus ou moins importante en fonction de sa légitimité, c'est-à-dire du rapport entre l'image que se fait la majorité de la fonction qu'il devrait exercer, et la fonction qu'il exerce réellement<sup>80</sup>. Ce rapport entre sa légitimité et ses pouvoirs explique que le Conseil ait été contraint à une très grande prudence durant les premières années où il exerçait son contrôle. Sa légitimité croissant au fil des ans, au fur et à mesure qu'il démontrait son indépendance et son caractère juridictionnel<sup>81</sup>, il a pu avoir une conception progressivement plus extensive de ses pouvoirs, et a été en mesure de prendre des décisions relativement audacieuses<sup>82</sup>. La cohabitation a été une épreuve importante pour mesurer la légitimité du Conseil, qui, durant cette période, a été mise en cause par la majorité en 1986, la contestation atteignant son paroxysme lors de la décision du 23 janvier 1987 relative à l'amendement Seguin<sup>83</sup>. " Certes, constate

---

ont été portés comme ayant émis un vote contraire à leur opinion et, d'autre part, que, sans la prise en compte de ce ou ces votes, la majorité requise n'aurait pas pu être atteinte " (cf. L. PHILIP ET L. FAVOREU, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, préc., et B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, STH, 1988, p. 148. Non seulement le Conseil ne garantit pas l'effectivité de la Constitution, mais il va pratiquement jusqu'à garantir l'immunité aux parlementaires qui la violent ! Cette décision n'est d'ailleurs pas en harmonie avec la jurisprudence antérieure du Conseil, qui avait déclaré contraire à la Constitution une disposition d'une loi organique visant à élargir les conditions de délégation de vote (n° 61-16 DC du 22 déc. 1961), et qui avait rappelé l'obligation du vote personnel dans sa décision du 20 nov. 1969 (cf. GDCC, préc., n° 4, IV).

<sup>80</sup> Cf. supra, n° 228.

<sup>81</sup> La controverse sur le caractère juridictionnel du Conseil semble aujourd'hui tarie,

<sup>82</sup> Sur " la lente montée en puissance du Conseil constitutionnel, cf. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1990, p.55 à 68.

<sup>83</sup> Cf. B. GENEVOIS, *L'influence du Conseil constitutionnel*, Pouvoirs n° 49, 1989, La Ve République, p. 51. Cf. CCF Pouvoirs n° 42, 1987, p. 173.

Evelyne Pisier, en France, après une très longue absence, le contrôle de constitutionnalité s'affirme désormais comme un " fait " solidement ancré au coeur de nos institutions. Mais *le fait semble avoir largement anticipé son système de légitimation* si bien qu'à tout instant et en chaque occasion la critique des décisions dérape encore du côté de la contestation de légitimité, s'offrant le luxe d'une remise en cause du principe lui-même. Au point que certains n'hésitent pas à faire de ce " triomphe de l'Etat de droit " une véritable " menace pour la démocratie " : ce paradoxe, héritage d'une longue tradition très française, périodiquement revient aux lèvres politiques les plus convulsives et n'en finit pas de ronger le coeur même de nos institutions, rendant incertaines *les représentations* que l'on s'en fait " <sup>84</sup>. S'il veut disposer d'un pouvoir important pour contrôler la constitutionnalité des lois, le Conseil doit veiller à conserver une légitimité suffisante. Or, l'évolution des critiques formulées à l'endroit du Conseil durant la coexistence révèle que la légitimité du contrôle de constitutionnalité en lui-même n'est plus guère contestée puisque les communistes eux-mêmes ne veulent plus supprimer le Conseil constitutionnel que pour lui substituer une Cour suprême, car ils reconnaissent que le contrôle de constitutionnalité permet le respect des droits des minorités <sup>85</sup>. Quant au Parti socialiste, jadis si critique à l'égard de cette institution, il ne la remet plus en cause, mais ne songe pas, pour autant, à étendre ses compétences au contrôle des actes de gouvernement <sup>86</sup>. De même, la composition du Conseil n'est plus guère contestée<sup>87</sup>. Les critiques se sont déplacées. Ce que la majorité reproche au Conseil entre 1986 et 1988, c'est essentiellement de puiser les principes sur lesquels il fonde ses décisions ailleurs que dans la Constitution<sup>88</sup>. Le Conseil constitutionnel est donc surtout critiqué dans la mesure où il s'écarte de la Constitution, et n'en garantit pas l'effectivité<sup>89</sup>. " Rappelé à l'ordre " par les pouvoirs publics lorsqu'il donne une interprétation extensive, le Conseil constitutionnel est contraint d'assurer l'effectivité de la Constitution s'il veut disposer d'une légitimité suffisante pour pouvoir exercer un contrôle efficace. Il doit donc adopter une stratégie prenant en compte l'ensemble des contraintes d'ordre aussi bien normatif que mécanique qui pèsent sur lui <sup>90</sup>.

<sup>84</sup> E. PISIER, Léon DUGUIT et le contrôle de constitutionnalité des lois, Mél. DUVERGER, PUF 1987, p. 190, souligné par nous.

<sup>85</sup> Cf. L. FAVOREU, intervention préc. au colloque sur Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges, p. 22-23.

<sup>86</sup> Cf. supra, les débats qui ont eu lieu au Parlement au printemps 1990.

<sup>87</sup> Cf. infra.

<sup>88</sup> Cf. L. FAVOREU, la politique saisie par le droit, préc., p. 106 à 111.

<sup>89</sup> Cf. L. FAVOREU, op. préc., p. 106 à 11 et supra.

<sup>90</sup> Sur l'intérêt de l'analyse de la stratégie du Conseil constitutionnel dans une approche à la fois juridique et institutionnelle, cf. L. HABIB, La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Essai sur les méthodes d'analyse du contentieux constitutionnel, Mémoire D.E.A Sciences Politiques, O. DUHAMEL dir., où l'auteur souligne la fonction de l'erreur manifeste d'appréciation dans la " stratégie de légitimation du Conseil " (p. 63 et s.), en ce que cette notion participe à la stratégie d'évitement

La légitimité du Conseil constitutionnel serait-elle suffisamment forte pour qu'il puisse contester la constitutionnalité des actes du chef de l'Etat ? Il faut souligner en effet que dans les Etats où le contrôle de la constitutionnalité des actes du dirigeant de l'exécutif - généralement le Premier ministre et parfois le Président de la République - a été instauré, ce mécanisme a été mis en place à l'issue de la seconde guerre mondiale, alors que ces pays venaient de connaître les horreurs du fascisme. Que ce soit en Allemagne, en Autriche, en Espagne, en Italie, en Grèce ou au Portugal, la Cour constitutionnelle a, dès son origine, bénéficié d'une très forte légitimité et donc d'une très grande autorité, car elle était ressentie comme le rempart indispensable contre tous les abus de pouvoir, de l'exécutif comme du législatif<sup>91</sup>. La légitimité des Cours constitutionnelles dépend de nombreux facteurs, parmi lesquels Louis Favoreu a souligné l'importance de l'histoire, du régime politique, de la technique juridictionnelle, de la Constitution, de l'organe de contrôle, et de la structure de l'Etat. Le maître de l'école Aixoise démontre que cette légitimité peut être renforcée par les missions que remplit le tribunal constitutionnel, en particulier la fonction de pacification de la vie politique, la fonction de régulation et d'authentification des changements politiques ou alternances la fonction de renforcement de la cohésion de la vie politique, la fonction de diffusion et d'enracinement des droits fondamentaux, la mission de protection des droits fondamentaux, et enfin la fonction d'adaptation de la Constitution<sup>92</sup>. Il appert que la cohabitation a permis au Conseil constitutionnel de renforcer sa légitimité en lui donnant l'occasion d'exercer, plus que jamais, chacune de ces missions de régulation, et en particulier celle de modérateur des alternances<sup>93</sup>. " L'accentuation du caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel a favorisé la reconnaissance progressive par

---

des conflits, constitue un tempérament aux rigueurs du principe d'égalité, et est un renvoi explicite au contentieux administratif. Sur l'influence des parallèles établis entre Conseil d'Etat et Conseil constitutionnel pour légitimer ce dernier, Cf. B. FRANCOIS, art. préc. RFDC1.1990, et POLITIX n° 10-11. Pour une analyse des contraintes internes et externes qui pèsent sur le Conseil constitutionnel, cf. M. TROPER, Justice constitutionnelle et démocratie, RFDC, 1. 1990.

<sup>91</sup> Cf. L. FAVOREU, Actualité et légitimité du contrôle de constitutionnalité des lois en Europe Occidentale, RDP 1984, p. 1147-1201. Sur la légitimité et l'autorité des Cours Espagnole et Portugaise, cf. P. BON, Note sur la constitutionnalisation du droit espagnol, Rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, 27-29 sept. 1990. Sur la légitimité du contrôle de constitutionnalité en général, cf. L. FAVOREU et JOLOWCZ Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents, colloque d'Uppsala, PUAM et Economica, 1986; M. CAPPELLETTI, nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle, R.I.D.C., 2-1981, p. 625-657, Loin de nier le rôle créateur du juge, l'auteur démontre que, malgré les apparences peu démocratiques de ce système, il peut être regardé comme légitime. Par contre, c'est en le regardant comme un représentant du peuple que M. TROPER estime que l'on peut considérer que le Contrôle de constitutionnalité n'est pas contraire aux principes démocratiques énoncés à l'article 3 de notre Constitution, dans Justice constitutionnelle et démocratie, RFDC 1, 1990.

<sup>92</sup> L. FAVOREU, Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe Occidentale, préc.

<sup>93</sup> Cf. L. FAVOREU, la Politique saisie par le droit, préc., et Le droit constitutionnel jurisprudentiel, RDP 1989, p. 399-504.

les hommes politiques de la légitimité de son intervention " 94. Or, cette " juridictionnalisation a résulté du Conseil lui-même (et en particulier de ses méthodes d'interprétation et des motivations de ses décisions) mais aussi de l'action de la doctrine, qui contribue ainsi à renforcer la légitimité et donc l'efficacité du contrôle de constitutionnalité, et par conséquent l'effectivité de la Constitution elle-même 95. Néanmoins, on peut se demander si la hantise française du gouvernement des juges, qui est regardée avec quelque curiosité à l'étranger<sup>96</sup>, ne serait pas encore un obstacle important à l'extension des compétences du Conseil constitutionnel. Sans doute la freinera-t-elle. Mais si elle a pu être surmontée pour le contrôle de constitutionnalité des lois, on voit mal pour quelle raison elle serait rejetée pour le contrôle des actes de gouvernement. A moins que le bonapartisme latent des français ne reprenne le pas sur leur sagesse.

Le système de contraintes dans lequel est enserré le Conseil constitutionnel suffira-t-il, d'un côté, à lui permettre de contrôler réellement la constitutionnalité des actes de Gouvernement, et d'un autre côté, de ne pas excéder ses pouvoirs ? Une réponse plus précise ne pourra être apporté qu'après avoir examiné les modalités concevables de cette révision.

Il ressort de cette analyse rapide de la " faisabilité " d'une révision de la constitution pour permettre au Conseil constitutionnel de contrôler les actes de Gouvernement, que si cette révision de la Constitution paraît difficilement réalisable à très court terme, elle est non seulement possible, mais surtout très souhaitable à plus long terme, du moins si l'on décide de rendre effective la Constitution de la Ve République.

---

94 B. GENEVOIS, *L'influence du Conseil constitutionnel*, préc., p. 51. Cf. aussi L. FAVOREU, *op. préc.*, et *L'apport du Conseil constitutionnel au droit public français*, *Pouvoirs* n° 13, rééd 1986, p. 28.

95 Sur l'influence de la doctrine dans la légitimation du Contrôle de constitutionnalité, cf. B. FRANCOIS, *Le juge, le droit et la politique*, *RFDC* 1. 1990, p. 49-69; *Traduction et bricolage, réflexions sur la " rencontre " singulière du droit et de la science politique sous la Ve République*, rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990; *Une revendication de juridiction, compétence et justice dans le droit constitutionnel français*, *Politix* n° 10-11, Presses de la FNSP, 1990, p. 92 à 109. Sur la revendication d'un discours légitime sur la Constitution, cf. aussi M. DOBRY, rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, 1988, p. 23 et 34.

96 Cf. L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, préc., et M. DUVERGER, *intervention préc.*, au Colloque sur *Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges*, p. 11.

## **S II COMMENT ETENDRE LES COMPETENCES DU CONSEIL?**

L'extension des compétences du Conseil constitutionnel se révélant non seulement possible, mais surtout nécessaire, on peut à présent envisager les modalités concevables de cette réforme. En s'inspirant des modèles existants à l'étranger, en particulier en Allemagne et en Italie, nous verrons quels actes pourraient désormais être soumis au Conseil constitutionnel, et selon quelle procédure ( I ). Mais il convient également de se demander si certains aménagements constitutionnels ne seraient pas nécessaires pour accompagner cette réforme, afin de garantir la compétence et l'indépendance du Conseil, et pour limiter les risques d'abus de pouvoir de la part du Conseil constitutionnel lui-même ( II ).

### **I LES MODALITES CONCEVABLES DE LA REFORME**

**278** L'intérêt majeur d'une extension des compétences du Conseil constitutionnel résiderait dans le fait qu'il pourrait être saisi de n'importe quel problème d'interprétation de la Constitution, et en particulier à l'occasion de conflits entre les pouvoirs publics. Ainsi, le Président de la République ou le Premier ministre ne pourraient-ils plus prétendre imposer leur interprétation de la Constitution aux autres

pouvoirs publics, ni délimiter eux-mêmes leurs propres compétences. Plusieurs modalités d'extension de cette compétence sont concevables, qui peuvent, pour certaines, être alternatives ou cumulatives. Il semblerait tout d'abord nécessaire d'attribuer au Conseil constitutionnel une compétence générale pour donner des *avis sur l'interprétation de la Constitution qui ne lient pas les pouvoirs publics*. Ainsi jouerait-il un rôle de conseil, comme il le fait déjà dans le cadre de l'article 16, et comme le fait le Conseil d'Etat dans ses sections non-contentieuses. A ce titre, on pourrait concevoir qu'il soit saisi par les parlementaires, le Président de la République et les membres du Gouvernement, à commencer par le Premier ministre. Ces avis facultatifs auraient une influence plus grande s'ils étaient publiés (comme l'avis relatif à la décision de recourir à l'article 16), que s'ils ne l'étaient pas (comme les avis donnés par le Conseil sur les mesures prises dans le cadre de la mise en oeuvre des pouvoirs exceptionnels). On pourrait craindre que l'autorité du Conseil ne soit atteinte dans les cas où les Pouvoirs publics constitutionnels choisiraient de ne pas suivre ses avis. Mais cet argument ne paraît pas très solide, puisque l'expérience a montré que l'autorité et la légitimité du Conseil d'Etat ne sont pas affectées lorsque l'administration ne se conforme pas totalement à ses avis. On pourrait également concevoir que l'avis non plus simple, mais l'*avis conforme* du Conseil constitutionnel soit requis dans certains cas, par exemple pour le recours à l'article 11 de la Constitution. Mais le problème demeurerait qu'il n'existerait toujours pas de juridiction compétente - à part la Haute Cour de justice - dans les cas où cette exigence ne serait pas respectée.

Ainsi, l'attribution au Conseil constitutionnel d'une compétence générale pour donner des avis, facultatifs ou conformes, sur l'interprétation de la Constitution, peut être très intéressante, mais elle ne saurait suffire à empêcher les violations majeures du texte. Il serait donc souhaitable de la compléter ou de la remplacer par une autre modalité, permettant un contrôle des actes de Gouvernement dont le Conseil d'Etat refuse de connaître. On pourrait imaginer que le Conseil puisse *contrôler les actes de gouvernement dans les mêmes conditions qu'il contrôle actuellement la constitutionnalité des lois*, c'est-à-dire qu'il pourrait être saisi par les mêmes autorités et dans les mêmes conditions. C'est le système qui a été proposé par des députés de l'opposition lors des débats parlementaires sur l'adoption d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. Leurs amendements, qui ont été rejetés avec des arguments très faibles<sup>1</sup>, étaient ainsi rédigés : " Avant le premier alinéa de l'article 1er, insérer les alinéas suivants :

" Le deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution est complété par la phrase suivante :

" Le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs peuvent également demander au Conseil

---

<sup>1</sup> Sur ces débats et l'analyse de ces arguments, cf. supra.



constitutionnel de vérifier la conformité à la Constitution des actes du Président de la République non soumis au contrôle du Conseil d'Etat " 2.

Ce serait sans doute la modalité de réforme la plus simple. Ainsi, le Premier ministre, le Président de l'une des Assemblées, soixante députés ou soixante sénateurs pourraient-ils saisir le Conseil constitutionnel d'un refus présidentiel de convoquer le Parlement en session extraordinaire, ou de signer un décret ou une ordonnance. Dans l'hypothèse d'une nouvelle cohabitation, qui reste très possible en 1993, les conflits entre Président de la République et premier ministre pourraient ainsi être atténués, puisqu'un juge pourrait se prononcer sur la constitutionnalité des actes dits de gouvernement du Chef de l'Etat. Observons cependant que ce mécanisme limite le contrôle constitutionnel aux actes de gouvernement du Président, et ne permet pas au Conseil de se prononcer sur ceux du Premier ministre. De même, ce système ne permet pas de régler tous les conflits entre les pouvoirs publics constitutionnels relatifs à l'interprétation de la Constitution, alors que les systèmes existants à l'étranger ont, pour certains, cet objectif.

279 En Allemagne, en Italie et en Espagne, en Yougoslavie,<sup>3</sup> en particulier, la Cour constitutionnelle peut être saisie des conflits entre les Pouvoirs publics sur l'interprétation de la Constitution. L'article 93. 1. 1 de la Loi fondamentale allemande dispose ainsi que " La Cour constitutionnelle fédérale statue sur l'interprétation de la présente loi fondamentale, à l'occasion de litiges sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême ou d'autres parties investies de droits propres, soit par la présente loi fondamentale, soit par le règlement intérieur d'un organe fédéral suprême "4. Les Constitutions italienne<sup>5</sup> et espagnole<sup>6</sup> attribuent également à la Cour

<sup>2</sup> Ass. Nat. 2 e séance du 25 avril 1990, J.O., p. 962, sur ces débats, cf. supra.

<sup>3</sup> Cf. M. GJDARA, le contrôle de constitutionnalité dans les pays socialistes européens, D.F. Doc. d'ét. n° 1.16, 1987, p. 48.

<sup>4</sup> Trad. C. AUTEXIER, Etudes et documents du Centre d'Etudes juridiques Françaises, Universität des Saarlandes, D. 6600 Saarbrücken, n° 3, Loi Fondamentale, édition synoptique bilingue, 1990. Rappelons avec. M. FROMONT (Le juge constitutionnel, Pouvoirs n° 22, La RFA, 1982, p. 43) que si " la cour constitutionnelle fédérale n'a pas une compétence générale pour connaître de tous les litiges soulevant une question de droit constitutionnel, (...) la liste de ses compétences est si longue que rares sont les litiges constitutionnels qui puissent lui échapper ".

<sup>5</sup> Aux termes de l'article 134 de la Constitution et article 2 de la loi constitutionnelle du 11 mars 1953, n° 1, la Cour constitutionnelle est compétente pour statuer

" 1 - sur les controverses relatives à la légitimité constitutionnelle des lois et des actes ayant force de loi de l'Etat et des Régions, et des Provinces autonomes de Trento et de Bolzano;

2 - sur les conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'Etat, et entre l'Etat et les Régions, les régions entre elles, ainsi qu'entre l'Etat et les Régions et les Provinces autonomes de Trento et de Bolzano;

3 - sur les accusations portées contre le Président de la République, le Président du Conseil et les ministres;

4 - Sur l'admission des référendums abrogatifs " (cf. J. C. ESCARRAS, Chr. AIJC 1985, p. 497).

<sup>6</sup> Cf. L. FAVOREU, Les Cours constitutionnelles, préc., p./ 103, et P. SUBRA de BIEUSSES, Le Contrôle de constitutionnalité des lois en Espagne, D.F., Doc. d'études n° 1.16, p. 16.

constitutionnelle le règlement des conflits entre les organes de l'Etat, selon des modalités que nous préciserons au fil de l'analyse de la procédure concevable en France. Ces conflits entre les organes centraux de l'Etat doivent être bien distingués de ceux qui peuvent s'élever entre les organes centraux et locaux, et qui sont également réglés par la Cour constitutionnelle. La compétence ainsi attribuée à ces Cours est à la fois plus étendue et plus restrictive que celle qui résulterait, pour le Conseil constitutionnel, d'un alignement du contrôle des actes de gouvernement sur la procédure existant actuellement pour les lois. Elle est plus étendue en ce que les autorités habilitées à saisir les Cours italienne et allemande sont plus nombreuses que celles qui peuvent saisir le Conseil constitutionnel français actuellement pour les lois<sup>7</sup>. Mais elle est en même temps plus limitée, car, s'agissant d'un *contentieux non seulement de l'interprétation, mais aussi de l'annulation*, la Cour ne peut intervenir que lorsqu'il existe un véritable conflit - au sens procédure - sur l'interprétation de la Constitution, les requérants devant justifier d'un intérêt à agir.

On peut douter de l'intérêt de l'adoption d'un tel mécanisme en France en constatant que l'analyse des statistiques de la jurisprudence de ces Cours montre que ce type de litiges représente un *contentieux tout à fait marginal*. En Espagne, la Cour n'a eu jusqu'à présent à connaître que d'un seul cas<sup>8</sup>. En Italie, le nombre de conflits (*conflitti tra poteri*) ainsi réglé est également très faible, puisqu'il se situe entre 1985 et 1988 entre aucune et six décisions par an, soit dans une fourchette variant de un pour cent à un pour mille du nombre total de décisions de la Cour<sup>9</sup>. En Allemagne, le nombre de ces litiges (*Organstreitigkeiten*) s'est élevé à 36 entre 1951 et 1985<sup>10</sup>, dont 18 avant 1970<sup>11</sup>, ce qui représente globalement 3 % des décisions du Tribunal constitutionnel entre 1980 et 1985<sup>12</sup>. En réalité, le fait que ces décisions soient peu

<sup>7</sup> Cf. infra.

<sup>8</sup> En 1986, Le Conseil général du pouvoir judiciaire contestait le fait que le Parlement puisse adopter une loi sur l'organisation du pouvoir judiciaire, le Tribunal Constitutionnel a statué en précisant que le Parlement pouvait adopter des lois dans ce domaine comme dans les autres. Sur l'activité générale de ce tribunal, Cf. P. BON, F. MODERNE et P. CRUZ VILLALON, Chronique sur l'activité du Tribunal constitutionnel espagnol, AIJC IV 1988, Economica-PUAM, 1990, p. 300. En 1988, ce contentieux représentait donc une décision sur 1205 qui ont été adoptées entre 1981 et 1988. Une interview de constitutionnalistes espagnols en juillet 1990, lors des Cours de Justice Constitutionnelle d'Aix-en-Provence nous a permis d'avoir la confirmation du fait qu'il n'y avait eu aucune autre décision en ce domaine à cette date.

<sup>9</sup> Cf. J.C. ESCARRAS, La vie de la Cour constitutionnelle (italienne) en 1988, AIJC 1988, préc., p. 471. Sur 1167 décisions (ordonnances et sentences) rendues en 1988, une seule concernait ce type de conflits (en 1986, il y eu six décisions dans cette matière sur 632, et il n'y en a eu aucune sur 1276 en 1987, même source, p. 474). En 1985, une décision a été rendue en ce sens, sur 1271 (J. C. ESCARRAS, AIJC, Chr. 1985, ed. 1987, p. 546).

<sup>10</sup> M. FROMONT, Le contrôle de constitutionnalité en RFA, D.F., Doc. d'ét. n° 1.16, p. 5.

<sup>11</sup> Source : L. FAVOREU, Les Cours constitutionnelles, PUF, QSJ, 1986, p. 58.

<sup>12</sup> D'après les statistiques établies en 1986 par Bertrand Peter, prof. Rainer Arnold, Université Regensburg, à l'attention du Professeur L. FAVOREU, L' "organstreitigkeiten" a donné lieu à 4 décisions (soit 2,5 % des jugements du Tribunal Constitutionnel) entre le 25 mars 1980 et le 8 juin 1982, et à 8 jugements (soit 3,6 %) entre le 22 juin 1982 et le 14 mai 1985.

nombreuses s'explique par plusieurs facteurs, et ne nous paraît pas une raison valable pour exclure l'adoption de ce mécanisme en France. Cette faiblesse numérique est d'abord justifiée par le fait que le nombre de décisions susceptibles de porter atteinte aux droits des autorités concernées, ainsi que le nombre de personnes susceptibles de saisir la Cour est infiniment plus faible que dans les autres branches de ce contentieux (rappelons que le contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception, ou des procédures telle que celle de l'*amparo* représentent la très grande majorité du contentieux de ces cours <sup>13</sup>). Ensuite, il faut observer avec le Professeur Pizzorusso que bon nombre de ces conflits sont réglées par la voie politique <sup>14</sup>. Enfin, le nombre de décisions rendues est très inférieur à celui des requêtes car, dans chacun de ces pays, l'organisation de la procédure rend possible un accord ou un désistement avant que la Cour ne statue définitivement. Ainsi, en Allemagne, alors que la Cour a été saisie de 23 requêtes entre 1980 et 1985, elle n'a rendu que 12 décisions dans ce domaine<sup>15</sup>. En Espagne la lourdeur particulière de la procédure contribue à expliquer le faible nombre de décisions. En effet, lorsque le Gouvernement, le Sénat, le Congrès des députés, ou le Conseil général du pouvoir judiciaire estime que l'un de ces organes a pris une décision qui empiète sur son domaine de compétence, il doit, dans le délai d'un mois, lui en demander le retrait. Le Tribunal ne pourra être saisi par le demandeur que si l'auteur de la décision répond qu'il a agi dans le cadre de ses compétences, ou s'il ne répond pas dans le délai d'un mois<sup>16</sup>. Le Tribunal statuera ensuite dans le délai d'un mois, pour préciser quel est l'organe compétent, et éventuellement pour annuler l'acte pris par une autorité incompétente. Notons qu'en Allemagne, le délai pour agir est de six mois<sup>17</sup>. En Italie, la Cour se prononce tout d'abord sur la recevabilité de la requête. Puis, elle la notifie aux organes qui sont susceptibles d'être intéressées, et ensuite, seulement, elle rend sa décision au fond, attribuant la compétence à l'un des organes, et annulant, le cas échéant, l'acte pris par une autorité incompétente <sup>18</sup>. De surcroît, on peut considérer que l'existence d'une telle possibilité de recours joue un rôle dissuasif. Chaque organe étant conscient du fait que les autres pouvoirs peuvent en appeler à la Cour s'il abuse de ses prérogatives, il sera certainement moins tenté d'excéder ses pouvoirs que ne peuvent l'être actuellement le Président de la République ou le Premier ministre français.

<sup>13</sup> Cf. AIJC 1988, ed. 1990, préc.

<sup>14</sup> Cf. A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, Estratto dall'appendice del *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, (que la Pr Pizzorusso a bien voulu nous transmettre en 1990), p. 9.

<sup>15</sup> Statistiques préc. de Bertrand Peter,

<sup>16</sup> Cf. L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, préc., p. 102, et P. SUBRA De BIEUSSES, *Le contrôle de constitutionnalité en Espagne*, Doc. Fr., Doc. D'Etudes n° 1.16, p. 16.

<sup>17</sup> Loi du 12 mars 1951, citée par L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, préc., p. 58.

<sup>18</sup> Cf. J. C. ESCARRAS, *Chronique sur la jurisprudence italienne*, AIJC 1985, ed. 1987, p. 498, et A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, préc., p.54.

L'analyse de cette jurisprudence révèle encore et surtout que ces Cours constitutionnelles n'ont presque jamais statué sur les *actes du Chef de l'Etat*. A cela encore, on trouvera des explications qui montrent qu'il ne faut pas, pour autant, exclure l'adoption de cette procédure en France. En Espagne tout d'abord, les organes de l'Etat autres que ceux que nous venons de citer, et en particulier le Roi, ne relèvent pas de cette procédure<sup>19</sup>. En Allemagne et en Italie, le Chef de l'Etat peut participer à un tel conflit, mais cela est très rare (un seul cas en Allemagne en près de trente ans<sup>20</sup>). La rareté de conflits sur l'interprétation de la Constitution entre le Chef de l'Etat et les autres organes dans ces pays s'explique en réalité surtout par le fait qu'il s'agit de régimes parlementaires monistes de type britannique, c'est-à-dire dans lesquels les pouvoirs du Chef de l'Etat sont tous soumis à contreseing, la signature présidentielle signifiant clairement que la compétence présidentielle est essentiellement formelle. Dès lors que les pouvoirs présidentiels d'une part sont réduits, et d'autre part sont soumis au contrôle de la Cour constitutionnelle, leur exercice ne donne pas lieu à un contentieux important. Pouvons-nous donc songer à adopter cette procédure dans un pays où le *Président est élu au suffrage universel direct* et dispose de pouvoirs propres ? S'agissant du mode d'élection du Président, il ne devrait pas faire obstacle à ce type de contrôle, puisque les députés qui votent les lois sont, eux aussi, élus au suffrage universel. On pourrait se dire que sa légitimité et ses pouvoirs limiteront ce contrôle juridictionnel. Là encore, il faut observer qu'à l'étranger, les actes de celui qui joue le rôle majeur au sein de l'exécutif, à savoir le Chancelier en Allemagne et le Président du Conseil en Italie, peuvent être contrôlés dans le cadre de cette procédure. Ici, le contrôle juridictionnel se superpose au *contrôle du Gouvernement par le Parlement*. Selon Joachim Burmeister, " les incidences de la politique dans le contrôle des normes par le juge de la constitutionnalité sont dues dans une large mesure au fait que ce contrôle du Gouvernement par le Parlement, traditionnel et présupposé dans la Loi fondamentale, ne fonctionne plus de manière effective dans les conditions actuelles du parlementarisme " <sup>21</sup>. Le même problème se posant actuellement en France, le contrôle juridictionnel des actes des représentants de l'exécutif y paraît tout aussi nécessaire. Nous considérons même que le règlement des conflits d'interprétation de la Constitution par la Cour constitutionnelle est bien plus important encore en France que dans ces régimes parlementaires. Le Président de la République étant à la fois

<sup>19</sup> Cf. P. SUBRA De BIEUSSES, préc.

<sup>20</sup> Interview de A. WEBER et de C. AUTEXIER, Cours de Justice constitutionnelle d'Aix-en-Provence, juil. 1990, préc. (A propos de la dissolution du Bundestag, 2e Ch., 16 fév. 1983, traduction et observation C. AUTEXIER, Université Saarlandes, Saarbrücken, que l'auteur a bien voulu nous transmettre, à paraître), cf. infra. Sur la jurisprudence italienne, Cf. A. PIZZORUSSO, préc., qui évoque cette possibilité mais ne donne pas de détails sur ces cas.

<sup>21</sup> J. BURMEISTER, Stellung und funktion des BvG im System der Gewaltengliederung, Dans P. KOENING et W. RÜFNER (Herausgegeben von.), Le contrôle de constitutionnalité en France et en République Fédérale d'Allemagne, Annales Universitatis Saraviensis, Band 115, ed. Carl Heymanns, 1985, p. 69.

*irresponsable* politiquement (en droit, aux termes de l'article 68 de la Constitution, mais aussi, dans une large mesure, en fait, en particulier en période de cohabitation), le contrôle de ses actes est tout à fait hypothétique, alors, justement qu'il dispose de *prérogatives importantes*. Nous envisagerons donc les modalités selon lesquelles le Conseil constitutionnel pourrait régler les conflits sur l'interprétation de la Constitution à l'occasion de litiges entre les pouvoirs publics constitutionnels sur leurs droits et obligations, ( A ), avant de voir comment ce mécanisme pourrait s'appliquer aux actes du Président de la République et du Premier ministre (en particulier aux actes de gouvernement), voire aux actes des autres pouvoirs publics constitutionnels ( B ).

## **A L'ORGANISATION DE LA PROCEDURE DU REGLEMENT DES CONFLITS ENTRE LES ORGANES DE L'ETAT**

Il serait possible d'attribuer au Conseil constitutionnel le pouvoir d'interpréter la Constitution à l'occasion de litiges entre les pouvoirs publics constitutionnels sur leurs droits et obligations. Il s'agirait alternativement ou cumulativement d'un contentieux de l'interprétation et d'un contentieux de l'annulation. On pourrait concevoir, en suivant le modèle du droit administratif français, de séparer ces deux types de recours, en prévoyant que les conditions de recevabilité de la requête dans le contentieux de l'interprétation seront moins rigoureuses que celles qui seront exigées dans le contentieux de l'annulation. Considérant que dans les procédures étrangères sus-évoquées, ces deux contentieux sont réunis sans qu'il semble en résulter d'inconvénient majeur, nous suggérerons l'adoption d'un mécanisme qui permette de joindre ces contentieux. En essayant de tirer les enseignements de l'expérience étrangère, nous verrons quels sont les principales modalités envisageables au niveau de la recevabilité de la requête ( 1 ) et en ce qui concerne les modalités et les effets du jugement ( 2 ).

## 1 ) Les conditions de recevabilité de la requête

Ayant conscience du fait qu'une extension de la compétence du Conseil constitutionnel sera difficile à faire accepter en France, nous suggérerons pour ces recours des modalités relativement moins ouvertes que celles qui existent en Allemagne ou en Italie. Il ne s'agira pas d'énoncer une réforme achevée, mais plutôt d'imaginer quelles pourraient être les conditions de recevabilité de la requête relatives à l'acte ( a ) et au requérant ( b ).

### a ) Conditions relatives à l'acte

**280** On peut concevoir ici deux solutions différentes selon que la requête tendra à l'interprétation ou à l'annulation d'un acte. En toute hypothèse, il s'agira d'interpréter la soit la Constitution elle-même, soit un acte pris directement en application de la Constitution, et qui pourra émaner soit uniquement des représentants de l'exécutif (Président de la République, Premier ministre, éventuellement ministres); soit également - ce qui paraîtrait plus logique - des représentants du législatif (notamment des présidents des assemblées), voire du Conseil constitutionnel lui-même (dans le cadre du contentieux de l'interprétation évidemment).

Si le requérant demande seulement au Conseil d'interpréter la Constitution, la requête pourrait être recevable même en l'absence d'un acte pris en application de la Constitution. L'intérêt de tels recours est qu'ils peuvent permettre de prévenir des conflits, et donc les dédramatiser. Suivant les solutions retenues en droit administratif, on pourrait concevoir que le Conseil constitutionnel exige cependant un litige né et actuel sur le sens de la Constitution, voire, éventuellement sur le sens d'une décision du Conseil constitutionnel lui-même<sup>22</sup>. La requête pourrait dès lors n'être admise que si la solution du litige était subordonnée au sens de la Constitution ou de la décision, et

<sup>22</sup> Sur le contentieux de l'interprétation en droit administratif, cf. J.M. AUBY et R. DRAGO, *Traté de contentieux administratif*, préc., t. II, n° 1058. Rappelons que ce contentieux, admis au milieu du siècle dernier pour les ministres (C.E. 1/3/1851, Hospices d'Orléans, Rec., p. 145), ne fut ouvert aux particuliers qu'avec réticence (C.E. 21/5/1875, Lambertyre, Rec., p. 504), et donne lieu à un contentieux peu abondant, puisque l'on a pu observer qu'en quarante ans, seulement une soixantaine de recours avaient été formés, dont les deux-tiers ont été déclarés irrecevables (même source, p. 110).

si ce litige pouvait générer une atteinte à la situation du requérant, de nature à lui faire grief. Par exemple, le conflit entre le Président de la République et le Premier ministre serait ainsi moins vif si l'un d'entre eux demandait au Conseil si la compétence présidentielle est liée avant un refus de signature, plutôt qu'après.

Si l'on admet seulement ou cumulativement un contentieux de l'annulation, tout comme dans le contentieux de l'excès de pouvoirs, la requête ne sera recevable qu'en présence d'une décision préalable. Là encore, le droit administratif français et le droit constitutionnel étranger nous montrent que l'on peut adopter des modalités de recours permettant une action aussi bien contre les *actes positifs* que contre les *actes négatifs* <sup>23</sup>. Il serait donc tout à fait possible d'exercer des recours contre des actes de refus (refus de signature d'un décret, d'une nomination, refus de convocation du Parlement etc...). En l'absence d'une décision positive ou négative explicite, on pourrait prévoir, comme en droit administratif, ou comme en droit constitutionnel espagnol, qu'au bout d'un certain temps, le silence gardé par l'autorité à laquelle a été présentée la demande de décision ou de retrait de son acte, vaille refus, et constitue lui-même un acte susceptible d'être contesté devant le Conseil constitutionnel. Mais rappelons que les conditions dans lesquelles une décision implicite d'acceptation ou de rejet peut être considérée comme adoptée, doivent être explicitement prévues par un texte. Pour rendre ces recours efficaces, tout en évitant une paralysie de l'action des pouvoirs publics constitutionnels, il serait nécessaire que ce délai soit très bref, de l'ordre d'une semaine ou quinze jours au maximum. Notons encore que l'on peut concevoir des recours contre des actes *écrits ou verbaux*, dans des conditions comparables à celles qui sont retenues par le Conseil d'Etat <sup>24</sup>. De plus, si l'acte peut relever d'une autre juridiction, par exemple du Conseil d'Etat, il serait souhaitable de prévoir selon quelles modalités sera effectuée la répartition du contrôle de ces actes entre ces deux juridictions, et comment se feront les renvois de l'une à l'autre. Pour éviter les recours abusifs comme ceux de l'inénarrable veuve Chalot devant les juridictions administratives, on pourrait considérer, comme le font les règles italiennes et allemandes, que la requête ne sera recevable que si l'acte - ou le litige dans le contentieux de l'interprétation - fait grief - ou est susceptible de *faire grief*, c'est-à-dire porte - ou peut porter - atteinte aux droits ou aux compétences du requérant. Par exemple, dans sa décision relative à la contestation de la dissolution du Bundestag par le Président de la fédération, la Cour constitutionnelle allemande a estimé que la requête

---

<sup>23</sup> Sur les difficultés avec lesquelles cette question a été abordée au Parlement au printemps 1990, et sur les solutions adoptées en droit administratif, cf. *supra*. Sur la possibilité d'exercer des recours contre des actions aussi bien que contre des omissions en Italie, cf. A. PIZZORUSSO, art. préc., p. 56 J.C. ESCARRAS, Chr. sur l'activité de la Cour constitutionnelle italienne, AIJC 1985, p. 498. En Allemagne, la Cour peut également statuer sur des actions positives ou sur des abstentions : cf. C. EISENMANN, La justice constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne, Mél. L. HAMON, Itinéraires, Economica 1982, p. 206.

<sup>24</sup> Cf. *supra*, à propos des débats du printemps 1990 à l'Assemblée nationale.

des députés était admissible car elle abrégait leur mandat : " les demandeurs sont directement touchés dans leur statut de députés; des droits qui leur sont propres sont ainsi susceptibles d'être violés " <sup>25</sup>. De même, le refus de convoquer le Parlement peut-il être considéré comme faisant grief d'une part aux parlementaires, mais aussi au Gouvernement, puisque la mise en oeuvre de sa politique pourra ainsi être retardée.

b) Les conditions relatives au requérant

**281** A *qui* la saisine de la Cour pourra-t-elle être ouverte ? Les Cours constitutionnelles italienne et allemande ont ici une jurisprudence assez compréhensive. Ainsi, le juge constitutionnel de Karlsruhe entend-il par " organes constitutionnels " non seulement le Président de la Fédération, le Gouvernement fédéral, les deux chambres, mais aussi, dans certains cas, les groupes parlementaires, les députés et les partis politiques<sup>26</sup>. En effet, selon l'article 93.1.1 de la Loi fondamentale, la Cour peut être saisie par toute partie à laquelle la loi fondamentale ou le règlement intérieur d'un organe constitutionnel fédéral confère des droits propres. Un groupe parlementaire peut donc attaquer une décision du Bundestag qui limite le temps de parole, ou le Bundestag peut demander à la Cour de protéger ses droits à participer à l'édiction de certains textes législatifs ou réglementaires <sup>27</sup>. En Italie, Jean-Claude Escarras relève que " selon la jurisprudence de la Cour, sont habilités à intervenir dans le procès de règlement du conflit, et sont donc des pouvoirs de l'Etat : le Président de la République (ord. n° 150, de 1980); les présidents des deux chambres, après délibération de celles-ci (id.); les commissions parlementaires d'enquête (ord. n° 228 de 1975); le Président du Conseil des ministres (ord. n° 123, de 1079); un ministre, sur délégation du Président du Conseil, pour protéger les compétences de l'exécutif (id.); les organes juridictionnels quand ils exercent concrètement la fonction juridictionnelle (ord. n° 228, de 1975); le bureau central près la Cour de Cassation, quand il statue sur la recevabilité du référendum abrogatif (ord. n° 1, de 1979); le comité de promotion des signatures pour un référendum abrogatif (ord. n° 69, de 1978), un groupe constitué par un cinquième des membres d'une chambre législative, ou par cinq Conseils régionaux, s'agissant de la demande, par référendum, d'une loi de révision constitutionnelle (sent. n° 19, de

<sup>25</sup> Tribunal Constitutionnel de Karlsruhe, BVerfGE 62, 1/ jugement de la seconde chambre, du 16 fév. 1983, 2 BvE 1, 2, 3, 4/83, B, (32), trad. C. AUTEXIER, préc., p. 3.

<sup>26</sup> L. FAVOREU, Les Cours constitutionnelles, préc., p. 57-58. La Cour a admis que les partis peuvent être considérés comme des " organes constitutionnels " pour intervenir dans ce contentieux dans son jugement du 21 fév. 1957, BVerfGE, t. 6, p. 273, cité par M. FROMONT, Pouvoirs n° 22, préc., p. 50.

<sup>27</sup> M. FROMONT, Le contrôle de constitutionnalité en RFA, D.F., Doc. d'études, n° 1.16, p.5.



1978); la Cour constitutionnelle elle-même (ord. n° 77, de 1981) " 28. 29 Ainsi la Cour s'est-elle reconnue une possibilité de s'auto-saisir qui paraît très discutable. En France, on pourrait concevoir de n'ouvrir cette faculté de saisir le Conseil pour de tels litiges qu'aux personnes ou aux groupes actuellement habilités à contester la constitutionnalité d'une loi. Cette solution aurait l'avantage d'être assez facilement acceptable politiquement, mais l'inconvénient d'offrir des possibilités de contrôle assez limitées. L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel depuis la révision constitutionnelle de 1974 montre cependant que l'opposition pourrait ainsi imposer à la majorité et aux dirigeants de l'exécutif le respect de la Constitution. Quelle que soit la solution que l'on adoptera en France, accès large ou restreint à cette procédure, les expériences étrangères montrent qu'il faut savoir que si l'on ne définit pas précisément ce que l'on entend par organes de l'Etat, la Cour peut avoir une conception large de cette notion. Le Conseil d'Etat n'a-t-il pas, lui-même, élargi progressivement l'accès au recours pour excès de pouvoir ? Mais appartient-il au juge ou au peuple de prendre de telles décisions ?

Néanmoins, que ce soit en Allemagne ou en Italie, la requête n'est acceptable que si l'organe qui la forme a un *intérêt à agir*, c'est-à-dire si ses droits ou compétences ont été ou sont susceptibles d'être atteints à l'occasion d'un *litige précis* sur une *disposition déterminée* de la Constitution<sup>30</sup>. Les droits du requérant doivent être directement violés ou menacés<sup>31</sup>. Notons d'ailleurs avec Alessandro Pizzorusso que l'appréciation de l'intérêt à agir d'un organe conduit déjà à s'interroger sur la marge de discrétionnarité avec laquelle un organe peut utiliser son pouvoir<sup>32</sup>. L'exigence de cet intérêt à agir paraît indispensable car, même si l'on admet qu'il s'agit, comme le recours pour excès de pouvoir, d'une action dans l'intérêt de la loi - entendue largement, ici dans l'intérêt de la Constitution -, l'admission trop large des requêtes, surtout dans un premier temps, risquerait peut-être de conduire à des abus qui se solderaient par une remise en cause de l'ensemble de ce contrôle. On pourrait donc considérer que le requérant a intérêt à agir chaque fois que l'acte ou le litige concerné lui fait ou peut lui faire grief, dans les conditions que nous venons d'évoquer.

<sup>28</sup> J.C. ESCARRAS, Chr. préc., AIJC 1985, p. 498. Cf. aussi A. PIZZORUSSO, Conflitti, préc., p. 49 à 52 (cette conception extensive a été réalisée à partir de l'interprétation des termes de La loi du 11 mars 1953, art. 37, 1° comma, n.87).

<sup>29</sup>

<sup>30</sup> M. FROMONT, Le juge constitutionnel, Pouvoirs n° 22, préc., p. 43. Notons par ailleurs avec cet auteur, que les particuliers peuvent demander à la Cour de contrôler les actes des gouvernants dans le cadre de la procédure relative à la protection des droits fondamentaux, à deux conditions, d'une part qu'il y ait atteinte à un tel droit, et d'autre part qu'il aient épuisé toutes les autres voies de recours.

<sup>31</sup> A propos de l'Allemagne, cf. W. ZEIDLER, Cour constitutionnelle fédérale allemande, 7e conf. des Cours constitutionnelles européennes, AIJC, III, 1987, ed. 1989, p. 40.

<sup>32</sup> A. PIZZORUSSO, Conflitti, préc., p. 55

Enfin, il faudrait le délai dans lequel la requête pourra être formée. Une distinction peut être opérée entre le contentieux de l'interprétation, pour lequel on pourrait admettre qu'il n'y ait pas de condition de délai (puisque une disposition constitutionnelle, un acte ou un jugement pris en application de la Constitution peuvent paraître clairs à priori, et ne se révéler difficiles à interpréter qu'à l'occasion d'un litige)<sup>33</sup>. Par contre, les modifications de l'ordonnancement juridiques impliquées par une annulation imposent que l'incertitude sur la validité de l'acte soit la plus brève possible. Donc, dans ce cas, on pourrait enfermer les requêtes dans des délais brefs (par exemple de l'ordre de quinze jours, comme c'est actuellement le cas en France pour le contrôle de la constitutionnalité des lois). Nous avons observé qu'en Espagne le délai ouvert pour saisir le Tribunal est d'un mois après la décision implicite ou explicite qui est elle-même formulée dans le mois qui suit le premier acte, et qu'en Allemagne, il est de six mois. Notons seulement que l'adoption d'un délai trop long risque de faire redouter la paralysie des pouvoirs publics constitutionnels, un délai trop court peut aussi rendre toute requête très difficile (en particulier quand elle doit être formée par un groupe, comme par les parlementaires). Il paraît au moins souhaitable que la décision de la Cour, elle au moins, soit prise rapidement.

## 2 ) Modalités et effets du jugement

### a ) Modalités du jugement

282 Faut-il, comme en Italie, séparer le jugement en deux temps, le Tribunal prenant une ordonnance sur la recevabilité de la requête, avant de la notifier à toutes les personnes intéressées, pour, ensuite, se prononcer sur le fond ? L'avantage de ce système est de permettre à la Cour d'écarter un certain nombre de requêtes irrecevables, ou de joindre plusieurs requêtes si nécessaire. Son inconvénient est de rallonger la procédure. Il en est de même du système espagnol, qui permet de tenter une conciliation avant le jugement<sup>34</sup>. Pour bénéficier des avantages de ce système tout en évitant ses inconvénients, on pourrait concevoir que les délais dans lesquels la demande de retrait de l'acte, la décision implicite de rejet ou d'acceptation, et la saisine de la juridiction doivent avoir lieu, soient plus brefs. En effet, si la Cour ne se prononce sur

---

<sup>33</sup> En droit administratif, le recours direct en interprétation n'est soumis à aucune condition de délai, cf. J.M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de droit administratif, préc.*, t. II, n° 1064.

<sup>34</sup> Cf. *supra*.

la constitutionnalité d'un refus d'engagement de la responsabilité gouvernementale, ou de signature d'une ordonnance, ou de convocation du Parlement plusieurs mois après cette décision, son jugement aura beaucoup moins d'intérêt que s'il est rendu rapidement; car il est probable qu'entre temps, la politique gouvernementale aura largement été mise en oeuvre, le Gouvernement se sera retourné vers la voie législative, ou une nouvelle session ordinaire aura été ouverte. Quant au jugement lui-même, il devrait pouvoir être rendu rapidement, dans un délai de huit ou quinze jours, pour les mêmes raisons.

Quant aux modalités cas d'ouverture du recours, on pourrait encore tirer les enseignements du droit administratif, en retenant le principe d'un contrôle de la constitutionnalité externe - incompétence, vice de forme, vice de procédure - et d'un contrôle de la constitutionnalité interne - détournement de pouvoir, violation de la Constitution <sup>35</sup>-. Dans ce dernier cas, l'intensité du contrôle des motifs de fait ou de droit sera variable selon le caractère plus ou moins discrétionnaire de la compétence attribuée à l'autorité concernée. Dès 1964, Louis Favoreu estimait que le Conseil constitutionnel devrait pouvoir contrôler la constitutionnalité des actes de gouvernement. " Le juge aurait la possibilité de se livrer là à un contrôle portant surtout à vrai dire sur le respect des règles de forme et de compétence, un large pouvoir discrétionnaire ne pouvant qu'être reconnu dans la plupart des cas. Cependant quelquefois notamment en ce qui concerne l'article 16, le contrôle juridictionnel pourrait être assez poussé, le texte constitutionnel étant suffisamment précis. Il y a donc place pour un véritable contrôle juridictionnel " <sup>36</sup>. Nous verrons en étudiant l'applicabilité de ce type de procédure aux actes de gouvernement, que dans les cas où la Constitution reconnaît un pouvoir discrétionnaire aux pouvoirs publics, le contrôle du Conseil constitutionnel se limitera souvent au contrôle de la constitutionnalité externe de ces actes, à l'instar de celui du Tribunal constitutionnel de Karlsruhe dans des cas comparables.

## b) Effets du jugement

**283** Tout comme en Italie ou en Allemagne, il serait souhaitable que le Conseil constitutionnel puisse disposer du pouvoir d'attribuer la compétence contestée à l'un ou l'autre des organes, mais aussi d'annuler l'acte pris en violation de la

---

<sup>35</sup> On admettra, ici comme en droit administratif, que cette classification est discutable, ne serait-ce que parce que tous les cas d'ouverture correspondent en fait à une violation de la loi (l'incompétence ou le vice de forme, par exemple, sont bien des cas de violation de la loi). Malgré ces défauts, cette classification paraît suffisamment claire et généralement admise pour que l'on puisse l'utiliser.

<sup>36</sup> L. FAVOREU, *Le déni de justice en droit public français*, Thèse, LGDJ, 1964, p. 262.

Constitution. Ici encore, on pourrait distinguer entre le recours en interprétation et le recours en annulation. L'interprétation de la Constitution étant délivrée à propos d'un litige déterminé, il paraîtrait logique qu'elle ait seulement l'effet relatif de la chose jugée, ne s'appliquant que dans l'affaire jugée, et ne s'imposant qu'aux parties, à l'exclusion des tiers, tout comme en droit administratif<sup>37</sup>. En pratique, chacun étant conscient du fait qu'il est fort probable que la Cour se prononce à nouveau dans le même sens si elle est saisie d'une requête identique, et même si le droit français n'applique pas le principe du " stare decisis ", il est prévisible que, tout comme aux Etats-Unis, où les actes dont l'application a été écartée une fois par la Cour Suprême ne sont plus appliqués en fait, cette décision d'interprétation aura un effet qui s'étendra au-delà du cas d'espèce, et qu'elle sera respectée dans tous les cas similaires jusqu'à un revirement de jurisprudence<sup>38</sup>. Par contre, en cas d'annulation, il est clair que, comme pour le recours pour excès de pouvoir, la décision doit avoir un effet *erga omnes*, elle doit disparaître de l'ordonnement juridique. Selon la formule consacrée par le Conseil d'Etat, " les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus " <sup>39</sup>.

Tels sont, semble-t-il, les principales options possibles pour l'adoption d'un système permettant au Conseil constitutionnel de se prononcer sur l'interprétation de la Constitution à l'occasion de litiges entre les pouvoirs publics. Mais un tel système serait-il facilement applicable, ne risquerait-il pas de limiter excessivement le pouvoir discrétionnaire des gouvernants ?

---

<sup>37</sup> Cf. J.M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de droit administratif, préc.*, t. II, n° 1066.

<sup>38</sup> Aux Etats-Unis, il est tellement évident pour les juristes que l'effet des décisions de la Cour Suprême s'étend au-delà du cas d'espèce, qu'ils parlent sans hésiter d'effets *erga omnes*, à la grande surprise des juristes français (en ce sens, cf. l'intervention de C. WROOM au Cours de justice constitutionnelle d'Aix-en-Provence, juil. 1990). Précisons que la règle du " stare decisis " ne s'applique que dans les cas rigoureusement identiques, et ne fait donc pas obstacle aux évolutions jurisprudentielles, les avocats ou la Cour pouvant généralement démontrer que l'affaire en cause diffère sur un point au moins du précédent jurisprudentiel invoqué.

<sup>39</sup> C.E. 26 déc. 1925, *Rodière*, cf. J.M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de droit administratif, préc.*, t. II, n° 1309.

## B APPLICABILITE DE CE SYSTEME

Il ne saurait être question ici d'imaginer tous les cas dans lesquels ce type de procédure pourrait être appliquée. Il s'agira seulement de recenser les principaux problèmes posés jusqu'à présent, ou les principales difficultés concevables, et de voir si une telle procédure pourrait permettre de régler ce type de problèmes. Nous nous intéresserons donc dans un premier temps aux actes du Président de la République, puisque ce sont eux qui posent les problèmes majeurs ( 1 ), avant de constater que les actes d'autres autorités peuvent également faire l'objet de tels litiges ( 2 ).

### 1 ) Pour un contrôle des actes du Chef de l'Etat

Dès 1961, le Doyen Vedel exposait clairement le problème posé par l'absence de contrôle de certains actes du Chef de l'Etat : " Il faut observer que notre Constitution, tout en multipliant les prérogatives présidentielles ou gouvernementales susceptibles de donner prise à la théorie des " actes de gouvernement " s'est abstenue de confier leur contrôle au Conseil constitutionnel, ce qui eût été cependant normal. En effet, s'il est compréhensible que, pour les actes gouvernementaux traditionnellement soumis au contrôle du juge administratif, il n'ait pas été prévu de compétence du Conseil constitutionnel, il est regrettable qu'en revanche les décisions présidentielles ou gouvernementales les plus importantes politiquement et qui sont soustraites au contrôle du Conseil d'Etat par le jeu de la théorie des " actes de gouvernement ", ne puissent pas davantage être déférés au Conseil constitutionnel " <sup>40</sup>. Louis Favoreu ayant démontré que ni le juge international ni le juge ordinaire ne veulent <sup>41</sup> ni ne peuvent exercer le

---

<sup>40</sup> G. VEDEL, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, 1960-1961, Paris, Les cours de Droit, p. 1072, cité par L. FAVOREU, *Le Déni de justice en droit public français*, Thèse, LGDJ, 1964, p. 242.

<sup>41</sup> L. FAVOREU rappelle (*thèse préc.*, p. 254) qu'en conclusion de sa thèse, F. BATAILLER souligne que le Conseil d'Etat s'estime lui-même incompétent " pour résoudre des problèmes purement constitutionnels ". "

contrôle de ces actes, seule l'attribution de cette compétence au Conseil constitutionnel peut permettre de faire disparaître ce déni de justice <sup>42</sup>. Nous nous appuyerons largement sur ses travaux pour voir dans quelle mesure les actes du Chef de l'Etat peuvent être soumis à un contrôle du Conseil constitutionnel. Pour recenser les " actes de Gouvernement ", cet auteur propose d'adopter, avec quelques réserves, la définition adoptée par M. Thery, selon laquelle les actes de gouvernement sont les actes que l'exécutif (Président de la République ou Gouvernement) accomplit dans ses *rappports avec le Parlement, le corps électoral ou le Conseil constitutionnel, mais quand il agit non pas en tant qu'organe d'exécution des lois, mais en tant qu'organe gouvernemental*, c'est à dire lorsqu'il prend des *décisions en application directe de dispositions de la Constitution* autres que celles des articles 13, 21, 37 et 38. La double exigence d'un critère formel (décision prise en application directe de la Constitution), et d'un critère matériel (dans certaines relations entre les pouvoirs publics constitutionnels) permet de cerner convenablement la notion d' " actes de gouvernement ", bien qu'il faille observer qu'elle ne permet pas d'embrasser totalement cette notion, puisque certains actes de gouvernement, en particulier ceux qui sont adoptés en matière internationale, n'interviennent pas dans le cadre des rapports entre les pouvoirs prédéfinis<sup>43</sup>.

Deux distinctions majeures peuvent être faites ici entre les actes du Chef de l'Etat. On pourrait distinguer d'abord entre les actes de Gouvernement, actuellement soustraits à tout contrôle, et les actes soumis au contrôle du Conseil d'Etat. Le problème est que cette extension des compétences du Conseil constitutionnel imposera une nouvelle répartition des compétences entre lui-même et le Conseil d'Etat. On peut concevoir soit de laisser les choses en l'Etat, c'est-à-dire de prévoir que le Conseil constitutionnel n'interviendra que dans les cas où le Conseil d'Etat refuse de connaître des actes présidentiels, soit d'attribuer l'ensemble du contentieux relatif aux actes du Chef de l'Etat au Conseil constitutionnel. Le choix d'un tel " bloc de compétence " aurait l'avantage de la simplicité et de la rationalité. Mais il aurait l'inconvénient de heurter la sensibilité du Conseil d'Etat lui-même - les difficultés de la réforme sur les Cours

---

Il faut comprendre, dit-elle, ...que cette méthode de raisonnement (en matière " d'actes de gouvernement ") cache un refus du juge administratif d'être juge constitutionnel des rapports entre pouvoirs publics. *Le juge qui a conscience d'être en face de problèmes d'ordre totalement différent de l'ordre administratif, s'estime techniquement, fonctionnellement incompetent, inapte à les résoudre* " (F. BATAILLER, *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, Thèse, Paris, 1964, p. 744).

<sup>42</sup> L. FAVOREU, Thèse préc., p. 242 et s.

<sup>43</sup> L. FAVOREU démontre que si " l'activité de l'exécutif, en ce qui concerne la ratification ou l'approbation de traités et accords internationaux répond bien, elle, au double critère dégagé ci-dessus (...) d'autres prérogatives de l'exécutif en matière de relations internationales échappent au critère : ainsi la désignation par le Chef de l'Etat de plénipotentiaires habilités à négocier en son nom l'accréditation ou le refus d'accréditation d'un diplomate étranger, etc. interviennent en vertu de dispositions expresses de la Constitution qui donnent compétence au Chef de l'Etat et l'on conçoit un contrôle de régularité au regard de ces dispositions " (Thèse préc., p. 258).

administratives d'Appel ont montré combien il était jaloux de ses compétences <sup>44</sup> - et de heurter aussi la sensibilité des gouvernants, pour lesquels il est peut-être plus facile d'adresser des mises en garde au Conseil d'Etat - à l'instar du Général de Gaulle à la suite de l'arrêt Canal -, que de faire des remontrances au Conseil constitutionnel. Il donc peut-être plus raisonnable de maintenir les compétences actuelles du Conseil d'Etat. Mais en l'absence de solution indiscutable à cette question qui reste ouverte, nous choisirons de suivre la distinction établie par l'article 19 de la Constitution, et dont la cohabitation a montré, pour la première fois sous la Ve République, toute l'importance, c'est-à-dire la distinction entre les pouvoirs propres du Président ( a ), et ceux qui sont soumis à contreseing ( b ).

a ) Les Pouvoirs propres du Président de la République, des pouvoirs contrôlables

284 " Messieurs - déclarait le Commissaire du Gouvernement Henry dans ses conclusions sur l'arrêt Rubin de Servens - si vous étiez saisis de recours contre la plupart des actes ainsi pris sans contre-seing par le Président de la République, vous n'hésiteriez pas à les qualifier d'actes de gouvernement " <sup>45</sup>. C'est en effet à l'occasion de cette décision relative à l'article 16 de la Constitution que le Conseil d'Etat a utilisé pour la première fois l'expression " acte de gouvernement " <sup>46</sup>. Parce que ces actes sont ceux pour lesquels le pouvoir discrétionnaire du Président de la République paraît le plus grand, il semble difficile d'en soumettre l'exercice à un contrôle juridictionnel, comme le montre l'étonnement des parlementaires socialistes face aux propositions faites pour étendre la compétence du Conseil sur ces actes, à l'Assemblée nationale, en avril 1990<sup>47</sup>. Pourtant, le Conseil constitutionnel pourrait fort bien, dans le cadre de la procédure qui a été esquissée, être amené à contrôler la constitutionnalité de tels actes, sans, pour autant, réduire le pouvoir discrétionnaire du Chef de l'Etat. Il faut bien souligner que seuls les excès de pouvoirs présidentiels et non les pouvoirs du Président pourraient être affectés par l'adoption d'un tel contrôle. Les leçons du droit administratif et du droit comparé nous montrent que l'on peut tout à fait concevoir une intervention du juge qui consisterait à vérifier la constitutionnalité et non pas l'opportunité de ces actes, et qui ne réduirait donc pas les pouvoirs conférés au Président par la Constitution. Pour être restreint, ce contrôle n'en serait pas pour autant

<sup>44</sup> Cf. M. GENTOT, Exposé sur la réforme de l'organisation des juridictions administratives, Faculté de Droit de Saint-Etienne, 1988.

<sup>45</sup> Commissaire du Gouvernement HENRY, Concl. Sur l'arrêt Rubin de Servens, R.D.P.P. 1962, p. 306, cité par L. FAVOREU, Thèse préc., p. 259.

<sup>46</sup> C.E., 2 mars 1962, Rubin de Servens, préc.

<sup>47</sup> Cf. supra.

inutile, au moins en ce que son existence aurait un effet dissuasif. Nous analyserons très succinctement les principales modalités concevables de ce contrôle des pouvoirs propres du Président, dans l'ordre où ils sont énumérés par l'article 19 de la Constitution.

Les décrets par lesquels le Président de la République *nomme le Premier ministre et met fin à ses fonctions*, en application de l'article 8 alinéa 1 de la Constitution est considéré comme un " acte de gouvernement " <sup>48</sup>. La Constitution attribuant un pouvoir discrétionnaire au Président sur le choix du Premier ministre, il est exclu que le Conseil constitutionnel exerce ici un contrôle d'opportunité de désigner telle ou telle personne. Seule la mise en jeu de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement doit permettre de vérifier que le Chef du Gouvernement est accepté par la majorité parlementaire, il ne saurait appartenir au Conseil constitutionnel de se prononcer sur le choix de cette personne . On pourrait seulement concevoir que des parlementaires, les présidents des Chambres, le Premier ministre ou les membres du Gouvernement saisissent le Conseil dans certains cas, en particulier dans l'hypothèse où le Président de la République refuserait de nommer un Premier ministre - et qui paraît assez improbable -; ou bien si le Président de la République voulait mettre fin aux fonctions du Premier ministre, alors que ce dernier ne souhaitait pas démissionner. La Constitution de 1958 n'organisant pas la responsabilité du Premier ministre devant le Président de la République, il ne saurait être révoqué, même si la pratique s'est souvent établie en sens contraire durant la Ve République<sup>49</sup>. On pourrait concevoir des difficultés plus aigües si le Premier ministre refusait de démissionner à la suite d'une élection présidentielle<sup>50</sup>. On sait que la Constitution ne lui impose pas de démissionner dans ce cas, mais qu'une tradition s'est établie en ce sens. Dans l'un et l'autre cas, le poids des pratiques, des habitudes, pousserait probablement le Premier ministre à démissionner, si le Président le lui demandait publiquement<sup>51</sup>. Mais s'il refusait d'accéder à cette demande, le Président de la République pourrait contraindre le Premier ministre à engager sa responsabilité sur son programme. Cette procédure de règlement des litiges entre les organes de l'Etat lui permettrait en effet de demander au Conseil constitutionnel d'annuler, par exemple, le refus du Premier ministre d'engager sa responsabilité sur son programme devant l'Assemblée nationale. Si le Gouvernement était soutenu par la majorité, le Président disposerait encore de la faculté de recourir au droit de dissolution. Mais quel Président voudrait mettre fin aux fonctions d'un Premier

---

<sup>48</sup> Cf. L. FAVOREU, Thèse préc., p. 260.

<sup>49</sup> Cf. supra, n° 42, 43, 55 et 68.

<sup>50</sup> Cf. supra, et F. LUCHAIRE et G. CONAC, Le droit constitutionnel de la cohabitation, *Economica*, 1989, p. 78-79.

<sup>51</sup> Sur la valeur juridique et l'influence de fait des pratiques constitutionnelles, parmi lesquelles la tradition, cf. supra.



ministre approuvé par la majorité, depuis que la cohabitation a rappelé ce que chacun semble admettre avec M. Mitterrand à la fin de cette épreuve, à savoir que " Le Premier ministre, qui met en oeuvre la politique de la majorité parlementaire, ne peut être révoqué que par elle " 52 Dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire si le Président refusait de mettre fin aux fonctions du Premier ministre, alors que son gouvernement a été renversé par l'Assemblée, en application des articles 49 et 50 de la Constitution, le Conseil d'Etat a pu intervenir pour préciser, dans l'arrêt Brocas du 19 octobre 1962, que " le gouvernement démissionnaire garde compétence jusqu'à ce que le Président de la République ait pourvu par une décision officielle à son remplacement, pour procéder à l'exécution des affaires courantes " 53. Dans l'hypothèse où le Chef de l'Etat prolongerait trop longtemps ce maintien au pouvoir d'un gouvernement qui n'aurait plus la confiance de l'Assemblée, le Conseil constitutionnel pourrait être amené à lui rappeler ses obligations constitutionnelles.

Au titre de l'article 11 de la Constitution, Le Conseil constitutionnel pourrait être saisi pour vérifier d'une part que les conditions formelles requises pour le recours au *référendum* ont bien été remplies (auteur, moment et publication de la proposition), et aussi pour vérifier que le contenu du référendum correspond bien aux exigences posées par la Constitution, c'est-à-dire qu'il porte bien sur la matière visée par cet article, et qu'il ne consiste pas, par exemple, en une révision de la Constitution<sup>54</sup>. L'éternelle controverse sur la constitutionnalité des révisions constitutionnelles par le biais de l'article 11 trouverait ainsi une solution jurisprudentielle, qui n'a pas pu être adoptée jusqu'à présent puisque le Conseil constitutionnel n'était pas compétent pour intervenir sur ce point, et puisque le Conseil d'Etat refusait de connaître de cet " acte de gouvernement " <sup>55</sup>. Le Président de la République a d'ailleurs envisagé une extension de la compétence du Conseil constitutionnel pour le recours à l'article 11 : " Si le champ du référendum de l'article 11 devait être étendu un jour aux libertés est aux problèmes de société, un avis public du Conseil constitutionnel sur la conformité de la question référendaire à la Constitution, à son préambule, aux lois fondamentales de la

52 F. MITTERRAND, Entretien avec O. DUHAMEL, Pouvoirs n° 45, 1988, p. 136.

53 C.E. Brocas, 19 oct. 1962, RDP 1962, p. 1200, cité par G. CONAC et F. LUCAHIRE, La Constitution de la République française, Economica, 1987, p. 380-381.

54 O. DUHAMEL envisage une extension de la compétence du Conseil constitutionnel pour " contrôler le recours du Président de la République au référendum " (intervention au débat Sommes-nous entrain de changer de Constitution ? France-Culture, J. JULLIARD, automne 1986.

55 Dans l'arrêt Brocas, préc., Le commissaire du Gouvernement a qualifié le recours à cet article d'acte de gouvernement, et a considéré qu' " en proposant de soumettre directement au référendum un projet qui aurait d'abord du faire l'objet d'un vote du parlement, le Gouvernement aurait violé la Constitution. On est donc bien dans le domaine des rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels qui est l'un des domaines d'élection de l'acte de gouvernement ...." (cité par L. FAVOREU, Thèse préc, p. 260, n. 92.

Le Conseil d'Etat n'a pas employé cette expression mais la formule habituelle : " décret du Président de la République sur la légalité duquel il n'appartient pas au Conseil de se prononcer.

République serait indispensable ", a déclaré M. Mitterrand <sup>56</sup>. Par contre, la décision présidentielle de recourir ou non au référendum ainsi proposé dans un domaine prévu par la Constitution, est totalement discrétionnaire, et aucun contrôle ne saurait la limiter <sup>57</sup>. Le Conseil constitutionnel pourrait également annuler un refus présidentiel de promulguer un texte adopté par référendum (ce qui est, là aussi, très improbable).

Le Conseil constitutionnel ne pourrait exercer qu'un contrôle formel sur le décret présidentiel de *dissolution de l'Assemblée*, en vérifiant seulement que les conditions requises par la Constitution sont remplies (consultations, absence de dissolution dans l'année précédente, date des élections et réunion de l'Assemblée)<sup>58</sup>. Aucun contrôle sur l'opportunité d'une dissolution ne serait concevable, puisqu'il s'agit d'une décision totalement discrétionnaire du Président. Observons que si le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe a accepté de se prononcer sur une requête de députés contestant la dissolution du Bundestag par le Président fédéral allemand, il n'a pas annulé ce décret, alors même que cette dissolution était manifestement contraire à l'esprit du système instauré par la Loi fondamentale, car il a simplement contrôlé la régularité formelle de la dissolution, et considéré que les conditions de forme requises par le texte de la loi fondamentale avaient été remplies. Il a souligné que " la décision de dissoudre ou de ne pas dissoudre le Bundestag selon l'article 68 LF, est une décision politique majeure, qui relève du choix discrétionnaire du président de la Fédération. Bien évidemment, le président de la Fédération ne dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans le cadre de l'article 68 alinéa 1, phrase 1 LF, que si les conditions constitutionnelles prévues sont remplies au moment de sa décision " <sup>59</sup>.

<sup>56</sup> F. MITTERRAND, Entretien avec O. DUHAMEL, Pouvoirs n° 45, 1988, p. 138. Notons qu'un amendement a été déposé à l'Assemblée nationale à l'occasion des débats tendant à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, pour permettre au conseil constitutionnel de contrôler le recours au référendum (amendement n° 46, J. O. Ass. Nat. déb. 24 avril 1990, p. 674-675.

<sup>57</sup> Cf. supra, n° 69.

<sup>58</sup> Sur le droit de dissolution, cf. supra, n° 70.

<sup>59</sup> BVerFGE 62,1/ Jugement de la seconde chambre, du 16 fév. 1983, (1), 2, trad. et obs. C. AUTEXIER, préc., p. 1. Dans cette affaire, le Chancelier avait décidé de demander au Président de dissoudre le Bundestag (il s'agit en Allemagne d'une compétence présidentielle soumise à contreseing, mais ce pouvoir garde une part de discrétionnarité car selon l'article 68.1.1 LF, le Président " peut " recourir à la dissolution à certaines conditions) pour renforcer sa majorité, comme le font couramment les premiers ministres anglais, par exemple. Seulement, le système allemand, entièrement construit sur le contrepied du régime de Weimar, a été fait pour limiter au maximum les appels au peuple, et pour qu'une dissolution n'ait lieu que dans les cas où le chancelier est dans l'impossibilité de gouverner avec l'appui des chambres. C'est pourquoi il est prévu aux articles 63.IV.3 LF, et 68.1.1. LF que le Président ne peut choisir de dissoudre que si le Chancelier ne peut obtenir le soutien de la majorité des membres du Bundestag (art. 63.IV.3 LF, ce qui n'était pas le cas en l'espèce puisque son Budget avait été adopté la veille avec une majorité écrasante), ou dans l'hypothèse d'un refus de confiance au Chancelier (art. 68.1.1). Pour pouvoir demander une dissolution, le Chancelier a donc demandé aux membres du Bundestag de le renverser (la majorité en était d'accord avec lui), uniquement dans ce but. La Cour, après avoir rappelé qu'elle était bien consciente de ce que l'on pourrait appeler un détournement de procédure, a donné une interprétation souple de la Constitution, en soulignant le caractère discrétionnaire

Mais " le plus discrétionnaire de tous les pouvoirs discrétionnaires " n'est-il pas celui qui permet au Président de la République d'exercer une véritable *dictature provisoire*, aux termes de l'article 16 de la Constitution ? Là encore, il serait nécessaire d'étendre les compétences du Conseil pour qu'il puisse annuler des actes manifestement contraires à la Constitution, par exemple dans l'hypothèse où le Président déciderait d'utiliser cet article pour lutter contre une majorité qui lui soit opposée, alors que les conditions exigées par la Constitution ne seraient pas remplies<sup>60</sup>. Contrairement à ce qu'a pu estimer le Garde des Sceaux, un contrôle préventif sur la décision de recourir à l'article 16, ou sur les mesures prises par le Président de la République dans le cadre de l'article 16 ne ferait pas double emploi avec celles qui sont actuellement prévues par cet article, et qui prévoient un avis du Conseil constitutionnel sur ces mesures<sup>61</sup>. En effet, le Conseil n'aurait pas seulement un pouvoir consultatif (dans lequel, de surcroît, ses avis ne lient pas le Président), mais un pouvoir d'annulation, ce qui est tout autre chose<sup>62</sup>. Même si les critiques très vives qui ont été formulées contre l'article 16 se sont tues (la gauche ayant largement adhéré aux institutions, la droite ne pouvant contester l'héritage gaullien, et l'extrême droite faisant probablement de cet article le fer de lance de son action constitutionnelle), il ne faut pas perdre de vue le fait qu'il reste extrêmement dangereux, et que l'on pourrait limiter les risques qui lui sont inhérents par un tel contrôle, sans pour autant perdre les avantages indéniables qu'il comporte en cas de crise grave<sup>63</sup>.

---

des compétences du chancelier et du Président - et en précisant leurs rapports -. Elle a considéré que les conditions formelles exigées par la lettre de la Constitution étaient remplies, et que le décret de dissolution était donc conforme à la Constitution. C. Autexier souligne dans ses observations que la Cour invite ainsi à une révision de la Constitution sur ce point (à laquelle le Président de la Cour s'était déclaré très favorable), pour rendre un peu moins rigide le recours à la dissolution afin de sortir de certaines situations politiques de crise.

<sup>60</sup> Cf. supra, n° 71. En ce sens, L. FAVOREU notait dans sa thèse (préc., p. 262) qu'en ce qui concerne l'article 16 de la Constitution, le contrôle du Conseil constitutionnel " pourrait être assez poussé, le texte constitutionnel étant suffisamment précis ".

<sup>61</sup> Cf. Ass. Nat., 2e séance du 25 avril 1990, J.O. p. 293, 294., et cf. supra.

<sup>62</sup> Rappelons que selon F. LUCHAIRE, " les avis donnés par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'application de l'article 16 de l'organisation du référendum et de l'élection du Chef de l'Etat ne sont pas des jugements car ce ne sont pas des décisions " (dans *Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ?*, RDP 1979, p. 47).

<sup>63</sup> O. DUHAMEL envisage une extension de la saisine du Conseil constitutionnel sur ce point, en soulignant qu'il s'agit d'un domaine marginal en ce qu'il ne joue pas souvent, mais qu'il n'est pas négligeable pour autant (intervention au débat *Sommes-nous entraînés à changer de Constitution ?*, France-Culture, J. JULLIARD, automne 1986). En ce sens, cf. aussi P. DABEZIES, intervention à la table ronde sur le Bilan du septennat, RPP sept-oct. 1985, p. 62. Notons que l'article 16 de la Constitution a fait l'objet de 6 propositions de révision, qui sont toutes contemporaines de l'utilisation de cet article en 1961, à l'exception de celle de M. Dailly en 1974. Elles tendent toutes soit à abroger cet article, soit à instaurer un contrôle du Conseil constitutionnel, soit à limiter sa durée dans le temps (R. TEXIDOR, *L'évolution du révisionnisme*, dans O. DUHAMEL et J.L. PARODI, *La Constitution de la Ve République*, presses de la FNSP, 1988, p. 479).

Quant au *droit de message* conféré au Président par l'article 18 de la Constitution, il ne semble pas devoir donner lieu à des conflits importants d'interprétation, le Conseil pouvant peut-être simplement annuler les actes du Gouvernement ou des parlementaires s'ils décidaient de soumettre au vote le message du Président pour mettre en jeu sa responsabilité.

Enfin, les pouvoirs propres du Président qui sont relatifs à ses *relations avec le Conseil constitutionnel* (désignation de certains membres, et saisine, articles 54, 56 et 61). S'il s'agit bien d'actes de gouvernement, Louis Favoreu fait observer qu'il n'y a pas actuellement de déni de justice en ce qui concerne les actes relatifs à la saisine du Conseil, puisque, comme toute juridiction, il a " la compétence de sa compétence " et peut donc apprécier lui-même la régularité de sa saisine<sup>64</sup>. Il observe encore qu'il serait difficile de concevoir un examen de la validité des actes de nomination de ses membres par le Conseil constitutionnel lui-même<sup>65</sup>. On pourrait cependant envisager qu'il vérifie, par exemple, que les conditions d'âge ou de capacité de ses membres qui pourraient être instaurées soient remplies par les personnes nommées par le Président<sup>66</sup>.

Cette analyse sommaire permet de constater qu'il est tout à fait possible d'étendre les compétences du Conseil constitutionnel pour qu'il interprète la Constitution à l'occasion de litiges entre les pouvoirs publics, sans, pour autant, que toute l'économie de la Constitution soit bouleversée (du moins dans sa structure normative), puisque seuls les abus de pouvoir présidentiels seraient réduits, et non les prérogatives constitutionnelles du Chef de l'Etat. S'il est très probable que le Conseil constitutionnel sera tenté d'étendre son contrôle jusqu'aux limites de l'appréciation de l'opportunité, à l'instar du Conseil d'Etat, tout comme lui, il ne pourrait aller trop loin dans cette voie sans risquer de mettre en cause sa légitimité et son existence propres<sup>67</sup>. De manière peut-être un peu paradoxale, le contrôle des actes présidentiels soumis à contreseing serait parfois plus délicat.

---

<sup>64</sup> L. FAVOREU, *Le déni de justice en droit public français*, thèse préc., p. 260.

<sup>65</sup> *Idem.*

<sup>66</sup> Cf. *infra*.

<sup>67</sup> Sur le contrôle de l'opportunité par les juges, cf. P. DELVOLVE, *Le contrôle de l'opportunité existe-t-il ?*, dans *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque des 21 et 22 janvier 1988, LGDJ Montchrestien, 1988.

## b) Le contrôle des compétences présidentielles soumises à contreseing

**285** La surprise majeure de la cohabitation a été, à notre point de vue, le fait que le Président de la République s'octroie des droits de vetos pour l'exercice de certaines des compétences qui lui sont conférées, mais pour lesquelles l'exigence d'un contreseing ainsi que la volonté affichée des rédacteurs de la Constitution semblaient montrer clairement qu'il s'agissait de compétences formelles. Surtout, il s'est estimé en droit de refuser de prendre certaines décisions ou de signer certains actes alors même qu'il s'agissait de compétences liées. Si les conséquences pratiques de tels vetos n'ont pas été dramatiques durant cette première cohabitation, il pourrait en aller tout autrement dans l'hypothèse d'une autre cohabitation. Car cette interprétation très élastique de la Constitution est une porte ouverte vers d'autres abus de pouvoir. Or, certains actes présidentiels soumis au contreseing du Premier ministre et des " ministres responsables " ne font l'objet d'aucun contrôle de la part du Conseil d'Etat, au motif qu'il s'agit " d'actes de gouvernement ". Il en est ainsi pour des actes aussi importants que les décrets d'ouverture ou de clôture des sessions extraordinaires du Parlement <sup>68</sup>, le décret de promulgation ainsi que la demande de nouvelle délibération de la loi <sup>69</sup>, la convocation des électeurs pour des élections législatives, la signature des ordonnances <sup>70</sup>, du décret de ratification des traités ou de la déclaration de guerre <sup>71</sup>, des décrets de nomination et de révocation des ministres <sup>72</sup>. Sans doute, le Conseil constitutionnel a-t-il été amené à se prononcer indirectement sur certains de ces pouvoirs, par exemple sur le décret de convocation du Parlement en session extraordinaire <sup>73</sup> ayant eu l'occasion de rappeler que le Président de la République joue seulement " un rôle de notaire " quand il promulgue la loi, et qu'il peut en demander une nouvelle délibération après qu'elle ait été contrôlée et éventuellement sanctionnée par le Conseil <sup>74</sup>. Mais ce contrôle demeure encore très insuffisant.

<sup>68</sup> cf. supra, n° 92-93.

<sup>69</sup> Cf. L. FAVOREU, thèse préc., p. 259; et supra, n° 90-91.

<sup>70</sup> Cf. L. FAVOREU, La politique saisie par le Droit, préc., p. 124. Rappelons que les amendements sénatoriaux tendant à contraindre le Président de la République à signer les ordonnances prises par le Gouvernement en application d'une loi d'habilitation ont été rejetés au printemps (cf. Le Monde 21 juin 1990, p. 8).

<sup>71</sup> Cf. L. FAVOREU, Thèse préc., p. 259. Sur les problèmes relatifs au contrôle des actes " internationaux " de l'exécutif, cf. ibid., p. 263 et s.

<sup>72</sup> Art. 8 al. 2, cf. L. FAVOREU, thèse préc., p. 260.

<sup>73</sup> 130 DC 30 oct. 1981, cf. L. FAVOREU, la Politique saisie par le Droit, préc., p. 115.

<sup>74</sup> Cf. supra, D.C. 23 août 1985, L. FAVOREU et L. PHILIP, les Grandes décisions du Conseil constitutionnel, préc., n° 43, et L. FAVOREU, La politique saisie par le droit, préc., p. 115.

Une des difficultés les plus importantes qu'aura ici à résoudre le Conseil constitutionnel sera la question des pouvoirs respectifs du Président et du Premier ministre pour les actes présidentiels soumis à contreseing. Il est très possible qu'il adopte une solution comparable à celle du Tribunal constitutionnel de Karlsruhe, qui a précisé que le Président de la fédération devait accéder aux demandes qui lui étaient présentées par le Premier ministre, sauf s'il y avait une raison importante et manifeste pour laquelle il estimerait s'opposer à sa volonté : " Lorsqu'il examine si la demande et la proposition du chancelier fédéral selon l'art. 68 LF sont *compatibles avec la constitution*, le président de la Fédération ne peut utiliser d'autres critères; *dans cette mesure*, il doit respecter la compétence d'appréciation et de jugement du chancelier fédéral. Si le chancelier fédéral arrive à la conclusion que ses possibilités d'action sont épuisées (...) alors, le président de la Fédération ne peut substituer son propre jugement des circonstances à l'opinion du chancelier fédéral . (...) Si donc il apparaît au président de la Fédération, dans le jugement qu'il lui incombe de faire, qu'il n'y a pas de raison manifeste de privilégier une appréciation de la situation politique différente de celle du chancelier fédéral et conduisant à refuser la dissolution, le président doit considérer lors de l'examen de la *constitutionnalité* de l'action du chancelier fédéral que le jugement du chancelier fédéral est compatible avec la loi fondamentale "75. Il s'agissait d'un cas dans lequel la compétence présidentielle était discrétionnaire (l'article 68.1.1 de la Loi Fondamentale disposant que le Président " peut " dissoudre etc..). Cette solution permet de souligner que les compétences des chefs d'Etat parlementaire sont essentiellement formelles, mais elle paraît en même temps acceptable en France, puisqu'elle préserve un pouvoir d'appréciation du Président , dans les cas où la Constitution lui attribue un pouvoir discrétionnaire 76. C'est sans aucun doute dans le domaine de la défense et de la diplomatie qu'il sera le plus difficile au Conseil de se prononcer sur la répartition des compétences au sein de "l'exécutif ". Dans le cadre de cette procédure, le Conseil constitutionnel pourrait également contrôler en effet les actes du Premier ministre.

---

75 Tribunal Constitutionnel de Karlsruhe, décision préc. du 16 fév. 1983, (souligné par l'auteur) ,trad. C. AUTEXIER, préc., p. 5.

76 Nous avons pu constater que les arguments tendant à considérer que, depuis qu'il est élu au suffrage universel direct, le Président de la République français disposait d'un pouvoir de décision tout au plus partagé avec le Premier ministre sur les actes soumis à contreseing, nous paraissaient très contestables (cf. supra, n° 67).

## 2 ) Le contrôle des actes des autres autorités

S'il est vrai que les actes qui posent le plus de problèmes, sont ceux du Chef de l'Etat (du fait de son irresponsabilité), il ne serait peut-être pas tout à fait inutile que le Conseil constitutionnel puisse également être saisi de conflits de compétences relatifs à l'application de la Constitution par d'autres organes, en particulier le Premier ministre ( a ), mais aussi, dans certains cas, des présidents des Assemblées parlementaires ( b ).

### a ) Le contrôle des actes du Premier ministre

**286** Certains actes du Premier ministre sont, eux aussi, des dont le Conseil d'Etat refuse de connaître au motif qu'il s'agirait " d'actes de gouvernement ". La nécessité de ce contrôle paraît moins impérieuse que celle des actes du Chef de l'Etat, puisque le Premier ministre est politiquement responsable devant le Parlement. Mais l'ineffectivité de ce contrôle politique ou du moins sa relativité, en présence du fait majoritaire, en France comme en Allemagne<sup>77</sup>, rend pourtant nécessaire un contrôle de la constitutionnalité des actes du Premier ministre. Tout comme pour les actes positifs ou négatifs du Chef de l'Etat, on pourrait très bien concevoir que le Conseil constitutionnel se prononce sur l'interprétation de la Constitution à l'occasion des litiges entre les pouvoirs publics à propos de l'application de la Constitution par le Premier ministre. Là encore, le Conseil devrait limiter son contrôle pour respecter les pouvoirs discrétionnaires du Chef du Gouvernement, mais il vérifierait qu'il respecte la Constitution. Il pourrait par exemple être saisi d'un recours formé par le Président de la République ou par les membres du Parlement, ou les présidents des chambres, contre le refus du Premier ministre d'engager sa responsabilité sur son programme. L'article 49.1 impose en effet cette obligation au Premier ministre, dont le pouvoir discrétionnaire se situe dans le choix du contenu de ce programme - qui doit être distingué d'une déclaration de politique générale -, et dans le choix de la date à laquelle il engagera sa responsabilité<sup>78</sup>. On peut concevoir néanmoins que le Conseil vérifie que cette responsabilité est engagée dans un " délai raisonnable ", notion fréquemment

---

<sup>77</sup> Cf. supra, l'appréciation formulée par J. BURMEISTER à propos de l'intervention de la Cour constitutionnelle allemande.

<sup>78</sup> Cf. supra, n° 54.

utilisée en droit administratif, et qui n'a pas abouti, que l'on sache, à une paralysie de l'administration française, même si elle laisse au juge une marge d'appréciation non négligeable <sup>79</sup>. Cette intervention du Conseil constitutionnel lui permettrait de prolonger sa jurisprudence relativement protectrice des droits du Parlement et de ceux de la minorités.

b) Les litiges relatifs aux actes des autres autorités

287 Bien que cette hypothèse paraisse à priori marginale, on peut envisager des cas dans lesquels les litiges soient relatifs aux actes d'autres autorités que le Président de la République et le Premier ministre. Ainsi, le refus opposé en 1961 par le Président de l'Assemblée nationale, d'organiser un débat sur la responsabilité du Gouvernement, aux motifs qu'un telle faculté serait exclue durant l'application de l'article 16, pourrait faire l'objet d'une contestation devant le Conseil constitutionnel. A cette époque, c'était en fait l'interprétation du Président de la République qui s'était imposée. Et Jean-Luc Parodi de s'interroger : " L'ambiguïté de la décision du Président de l'Assemblée nationale à l'automne 1961 se réclamant du message présidentiel d'avril pour appuyer l'interprétation présidentiel de l'article 16 en septembre, en saurait être prolongée. Partie à part entière, le président de la République pourra-t-il longtemps rester juge ? " <sup>80</sup>. De la même façon que pour les actes du Premier ministre, on notera que les autres pouvoirs pourraient en fait être partiellement soustraits à une tutelle présidentielle inconstitutionnelle par l'adoption d'un mécanisme permettant au Conseil constitutionnel de régler les différents relatifs à l'interprétation de la Constitution.

On pourrait par ailleurs prévoir que le Conseil puisse être saisi, dans le cadre d'un contentieux de l'interprétation uniquement - cela va de soi - lorsque l'interprétation de ses propres décisions donne lieu à des litiges entre les pouvoirs publics.

Il ressort de cette analyse rapide des principaux cas dans lesquels ce mécanisme pourrait être mis en oeuvre, que le règlement juridictionnel des problèmes posés par l'interprétation de la Constitution pour les actes qui ne sont actuellement soumis à aucun contrôle juridictionnel, permettrait très probablement une pacification de la vie politique française. Loin d'être " très périlleuse et inadaptée " <sup>81</sup>, l'intervention du

---

<sup>79</sup> Sur l'utilisation de cette notion par le juge administratif, cf. S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Thèse, Paris, LGDJ 1980.

<sup>80</sup> J.L. PARODI, *Les rapports entre le législatif et l'exécutif sous la Ve République*, Presses de la FNSP, 1972, p. 112-113.

<sup>81</sup> Comme le pense G. CONAC (*Le droit constitutionnel de la cohabitation, préc.*, p. 154).



Conseil constitutionnel pour interpréter la Constitution à l'occasion de litiges entre les organes de l'Etat, permettrait d'abord d'instaurer véritablement un Etat de droit en France, puisque, désormais, les actes les plus importants du Président et du Premier ministre devraient être soumis à la Constitution, et non plus seulement au " bon plaisir " d'un monarque républicain. Le Président de la République ne serait plus à la fois juge et arbitre. Il resterait sans aucun doute un arbitre politique, un pouvoir modérateur politique (variable en fait selon le contexte politique). Mais, dans tous les cas de figure, seul le Conseil constitutionnel pourrait imposer une interprétation authentique de la Constitution. Sans doute, cette interprétation ne sera-t-elle pas toujours très facile à réaliser. Mais quelles que soient les difficultés de ce contrôle, il apparaît clairement que, loin de nuire à l'efficacité de la politique gouvernementale, loin d'aboutir à une réduction des pouvoirs constitutionnels du Président, loin de conduire le Président de la République et le Premier ministre à se transformer en plaideurs, " épuisant leur énergie à convaincre un juge du bien-fondé de leur thèse " <sup>82</sup>, comme certains pouvaient le redouter, il permettrait de dédramatiser bien des conflits au sommet de l'Etat. Le Chef de l'Etat et le Chef du Gouvernement pourraient se reposer sur la décision du Conseil constitutionnel, ce qui leur éviterait de se critiquer mutuellement, de mettre en doute la constitutionnalité de leurs actes respectifs, et ce qui leur éviterait d'avoir à affronter les critiques de leur propres alliés. Que ce soit dans un contexte politique où il existe une majorité - absolue ou relative - favorable au Président, ou dans un contexte de coexistence, ce mécanisme garantirait le respect de la Constitution, et , plus généralement, de l'Etat de droit démocratique.

---

<sup>82</sup> Comme le croit G. CONAC, *préc.*, p. 154.

## II UNE REFORME IMPLIQUANT CERTAINS AMENAGEMENTS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL?

Comme il est loin le temps où l'on pouvait ne voir dans le Conseil constitutionnel que " le chien de garde de l'exécutif ", le temps où l'on ne se souciait guère de " ce club de vieux messieurs en retraite de la République. Qui aurait pu croire qu'installés à l'ombre des murs du Palais-Royal, qui jouxtent, comme chacun sait, ceux de la Comédie-Française, ils allaient provoquer un étrange épisode de notre histoire constitutionnelle ? " <sup>1</sup>. Qui aurait pu imaginer que, trente ans après, l'ensemble de la classe politique, à l'exception du Parti communiste<sup>2</sup>, reconnaîtrait les vertus modératrices de la " démocratie éclairée " par ceux qui ne sont plus les neuf gérontes d'un conseil partisan, mais les neuf juges d'une juridiction constitutionnelle ?<sup>3</sup>. Aujourd'hui, peut-on demander à ce Cerbère de se retourner contre son maître sans s'interroger sur la nécessité de sa transformation ( A ) et sur les limites qu'il conviendrait d'apporter à son pouvoir s'il s'avisait d'en abuser ( B ) ? Même si l'on ne songe pas à bouleverser l'auguste Conseil, une réflexion sur ces points s'avère indispensable.

---

<sup>1</sup> E. PISIER et P. BOURETZ, *Le retour des sages*, Revue Esprit, n° 136-137, mars-avril 1988, p. 156.

<sup>2</sup> A la veille de la cohabitation et en 1986, le Parti communiste manifestait encore nettement son intention de supprimer le Conseil constitutionnel (cf. Les propositions de révision de la Constitution présentées par G. MARCHAIS dans son rapport au XXV e Congrès, du 6 au 10 fév. 1985, cf. L'Humanité-dimanche 10 fév. 1985, et cf. O. DUHAMEL, G. Marchais et la Ve République, *Le Monde*, 10-11 fév. 1985; Durant la cohabitation, cf. A. LEPORS, participation au débat Sommes-nous entrain de changer de Constitution ?, J.JULLIARD, *France-Culture*, automne 1986. Actuellement, le Parti communiste admet au moins la légitimité d'un contrôle de constitutionnalité, mais opérerait plutôt pour une Cour Suprême (cf. supra).

<sup>3</sup> Bien qu'il fasse encore parfois l'objet de quelques discussions, le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel semble actuellement admis par la très grande majorité de la doctrine. L'expression de " démocratie éclairée " est également d'E. PISIER et P. BOURETZ (ibid).

## A FAUT-IL TRANSFORMER LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ?

Peut-on raisonnablement penser que, dans sa structure actuelle, le Conseil constitutionnel bénéficie d'une légitimité, d'une indépendance et d'une autorité suffisantes pour être en mesure de donner une interprétation de la Constitution à l'occasion de litiges entre les pouvoirs publics, et pour annuler éventuellement certains actes du Président de la République ou du Premier ministre ? On a longtemps songé à le transformer en une véritable Cour Suprême, suivant le modèle américain. Aujourd'hui, cette métamorphose n'est presque plus réclamée, et il s'avère qu'une telle mutation ne serait probablement pas la meilleure solution pour un contrôle des actes de gouvernement ( 1 ). Par contre, certains aménagements doivent être envisagés au niveau du mode de désignation et du statut des membres du Conseil constitutionnel ( 2 ).

### 1 ) La métamorphose en Cour Suprême, une solution discutable

Muer le Conseil constitutionnel en Cour Suprême aurait sans doute de nombreux avantages, et l'on peut se demander si cela permettrait de renforcer sa légitimité ( a ). Pourtant, nous constaterons que cette option serait pas la plus favorable à une extension des compétences du Conseil pour régler les litiges entre les pouvoirs publics constitutionnels ( b ).

#### a ) Un contrôle de constitutionnalité plus légitime ?

**288** Une fois encore, nous voilà confrontés au concept tellement important et tellement ambigu à la fois de légitimité. Un des problèmes majeurs de l'extension des compétences du Conseil réside dans la question de savoir s'il bénéficiera d'une autorité suffisante pour exercer ce contrôle avec une indépendance suffisante. Or, chacun des

deux grands systèmes de contrôle de constitutionnalité, le système du *judicial review* (révision judiciaire <sup>4</sup>) et le système du contrôle de constitutionnalité de type européen, renforce, d'une manière différente, la légitimité de ce contrôle et de l'organe qui l'exerce. Dans les régimes qui ont adopté le modèle américain de contrôle de constitutionnalité, on peut considérer avec Frederik L. Morton, que le contrôle de constitutionnalité a d'autant plus de chances d'être légitime qu'il est plus juridique. Si l'on admet en effet que la "juridicisation" du contrôle de constitutionnalité renforce sa légitimité, il faut bien reconnaître que le système américain, dans lequel le contrôle de constitutionnalité est confié, par voie d'exception, à tous les juges et en dernier ressort à la Cour Suprême, sera plus légitime qu'un système dans lequel le caractère juridictionnel d'un Conseil spécialisé dans ce contrôle peut être discuté<sup>5</sup>. Mais, à l'inverse, les partisans du modèle autrichien prôné par Kelsen soutiennent qu'un juge ordinaire ne saurait bénéficier d'une légitimité suffisante pour exercer un tel contrôle. Ils insistent avec le Maître Viennois pour démontrer que les membres de la Cour constitutionnelle doivent être désignés par des organes politiques si l'on veut qu'ils puissent bénéficier d'une légitimité démocratique, et que l'on ne puisse les taxer d'être des "gouvernements de juges"<sup>6</sup>. Chaque système obéit à une logique propre qui est défendable. Il faut néanmoins souligner que l'indépendance de la justice aux Etats-Unis n'en est rien comparable au statut de simple fonction et non pas de pouvoir qu'ont les organes juridictionnels en Europe, et plus particulièrement en France. Pourtant, l'adoption de ce système serait peut-être nécessaire si l'on changeait de régime politique, pour adopter un système présidentiel, comme certains le souhaitent actuellement<sup>7</sup>. La plupart des propositions de transformation du Conseil constitutionnel en Cour Suprême se situaient d'ailleurs dans le cadre de suggestions tendant à l'instauration du régime présidentiel en France, à l'exception des propositions faites dans le programme commun de la gauche, mais que le Parti socialiste n'a pas renouvelées depuis longtemps<sup>8</sup>. Si l'on conserve les institutions actuelles, il ne paraît

<sup>4</sup> Selon l'expression de D. HOWARD, *La conception mécaniste de la Constitution*, communication au colloque 1789 et l'invention de la Constitution, AFSP, 2-4 mars 1989, Paris. (texte provisoire) p. 17.

<sup>5</sup> Cf. F.L. MORTON, *Point de vue d'Outre-Atlantique sur le Conseil constitutionnel*, *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 127-145 (en particulier p. 142 à 144). Sur les relations entre la juridicisation du Conseil et sa légitimité, cf. supra., et B. FRANCOIS, *Une revendication de juridiction, Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Ve République*, *Politix* n° 10-11, deuxième et troisième trimestres 1990, p. 92 à 109.

<sup>6</sup> Cf. A. Von BRÜNNECK, *Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales*, *AJIC* IV, 1988, ed. 1990, et., p. 17 à 19, et infra, n° 291, le mode de désignation des membres du Conseil constitutionnel.

<sup>7</sup> Cf. supra, l'option du changement de régime, le régime présidentiel.

<sup>8</sup> Rappelons que le programme commun de gouvernement adopté le 27 juin 1972 par les représentants du PS et du PC et de certains des radicaux proposait de remplacer le Conseil constitutionnel par une cour suprême. Contre la transformation du Conseil en Cour suprême, cf. L. PHILIP, *Le Monde* 31/8/1978. Sur les différentes propositions tendant à instaurer une Cour Suprême en France, cf. C. MARQUEZ, *Les propositions de révision de la Constitution de la Ve République*, *Mémoire IEP Aix-Marseille*, 1985, p. 133 à 167 (qui rappelle que certaines de ces propositions tendaient nettement à permettre le contrôle de l'exécutif par la Cour), et R.

pas indispensable de transformer le Conseil constitutionnel en Cour Suprême, le modèle autrichien de contrôle de constitutionnalité se révélant au fil des années de plus en plus légitime et efficace dans les pays où il a été adopté.

b) Un système peu propice au contrôle des actes de gouvernement

**289** La Cour Suprême des Etats-Unis exerce sur les actes du Président un contrôle beaucoup plus étendu que celui du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'Etat en France. Néanmoins, tandis que le système européen semble permettre à certaines cours constitutionnelles d'ignorer la barrière des " actes de gouvernement " <sup>9</sup>, la Cour Suprême américaine limite son contrôle par la théorie des " political questions ". Elle est née en même temps que le contrôle de constitutionnalité lui-même, puisque c'est dans l'arrêt *Marbury versus Madison* que le juge Marshall l'a élaborée, en déclarant que : " Les questions, politiques dans leur nature, ou qui, de par la Constitution et les lois, sont soumises à l'exécutif, ne peuvent être réglées dans ce tribunal " <sup>10</sup>. De nos jours, si l'on en croit les constitutionnalistes américains, " aucune branche de la loi de justiciabilité n'est aussi confuse que la doctrine de la " question politique " <sup>11</sup>. Son développement est assez comparable à celui, en France, de la théorie des actes de gouvernement. Comme elle marquée par l'indifférence judiciaire, et comme elle vilipendée par la doctrine, elle fut remise en cause au point que l'on douta de son existence. Outre-Atlantique comme en France, c'est en vain que l'on chercha dans les textes, dans les limites inhérentes au pouvoir judiciaire et dans la prudence des juges, le moyen de cerner cette notion brumeuse. Dans l'un et l'autre cas, la doctrine pensa que l'indétermination même de cette théorie devait permettre son atrophie<sup>12</sup>. C'est aussi la même année, en 1962<sup>13</sup>, qu'elle fit l'objet d'une décision retentissante : dans l'affaire *Baker v. Carr*, où le juge Brennan essaya de cerner les raisons de la

---

TEXIDOR, L'évolution du révisionnisme, dans O. DUHAMEL et J.L. PARODI, La Constitution de la Ve République, presses de la FNSP, 2e ed. 1988, p. 478-479, qui recense 9 propositions en ce sens (mais 5 si l'on tient compte des reprises), et qui ne s'inscrivaient pas toutes dans le cadre de l'adoption d'un régime parlementaire. Les dernières de ces propositions étaient en 1973.

<sup>9</sup> Cette notion semble étrangère, en particulier, à la Cour constitutionnelle allemande.

<sup>10</sup> Chief justice MARSALL, aff. *Marbury v/Madison*, 1 Cranch 137, 164 (1803), cité par D. HOWARD, préc., p. 19.

<sup>11</sup> C.A. WRIGHT, *The Law of Federal Courts* (4 th ed. ; St. Paul, Minn., 1983), p. 74, cité par D. HOWARD, préc., p. 19.

<sup>12</sup> Sur tous ces points, cf. D. HOWARD, préc., p. 19, 20 et s.

<sup>13</sup> Rappelons que le Conseil d'Etat utilisa l'expression d'acte de gouvernement pour la première fois dans l'arrêt *Rubin de Servens*, le 2 mars 1962. Mais, aux Etats-Unis comme en France, ce n'était pas la première fois que " la chose " - à défaut du mot, était utilisée par le juge, puisque nous avons vu que cette notion remonte à 1803 aux Etats-Unis, et au siècle dernier également en France (cf. supra).

limitation du pouvoir judiciaire résultant du refus des tribunaux " de réviser les décisions prises par les branches exécutive et législative " <sup>14</sup> . Dans cette affaire, la Cour élargit sa compétence par rapport à sa jurisprudence antérieure, puisqu'elle soutient qu'une réclamation portée contre la réglementation d'un Etat en matière électorale et violant l'égalité de protection du 14<sup>e</sup> amendement, est une question justiciable. Depuis cet arrêt, la Cour a étendu son contrôle à beaucoup de problèmes qui auraient, auparavant, été considérés comme des " political questions ". Ainsi, pour Dick Howard, " on ne doit pas croire (...) que parce qu'une réclamation implique la politique, elle sera jugée politique dans le sens de non justiciable " <sup>15</sup> . Comme en France, le champ d'application de cette notion a progressivement été réduit, en particulier sous la Présidence Warren. Comme en France encore, il est pourtant des domaines dans lesquels le juge n'ose pas s'aventurer, surtout celui de la politique étrangère et de la défense. Comme en France enfin, le juge considère que ce type de questions doit être réglé par les rapports politiques qui déterminent l'équilibre entre les pouvoirs <sup>16</sup> . Aujourd'hui cette notion concerne essentiellement les problèmes de défense et de diplomatie, bien qu'elle puisse parfois trouver d'autres domaines d'application.

Ainsi la notion des " political questions " se révèle-t-elle beaucoup moins limitatrice qu'on ne pourrait le croire à priori, et il faut bien être conscients du fait que, quel que soit le système élaboré, on peut douter qu'aucune Cour constitutionnelle se hasarde très loin dans le contrôle de constitutionnalité des actes relatifs à la politique étrangère et à la défense. L'expérience américaine est particulièrement intéressante pour les français en ce que, dans ce cas non plus, le Président n'est pas responsable devant les parlementaires, ce qui renforce la nécessité du contrôle de ses actes par une Cour constitutionnelle. Pourtant, quelques différences majeures doivent être observées. En premier lieu, la France reste un régime parlementaire moniste, puisque c'est le Gouvernement, responsable devant le seul Parlement, qui détermine et conduit la politique de la Nation. En second lieu, le Président des Etats-Unis doit composer avec des contre-pouvoirs beaucoup plus importants que le Président français, puisque le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire sont là-bas de véritables pouvoirs, et non de simples fonctions attribuées à des organes qui ne disposent guère que d'un droit de

<sup>14</sup> D. HOWARD, *préc.*, p. 20.

<sup>15</sup> D. HOWARD, *art. préc.*, p. 21.

<sup>16</sup> Dans l'affaire relative à la résiliation du traité de défense avec Taiwan par le Président Carter, le juge Rehnquist considéra qu'il s'agissait d'un cas qui devait " être assurément contrôlé par les normes politiques ". Pour lui, il s'agissait d' " une bataille entre des branches égales de notre gouvernement, chacune d'elles ayant des ressources disponibles pour protéger et faire respecter ses intérêts " : *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996, 1004 (1979), cité par D. HOWARD, *préc.*, p. 23. Dans d'autres cas, la Cour refusa également de se prononcer sur la déclaration de la fin d'une guerre, et sur les requêtes contestant l'implication des Etats-Unis au Vietnam (*ibid.* p. 24). Pour D. HOWARD, " C'est l'équilibre des pouvoirs entre les institutions politiques et non les tribunaux qui continueront à figurer de façon prééminente dans les décisions concernant la guerre et les relations étrangères " (*ibid.*, p. 27).

veto, sur des domaines dirigés en fait par les titulaires de " l'exécutif ". Cette différence est particulièrement sensible en période de cohabitation. En troisième lieu, la responsabilité du Président américain est nettement plus importante qu'en France, puisque son mandat est remis en cause tous les quatre ans, et puisque sa responsabilité pour haute trahison est susceptible d'être mise en cause beaucoup plus facilement - en fait - que dans notre pays, et cela même si le recours à cette procédure reste tout à fait exceptionnel. Enfin, la Constitution française est bien loin de faire l'objet d'une vénération comparable à la charte américaine.

Pour toutes ces raisons, il ne semble pas que, dans l'état actuel des choses, la solution de la mutation du Conseil constitutionnel en Cour Suprême soit très adaptée au problème qui est aujourd'hui le notre en France, à savoir la soumission de tous les organes de l'Etat aux règles de droit. Mais le Conseil constitutionnel est-il actuellement en mesure d'imposer cette soumission ?

## 2 ) De la nécessité d'aménager le Conseil constitutionnel

Les travaux réalisés par le Groupe d'Etudes et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle à Aix-en-Provence, et en particulier les colloques organisés par le Professeur Favoreu, ont permis d'améliorer considérablement la connaissance du droit constitutionnel jurisprudentiel ces dernières années<sup>17</sup>. Il en ressort que, parmi les pays qui ont opté pour le modèle autrichien de justice constitutionnelle, la France est un des pays dans lesquels les compétences du Conseil sont les plus réduites. Or, si l'on veut étendre le contrôle de constitutionnalité aux actes de gouvernement, il paraît nécessaire d'adapter les structures du Conseil pour qu'elles soient plus compatibles avec cette nouvelle fonction. La Ve table-ronde internationale du 20 octobre 1988, relative aux juges constitutionnels, permet de faire un bilan assez complet de l'organisation des Cours constitutionnelles, et donc de mieux relativiser et comprendre la situation française. On constate que, mis à part le problème des incompatibilités, le statut des membres du Conseil constitutionnel semble assez satisfaisant, puisqu'il permet à la fois une relative souplesse et une assez grande indépendance du Conseil. La durée du mandat des membres du Conseil et leur mode de renouvellement semblent en effet assez satisfaisants car ils permettent d'assurer en même temps l'indépendance des conseillers, et d'éviter les blocages et le conservatisme que risque de générer un

---

<sup>17</sup> Cf. Les publications du GERJC, et en particulier l'Annuaire International de Justice Constitutionnel, instrument de travail très précieux, dont le quatrième tome vient de paraître.

système dans lequel les juges constitutionnels sont désignés à vie. On pourrait sans doute remettre en cause le mode de désignation du Président, qui a voie prépondérante en cas de partage, et admettre qu'il soit élu par les membres du Conseil, par exemple pour trois ans, et non plus désigné par le Président de la République pour la durée qui plaît au Prince<sup>18</sup>. Ici encore, il serait nécessaire de tirer les leçons de l'expérience étrangère<sup>19</sup>. De plus, il serait sans doute souhaitable de rationaliser l'organisation de son travail, par exemple en le dotant d'outils de travail performants (informatiques notamment), et en mettant à la disposition des membres du Conseil des assistants de recherche, comme cela se fait aux Etats-Unis, en Allemagne ou en Italie<sup>20</sup>, afin que les décisions puissent être prises en parfaite connaissance du dossier par tous les membres du Conseil, chacun d'entre eux maîtrisant toutes les données du problème. Sans doute les membres du Conseil constitutionnel disposent-ils de " rapporteurs adjoints " et se font-ils aider dans leurs fonctions par des consultants, mais il s'agirait ici de renforcer une structure permanente d'aide technique qui ne viserait pas à la suppression de ces consultations extérieures, mais se superposerait à elle<sup>21</sup>. L'adoption du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception nécessiterait également des évolutions de ce type, tant le nombre d'affaires à traiter serait accru. Mais surtout, et même si l'on admet avec Charles Eisenmann et Louis Favoreu que l'indépendance des juges constitutionnels tient moins à leur mode de désignation qu'à leur statut<sup>22</sup>, l'extension des compétences que nous avons suggérée imposerait, à notre point de vue, que l'on réfléchisse aux problèmes suivants : l'appartenance au Conseil des anciens Présidents de la République ( a ), le mode de désignation des membres du Conseil ( b ), leur

18 Sur les problèmes juridiques posés par le remplacement de M. MAYER par M. BADINTER à la Présidence du Conseil constitutionnel, cf. supra. et L. FAVOREU, *AJIC*, IV, 1988, p. 144. Nous suivons totalement les observations de P. BON sur les différents modes de désignation du Président : " Deux grands systèmes sont concevables. Dans le premier, c'est l'un des organes politiques qui concourt à la composition du Tribunal qui désigne son président. Il va de soi que ce système, que l'on trouve en Autriche, en Allemagne, et en France, n'est guère favorable à l'indépendance de la juridiction constitutionnelle. Tel n'est pas le cas du second qui fait désigner le président par la juridiction constitutionnelle elle-même. Cette solution, beaucoup plus satisfaisante, a été adoptée en Italie " au Portugal et en Espagne (*Les juges constitutionnels en Espagne*, table-ronde préc., *AJIC* 1988, p. 120.

19 Cf. note ci-dessus. Observons avec L. FAVOREU que ces systèmes conduisent à ce que la Présidence soit négociée entre les partis, (*AJIC* 1988, p. 86), mais nous constaterons que ce système n'est pas pour autant moins démocratique que le nôtre.

20 Cf. A. Von BRÜNNECK, *Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales*, *AJIC* IV, 1988, ed. 1990, p.20 et 23.

21 Sur l'organisation du travail du Conseil constitutionnel, cf. F. GOGUEL, *Le Conseil constitutionnel*, RDP 1979, p. 8. Il rappelle que l'administration du Conseil est " très légère ", et précise que chaque année, le Conseil désigne dix " rapporteurs adjoints ", choisis parmi les maîtres des requêtes au Conseil d'Etat et les conseillers référendaires à la Cour des Comptes.

22 C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Thèse, Paris, 1928, p. 176-177, et L. FAVOREU, *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, *Economica et PUAM*, 1982, p. 33.



qualification ( c ) le régime des incompatibilités ( d ), et les limites d'âge des conseillers ( e ).

a ) Supprimer une anomalie, les membres de droit du Conseil constitutionnel

**290** Les rédacteurs de la Constitution de 1958 souhaitaient-ils assurer une retraite paisible et confortable aux Présidents Vincent Auriol et René Coty ? Voulaient-ils permettre aux anciens Chefs d'Etat de contrôler de loin le fonctionnement du régime après leur règne ou, au contraire, réduire au silence d'éventuels gêneurs ? <sup>23</sup> Espéraient-ils souligner ainsi le caractère politique du censeur du Parlement ? Curieuse idée que de permettre aux anciens Présidents de la République de faire partie, de droit, du Conseil constitutionnel. Elle se traduit par un échec total. La retraite des Présidents Auriol et Coty n'y fut pas paisible, puisque le Premier devait bientôt " claquer la porte " du Palais-Royal , avec toute la force de son indignation devant l'impuissance du Conseil à sanctionner les violations manifestes de la Constitution par le Général de Gaulle. Il tenta de lutter, écrivant au Président du Conseil constitutionnel pour manifester officiellement sa désapprobation, allant jusqu'à suggérer au Conseil d'adopter un projet de résolution visant à provoquer une révision de la Constitution pour lui permettre de contrôler la constitutionnalité des actes du Chef de l'Etat <sup>24</sup>. Mais l'écho de sa voix se perdit dans l'indifférence. Alors, refusant d'admettre que le Président de la République pût ainsi violer la Constitution en toute impunité, il fit savoir qu'il ne siégerait plus dans un Conseil constitutionnel tellement incapable de faire respecter le Droit. En quittant le Conseil, il retrouvait sa liberté d'action et de parole : " Nommé d'office et à vie par la Constitution en ma qualité d'ancien Président de la République et sans que j'eusse été consulté, je n'ai accepté de siéger au Conseil que pour veiller, en toute indépendance, au maintien de nos libertés et au respect de la souveraineté nationale... Cette désinvolture à l'égard de la souveraineté de notre Charte fondamentale oriente le régime constitutionnel de 1958 vers un système de pouvoir personnel et arbitraire en opposition avec les règles et principes essentiels de la

<sup>23</sup> Pour D. ROSENBERG, il est clair que l'objectif premier de ce système était d'écarter définitivement de la vie politique les anciens présidents (Les anciens présidents de la République membres de droit du Conseil constitutionnel, RDP 1985, p. 1293).

<sup>24</sup> Le 19 mars 1960, il envoie une lettre au Président du Conseil constitutionnel pour manifester son indignation devant le refus du Général de Gaulle de convoquer le Parlement en session extraordinaire et regretter l'incompétence du Conseil, le 7 avril, il propose la révision pour soumettre les actes du Chef de l'Etat à un contrôle de constitutionnalité, en permettant à la Haute instance de se saisir elle-même par l'intermédiaire de ses membres, et le 25 mai, il fait savoir qu'il ne siégera plus au Conseil. Cf. le texte de ces documents à l'Année politique, 1960, Annexes, p. 646-647, cf. L. FAVOREU, Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics, RDP 1967, p. 22- 23.

démocratie..."<sup>25</sup>. Le Président du Conseil constitutionnel lui fit savoir que, nommé à vie, il restait membre du Conseil<sup>26</sup>. Quant au Général de Gaulle, furieux contre lui, il envisagea des représailles<sup>27</sup>. On ferma la porte du Palais au rebelle, qui demanda qu'on lui coupât les vivres<sup>28</sup>. La retraite du Président Coty fut à peine plus longue et tout aussi amère. En 1962, outré par l'utilisation de l'article 11 pour réviser la Constitution, il justifia la rupture du silence qu'il s'était imposé par l'inconstitutionnalité flagrante du référendum : " En quittant l'Elysée, j'ai dit adieu à la politique...Mais quand j'ai vu la Constitution de la République traitée comme un chiffon de papier, je n'ai pu taire ma protestation " <sup>29</sup>. Depuis 1962, plus aucun chef d'Etat ne siégea au Conseil<sup>30</sup>. Le Général de Gaulle préféra prendre sa retraite à Colombey-les-deux-Eglises qu'à Paris. Mais comment aurait-il admis, lui, l'auteur de ce système, que quiconque le contraignît au silence, à part lui-même ? La question ne s'est pas posée pour Georges Pompidou, mort en fonctions. M. Valéry Giscard d'Estaing, pour sa part, refusa de siéger, puis fut dans l'impossibilité de le faire dès lors qu'il était député<sup>31</sup>.

Totalement impuissante à remplir l'objectif premier qui lui était assigné - écarter définitivement de la vie politique les anciens président -, cette règle constitutionnelle s'avère aujourd'hui non seulement inutile, mais aussi nuisible, car elle pourrait contribuer à politiser le Conseil<sup>32</sup>, et à affaiblir sa légitimité. Ne serait-il pas aberrant qu'un Président de la République écarté du pouvoir par le peuple puisse contrôler la constitutionnalité des actes de son rival victorieux ? Nul n'en disconvient. Aussi serait-il temps de supprimer cette anomalie de notre Constitution<sup>33</sup>, car si Dominique

<sup>25</sup> Lettre précitée du 25 mai 1960, que Léon Noël ne reçut que le 15 juin ! (cf. D. ROSENBERG, *Les anciens Présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel : l'impossible retraite*, RDP 1985, p. 1290-1291.

<sup>26</sup> *ibid.*

<sup>27</sup> D'après Léon Noël, cité par D. ROSENBERG, *art. préc.*, p. 1291.

<sup>28</sup> Le Président Auriol ne fut plus convoqué aux séances du Conseil, et les Procès-verbaux indiquèrent que tous les membres étaient présents, malgré son absence. Néanmoins il revint siéger à quelques séances, au moment de l'examen des résultats du référendum de 1962. C'est sur sa demande qu'il ne fut plus rémunéré après juin 1960.

<sup>29</sup> Lettre identique de R. COTY à plusieurs amis, citée par D. ROSENBERG, *préc.*, p. 1292.

<sup>30</sup> Notons cependant que R. COTY ne donna pas à ses protestations un caractère public, et que c'est son décès, et non sa démission qu'il explique qu'il n'ait plus siégé au Conseil à partir de 1962.

<sup>31</sup> Le Conseil constitutionnel a alors constaté qu'il ne pouvait plus venir siéger, cf. CC 7 nov. 1984, *Allain c/ Giscard d'Estaing*, Rec. p. 117; A.J.D.A. 1985, p. 93, note Cliquennois, cité par L. FAVOREU, *AJIC* 1988, *préc.*, p. 142.

<sup>32</sup> En ce sens, cf. L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, *préc.conclusion*.

<sup>33</sup> En ce sens, Cf. D. ROSENBERG, *art. préc.*, et L. FAVOREU, *Le droit constitutionnel jurisprudentiel* (Mars 1983-mars 1986), RDP 1986, p. 405, qui montre combien l'ambigüité du système actuel se traduit dans la décision précitée du Conseil constitutionnel, et rappelle que des propositions de suppression de cette

Rosenberg estime que son ineffectivité a abouti à la caducité définitive de cette règle, nous estimons au contraire que la validité des normes constitutionnelles ne dépend pas de leur effectivité, mais de leur existence formelle, et que c'est donc formellement qu'il faut supprimer cette règle contestable<sup>34</sup>. Nous considérons que l'on doit refuser toute valeur juridique aux coutumes aussi bien créatrices qu'abrogatrices en droit constitutionnel français<sup>35</sup>. Rien, en effet (en dehors du régime des incompatibilités), n'empêcherait M. Giscard d'Estaing ou M. Mitterrand à l'issue de son mandat, de prétendre siéger demain au Conseil, et de peser de tout leur poids (non seulement par leur voix, mais aussi par leur autorité morale) dans les délibérations de la Haute institution. Seule une révision formelle de la Constitution pourrait rétablir l'unité entre le droit et le fait, entre la règle et la pratique.

b) Vers un nouveau mode de désignation des membres du Conseil ?

**291** Lorsque nous interrogeâmes le Professeur Jacques Robert sur l'intérêt d'une révision du mode de désignation des membres du Conseil constitutionnel calquée sur les modèles italien ou espagnol, il réagit avec une vivacité qui surprit les néophytes, s'indignant de ce que l'on pût concevoir d'introduire des négociations partisans pour le choix des membres de la Haute Assemblée où il siégeait<sup>36</sup>. De fait, l'analyse des Cours constitutionnelles étrangères révèle que dans plupart des pays ayant opté pour le modèle européen de contrôle de constitutionnalité, et dans lesquels les parlementaires participent à la nomination des membres de la Cour<sup>37</sup>, on assiste à des négociations pour aboutir à un égal partage des désignations entre les principaux partis. Il en est ainsi dans les Etats où l'on a voulu conférer une légitimité particulièrement forte aux membres de la Cour, en imposant, pour leur proposition ou leur désignation une majorité renforcée des deux tiers ou des trois cinquièmes des parlementaires qui participent à leur désignation. L'idée originale est simple et séduisante : si les membres

---

disposition constitutionnelle ont été faites en 1974 (E.DAILLY, n° 291) et en 1985 (J. CLUZEL, 13 déc., Sénat, 1ère session ordinaire 1985-1986).

<sup>34</sup> Sur les rapports entre légitimité, effectivité et effectivité des règles constitutionnelles, cf. supra, L. II, T. I, Ch. II.

<sup>35</sup> Cf. supra, n° 195-196.

<sup>36</sup> Colloque du C.E.R.C.R.I.D. sur Les Cours suprêmes, Saint-Etienne, 17-18 mai 1990.

<sup>37</sup> Dans les principaux pays, la désignation des membres de la Cour constitutionnelle est faite par les organes suivants : *législatif seul* : Allemagne, Suisse, Belgique (bien que ce soit discutable puisque, formellement, ces nominations sont faites par le Roi sur proposition du Sénat, cf. F. DELPEREE, AIJC 1988, p. 103) et au Portugal (avec un système particulier); *Collaboration entre l'exécutif et le Sénat* : Etats-Unis; *collaboration entre le Parlement et l'exécutif* : Autriche et France; *Collaboration entre le Parlement, l'exécutif et le pouvoir judiciaire* : Italie et Espagne; système totalement *indépendant* des pouvoirs politiques : Grèce (cf. A. von BRÜNNECK, préc., p. 17 et s., ainsi que les rapports concernant chacun de ces pays, AIJC, 1988).

de la Cour peuvent recueillir non seulement l'assentiment de la majorité, mais aussi celui de l'opposition, alors ils disposeront d'une neutralité, d'une autorité et d'une légitimité suffisantes pour accomplir leur mission en toute objectivité. Tel est le système existant, avec des modalités variables, en Allemagne, en Italie, en Espagne, en Belgique et au Portugal<sup>38</sup>. Perversion ou perfection ? Dans la plupart des cas, ce mécanisme conduit en pratique à ce que la désignation des membres de la Cour soit négociée entre les deux plus grandes formations ou coalitions politiques du pays. Perversion, en ce que tout ce que tous les éléments qui renforceront l'image politique des Cours réduiront d'autant l'impression de sa juridicité, et probablement, par conséquent, sa légitimité. Perfection, pourtant, en ce que cette évolution n'est que l'aboutissement normal de la conception autrichienne du contrôle de constitutionnalité, selon laquelle les membres de la Cour doivent disposer d'une légitimité démocratique. Car cette légitimité est d'autant plus grande que le Conseil sera le reflet le plus fidèle de l'opinion. A cet égard, les systèmes les plus parfaits sont justement ceux de l'Autriche et de la Suisse, où est appliqué la " *parteienproportz* ". Ce système de répartition proportionnelle des désignations à la Cour entre les partis à la proportionnelle est le seul qui permette " la représentation des minorités dans les cours constitutionnelles, ce qui aboutit à une plus grande capacité de résoudre les problèmes et une acceptation élargie des décisions " <sup>39</sup>. Si l'on en croit le Professeur von Brünneck, l'influence des partis politiques - observable sous des formes diverses - sur la désignation des juges constitutionnels, semble indispensable pour assurer la légitimité démocratique de cette désignation<sup>40</sup>. Puisque, dans la plupart des démocraties occidentales, les activités politiques du peuple s'expriment principalement à travers l'action des partis politiques, ceux-ci doivent forcément jouer un rôle décisif dans des décisions cruciales telles que la sélection des juges constitutionnels " <sup>41</sup>. Et, dans la mesure où l'influence des partis sur la désignation des membres du Conseil est inéluctable, ne serait-il pas préférable de l'organiser rationnellement plutôt que de la nier ? Le système français est-il moins

<sup>38</sup> Notons cependant avec F. DELPEREE que l'influence des partis est tout à fait négligeable en Belgique, où les juges sont nommés par le Roi sur proposition d'une liste double adoptée à la majorité des 2/3 par le Sénat. Il est clair que l'exigence de ce quorum a pour objet de renforcer la légitimité démocratique des juges (AIJC 1988, p. 104). En Allemagne (cf. M. FROMONT, AIJC 1988, p. 85), en Italie et au Portugal, les membres désignés par les chambres doivent l'être à la majorité des 2/3. En Espagne, les juges proposés à la nomination par le Roi doivent recueillir 3/5e des voix pour les uns au Congrès des députés, et pour les autres au Sénat. En Italie, les candidats aux 5 sièges pourvus par la voie de l'élection par le Parlement doivent, pour être " consensuels ", rassembler 2/3 des voix des membres des deux chambres réunies en Congrès pour les trois premiers tours de scrutin, et les 3/5e pour les scrutins suivants (cf. J.C. ESCARRAS, AIJC 1988, p. 168). Rappelons qu'aux Etats-Unis, le Sénat se prononce sur la candidature proposée par le Président à la majorité des 2/3.

<sup>39</sup> A. von BRÜNNECK, préc., AIJC IV, 1988, p. 19.

<sup>40</sup> En ce sens, cf. aussi L. FAVOREU, communication au colloque Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges ? Ass. Nat. 1986, préc., p. 40, et P. BON rapport préc. sur l'Espagne, AIJC 1988, p. 118.

<sup>41</sup> Idem, p. 19.

politisé ? Certainement pas. Seulement, cette politisation est le fait d'un seul - le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat -, qui désigne discrétionnairement des personnalités remarquables par leur compétence et leur modération, comme le Doyen Vedel par exemple<sup>42</sup>, ou des personnes plus contestables qui ne doivent leur place qu'à leur dévotion pour l'autorité qui les a choisis<sup>43</sup>. Le choix politique et discrétionnaire d'un seul est-il préférable au choix négocié et politique de plusieurs ? Voilà encore une conception bien bonapartiste de la démocratie<sup>44</sup>. Mais, loin des débats d'idées, observons les résultats concrets de ces mécanismes. Le constat est non moins éloquent. A l'étranger, ce système permet d'aboutir à ce que les principaux mouvements d'idées soient représentés de manière *équilibrée* dans la désignation des juges<sup>45</sup>. En France, une seule tendance a pratiquement monopolisé les nominations au Conseil durant vingt ans. L'alternance permet de rétablir progressivement l'équilibre... et le voilà bientôt rompu à nouveau. Pour combien de temps ? Il est vrai que le statut et la qualité des membres qui ont siégé au Conseil jusqu'à présent a permis d'assurer une relative objectivité de sa jurisprudence. En France comme à l'étranger, il faut constater en effet qu'après leur nomination les juges ne suivent pas nécessairement l'opinion de ceux qui les ont nommés<sup>46</sup>. Sans doute. Mais comment nier que l'autorité de nomination a tout de même une influence importante ? Le problème est que l'objectivité de ces choix, et l'objectivité de ces hommes dépend très largement de la personnalité des autorités qui les nomment lorsque cette nomination est confiée discrétionnairement à une seule personne. Vue sous cet angle, l'objectivité du Conseil est bien fragile. Écoutons encore Félix Pyat : " Il ne faut pas tenter Dieu, encore moins l'homme ". Alors, pour ne tenter personne, il serait peut-être plus raisonnable d'admettre que le système actuel conduit à une politisation très comparable à celle que l'on observe à l'étranger, avec cette différence majeure qu'elle ne permet pas de garantir l'équilibre de ces force, mais tend au contraire à le détruire. Si les membres des Cours ne doivent évidemment pas être désignés par les partis eux-mêmes, mais par les parlementaires (seuls, ou de préférence

<sup>42</sup> Pour un éloge aussi vibrant que pertinent, cf. M. KAJMAN, " La longue vue " du Doyen Georges Vedel, *Le Monde* 21 fév. 1989, p. 9.

<sup>43</sup> Pour certains, la qualité des membres du Conseil constitutionnel montre que ce recrutement est " incontestable " et souhaitent même l'étendre à la magistrature: en ce sens, cf. D. SOULEZ LARIVIERE, *La magistrature : " to be or not to be "*, *Revue Esprit*, Mars-avril 1988, n° 136-137, p. 184.

<sup>44</sup> Sur l'analyse des travaux préparatoires de la Constitution pour déterminer le mode de désignation des membres du Conseil constitutionnel, cf. L. PHILIP, *l'écriture de la Constitution*, communication au Colloque du XXXe anniversaire, Aix-en-Provence, 1988, p. 2 et s.

<sup>45</sup> En ce sens, cf. A. von BRÜNNECK, rapport préc., et, sur l'Allemagne, M. FROMONT, *AJIC*, 1988, p. 85-86 (qui note que les deux grandes formations se mettent d'accord pour désigner chacune trois membres proches de leur parti et une personnalité neutre, ce qui permet d'obtenir une composition équilibrée du Conseil); en Autriche, T. ÖHLINGER constate également qu'il y a un égal partage des sièges entre les deux principaux partis (*AJIC* 1988, p. 96); Sur l'Italie, cf. J.C. ESCARRAS, *AJIC* 1988 p. 168 et s.

<sup>46</sup> En ce sens, cf. p. BON, art. préc., *AJIC* 1988, p. 129.

avec la participation du pouvoir judiciaire et de l'exécutif<sup>47</sup>), il paraît souhaitable que l'on organise juridiquement ce jeu des forces politiques, au lieu de le nier en adoptant " la politique de l'Autriche ".

Dans le cadre de l'extension des compétences du Conseil constitutionnel que nous proposons, il est particulièrement nécessaire d'améliorer le mode de désignation des membres du Conseil<sup>48</sup>. Peut-on admettre, dans un Etat de droit, que le Chef de l'Etat choisisse, parmi ses amis, ceux qui devront contrôler la Constitutionnalité de ses actes ? Est-il tolérable que le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat puissent faire de même ? Non.

Enfin, les études comparatives sur les Cours constitutionnelles montrent que de nombreux garde-fous sont aménagés pour tempérer cette inévitable politisation du mode de désignation des juges constitutionnels. En Espagne, Pierre Bon en recense principalement quatre. Le Premier consiste à combiner la désignation par des organes politiques et la désignation par le pouvoir judiciaire, système appliqué en Italie et en Espagne, et que l'on pourrait étudier avec beaucoup d'intérêt pour la France. Le second vise à exiger une majorité qualifiée pour la désignation des membres procédant du Parlement, et nous avons constaté quels sont ses avantages et ses inconvénients. Et les deux derniers sont, d'une part, la désignation du Président par la Cour elle-même<sup>49</sup>, et d'autre part l'exigence que seuls des professionnels du droit puissent appartenir à la Cour.

### c) Nécessaire qualification juridique des membres de la Cour

**292** Pour Kelsen, " il est de la plus grande importance d'accorder dans la composition de la juridiction constitutionnelle une place adéquate aux juristes de profession " <sup>50</sup>. Son appel a été particulièrement bien entendu dans la plupart des pays adoptant le système qu'il préconisait. En Allemagne, on observe un " véritable

<sup>47</sup> Notons que Kelsen se demandait s'il n'était pas opportun de combiner la nomination par le Parlement et la nomination par le Gouvernement (La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle, RDP 1929, p. 227, cité par P. BON, art. préc. AIJC 1988, p. 118). Rappelons que, parmi les principaux systèmes européens, Seules l'Autriche et la France combinent la participation de l'exécutif et du législatif (et éventuellement la Belgique, selon l'idée que l'on a de la compétence royale), et seules l'Italie et l'Espagne y font participer le législatif, l'exécutif et le judiciaire.

<sup>48</sup> En dehors même de cette réforme, on peut se demander si le Conseil bénéficie actuellement d'une indépendance suffisante, par exemple avec F. LUCHAIRE (Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ?, préc., p. 52

<sup>49</sup> Cf. supra.

<sup>50</sup> H. KELSEN, art. préc., p. 227.

monopole des juristes " 51. Ces juristes devraient être particulièrement compétents, puisque l'on exige de certains d'entre eux

(six) qu'ils soient des magistrats et pour les autres qu'ils disposent de deux diplômes de droit. Or, cette formation est très solide, puisque les études de droit durent entre huit et dix ans. La Cour est ainsi composée de magistrats, de fonctionnaires, d'administrateurs et de professeurs. Mais certains reprochent justement à cette composition de n'être pas assez diversifiée et de ne pas garantir que les juges aient une expérience suffisante 52. Les membres des Cours Autrichienne Italienne et Espagnole doivent non seulement bénéficier d'une bonne formation juridique, mais encore faire état d'une solide expérience, de dix à quinze ans 53. Dans ces Cours, les professeurs de droit (représentant les différentes branches du droit en Espagne), les magistrats, les avocats et les hauts fonctionnaires occupent une place importante. En France, comme aux Etats-Unis, aucune capacité particulière n'est requise par les textes. Mais, tandis qu'Outre-Atlantique, la pratique impose que les membres de la Cour suprême aient tous une formation juridique, il n'en va pas de même en France. Il est vrai que, comme le souligne le Professeur Favoreu, la composition réelle du Conseil constitutionnel ne correspond pas à l'image que l'on en donne souvent, puisque parmi tous ceux qui y ont siégé jusqu'à présent, trente six sur quarante deux, soit six sur sept, rempliraient les conditions exigées en Allemagne (sauf à considérer la durée des études), en Italie, ou en Espagne 54. Mais, là encore, on peut se demander pourquoi ne pas consacrer juridiquement cette règle, dont l'effectivité est un indice de la légitimité ? Pourquoi prendre le risque que des personnes totalement incompetentes en droit soient nommées pour se prononcer de manière juridique sur des problèmes qui devraient rester juridiques ? L'exigence formelle de capacités juridiques ne renforcerait-elle pas la l'autorité du Conseil ? Le Doyen Favoreu fait observer que l'expérience politique de certains membres du Conseil est très enrichissante pour cette institution. Sans doute, mais on peut sans doute trouver des juristes qui, pour certains, puissent également bénéficier de cette expérience, ou l'on peut concevoir que les membres du Conseil constitutionnel puissent consulter des hommes politiques d'expérience pour éclairer leur jugement. Notons qu'en Belgique, les membres de la Cour doivent bénéficier soit

---

51 M. FROMONT, *AJIC* 1988, p. 84.

52 Cf. M. FROMONT, *préc.*, p. 82 à 84.

53 Cf. Les rapports respectifs de T. ÖHLINGER (*AJIC* 1988, p. 93) J.C. ESCARRAS (*ibid.*, p. 167) et P. BON (*ibid.*, p. 119 et s.).

54 L. FAVOREU, *Les juges constitutionnels en France, préc.*, *AJIC* 1988, p. 147.

d'une qualification juridique, soit d'une qualification politique, et faire état d'une expérience de cinq ans dans le premier cas, et de huit ans dans le second. On a en effet considéré qu' " il est souhaitable, pour que les décisions s'imposent aux pouvoirs publics avec toute leur autorité nécessaire, que ces juridictions comptent dans leurs rangs des hommes qui, par leur carrière antérieure, ont acquis une expérience des affaires publiques et se sont assuré un certain prestige dans l'opinion publique auprès des dirigeants politiques " 55. Là encore se révèle toute l'ambiguïté du modèle européen de justice constitutionnelle, où l'on ne sait précisément ce qu'il faut entendre par " place adéquate " des juristes au sein des cours constitutionnelles.

Si l'on veut faire de la Cour constitutionnelle un organisme qui reste essentiellement juridique, il nous paraît essentiel qu'elle soit composée de juristes, et que cette exigence soit inscrite formellement dans les textes, et cela sera d'autant plus nécessaire que l'on étendra les compétences du Conseil, aussi bien pour contrôler les compétences du Chef de l'Etat que pour statuer par voie d'exception sur la constitutionnalité des lois. Ces réformes nécessiteront également une plus grande disponibilité des membres du Conseil.

#### d ) Etablir un régime d'incompatibilités sérieux

293 Ici encore, le régime français paraît bien archaïque au regard de celui qui existe chez ses voisins. Les règles françaises sont en effet les plus souples de toutes celles qui gouvernent les juridictions européennes<sup>56</sup>. Si les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement, du Parlement, du Conseil économique et social et de l'Assemblée des Communautés européennes, ou de dirigeant ou responsable d'un parti ou groupement politique, elles ne le sont ni avec l'exercice d'une activité privée, ni avec celui d'une fonction publique<sup>57</sup>. Ce système pouvait convenir au début de la Ve République, tandis que l'activité du Conseil était minime. Aujourd'hui, et plus encore demain en cas d'extension du contrôle de constitutionnalité, il paraît indispensable d'étendre

---

<sup>55</sup> A. VANWELKENHUYZEN, cité par F. DELPEREE, AIJC 1988, p. 102.

<sup>56</sup> P. BON, art. préc., AIJC 1988, p. 130.

<sup>57</sup> Cf. L. FAVOREU, préc. AIJC 1988, p. 153, qui souligne que la réserve à laquelle sont tenus les membres du Conseil limite leurs possibilités d'activités extérieures. Certaines règles permettent cependant d'éviter des pressions à ce niveau, puisque si un membre du Conseil est fonctionnaire, il ne peut bénéficier d'aucun avancement au choix. S'il n'est pas fonctionnaire, il ne peut accéder à la Fonction publique : un Conseiller d'Etat pourrait être nommé membre du Conseil constitutionnel, mais un membre du Conseil constitutionnel ne pourrait pas être nommé conseiller d'Etat - précise F. GOGUEL (*Le Conseil constitutionnel*, RDP 1979, p. 8).



considérablement le régime des incompatibilités, et cela pour deux raisons. D'abord pour une raison technique. La qualité et l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel exigent d'ores et déjà que les membres du Conseil y consacrent l'essentiel de leur temps. Ensuite pour une raison tenant à l'indépendance du Conseil. Notons qu'en Autriche, où le régime des incompatibilités est également assez souple, puisque les juges peuvent aussi continuer à exercer leur profession d'origine (comme juges, professeurs, avocats, etc...), les fonctionnaires sont néanmoins libérés de leurs obligations pendant la durée de leur mandat. Or, en Autriche comme en France, cette situation peut générer des doutes sur l'impartialité des décisions et elle se traduit par le fait que la Cour est surchargée d'affaires qu'elle n'est pas en mesure de régler rapidement. Aux Etats-Unis, si la seule incompatibilité imposée par la Constitution est celle de membre du Sénat ou de la Chambre des Représentants, en pratique, les juges cessent toute activité lucrative, ou toute autre fonction susceptible de créer des conflits d'intérêt<sup>58</sup>. Quant aux autres pays d'Europe, ils établissent généralement des régimes d'incompatibilités sévères - comme en Allemagne<sup>59</sup> - ou très sévères, - comme en Espagne<sup>60</sup>.

Si l'on veut réellement donner au Conseil constitutionnel la légitimité et l'autorité dont doit bénéficier une véritable Cour constitutionnelle, il faudra établir un régime rigoureux d'incompatibilités. La situation actuelle, dans laquelle certains membres du Conseil constitutionnel ont continué à exercer des fonctions électives locales (président du Conseil général, maire), et se sont présentés à des élections (s'exposant à être battus ou à ce que ces élections soient invalidées par le juge administratif), n'est en effet guère conciliable avec l'indépendance et la respectabilité exigées par de telles fonctions<sup>61</sup>. Enfin, il ne serait pas excessif de songer à limiter l'âge des conseillers.

#### e) Limiter le vieillissement du Conseil constitutionnel

**294** Bien sûr, les romains confiaient déjà à des " senex " le soin de garantir la stabilité de la République par leur sagesse. Bien sûr, Boissy d'Anglas voyait dans le Conseil des anciens " la raison de la République ". Bien sûr, le " Conseil des sages " de

<sup>58</sup> Cf. M. DAVIS, AIJC 1988, p. 136.

<sup>59</sup> Toute activité professionnelle, gouvernementale ou parlementaire y est interdite aux juges, à l'exception de celle de professeur de droit. Par contre, le régime des incompatibilités allemand pêche par sa faiblesse sur le plan politique, puisqu'il n'est pas interdit aux membres de la Cour d'exercer une activité dans les partis (cf. M. FROMONT, AIJC 1988, p. 84-85).

<sup>60</sup> C'est en Espagne qu'est établi le régime d'incompatibilités le plus rigoureux, cf. P. BON, préc., AIJC 1988, p. 130.

<sup>61</sup> En ce sens, cf. L. FAVOREU, préc., AIJC 1988, p. 154.

la Ve République ne saurait être composé de jeunes gens inexpérimentés <sup>62</sup>. Qui pourrait nier que la sagesse et la sérénité viennent avec l'âge ? Pourtant les français font peut-être un excès de zèle en ce sens, puisque la moyenne d'âge des membres du Conseil constitutionnel y est de dix à vingt ans supérieure à celle des juges des autres pays. En Espagne<sup>63</sup>, en Allemagne<sup>64</sup>, en Autriche<sup>65</sup>, cette moyenne s'établit entre 55 et 58 ans, aux Etats-Unis, elle est actuellement de 67 ans <sup>66</sup>. En France, où il n'existe aucune limite d'âge, la moyenne d'âge des membres du Conseil constitutionnel est de 73 ans <sup>67</sup>, soit trois à cinq ans de plus que l'âge de la retraite des juges des Cours constitutionnelles dans la plupart des autres pays <sup>68</sup>. Or, ce phénomène ne fait que s'aggraver puisque cette moyenne française a augmenté régulièrement (elle était de 63 à 65 ans jusqu'en 1977 et est toujours restée entre 70 et 74 ans depuis). Il est vrai que les progrès de la médecine permettent de vivre aujourd'hui à quatre-vingts ans beaucoup mieux qu'on ne le faisait au début du siècle. Il est indéniable aussi que l'activité du Conseil constitutionnel français n'est en rien comparable à celle de ses homologues étrangers (elle rend 40 décisions en moyenne par an, tandis que les autres Cours en rendent entre plusieurs centaines et un à deux milliers). Il faut enfin reconnaître que l'indépendance d'un homme qui est au terme d'une longue carrière sera plus grande que celle d'un homme qui doit se soucier de l'activité qu'il aura lorsqu'il ne sera plus membre du Conseil. Mais si l'on fixe l'âge de la retraite, cette question ne se pose plus.

---

<sup>62</sup> Notons que les femmes brillent par leur absence dans les Cours constitutionnelles (bien qu'il y ait une femme dans la Cour Espagnole, cf. p. BON, art. préc. p. 122), notamment en France, où aucune femme n'a jamais fait partie de cette institution, ce qui pose tout de même un problème sérieux, la moitié de la population n'étant pas représentée dans ces Cours.

<sup>63</sup> En Espagne l'âge moyen des juges était de 55 ans en 1980, il est actuellement de 57 ans (cf. P. BON, préc., AJC 1988, p. 122 et 125).

<sup>64</sup> Le rapport fait à la Table-ronde internationale par M. FROMONT fait seulement état de l'âge moyen d'entrée en fonctions (qui varie entre 50 et 53), mais en sachant que la durée du mandat est de 12 ans, on peut avoir une idée de l'âge moyen des juges actuellement en fonction.

<sup>65</sup> L'âge moyen d'entrée en fonctions est de 52, et l'âge moyen des titulaires varie entre 55 et 58 ans (ils sont élus à vie, mais l'âge de la retraite est fixé à 70 ans). cf. T. ÖHLINGER, AJC 1988, p. 95.

<sup>66</sup> M. DAVIS rappelle que dans les années trente, alors que l'âge moyen des membres de la Cour Suprême était de 71, 5 ans, on reprochait à la Cour d'être occupée la " les neuf vieillards ". Actuellement l'âge moyen est de 67 ans. Le phénomène marquant aujourd'hui est le rajeunissement de la Cour suprême, surtout sous la présidence de R. REAGAN, puisqu'il a abaissé l'âge moyen d'entrée en fonctions à 56 ans (puisqu'ils sont nommés à vie, les c'est une Cour reaganienne qui régnera après l'an 2000). (cf. AJC 1988, p. 134).

<sup>67</sup> En 1988 toujours, mais les nouvelles nominations de 1989 n'ont pas abaissé considérablement cette moyenne, puisque les trois membres recrutés sont nés respectivement entre 1922, 1925 et 1928.

<sup>68</sup> L'âge de la retraite est de 70 ans en Autriche et en Belgique, et de 68 ans en Allemagne. En Espagne, il n'y a pas de limite d'âge.

Il ne serait donc pas déraisonnable de songer à rajeunir un peu le Conseil Constitutionnel, en prévoyant, tout simplement, que l'âge maximal de ses membres sera fixé, par exemple à 70 ou 72 ans<sup>69</sup>.

Le dernier problème posé par l'extension des compétences du Conseil constitutionnel, mais qui n'est pas le moindre, est celui du risque d'abus de pouvoir des juges eux-mêmes.

## B NECESSITE DE S'INTERROGER SUR LES RISQUES D'ABUS DE POUVOIR DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

295 On ne saurait songer à étendre les compétences du Conseil constitutionnel, en particulier pour contrôler les actes du Président de la République et du Premier ministre, sans s'interroger sur les risques que peut comporter cette réforme, et en particulier sur le risque d'excès de pouvoir des juges eux-mêmes. Ces abus pourraient se traduire principalement par une interprétation trop élastique ou infidèle du texte constitutionnel. Si l'on se place dans une optique réaliste, on ne pourra pas mesurer - et pas même penser - ces abus. Puisque, dans cette conception, le juge constitutionnel crée ou recrée la Constitution en l'interprétant, on voit mal comment il pourrait abuser de son pouvoir. Le problème se pose ici exactement dans les mêmes termes qu'en droit administratif, où l'on peut également considérer que les tribunaux administratifs et en particulier le Conseil d'Etat, créent les règles qu'ils mettent en oeuvre dans leur contrôle, et donc prennent les décisions essentielles aux lieu et place des pouvoirs législatif ou administratif<sup>70</sup>. Tout au plus pourrait-on alors percevoir la

<sup>69</sup> On pourrait également songer à établir un âge minimal, comme cela se fait explicitement (40 ans en Belgique et en Allemagne) ou implicitement (du fait de l'exigence d'une certaine durée d'études et d'une expérience de 10 à 15 ans) dans certains pays étrangers. Mais la pratique française montre que cela n'est pas indispensable actuellement.

<sup>70</sup> M. TROPER montre que l'analyse réaliste peut s'appliquer aux cours souveraines, comme le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation, aussi bien qu'au Conseil constitutionnel, mais que les tribunaux qui leurs sont subordonnés ne disposent pas d'un pouvoir aussi large car leurs décisions peuvent être réformées par les cours suprêmes. Dans cette conception, lorsqu'il apprécie, par exemple, la conformité d'un règlement à une loi, le Conseil d'Etat crée le règlement et la loi (puisqu'il les interprète et que toute interprétation est création). Cf. m. TROPER, Justice constitutionnelle et démocratie, RFDC, 1, 1990, p. 39-40. Par ailleurs, sur la justice

contestation du contrôle de constitutionnalité par les citoyens ou par les autres pouvoirs. En fait, comme n'importe quel autre juge, le juge constitutionnel devra veiller à donner une interprétation " acceptable " de la Constitution, en ne limitant pas les autres pouvoirs au point de paralyser leur action et de scléroser le système juridique. Comme ces notions sont floues, incertaines, brumeuses. Mais ce motif n'est pas suffisant pour les écarter d'une analyse juridique, car elles sont essentielles pour expliquer le fonctionnement des règles de droit, c'est-à-dire les rapports entre le droit tel qu'il a été écrit, et le droit appliqué. Elles sont essentielles aussi pour essayer de réduire l'écart entre la règle et sa pratique. Dans la conception formaliste-systémique que nous avons proposée, nous ne prétendons aucunement nier le fait que le juge - n'importe quel juge et notamment le juge administratif - puisse imposer en pratique non pas la volonté " du peuple ", ou la volonté des rédacteurs de la Constitution, mais sa propre volonté. Nous pensons seulement que, ce faisant, il ne crée pas la norme, mais il l'applique, en la respectant ou en la violant plus ou moins, et que c'est justement par ce qu'il peut la violer qu'il est nécessaire de s'interroger sur cet écart entre la Constitution et son application. Nous partons de l'idée que l'on ne peut instaurer un Etat de droit démocratique que si les règles formellement adoptées par le peuple sont respectées par les gouvernants. Pour rendre effective la souveraineté du peuple, il faut donc garantir l'effectivité des règles qu'il a adoptées en votant pour le texte de la Constitution. On ne saurait donc admettre que les gouvernants modifient ces règles. Pour garantir la soumission des gouvernants aux règles constitutionnelles, nous avons proposé de soumettre leurs actes au contrôle du Conseil constitutionnel. Le problème est donc à présent de savoir comment garantir la soumission du Conseil constitutionnel lui-même à la Constitution. Ici encore, nous nous placerons dans une optique à la fois mécaniste, normativiste et systémique. En effet, la mesure dans laquelle le Conseil constitutionnel est soumis à la Constitution dépend d'une part du contenu des normes elles-mêmes, d'autre part, des pressions qui sont exercées sur elle dans un mécanisme donné, et enfin de la combinaison de ces éléments et de ces rapports avec le système de variables déterminantes. Le droit administratif, par exemple, montre fort bien que plus un texte est rédigé de manière précise et impérative, et moins la marge de manoeuvre des organes d'application par rapport à ce texte est importante. Pourtant, même en présence d'un texte qui paraît clair et impératif, les gouvernants ou le juge peuvent s'octroyer une marge de pouvoir discrétionnaire plus ou moins importante. La " force du droit ", l'influence des règles prévues dans un texte, ne peut donc pas s'expliquer par l'un ou l'autre de ces facteurs. Aucun de ces éléments ne suffit, à lui seul, à expliquer l'attitude d'une Cour constitutionnelle par rapport à un texte, et donc l'écart

---

constitutionnelle, cf. M. FROMONT, République fédérale d'Allemagne, l'Etat de droit, RDP 1984, p. 1225 : " les juristes allemands s'inquiètent de la légitimité d'un Etat de droit qui aboutit trop souvent à confier aux juges la mission de prendre les décisions essentielles ". il est lui-même assez réservé devant ce " système qui aboutit à subordonner aux juges les autorités politiques " (p. 1226).

entre l'application de la Constitution et la Constitution. Par contre, l'analyse de la combinaison de ces éléments, et de leurs rapports avec le système de variables déterminantes, devrait permettre d'établir, de comprendre, de mesurer et de réduire l'écart entre la règle établie par les rédacteurs de la Constitution et la règle appliquée par la Cour constitutionnelle<sup>71</sup>. C'est c'est l'ensemble de ces phénomènes qui fera du Conseil constitutionnel un " gouvernement des juges " ou un " veto des sages " <sup>72</sup>. Sans pouvoir prétendre être en mesure d'analyser très précisément l'influence de chacun de ces éléments, c'est néanmoins dans cette optique que nous nous interrogerons sur la nécessité et les possibilités de limiter les abus de pouvoir potentiels du Conseil constitutionnel, en particulier au regard de la réforme que nous avons suggérée.

Le problème de base est extrêmement simple et connu de tous : l'indépendance des juges - quels qu'ils soient - leur permet de limiter efficacement les abus des autres pouvoirs, mais ne permet pas de limiter leurs propres abus. Toute action tendant à renforcer l'indépendance des juges accroît donc en principe les risques d'abus de pouvoir du juge, et toute action tendant à limiter les excès de pouvoir juridiques limite l'indépendance des juges. Loïc Philip s'inquiète de ce que l'on n'a pas encore bien pris conscience de l'extension considérable des pouvoirs du juge constitutionnel et de sa place dans les institutions, " parce que la juridiction constitutionnelle n'a exercé ses pouvoirs qu'avec beaucoup de prudence et de modération. Mais, il n'en reste pas moins qu'ils sont tout à fait exorbitants et que, juridiquement, rien (en dehors de la sagesse de ses membres) ne peut l'empêcher de les exercer pleinement.(...) La valeur supra-législative des lois organiques, l'impossibilité de les modifier sur des points essentiels, l'intégration des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le bloc de constitutionnalité, le pouvoir du juge d'élever au rang constitutionnel tout principe qu'il estime digne de l'être, l'étendue du principe d'égalité devant la loi qui lui donne un véritable pouvoir discrétionnaire pour juger de la constitutionnalité de beaucoup de lois, tous ces éléments concourent à consacrer une véritable suprématie du juge constitutionnel dans notre système politique. Cette situation est assez dangereuse... " <sup>73</sup>. A quoi bon soumettre les actes du Chef de l'Etat et du Premier ministre au contrôle du Conseil constitutionnel, si le juge lui-même donne une interprétation de la Constitution totalement contraire à son texte ? Nous avons pourtant constaté que c'est ce qu'il fait dans certains cas<sup>74</sup>. Dans l'état actuel des

<sup>71</sup> Sur toutes ces notions, cf. supra, L II, T I.

<sup>72</sup> Sur la notion de gouvernement des juges, cf. supra et L. FAVOREU, La politique saisie par le Droit, préc., p. 106 et s. et sur celle de " veto des sages ", cf. C. EMERI, Gouvernement des juges ou veto des sages, RDP 1990, p. 335 à 358 (l'auteur conclut que le Conseil constitutionnel impose le respect de la Constitution aux autres organes, et que la légitimité de ce rôle n'est contestée par personne.

<sup>73</sup> L. PHILIP, Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel, RDP 1983, p. 411 et 417.

<sup>74</sup> Cf. supra, et L. PHILIP, art. préc.

choses, ces violations de la Constitution par le juge constitutionnel restent marginales, car il semble que l'équilibre résultant de l'ensemble du système constitutionnel le contraigne à ne pas trop s'écarter du texte constitutionnel. Néanmoins, pour les cas où il abuserait de son pouvoir en s'écartant régulièrement et manifestement de la Constitution, on peut s'interroger sur les moyens qui permettraient de limiter ces abus, soit en agissant sur les normes qui ont été mal interprétées, soit en agissant sur le Conseil constitutionnel lui-même.

Dans la situation actuelle, et même si l'on étendait les compétences du Conseil constitutionnel pour qu'il interprète la Constitution en cas de conflit entre les pouvoirs publics constitutionnels, il semble qu'il s'établisse des relations dialectiques entre la légitimité du Conseil, celle des autres organes, et l'effectivité de la Constitution. Or, ces relations dialectiques sont déterminées à la fois par la normativité de la Constitution, par sa structure mécanique et par les relations de ces éléments avec le contexte dans lequel ils s'insèrent. Le problème est ici de savoir si la combinaison de tous ces éléments contraint le Conseil constitutionnel à respecter la Constitution, ou si elle lui laisse une grande marge d'appréciation. Or les critiques formulées à l'encontre du Conseil constitutionnel durant la cohabitation sont très révélatrices du fait que chaque fois que le Conseil constitutionnel s'écarte trop de la Constitution, il s'expose à une remise en cause de sa légitimité ou même de son existence par les autres organes. Les relations entre la structure normative et la structure mécanique de la Constitution induisent des relations dynamiques entre légitimité et effectivité, en ce qu'elles incitent le Conseil constitutionnel à respecter la Constitution et à la faire respecter s'il veut lui-même disposer de la légitimité dont il a besoin pour exercer ses fonctions. En effet, la Constitution donne aux autres pouvoirs les moyens de limiter les abus du Conseil constitutionnel, par exemple en le menaçant de modifier sa composition ou en modifiant les normes auxquelles il peut se référer; et la crainte ou les conséquences de ces actions pousseront le Conseil constitutionnel à ne pas abuser de ses pouvoirs. Cette dynamique devrait donc permettre de garantir ou de renforcer si nécessaire, la limitation des pouvoirs du Conseil ( 1 ). Néanmoins, l'influence de cette dynamique effectivité-légitimité variera en fonction du système de variables déterminantes dans lequel elle s'insère. Puisqu'il n'est pas concevable d'analyser ici de manière exhaustive tous les facteurs qui peuvent contribuer à déterminer les effets potentiels de cette dynamique, nous choisirons de souligner deux points qui nous paraissent particulièrement importants. Le premier est la pression de l'opinion (publique, politique, doctrinale) qui influe directement sur la légitimité du Conseil et le contraint à garantir l'effectivité de la Constitution. Le second est l'influence du contexte politique sur le caractère déterminant de la dynamique légitimité-effectivité. Nous constaterons ainsi que les

---

limitations aux pouvoirs du Conseil constitutionnel varieront dans une certaine mesure selon le fait que l'on sera ou non dans une situation de cohabitation ( 2 ).

### **1 ) Les contraintes internes à la Constitution : l'équilibre des institutions crée une dynamique entre légitimité et effectivité qui tend à limiter les pouvoirs du Conseil constitutionnel**

La structure normative de la Constitution joue un rôle non négligeable pour limiter les pouvoirs du Conseil constitutionnel. C'est pourquoi on peut envisager de la modifier pour renforcer les limitations à ce pouvoir. Mais l'influence de ces normes variera en fonction de la structure mécanique de la Constitution. C'est-à-dire, tout simplement, que le Conseil constitutionnel sera d'autant plus enclin à respecter la Constitution et à la rendre effective qu'il redoutera que l'on modifie sa structure et ses pouvoirs. Il existe donc des interactions entre la structure mécanique et la structure normative de la Constitution, puisque les normes constitutionnelles seront d'autant mieux respectées par le Conseil que les mécanismes organisés par la Constitution permettront aux autres organes de faire pression sur lui pour qu'il n'abuse pas de ses pouvoirs. Or ce sont ces relations qui vont générer une dynamique entre légitimité et effectivité. En effet, la controverse américaine entre " interpretivists " et " non interpretivists " , comme les critiques formulées contre le Conseil constitutionnel durant la cohabitation, montrent clairement que le juge sera d'autant plus critiqué et menacé par les autres pouvoirs qu'il s'éloignera du texte constitutionnel. Donc, s'il veut que son existence et sa légitimité ne soient pas remises en cause, il sera contraint de garantir l'effectivité de la Constitution, et de ne pas abuser de ses pouvoirs. Nous verrons d'abord quelle est l'influence de la structure normative, et comment on pourrait concevoir de la modifier pour limiter les risques d'abus de pouvoir du Conseil ( a ), avant de souligner l'influence de la structure normative et les possibilités d'action à ce niveau ( b ).

#### **a ) Influence contraignante de la structure normative et possibilités de la modifier**

**296** La structure normative du texte influe indéniablement sur les interprétations du Conseil constitutionnel. Dans une conception formaliste, et non pas réaliste, nous considérons que le Conseil constitutionnel applique des normes qui ont un sens, et que son intervention ne consiste pas à créer des règles, mais à rendre

effectives des règles qui tiennent leur validité de leur mode d'adoption<sup>75</sup>. Mais cette application des règles sera plus ou moins conforme au modèle qu'elles prévoient. Nous recherchons ici à déterminer l'influence de la structure normative du texte sur ce rapport de conformité. On constate que plus les normes que le Conseil constitutionnel doit interpréter sont floues et permissives, et plus sa marge de manoeuvre par rapport au texte est importante. C'est d'ailleurs pour cela qu'il cherche à utiliser des principes larges, tels que ceux qu'il " déduit " des Lois fondamentales de la République. Quand il est en présence de textes clairs et impératifs, il lui est beaucoup plus difficile de s'écarter de la Constitution.

A cet égard, certains ont pu proposer de *réécrire pour les délimiter et les préciser, les textes auxquels le Conseil constitutionnel pourrait se référer*, le " bloc de constitutionnalité ". Les suggestions que nous avons faites à propos de la nécessité de rendre plus précises certaines dispositions de la Constitution sont applicables ici<sup>76</sup>. C'est-à-dire que ces précisions ne seront nécessaires et utiles que si l'on établit en même temps les garanties que ces dispositions plus claires seront respectées. Parmi ces garanties, on pourrait concevoir l'élaboration d'une *clause générale d'interprétation*, comme on en trouve par exemple dans le code civil, à propos des contrats. On prévoirait par exemple qu'en cas de doute, la Constitution doit être interprétée en recherchant l'intention des rédacteurs de la Constitution. Mais, nous l'avons vu, cela supposerait qu'il existe un accord suffisant sur l'interprétation parlementariste de la Constitution de la Ve République. Or, de telles précisions impliqueraient un vote du peuple<sup>77</sup> (pour la révision de la Constitution), qui lui permettrait de préciser sa volonté. On pourrait également imaginer une liste précise des principes auxquels le Conseil peut se référer, voire une réécriture du préambule de la Constitution et des déclarations de droits. Cette idée est intéressante et pourrait être approfondie, mais il faut noter que l'efficacité de cette mesure sera toujours limitée au moins par deux facteurs. Tout d'abord, un facteur que l'on hésite à qualifier de technique. On ne voit pas très bien comment donner une définition précise et contraignante des principes de liberté et d'égalité. Et c'est justement le caractère général de ces principes qui permet au juge de réaliser un contrôle à la fois efficace et souple de la constitutionnalité des lois, ou peut-être demain des actes de l'exécutif. Par ailleurs, si l'on voulait enfermer les pouvoirs du juge dans des limites très étroites, il faudrait lui interdire explicitement d'utiliser des *méthodes d'interprétation* qui lui permettent d'étendre son contrôle sur les actes qu'il apprécie. Le Doyen Favoreu se montrait sceptique quant à l'efficacité d'une réécriture et d'une délimitation du " bloc de constitutionnalité ", observant que dans les pays où les

<sup>75</sup> Sur toutes ces notions, cf. supra, L II, T I.

<sup>76</sup> Cf. supra.

<sup>77</sup> Aux termes de l'article 89 de la Constitution, un référendum n'est pas indispensable, mais il serait éminemment souhaitable.



déclarations de droits sont les plus précises, comme en Italie ou en Espagne, le juge constitutionnel parvient cependant à s'octroyer une très grande marge de manoeuvre par rapport au texte, en utilisant, par exemple, des méthodes telles que le contrôle de proportionnalité ou de rationalité des lois. Mais, depuis longtemps, le Conseil d'Etat<sup>78</sup>, la Cour Suprême des Etats-Unis<sup>79</sup>, et à présent le Conseil constitutionnel français<sup>80</sup>, utilisent la notion d'erreur manifeste d'appréciation, qui est un moyen particulièrement précieux pour le juge d'étendre son contrôle tout en donnant l'impression de le limiter. En réalisant non pas un contrôle normal, mais un contrôle minimum des lois ou des actes de l'exécutif, le juge a l'air de dire : " j'exerce un contrôle minimum sur vos actes ", je me refuse à juger précisément leur adéquation aux faits, car je respecte votre pouvoir discrétionnaire. Mais, en même temps, c'est un moyen très utile pour lui permettre d'intervenir dans tous les domaines et d'étendre progressivement son contrôle, puisque lui seul apprécie ce qu'il faut entendre, dans chaque cas, par " erreur manifeste ", et lui seul décide s'il effectuera un contrôle minimum ou normal. L'évolution de l'utilisation de cette règle en droit administratif a été un élément important de l'extension du contrôle du juge, même si l'on peut lui reprocher de se contenter de ce contrôle minimum dans certaines domaines<sup>81</sup>. On pourrait concevoir également que le Conseil constitutionnel étende progressivement son contrôle vers l'opportunité, en appliquant, par exemple, la théorie du bilan coût-avantages, utilisée par le Conseil d'Etat depuis le célèbre arrêt Ville-Nouvelle Est<sup>82</sup>.

Il apparaît donc clairement que si l'on veut limiter les pouvoirs du juge en agissant sur la structure normative de la Constitution, il faudra être conscient du fait qu'il aura toujours tendance à étendre sa marge de manoeuvre par rapport au texte en utilisant des méthodes qui accroissent son pouvoir d'appréciation. Mais, pour que ces règles soient respectées, encore faudrait-il que la structure mécanique de la Constitution incite le Conseil constitutionnel à ne pas abuser de ses pouvoirs. Car, même quand les textes sont particulièrement clairs et impératifs, ces caractères ne sauraient suffire à garantir le respect de la Constitution par le Conseil constitutionnel, comme le montre

<sup>78</sup> Le Conseil d'Etat l'a utilisée pour la première fois en 1953, C.E. 13 nov. 1953, Denizet, rec. , p. 489, puis son extension a été considérable.

<sup>79</sup> F. L. MORTON (Pouvoirs n° 46, 1988, p. 143) rappelle en effet que la règle de l'erreur manifeste d'appréciation (rule of clear mistake), utilisée notamment au Canada, reprend la très importante doctrine américaine de l'erreur manifeste. " Formulée par James THAYER au début du XXe siècle, la règle de l'erreur manifeste est devenue une norme de la jurisprudence américaine (...).

<sup>80</sup> Cf. L. HABIB, La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, RDP 1986, p. 695 et s., et L. FAVOREU et L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 1990; B. GENEVOIS, La jurisprudence du Conseil constitutionnel, préc.n° 389, 477; et D. ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, 1990, préc., p. 127 et s.

<sup>81</sup> Cf. G. VEDEL et P. DELVOLLE, Droit administratif, PUF, 1984, p. 799 et s., et P. DELVOLLE, Le contrôle d'opportunité existe-t-il , dans les actes du Colloque Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, préc.

<sup>82</sup> C.E. 28 mai 1971, G.A. n° 110, Rec. p. 409, AJDA, 1971, p. 404, RDP 1972 p. 454, n. WALINE

clairement la décision dans laquelle il méprise manifestement l'obligation du vote personnel clairement énoncée par la Loi fondamentale<sup>83</sup>.

b) Influence de la structure mécanique de la Constitution, et possibilités d'action à ce niveau

297 La structure mécanique de la Constitution joue aussi un rôle très important, car elle détermine les armes et la légitimité de chacun des organes, et les rapports de force et d'équilibre qu'elle crée vont permettre à chacun des pouvoirs de contraindre l'autre au respect de la Constitution. Voyons d'abord quelles sont, globalement les armes et la légitimité de chacun des organes avant de voir quelles en sont les conséquences.

Actuellement, il n'existe pas un équilibre correct des *armes* entre le Conseil constitutionnel et les autres organes, puisqu'il ne peut pas se prononcer sur la constitutionnalité des actes de gouvernement<sup>84</sup>. Si la réforme que nous avons proposée était adoptée, il semble que l'équilibre nécessaire pour que chaque organe puisse contraindre l'autre au respect de la Constitution serait mieux établi, car chacun des pouvoirs pourrait en appeler au Conseil constitutionnel pour imposer à l'autre le respect de la Constitution. Quant au Conseil constitutionnel lui-même, les armes dont il disposerait seraient plus importantes, puisqu'il pourrait contrôler les actes de l'exécutif comme ceux du législatif. On pourrait redouter que ces armes soient trop importantes, et créent à leur tour un déséquilibre au profit du Conseil. En fait, ce risque est sérieusement limité par plusieurs facteurs. D'abord par le fait que les autres organes disposent d'armes importantes pour agir sur le Conseil, et ensuite parce que le Conseil est limité dans ses pouvoirs parce qu'il a une légitimité inférieure à celle des autres organes.

Les autres organes disposent d'armes efficaces contre le Conseil. Ils peuvent d'abord agir, ou menacer d'*agir sur le Conseil constitutionnel lui-même*, par exemple en modifiant sa composition, son organisation ou ses pouvoirs. D'une manière générale, on peut concevoir d'abord une action individuelle sur les membres de la Cour. Aux Etats-Unis, par exemple, un membre de la Cour suprême peut être destitué

---

<sup>83</sup> N° 86-225 DC du 23 janvier 1987, Pouvoirs n° 42, chr. p. 193, B. GENEVOIS, La jurisprudence du Conseil constitutionnel, STH, 1988, p. 148, et L. FAVOREU et L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 1990.

<sup>84</sup> Cf. supra.

par un vote du Sénat à la majorité des 2/3<sup>85</sup>, et on rapporte qu'après la décision *Marbury versus Madison*, les membres de la Cour Suprême pouvaient craindre un impeachment<sup>86</sup>. On peut aussi imaginer une action sur la composition de la Cour. Aux Etats-Unis toujours, on sait que Roosevelt n'a réussi à vaincre la résistance de la Cour au *New Deal* que parce qu'il a menacé d'augmenter le nombre de juges à la Cour Suprême (notons que son succès aux élections lui permettait de bénéficier du soutien du peuple). En France, on pourrait toujours modifier la composition du Conseil constitutionnel, ou ses pouvoirs, ou son organisation, en modifiant la Constitution elle-même. on objectera que cette arme, du fait du contexte politique (de la répartition des organes entre les principales forces politiques), est rarement utilisable. Néanmoins, si le Conseil constitutionnel abusait manifestement de son pouvoir, il serait surprenant que les parlementaires, alliés au Président de la République et au Premier ministre, ou alliés au Peuple, ne parviennent à mettre en oeuvre la procédure de l'article 89 pour réduire les pouvoirs du Conseil<sup>87</sup>. Michel Troper fait observer que, dans ce type d'hypothèses, la Cour constitutionnelle peut très bien menacer de déclarer la révision de la Constitution inconstitutionnelle, menace proférée par la Cour Suprême des Etats-Unis au moment de l'affaire du New-Deal, et mise à exécution par la Cour suprême indienne<sup>88</sup>. En France, une telle prétention serait manifestement inconstitutionnelle, et ne manquerait pas de provoquer des réactions tellement vives que l'on conçoit mal comment une telle paralysie du pouvoir constituant serait possible (ici, ce serait l'opinion publique, donc une " variable déterminante ", qui garantirait le respect de la Constitution). Si l'on ne voulait pas réviser la Constitution, mais seulement la loi organique relative à l'organisation et au fonctionnement du Conseil constitutionnel<sup>89</sup>, des problèmes sérieux pourraient se poser puisque le Conseil contrôle obligatoirement la constitutionnalité des lois organiques, et il y aurait fort à parier qu'il s'opposerait ainsi à une loi organique réduisant ses pouvoirs<sup>90</sup>. On pourrait alors songer à recourir au référendum de l'article 11, mais le problème de la constitutionnalité d'une telle procédure se poserait à nouveau. On peut encore imaginer des moyens plus originaux pour les autres pouvoirs d'agir sur la composition du Conseil, par exemple celui qui consisterait à ne nommer que des personnes incompétentes et méprisées par l'opinion,

<sup>85</sup> Cf. M. DAVIS, *Les juges constitutionnels aux Etats-Unis*, rapport préc. à la Table-ronde internationale, AIJC 1988, p. 139.

<sup>86</sup> Cf. M. TROPER, *justice constitutionnelle et démocratie*, préc., p. 45.

<sup>87</sup> Sur l'utilisation de l'article 89, cf. supra n° 94-95.

<sup>88</sup> Cf. M. TROPER, art. préc., p. 45

<sup>89</sup> Ordonnance n° 58-1067 du 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modif. 1959 et 1974).

<sup>90</sup> En ce sens, cf. L. FAVOREU, intervention préc. à la conférence-séminaire sur *Les leçons de la cohabitation*, Paris, Ass. Nat. 6 nov. 1986.

pour discréditer l'institution<sup>91</sup>. Notons que les mesures que nous avons suggérées pour modifier le Conseil constitutionnel limiteraient de telles actions.

Par ailleurs, les autres organes peuvent réagir contre les abus du Conseil constitutionnel en agissant non pas sur l'institutions, mais *sur les normes*. Soit d'une manière globale, pour les préciser (comme nous l'avons suggéré en étudiant la structure normative), soit d'une manière plus ponctuelle, pour réagir contre une interprétation précise de la Constitution. Pour que le Conseil constitutionnel ne s'attribue pas le pouvoir constituant, il est en effet indispensable que le peuple puisse modifier la Constitution pour préciser le sens des dispositions qui auraient été considérées comme mal interprétées par le Conseil constitutionnel. Certains auteurs estiment que l'on devrait également songer à utiliser ce que l'on pourrait appeler des " référendums de validation ", c'est-à-dire des référendums, organisés selon la procédure de l'article 11 de la Constitution, qui permettraient de faire adopter ou modifier une disposition jugée inconstitutionnelle par le Conseil. Bien que le recours à la démocratie directe soit toujours très séduisant, il faut reconnaître que de telles procédures pourraient - en fonction des conditions dans lesquelles elles seraient mises en oeuvre - réduire à néant l'équilibre des pouvoirs et l'indépendance du Conseil. Observons ici aussi que si la réforme que nous avons proposée était adoptée, le Conseil constitutionnel pourrait contrôler la conformité des référendums à la Constitution, et donc bloquer ce type de manoeuvre lorsqu'il serait inconstitutionnel. On pourrait aussi imaginer un mécanisme comparable à celui qui a été conçu au Canada, consistant en un " contrôle législatif du contrôle juridictionnel ", et qui permet aux Parlements de rejeter l'interprétation juridictionnelle de la Charte qu'ils jugent erronée<sup>92</sup>. Là encore, on pourrait redouter que ce mécanisme ne déséquilibre tout le système. Il nous semble préférable de recourir à l'article 89, car si le problème est vraiment sérieux, il y aura un tel consensus que cette procédure pourra être utilisée.

Pour limiter les pouvoirs du Conseil constitutionnel, en agissant sur sa structure et son organisation, ou sur les normes qu'il doit interpréter, les autres organes ne disposent guère, constitutionnellement, que de l'article 89 de la Constitution, qui est une arme lourde ne pouvant être utilisée qu'en cas de crise grave. Mais ils ne sont pas totalement désarmés si le problème est moins aigu, car ils bénéficient d'une légitimité supérieure à celle du Conseil, qui leur permettra d'agir indirectement sur lui, en portant atteinte à sa légitimité et donc à la marge de manoeuvre dont il disposera pour utiliser ses pouvoirs.

---

<sup>91</sup> En ce sens, cf. R. de LACHARRIERE, intervention préc. au Colloque Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges ? Ass. Nat. 1986, p. 32.

<sup>92</sup> Cf. F.L. MORTON, Point de vue d'Outre-Atlantique sur le Conseil constitutionnel, Pouvoirs n° 46, 1988, p. 144.

Les rapports entre la légitimité respective des différents organes sont extrêmement importants, en particulier pour la réforme que nous avons envisagée. Le fait que le Président de la République dispose d'une très forte légitimité résultant de l'onction populaire directe, risque d'être un obstacle sérieux au contrôle de ses actes par un organe dont la légitimité populaire paraît pour le moins très indirecte. En réalité, il faut distinguer encore entre différentes acceptions de la légitimité. Si l'on admet, comme nous avons proposé de le faire, de considérer que la légitimité est le rapport de conformité entre une chose et l'image de cette chose dans la majorité de l'opinion, alors la légitimité du Conseil constitutionnel sera le rapport entre les pouvoirs qu'il exerce effectivement, et l'image que se fait le peuple de ces pouvoirs<sup>93</sup>. Or, dans la mesure où le Conseil constitutionnel demeure un organe juridictionnel avant tout, sa légitimité dépend essentiellement de " l'image de juridicité " qu'il donne. C'est-à-dire que sa légitimité sera d'autant plus forte que ses décisions seront motivées juridiquement, et fondées sur la Constitution. Il faut en effet souligner avec Frederik L. Morton que " la judiciarisation du contrôle de constitutionnalité le rend plus légitime et ainsi plus efficace en supprimant - ou au moins en camouflant - la sensibilité politique de ceux qui l'exercent, c'est-à-dire des juges " <sup>94</sup>. Le juge constitutionnel doit donner une motivation juridique à ses décisions non seulement pour imposer sa décision dans un cas concret, mais aussi pour établir les principes sur lesquels il a un large pouvoir créateur. Pour Michel Troper, " cette logique contraint le juge constitutionnel lui-même, parce que s'il a affirmé une fois l'existence objective d'une norme, il ne peut par la suite ignorer cette norme et il lui faut ou bien en faire dériver d'autres décisions *in concreto* ou bien, comme dans le cas des autres autorités juridictionnelles, construire une norme plus générale justifiant qu'on apporte des exceptions à la première (...) Le juge est poussé à la cohérence parce que c'est le seul moyen dont il dispose pour tenter de lier les autres " <sup>95</sup>. Tel est l'un des aspects intéressants de la dynamique entre légitimité et effectivité : le Conseil constitutionnel, pour être légitime, doit assurer l'effectivité de la Constitution (ou des règles qu'il crée selon l'analyse réaliste), mais ses propres pouvoirs sont dès lors limités par cette action. La tendance naturelle selon laquelle le Conseil constitutionnel chercherait à s'écarter du texte pour élaborer des principes ou des méthodes lui permettant d'étendre indéfiniment ses pouvoirs est ainsi limitée par la nécessité dans laquelle il se trouve d'assurer l'effectivité de la Constitution pour renforcer sa propre légitimité. Sans doute, la garantie de l'effectivité est-elle

---

<sup>93</sup> Sur ces notions, cf. supra, n° 228.

<sup>94</sup> F.L. MORTON, préc., Pouvoirs n°46, p. 142. Sur la légitimation du droit constitutionnel par sa juridicisation, cf. supra, et Les articles préc. de B. FRANCOIS, notamment dans RFDC 1, 1990, et Politix, n° 10-11.

<sup>95</sup> M. TROPER, Justice constitutionnelle et démocratie, RFDC 1, 1990, p. 46.

pendant loin d'être parfaite, mais ces rapports entre légitimité et effectivité limitent les abus de pouvoir juridictionnel<sup>96</sup>.

Par ailleurs, il s'instaure encore ambigu entre la légitimité des gouvernants et la légitimité du Conseil constitutionnel, qui tendent, eux aussi, à renforcer la soumission de tous les pouvoirs à la Constitution, et donc l'effectivité de la Constitution. Comme l'a souligné Danièle Loschak à propos du juge administratif, " la relation du juge au pouvoir politique est en quelque sorte de nature dialectique : le pouvoir a besoin du juge pour consacrer sa légitimité - car l'existence du juge atteste que les citoyens ne vivent pas sous l'arbitraire; mais il craint en même temps les empiétements éventuels de ce dernier sur un domaine qu'il considère comme le sien propre " <sup>97</sup>. De même, le Doyen Favoreu a-t-il pu montrer qu'en " écrétant " les réformes de la majorité accédant au pouvoir en 1981- et il en va de même en 1986 -, le Conseil constitutionnel contribuait également à les légitimer <sup>98</sup>.

Dans le cadre de la réforme que nous envisageons, les rapports dialectiques entre légitimité qui s'établissent à ces trois niveaux pourraient également jouer. D'abord, le Conseil constitutionnel et le Chef de l'Etat disposeraient d'armes comparables pour se contraindre mutuellement au respect des normes contenues dans la Constitution. Ensuite, le Conseil constitutionnel ne pourrait pas, à notre point de vue, abuser de ses pouvoirs, car il a, par rapport au Chef de l'Etat, un déficit de légitimité démocratique, et il serait donc contraint d'assurer l'effectivité de la Constitution et de s'y soumettre pour compenser ce déficit (puisque sa légitimité dépend de l'image de sa juridicité). Enfin, le Président de la République ne pourrait pas non plus abuser de ses pouvoirs face au Conseil constitutionnel, car il aurait besoin de lui pour légitimer ses décisions.

Il résulte donc de la structure normative, de la structure mécanique, et surtout des relations qui s'établissent entre elles, une dynamique qui pousse le Conseil constitutionnel en quête de légitimité à assurer l'effectivité de la Constitution (même si c'est de manière imparfaite). Ces relations nous semblent permettre d'éviter les abus de pouvoir les plus flagrants du Conseil constitutionnel. Il est très probable que, comme le Conseil d'Etat, il parviendra à étendre ses pouvoirs, mais cette extension ne devrait pas, du fait des relations établies dans ce système, pouvoir excéder une mesure qui ne

<sup>96</sup> Sur la manière dont le Conseil constitutionnel " navigue à vue " entre les deux écueils que sont l'impuissance relative à laquelle il serait réduit par une application rigoureuse de la Constitution, et la remise en cause de son autorité à laquelle il aboutirait s'il abusait des interprétations " constructives ", cf. D. LOSCHAK, *Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? Pouvoirs* n° 13, réed. 1986, p. 41 à 53.

<sup>97</sup> D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif*, préc., p. 21.

<sup>98</sup> L. FAVOREU, *Le Conseil constitutionnel et l'alternance*, RFSP, vol. 34, n° 4-5 (août-oct. 1984), p. 1002 et 1029, cité et approuvé par L.F.MORTON, art. préc., *Pouvoirs* n° 46, p. 135. Contra, cf. KEELER, *Pouvoirs* n° 47, préc.

risque pas, à notre point de vue, de conduire à la paralysie du Président de la République ou du Premier ministre. Au contraire, cette réforme devrait permettre de garantir un nouvel équilibre entre les institutions, plus propice au respect de la Constitution, sans nuire, pour autant, à l'efficacité des institutions, et en particulier de la fonction gouvernementale.

Néanmoins, il faut encore souligner que la mesure dans laquelle cet équilibre potentiel sera maintenu variera en fonction du système de variables déterminantes dans lequel s'exerceront ces rapports.

## **2 ) Les contraintes externes à la Constitution : relativité de l'influence de cette dynamique en fonction du système de variables déterminantes**

Parmi les nombreuses variables déterminant la pratique du droit, certaines sont susceptibles de modifier de manière notable les effets potentiels de la dynamique que nous avons évoquée, et qui contraint le Conseil constitutionnel à ne pas trop abuser de ses pouvoirs. On peut imaginer, par exemple, que dans une situation de crise internationale ou intérieure particulièrement grave, et en présence d'un Président de la République très populaire, l'effectivité du contrôle de constitutionnalité de ses actes sera plus réduite qu'en temps normal. A l'inverse, le Conseil constitutionnel sera peut-être tenté d'étendre ses pouvoirs en une période consensuelle, si sa propre action bénéficie d'une forte légitimité alors que celle du Chef de l'Etat est très affaiblie. Notons seulement ici l'influence potentielle de certains des facteurs du système de variables déterminantes. La *situation des gouvernants* par rapport au Conseil est très importante, dans ces aspects non juridiques cette fois (c'est-à-dire sans relation avec l'organisation constitutionnelle). Par exemple, dans l'affaire sur le vote personnel, on peut considérer que le Conseil constitutionnel n'a pas pu et/ou pas voulu imposer le respect de cette règle régulièrement violée par la très grande majorité des députés; et cela pour des raisons stratégiques essentiellement. S'il avait imposé cette obligation, les critiques des parlementaires à l'égard du Conseil auraient redoublé, et sa légitimité et son pouvoir auraient diminué d'autant. Au contraire, en montrant aux Parlementaires qu'il n'est pas seulement leur ennemi puisqu'il a le pouvoir de leur fournir des " passe-droit ", le Conseil constitutionnel renforce considérablement sa position stratégique. Il espère ainsi renforcer sa légitimité auprès des membres du Parlement, et surtout il leur montre que s'ils ne le critiquent pas trop vivement, il peut leur être utile. Echange de bons procédés, en somme. Dans la situation des gouvernants, il faut aussi souligner les

rapports de légitimité entre le Conseil et les gouvernants. En dehors des aspects que nous avons évoqués, notons seulement ici que plus un pouvoir est légitime, et moins le Conseil constitutionnel pourra limiter ses pouvoirs, car il craindra que sa propre légitimité ne soit affectée s'il sanctionne une autorité massivement approuvée par le peuple. Le cadre de cette étude ne permettant pas d'analyser précisément tous ces facteurs, évoquons seulement ceux qui semblent ici le plus importants, dans l'optique de l'extension des compétences du Conseil constitutionnel que nous avons suggérée. En plus des facteurs déterminés par la Constitution, il existe des éléments extra-constitutionnels particulièrement importants pour déterminer la légitimité du Conseil constitutionnel ( a ). Il convient de souligner leur rôle avant de voir comment les effets de la dynamique entre légitimité et effectivité peuvent varier en fonction du fait que l'on sera, ou non, dans une situation de cohabitation ( b ). Mais, quel que soit le système de variables déterminantes - sauf en cas de circonstances exceptionnelles, telles que guerre etc.-, il semble que l'équilibre général du système conduisant à une limitation relative des pouvoirs du Conseil constitutionnel sera garanti.

a ) L'influence particulière des variables déterminant la légitimité du Conseil

**298** Nous voulons seulement rappeler ici combien des facteurs extra-juridiques vont influencer sur l'effectivité des règles constitutionnelles, et plus particulièrement ici, sur la dynamique constitutionnelle qui tend à limiter les abus de pouvoir du Conseil constitutionnel. Nous avons constaté que la légitimité d'un organe dépendait de l'image que l'on s'en faisait. La légitimité du Conseil constitutionnel sera déterminée non seulement par les facteurs constitutionnels que nous avons évoqués, mais également par la combinaison des facteurs extra-juridiques qui interviennent pour définir son image. En effet, *les autres organes* (Parlement, Gouvernement, Président de la République), et *les partis politiques*, vont surtout agir verbalement - et non plus juridiquement - contre le Conseil, en le critiquant. Ils espèrent que leurs attaques vont influencer l'opinion publique et ainsi atteindre la légitimité du Conseil. De même, *la doctrine* peut-elle, d'abord en contribuant à préparer les décisions du Conseil, et ensuite en les critiquant, pousser le Conseil constitutionnel à respecter la Constitution. Soulignant les incompréhensions qui existent souvent entre le juge constitutionnel et les professeurs de droit, le Doyen Vedel estime pourtant que " c'est à bon droit que la doctrine est exigeante car, ce faisant, elle invite le Conseil à perfectionner sa logique, son langage, et naturellement les solutions de fond auxquelles il est conduit " <sup>99</sup>. Le rôle de la doctrine pour critiquer - de manière positive et négative - l'action du Conseil

<sup>99</sup> G. VEDEL, *Doctrines et jurisprudence constitutionnelles*, RDP 1989, p. 16. Sur l'influence de la doctrine, cf. notre rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990, et supra.



constitutionnel nous paraît tout à fait fondamental. Là encore, on pourrait noter que la doctrine constitutionnelle a besoin de démontrer que le Conseil constitutionnel est une autorité juridictionnelle, qui intervient juridiquement, pour renforcer sa propre légitimité, c'est-à-dire son " droit à parler du droit ". C'est pourquoi une partie de la doctrine aura tendance à limiter ses critiques à l'endroit du Conseil. Mais ses vues et ses intérêts ne s'arrêtent pas là. L'objectif de certains courants de la doctrine est aussi de contribuer au renforcement du rôle du Conseil constitutionnel, non pas seulement par intérêt personnel ou corporatiste, mais aussi, et peut-être surtout parce qu'elle adhère profondément à la notion de démocratie pluraliste que le Conseil a consacrée dans sa jurisprudence, et qu'il ne peut garantir que s'il bénéficie d'une légitimité suffisante. Un autre courant de la doctrine, marxiste ou fasciste par exemple, aurait par contre tendance à contester la légitimité du Conseil constitutionnel et donc à le critiquer systématiquement - mais plutôt au niveau de ses fondements cette fois -. Dans ces conceptions de la " démocratie ", le contrôle de constitutionnalité n'est que l'instrument dont se sert une classe pour maintenir sur le peuple la contrainte du droit, ce droit qui n'a pas pour fonction de garantir le respect de la démocratie mais au contraire de maintenir l'assujettissement du peuple. Quelle que soit la conception que l'on a de la démocratie, il paraît essentiel que la doctrine soit vigilante, et qu'elle dénonce les abus de pouvoir vers lesquels le Conseil constitutionnel aurait tendance à se diriger. En effet qui, sinon elle, qui sinon les experts, peut apprécier et dénoncer suffisamment tôt les excès de pouvoir juridictionnels ? La doctrine n'a, en tant que telle pratiquement aucun pouvoir sur le juge. Mais elle doit être une sonnette d'alarme pour attirer l'attention du peuple et des hommes politiques sur les dérives, mais aussi les aspects positifs du contrôle de constitutionnalité. Mais, pour avoir cette démarche critique, encore faudrait-il qu'elle admette que toute activité doctrinale ayant le droit pour objet ne doit pas se limiter à la conception Kelsénienne ou réaliste de la science du droit, ce que Michel Troper admet lui-même très volontiers.

La pression de l'opinion, sous toutes ses formes conjuguées, est un des facteurs essentiels pour contraindre le Conseil constitutionnel à renforcer l'effectivité de la Constitution, et donc à ne pas abuser de ses pouvoirs, à ne pas confisquer le pouvoir constituant. Si elle est forte, elle renforcera donc la dynamique entre légitimité et effectivité qui résulte de la Constitution. Un autre élément important pour le sujet qui nous intéresse est le contexte politique dans lequel s'exercent ces relations.

## b) Relativité de l'influence de cette dynamique par rapport au contexte politique

**299** Cette relation dynamique entre légitimité et effectivité aura une influence limitatrice sur les pouvoirs du Conseil qui sera plus ou moins importante selon le contexte politique, et en particulier en fonction de l'existence ou de l'absence d'une situation de cohabitation. Globalement, plus le pouvoir à contrôler est légitime, plus le contrôle est ressenti à priori comme illégitime. Néanmoins ces effets généraux peuvent être corrigés par de nombreux facteurs, et en particulier par la légitimité du Conseil constitutionnel lui-même. Or nous avons constaté qu'il est actuellement très populaire, puisque seulement 3% des français seraient satisfaits de sa suppression, et près de 60% estiment que les pouvoirs du Conseil constitutionnel sont une bonne chose <sup>100</sup>. En dehors d'une période de cohabitation, le contrôle de la constitutionnalité des actes du Chef de l'Etat sera d'autant plus facile à instaurer que le Président de la République sera respectueux de l'Etat de droit - et M.Mitterrand ne l'invoque-t-il pas sans cesse ? -, et qu'il n'aura pas une conception bonapartiste de la démocratie. En période de cohabitation, ces facteurs se rajouteront à l'élément spécifique de la cohabitation. La situation de coexistence, en elle-même, nous semble très favorable à l'existence d'un tel contrôle des actes de gouvernement du Président de la République et du Premier ministre, car leurs conflits d'intérêt sur l'interprétation de la Constitution seront d'autant plus dédramatisés qu'ils pourront trouver une issue juridique devant laquelle chacun devra s'incliner. Néanmoins, l'instauration d'un tel contrôle durant la cohabitation pourrait être perçue comme un " coup politique ", et il serait préférable de pouvoir la faire avant de se trouver dans ce contexte. En ce qui concerne plus spécifiquement le problème des risques d'abus de pouvoir du Conseil constitutionnel par rapport à la réforme proposée, on pourrait croire que c'est en période de cohabitation qu'il sera le plus fort, puisque le Président de la République dispose à priori d'une légitimité assez faible durant ces périodes <sup>101</sup>. Une nouvelle fois, il faut bien préciser ce que l'on entend par légitimité. L'image du Président de la République et des pouvoirs qu'il doit exercer en période de cohabitation étant très différente de celle que l'on observait en particulier avant 1986, la légitimité présidentielle doit s'apprécier à cette aune. Or, par rapport à cette conception cohabitationniste, dans laquelle le Président de la République n'est pas le dirigeant suprême de tous les pouvoirs, mais plutôt un médiateur, un arbitre incliné du côté de l'opposition, le contrôle de la

<sup>100</sup> Cf. SOFRES, Clefs pour l'opinion, Seuil, 1988, p. 176., et C. EMERI, Gouvernement des juges ou veto des sages ?, RDP 1990, p. 357-358.

<sup>101</sup> Sur la nécessité d'une explication correcte de la popularité de M. Mitterrand durant la cohabitation de 1986-1988, cf. supra.

constitutionnalité de ses actes ne serait, à notre point de vue, pas du tout considéré comme illégitime. Et le fait que ses rapports avec les autres pouvoirs soit encadré juridiquement serait un facteur essentiel de dédramatisation de cette situation. Le Conseil constitutionnel ne pourrait pas abuser de ses pouvoirs, même s'il peut être tenté de " jouer " de l'opposition des parties en présence, car elles seront plus vigilantes que dans n'importe quel autre contexte.

Au terme de cette évaluation, une extension des compétences du Conseil constitutionnel pour interpréter la Constitution en cas de conflits entre les pouvoirs publics constitutionnels, et en particulier pour contrôler la constitutionnalité des actes de gouvernement du Président de la République et du Premier ministre, nous paraît d'abord faisable, mais aussi souhaitable. Non seulement elle ne compromettrait pas l'équilibre des institutions, mais elle le renforcerait, réduisant les risques de déviation totalitaire du régime, et permettant peut-être enfin l'avènement d'un véritable Etat de droit démocratique en France.

## CONCLUSION

Que reste-t-il de la cohabitation, deux ans après son terme ? Un vague souvenir, page d'histoire oubliée sitôt tournée ? Quelques lignes dans les manuels de droit constitutionnel, un peu d'amertume dans les discours ou les silences de certains hommes politiques, et peut-être pour les Français l'idée que l'on a beaucoup parlé de cette querelle compliquée, alors qu'elle ne méritait pas tant de discours, puisqu'il n'y a pas eu de problèmes graves. Simple parenthèse refermée en 1988 avec la satisfaction du devoir accompli, la cohabitation allait-elle sombrer dans l'oubli ? D'aucuns l'espéraient sans doute. D'autres se réjouissaient qu'elle ait permis un rééquilibrage durable du fonctionnement des institutions. Mais nul ne paraissait souhaiter le renouvellement de cette épreuve. Or voilà qu'au fil du temps, l'hypothèse d'une nouvelle coexistence se fait chaque jour plus pressante. De mois en mois, puis de semaine en semaine on évoque de plus en plus fréquemment la possibilité de l'élection d'une majorité de droite face à M. Mitterrand lors des prochaines élections législatives. Les acteurs de la première représentation, d'un mutisme presque parfait sur ce point jusqu'à présent, livrent les souvenirs de " leur cohabitation ". M. Chirac y consacre une émission télévisée, un peu tard le soir, il est vrai. Ses proches, Jean-Bernard Raimond, et, depuis plus longtemps, E. Balladur, racontent leur expérience dans des ouvrages destinés à un large public. Ce dernier se présente d'ailleurs comme le Premier ministre potentiel d'une nouvelle cohabitation. M. Chirac n'a-t-il pas déclaré qu'il ne serait pas souhaitable que le Chef du Gouvernement d'une nouvelle coexistence soit un " présidentiable " ? Et n'était-ce pas M. Balladur qui, dès 1983, prônait la cohabitation ? Que ce soit en 1993 ou plus tard, il est fort probable que les institutions de la Ve République soient à nouveau confrontées à une opposition entre un Président de la République et une majorité parlementaire issus de tendances politiques antagonistes. L'apport

le plus visible de la coexistence de 1986-1988 se situe à ce niveau. Cette première expérience a rendu la cohabitation plus probable qu'elle ne l'était auparavant, puisque les gouvernants ne peuvent plus agiter l'épouvantail d'une crise institutionnelle en cas d'élection d'une majorité hostile au Chef de l'Etat. Personne n'y croirait, même s'ils avaient raison. Car il ne faut pas perdre de vue le fait que si cette cohabitation s'est relativement bien déroulée, il pourrait en aller tout à fait autrement dans un autre contexte. Nous avons pu constater que les facteurs qui avaient imposé une coexistence pacifique ne seront pas nécessairement présents dans des circonstances différentes, et les leçons de l'histoire aussi bien que celles des cohabitations portugaise et grecque nous ont montré que ce type de conflit pouvait modifier profondément le fonctionnement des institutions ou même déterminer une révision de la Constitution. La plus grande prudence s'impose donc pour l'avenir, même si ce premier exemple est très rassurant par rapport à la plupart des pronostics qui avaient été faits avant 1986. Contrairement à ce que l'on avait annoncé depuis des années, la Constitution de la Ve République n'a pas été remise en cause par cette situation politique. Le régime instauré en 1958 et révisé en 1962 n'a pas été transformé. Au contraire, la Constitution, plus mobilisée que jamais pour régler ce conflit au sommet, a été véritablement révélée par la cohabitation. Il serait excessif de prétendre qu'elle était restée lettre morte depuis 1958. Mais chacun reconnaîtra que la lettre du texte était parfois violée et souvent ignorée. L'avènement de la coexistence a permis de démontrer que nous avons bien une Constitution, c'est-à-dire un ensemble de règles organisant la répartition du pouvoir, et qui étaient susceptibles d'être invoquées en cas de litige. Au terme de cette épreuve, on peut considérer que la Constitution n'est pas un ensemble de pratiques imposées par les gouvernants au gré de leurs besoins et de leurs intérêts. Ce n'est pas non plus un "Esprit" qui permettrait à un homme d'imposer son autorité sur tous les autres pouvoirs au nom de sa légitimité. Notre Constitution est le texte approuvé par le peuple en 1958 et révisé en 1962. Or ce texte organise un régime parlementaire rationalisé, dans lequel c'est le Chef du Gouvernement, et non le Chef de l'Etat qui détermine et conduit la politique de la Nation. La coexistence a révélé le Régime de la Ve République, en montrant que, selon ce texte, le Président de la République assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, alors que chacun pouvait croire, au regard de la pratique constante qui s'était imposée jusqu'en 1986, qu'il était le "commandant en chef de l'Etat". S'ils ne consacrent explicitement que quelques pages à la cohabitation, les manuels de droit constitutionnels ont dû être révisés sur bien des points depuis 1986. On croyait pouvoir écrire qu'en fait - ou même en droit pour les juristes réalistes -, le Premier ministre était responsable devant le Président de la République, qu'il était tenu de démissionner si tel était le bon plaisir du Chef de l'Etat...et l'on réalise qu'il n'en est rien, ou, pour le moins, que la pratique du texte varie selon la conjoncture. Régime parlementaire "bireprésentatif moniste", la Constitution de la Ve République reste originale, et la cohabitation va révéler aussi ces traits spécifiques

de la Constitution. Le premier est la puissance du chef de l'Etat, qui est doté d'une légitimité qui lui permet d'user, si nécessaire, de ses pouvoirs propres même dans une situation aussi conflictuelle. Les pouvoirs propres du chef de l'Etat sont surtout des armes dissuasives, qui sont donc utiles même lorsque l'on ne les déclenche pas. Quant aux pouvoirs présidentiels soumis au contreseing du Premier ministre, ils ont été utilisés par M. Mitterrand d'une manière très extensive par rapport à ce que l'on aurait pu imaginer. Contrairement à la lettre de la Constitution, il a pu s'octroyer des droits de veto, par exemple sur l'ordre du jour du Conseil des ministres, ou sur la signature des ordonnances, ou encore sur la convocation du Parlement en session extraordinaire. Mais c'est surtout en matière de politique étrangère et de défense que ces prérogatives ont été interprétées dans un sens très " présidentialiste ", à l'heure même où le contexte politique semblait imposer une lecture parlementariste de la Constitution. Contre toute attente, ce domaine a pu être " préservé " par le Président de la République. Sans doute a-t-il dû admettre des interventions du Premier ministre plus importantes que jamais dans ces secteurs, mais il a réussi à imposer sa prééminence, alors que l'interprétation de la Constitution était, sur ce point, très discutable. La seconde caractéristique originale de la Constitution de la Ve République semble être son aptitude non pas à se muer, tel un Protée, comme on l'a cru souvent, mais plutôt à fonctionner dans des systèmes politiques variables.

On observe ainsi que ce que l'on croyait pouvoir tenir pour des règles constitutionnelles - du moins dans le cadre de certaines analyses - n'étaient que des pratiques contingentes. On constate que, selon le contexte dans lequel elle est mise en oeuvre, la Constitution donne lieu à des décisions d'application qui sont variables. A l'intérieur même du cadre de la cohabitation, si l'on interprète la Constitution dans le sens qui était le sien selon ses rédacteurs, on se rend compte que le retour au texte constitutionnel n'a pas été aussi important qu'il aurait pu l'être dans un tel contexte. Tout comme, dans les relations entre époux, ou dans un contrat de travail, on ne se soucie des règles qui régissent les relations matrimoniales ou les rapports entre employeur et salarié qu'au moment de l'élaboration du contrat et, par la suite, seulement en cas de conflit, les problèmes majeurs du droit constitutionnels ne se posent qu'au moment de la rédaction d'une constitution et en cas de litige grave. Mais, pour les conflits de droit constitutionnel relatifs à la répartition des pouvoirs entre le Président de la République et le premier ministre, aucun juge ne se reconnaît compétent pour donner une interprétation authentique de la Constitution. Or ces fluctuations dans l'application de la Constitution, et le fait que l'on ait pu observer certaines violations de son texte même en cas de cohabitation, conduisent le juriste à s'interroger sur les relations entre le texte constitutionnel et la pratique de ce texte. Jusqu'en 1986, le mépris

de la Constitution était, sur certains points, si constant, que l'on avait pu croire que les usages anticonstitutionnels avaient modifié nos institutions, en instaurant une constitution coutumière plus importante que la Constitution écrite. En ce qu'elle a permis la renaissance du texte, la coexistence a montré que ces interprétations n'étaient plus acceptables aujourd'hui. Néanmoins, l'intérêt de ce type d'analyse est de souligner la nécessité d'étudier les rapports dialectiques entre règle et pratique. Ainsi, la cohabitation a été une épreuve non seulement pour les institutions de la Ve République, dont elle a révélé les caractères fondamentaux et les caractéristiques les plus originales, mais elle a aussi été une épreuve pour le droit constitutionnel tout entier, puisqu'elle a remis en cause les analyses que l'on pouvait admettre jusque là.

En donnant lieu à des variations considérables dans l'interprétation de la Constitution, la coexistence nous conduit à nous interroger sur les raisons de ces écarts. Or l'analyse de ces écarts est exclue de la science du droit, dans la conception aujourd'hui dominante en France. On estime généralement que l'étude des facteurs qui déterminent le fonctionnement des règles constitutionnelles relève de la science politique et non du droit constitutionnel. Il faudra donc surmonter les obstacles épistémologiques à une analyse centrée sur le problème de la variabilité de l'effectivité des constitutions pour pouvoir l'aborder. La question est en effet de savoir quelle peut, et quelle doit être l'attitude du juriste face à de telles variations dans l'application de la Constitution. Cela dépend de la conception de l'on a du droit. Si l'on admet, avec les formalistes, que l'objet de la discipline qu'est le droit constitutionnel est seulement de faire l'exégèse des textes, alors le juriste se doit d'ignorer souverainement la pratique, car elle n'entre pas dans l'objet de sa science. Si l'on considère, avec les réalistes, que l'objet de la science du droit est seulement la description des décisions d'application de la Constitution qui, seules, confèrent au texte un sens qu'il n'a pas au départ, alors le juriste doit se contenter de décrire les pratiques auxquelles donne lieu la Constitution. Nous avons été conduits à rejeter chacune de ces attitudes car elles nous paraissent ignorer ce qui est essentiel dans le phénomène juridique, à savoir son objet. Le but du droit constitutionnel dans un Etat de Droit démocratique est de garantir la soumission des gouvernants, comme des gouvernés, aux règles de droit définies par le peuple souverain. Si l'on admet que les règles constitutionnelles sont essentiellement des outils destinés à permettre le respect de la démocratie, alors la science du droit constitutionnel sera conçue comme l'activité de connaissance consistant à analyser non seulement le contenu de ces règles, mais aussi et surtout leur fonctionnement. En adoptant une démarche de type phénoménologique, nous constatons tout simplement que le peuple a adopté des règles qui doivent garantir la répartition des pouvoirs entre les gouvernants et les gouvernés dans le respect des droits fondamentaux. Or, que se passet-il en pratique ? Ces règles sont parfois violées, et cela même dans un

contexte dans lequel chacun des gouvernants avait intérêt à imposer à l'autre le respect de la Constitution. Face à cet état de choses, nous considérons que le rôle du juriste n'est pas de " se croiser les bras " en niant les pratiques déviantes, ni en considérant que la règle a été modifiée par son application. Si le but du droit constitutionnel est de garantir le respect des règles d'un Etat de droit démocratique, alors le but de la science - ou de la technique, quelle importance ? - du droit constitutionnel est de renforcer l'efficacité de ces outils, de ces règles.

Or, le constitutionnaliste ne peut renforcer l'effectivité de la Constitution que si, dans un premier temps, il se donne les moyens de penser l'écart entre la règle et la pratique. Cela suppose que l'on s'écarte à la fois des analyses formaliste et réaliste, qui ne permettent pas de l'étudier, la première parce qu'elle ignore la pratique, la seconde parce qu'elle ne s'intéresse pas au sens de la règle écrite. On peut alors proposer d'adopter une conception " formaliste-systémiste ", qui conduit à adopter une définition stricte de la règle constitutionnelle, et en même temps une vision large de l'objet de la science du droit constitutionnel. Pour pouvoir analyser l'écart entre règle et pratique, il est nécessaire de savoir dans quel sens on doit interpréter la règle qui est le point de départ de l'analyse. Puisque notre objet est de *distinguer la norme de ses décisions d'application* - que ce soit par le juge ou par les gouvernants - nous considérons que le seul point de repère valable pour identifier cette règle est la Constitution interprétée dans le sens que ses rédacteurs lui donnaient, ou prétendaient officiellement lui donner. Mais il ne s'agit là que de propositions d'interprétation doctrinale qui n'ont aucune prétention à s'imposer dans l'ordre juridique. Le choix d'une interprétation de la Constitution dans ce sens nous paraît être imposé non seulement par cette nécessité analytique, mais aussi, plus concrètement - et ici notre démarche est prescriptive quoique dépourvue de valeur normative, puisque nous conseillons au juge d'avoir ce type d'interprétation - par l'impératif démocratique. En effet, nous estimons que l'on ne saurait instaurer un Etat de droit démocratique que par des règles constitutionnelles dont le sens est fixe, et non mouvant. Tel était l'un des objets essentiels de la Révolution : remplacer les règles coutumières et l'arbitraire du Prince par des règles écrites, donc fixes, qui ont été adoptées par le Peuple souverain. Admettre que les gouvernants puissent modifier la Constitution par leurs pratiques nous paraît contraire à ces principes fondamentaux. Réciproquement, nier que la situation concrète aboutisse actuellement à un résultat comparable - quel que soit le nom qu'on lui donne, règle ou simple pratique -, serait tout à fait irréaliste. Or, nous pensons qu'il est peut-être possible d'être à la fois conscient de la réalité et restant soucieux du respect de ces principes, si l'on admet, justement, que le droit constitutionnel en tant qu'activité de connaissance, a pour objet de renforcer l'efficacité des règles de la Constitution. Les normes et les décisions d'application de la Constitution étant ainsi identifiées et distinguées, on va pouvoir *mesurer et comprendre leur écart*. Ici encore l'approche



que nous suggérons est à la fois formaliste et systémiste. Formaliste en ce qu'elle ne regarde comme normes constitutionnelles que les règles formellement approuvées par le peuple en tant que telles - le texte de la Constitution-; et systémiste en ce que l'on doit analyser aussi les décisions d'application de ces normes et les relations entre ces règles et ces pratiques à l'intérieur d'un système. Le droit constitutionnel étant redéfini comme l'étude du contenu et du fonctionnement des règles constitutionnelles, on tentera de comprendre quels sont les facteurs qui expliquent la variation de l'écart entre règle et pratique, et donc la relativité de l'effectivité de la Constitution. On peut considérer que le texte constitutionnel établissant un régime politique donné va se combiner avec un " système de variables déterminantes " dont certaines sont juridiques et d'autres extrajuridiques, et que c'est le résultat de cette combinaison qui va donner lieu à telle ou telle pratique constitutionnelle. L'ensemble des relations entre régime politique et " système de variables déterminantes " conduit donc à tel ou tel système politique. Ces relations peuvent être analysées sur un plan statique - de manière assez artificielle, pour clarifier la démonstration - et sur un plan dynamique, pour constater qu'il existe un mouvement perpétuel, d'abord à l'intérieur d'un système politique, et ensuite d'un système politique à l'autre. Ainsi avons-nous pu émettre certaines hypothèses sur les facteurs qui sont susceptibles d'expliquer l'évolution de la pratique constitutionnelle avant et pendant la cohabitation, et dont le plus important est évidemment l'opposition politique entre le Président de la République et la majorité parlementaire. L'analyse de ces rapports permet de mettre en évidence l'importance des relations dialectiques entre norme, image et pratique de la norme, ce qui nous conduit à distinguer entre texte constitutionnel, pratique constitutionnelle, et légitimité de la Constitution, et à analyser les rapports de ces éléments avec la notion de validité de la Constitution. Bien qu'il ne nous ait pas été possible, dans le cadre de cette étude, d'étudier ces rapports de manière très approfondie, nous estimons qu'il y a là un terrain de recherche extrêmement riche, et qui mériterait d'être développé. Pour l'étude de la cohabitation, nous avons considéré qu'il convenait donc de ne pas confondre la variabilité de l'effectivité de la Constitution avec la variabilité de son effectivité ou de sa légitimité, mais qu'il existe des relations médiatees dans certains cas, et immédiates dans d'autres cas entre ces résultantes. Pour prendre un exemple simple, la constitution prévoit que le Président de la République a l'obligation de convoquer le Parlement en session extraordinaire lorsque la demande lui en est régulièrement présentée. Si M. Mitterrand a pu se permettre de refuser de convoquer le Parlement en session extraordinaire durant la cohabitation, c'est en grande partie parce que le Général de Gaulle avait violé cette règle. Donc cette pratique inconstitutionnelle avait agi non pas sur la Constitution elle-même, mais sur l'image de la Constitution. Cette pratique constitutionnelle avait influé sur la légitimité de la Constitution. Puisque cette pratique paraissait plus conforme à la Constitution que la règle constitutionnelle elle-même, elle était plus légitime. Et c'est parce qu'elle était plus

légitime qu'elle a pu donner lieu à une nouvelle pratique. Mais on ne doit pas, dans la conception que nous proposons, considérer pour autant que la règle établie par la Constitution n'est plus valide. Simplement, son effectivité n'est pas garantie. Dès lors, la démarche volontariste que nous adoptons nous conduit à rechercher les moyens de *réduire l'écart entre règle et pratique*, afin de rendre la norme constitutionnelle plus effective. Il ne saurait être question de sombrer dans un quelconque "fétichisme juridique", en considérant que, par essence, toute règle constitutionnelle est parfaite, et qu'il convient seulement de rechercher comment renforcer l'effectivité. Au contraire, l'analyse des rapports entre validité, légitimité et effectivité nous permet de constater que si une règle n'est pas respectée cela peut être dû à de nombreux facteurs. Schématiquement, cette ineffectivité peut s'expliquer dans bien des cas soit par le fait que la règle ne convient pas à la société à laquelle elle doit s'appliquer (par exemple par ce qu'elle ne correspond pas à l'idée que se fait la majorité de ce que doit être la règle de droit), soit parce que les rédacteurs de cette règle n'ont pas voulu ou pas pu prévoir les moyens de la rendre effective, en garantissant le respect de cette règle. Notre étude concernant le problème de la cohabitation, nous avons seulement envisagé la possibilité d'un renforcement de l'effectivité de la Constitution à ce niveau-là, tout en ayant bien conscience du fait que cela ne concerne qu'un aspect infime du problème général de l'effectivité de la Constitution et des révisions qui seraient concevables par ailleurs.

Pour garantir le respect des règles constitutionnelles en cas de coexistence, on peut considérer qu'il est nécessaire de modifier la Constitution quant à la répartition des pouvoirs législatif et exécutif ou à l'intérieur du pouvoir exécutif, soit en adoptant un régime différent, soit en précisant ou modifiant seulement certaines règles de la Constitution de 1958. Nous avons évoqué les avantages et les inconvénients majeurs de chacune de ces solutions au regard - seulement - du problème de la cohabitation. Mais nous avons surtout constaté que, quel que soit le régime adopté, il paraissait nécessaire d'étendre les compétences du Conseil constitutionnel pour garantir l'effectivité de la Constitution, révisée ou non. A partir de l'analyse des systèmes de règlement des litiges entre les pouvoirs publics constitutionnels existants à l'étranger, nous avons suggéré une révision de la Constitution pour permettre de reconnaître au Conseil constitutionnel la compétence de donner une interprétation de la Constitution à l'occasion de tels différends. Si cette réforme n'est pas hautement probable dans l'immédiat, du moins n'est-elle pas inconcevable, et serait-elle nécessaire à la fois pour garantir l'existence d'un véritable Etat de droit en France, et pour dédramatiser les conflits entre les gouvernants, dans l'optique, en particulier, d'une nouvelle cohabitation. Peut-on admettre que dans un pays qui se prétend un Etat de droit démocratique, le Président de la République ou le Premier ministre puissent impunément violer la

Constitution ? L'effectivité des règles constitutionnelles - quelles qu'elles soient - ne pourra être garantie que si les deux principaux dirigeants de cet Etat ne sont plus soustraits au respect des règles de droit pour certains de leurs actes. L'absence de contrôle des " actes de gouvernement " peut en effet être analysé comme un véritable déni de justice, qui est particulièrement " gênant " puisque les gouvernants sont à la fois " juge et partie ". Devant de telles propositions, certains ne manqueront pas de brandir le spectre du " gouvernement des juges ". Or, même s'il s'agit d'un mythe fort utile aux gouvernants qui souhaitent se soustraire aux contraintes juridiques, il n'est pas totalement dénué de tout fondement. On ne saurait donc s'interroger sur l'extension des compétences du Conseil constitutionnel sans se demander en même temps si un juge investi de telles compétences ne risque pas, à son tour, d'abuser de son pouvoir. L'application prudente et limitée des relations que nous avons proposé d'établir entre légitimité, effectivité et validité semble permettre de poser pour hypothèse qu'il existe des rapports dynamiques dans le système actuel, qui tendent à limiter les abus de pouvoir du Conseil constitutionnel. Si ces observations sont pertinentes, on devrait pouvoir procéder à une telle extension des compétences du Conseil sans risque majeur de nouveau déséquilibre du système à son profit. Et même si ces considérations étaient infirmées par le cours de événements, il existe des moyens de limiter le danger potentiel d'un " gouvernement des juges " en adoptant cette réforme.

Délibérément volontariste et pragmatique - même si elle impose quelques raisonnements théoriques - la conception du droit constitutionnel que nous suggérons a pour objet de proposer un regard différent sur la science du droit constitutionnel, qui permettrait aux juristes de ne pas limiter leurs analyses à une description des règles *ou* des pratiques, mais de consacrer leurs études à l'analyse des rapports entre normes et décisions d'application, afin de renforcer l'efficacité des règles de droit constitutionnel pour garantir le respect de la démocratie. Car si la science politique peut également avoir pour objet l'analyse de la pratique du pouvoir, la finalité de cette science n'étant pas le renforcement de l'effectivité des constitutions, son approche et ses méthodes resteront fondamentalement différents de ceux de la science du droit. Seuls les juristes sont donc en mesure de procéder à ce type d'analyse. Sans doute, la plupart des professeurs de droit analysent-ils déjà les conditions qui déterminent l'application des règles constitutionnelles, mais généralement, ils le font d'une part, en ayant l'impression de " sortir du domaine du droit ", et d'autre part, de manière souvent plus intuitive que scientifique. L'ambition de la vision que nous suggérons est de réintégrer ces analyses dans la science du droit, et de proposer des moyens de transformer l'intuition de la plupart des constitutionnalistes en un système ordonné de connaissances

En remettant en cause non seulement la Ve République, mais aussi le droit constitutionnel lui-même, la cohabitation s'est avérée être un sujet de recherche très fertile, puisqu'elle nous a conduit à poser des questions fondamentales pour la science du droit constitutionnel. Cette étude ne prétend nullement répondre à toutes ces interrogations, mais a pour ambition de suggérer une nouvelle façon de les concevoir. Si elle est l'aboutissement d'une recherche sur la cohabitation, elle se voudrait surtout un point de départ vers d'autres recherches, avec la collaboration d'autres regards.

**TABLE DES MATIERES**  
(les chiffres renvoient aux numéros de subdivisions)

***Livre I LA COHABITATION, REVELATEUR DE  
LA Ve REPUBLIQUE*** P.39

**Titre I LA VE REPUBLIQUE MENACEE ?** P.41

**Chapitre I L'EBRANLEMENT**.....P.42

**Section I UNE REMISE EN CAUSE DE LA SUPREMATIE  
PRESIDENTIELLE**.....p.43

**I LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE PERD SON ASSISE  
MAJORITAIRE**.....P 43

**A LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE PERD L'APPUI DU PEUPLE  
ET DE LA MAJORITE PARLEMENTAIRE**.....P 44.

- 1 ) Le Président de la République perd la confiance de la Nation..... p. 44.
  - a ) La politique conduite par M. Mitterrand a été rejetée par le peuple 1 .....p. 45
  - b ) Le Chef de l'Etat estime qu'il n'a pas subi un désaveu 2.....p.47
- 2 ) Le Président de la République doit affronter une majorité parlementaire hostile.....p.48
  - a ) Le Président de la République avait toujours été soutenu par la majorité parlementaire 3.p.48
  - b ) Le chef de l'Etat perd l'appui de la majorité parlementaire 4.....p. 50

**B MALGRE LE RECOURS A LA REPRESENTATION PROPORTIONNELLE,  
LA COHABITATION S'IMPOSE**.....P. 53

- 1 )La digue de la représentation proportionnelle n'a pas permis d'éviter la cohabitation p.53
  - a ) L'objectif : diviser pour mieux régner 5.....p.54
  - b ) L'échec relatif de cette stratégie 6.....p.55
- 2 ) Le peuple a-t-il imposé ou subi la cohabitation ?.....p.58
  - a ) Le peuple semble avoir voulu la cohabitation 7.....p.58
  - b ) La cohabitation s'impose au peuple 8.....p.60

<b>II LES BASES DE LA PRESIDENTIALISATION DU SYSTEME S'EFFRITENT</b> .....	P.65
<b>A LA COHABITATION, BOULEVERSEMENT DES EQUILIBRES DETERMINANT LA PRESIDENTIALISATION ?</b> .....	P.67
1 ) Evolution des principales variables ayant déterminé la pratique de la Ve République p 67	
a ) Le changement du mode de scrutin 9.....	p.68
b ) Evolution des autres variables et de leurs logiques potentielles 10.....	p.71
2 ) Evolution de la combinaison des variables .....	p.73
a ) Analyse par paire 11.....	p.73
b ) Le système contraignant de la Ve République est remis en cause par la cohabitation 12...	p.75
<b>B LA COHABITATION, REMISE EN CAUSE DE LA PRESIDENTIALISATION ?</b> .....	P.79
1 ) L'analyse " ouverte " d'Olivier Duhamel.....	p.79
a ) " L'inventaire stratégique " 13.....	p.80
b ) L'inventaire des issues 14.....	p.83
2 ) L'analyse " fermée " de Maurice Duverger.....	p.87
a ) La cohabitation met fin à la suprématie présidentielle 15.....	p.88
b ) Vers une monarchie parlementaire à l'anglaise ? 16.....	p.89
 <b>Section II UNE NOUVELLE LECTURE DES TABLES DE LA LOI</b>	
<b>I DU TEXTE A L'ESPRIT DE LA CONSTITUTION</b> .....	P.92
<b>A MANIFESTATIONS ET CAUSES DE LA PRATIQUE PRESIDENTIALISTE</b> .....	P.93
1 ) Principaux aspects de la " déviation présidentialiste " .....	p.93
a ) L'affirmation de la suprématie présidentielle 17.....	p.93
b ) Le mépris de la Constitution 18.....	p.96
2 ) Principales causes de la pratique présidentialiste.....	p.97
a ) Facteurs conjoncturels 19.....	p.97
b ) Les causes structurelles de la lecture présidentialiste 20.....	p.101
<b>B LES REACTIONS SUSCITEES PAR LA LECTURE PRESIDENTIALISTE</b> .....	P.103
1 ) De la négation à la condamnation de l'écart entre le texte et la pratique.....	p.103
a ) La négation de la dérive présidentialiste 21.....	p.103
b ) La condamnation de la dérive présidentialiste 22.....	p.105
2 ) De l'explication à la légitimation de la dérive présidentialiste.....	p.107
a ) L'invocation de l'esprit de la Constitution 23.....	p.107
b ) La légitimation par la pratique ou la coutume 24.....	p.111
c ) La légitimation par la théorie des deux lectures 25.....	p.113

<b>II DE L'ESPRIT AU TEXTE DE LA CONSTITUTION.....</b>	<b>P.119</b>
<b>A UN REGIME " BATARD " ECHAPPE A TOUT PRINCIPE RIGOUREUX D'INTERPRETATION.....</b>	<b>P.120</b>
1 ) Une Constitution " inclassable " ?.....	p.120
a ) Comment qualifier la Ve République ? 26.....	p.120
b ) Cherche-t-on à qualifier le régime ou le système politique? 27.....	p.123
2 ) Un régime libre de tout principe d'interprétation ?.....	p.126
a ) Un régime basé sur l'auto-limitation du chef de l'Etat ? 28.....	p.127
b ) La qualification de régime semi-présidentiel a-t-elle une fonction normative ? 29.....	p.127
<b>B LE RETOUR A LA LETTRE D'UN REGIME PARLEMENTAIRE.....</b>	<b>P.129</b>
1 ) La Ve République, un régime parlementaire bireprésentatif moniste.....	p.130
a ) Aperçu des controverses doctrinales sur la notion de régime parlementaire 30.....	p.130
b ) Qualification de la Ve République 31.....	p.136
2 ) De la qualification du régime au principe d'interprétation.....	p.138
a ) La qualification du régime, élément révélateur de l'intention des constituants 32 .....	p.139
b ) La qualification des régimes politiques, moyen de prévision de l'évolution d'un système politique ? 33.....	p.142

## **Chapitre II LA RECOMPOSITION**

### **Section I UNE SEPARATION INEDITE DES "POUVOIRS" ..33'.....p.145**

#### **I UNE NOUVELLE REPARTITION DES POUVOIRS ENTRE LES FORCES POLITIQUES. ....P.152**

##### **A UNE REDISTRIBUTION PARTISANE DES POUVOIRS.....P.152**

- 1 ) Une nouvelle forme de séparation du pouvoir majoritaire et du pouvoir d'opposition.
  - a ) Le pouvoir majoritaire ne maîtrise plus tous les principaux centres de pouvoir 34 p.153
  - b ) Le pouvoir d'opposition est plus important que jamais 35.....p.154
- 2 ) Fin ou mutation de l'Etat-partisan ?.....p.155
  - a ) Quelques actions et rétroactions des institutions et des partis jusqu'en 1986 36.....p.155
  - b ) De l'Etat monopartisan à l'Etat bipartisan 37.....p.156

**B L'AVENEMENT D'UN POUVOIR MODERATEUR ?.....P.157**

- 1) La conception gaullienne de la séparation des pouvoirs : vers un pouvoir modérateur ou directeur ? .....p.158
  - a) La conception gaullienne de la séparation des pouvoirs 38.....p.158
  - b) Le Président de la République dans la Constitution de 1958, un pouvoir neutre ? 39.....p.161
- 2) L'avènement d'un nouveau pouvoir, le pouvoir modérateur ?.....p.163
  - a) Le chef de l'Etat, un pouvoir modérateur ? 40 .....p.164
  - b) Un pouvoir modérateur partisan ? 41.....p.166

**II UNE NOUVELLE SEPARATION ORGANIQUE ET FONCTIONNELLE DES POUVOIRS**

**A UNE SEPARATION INEDITE DES ORGANES.....P.171**

- 1) Evolution de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement et le Président de la République.....p.172
  - a) Le Gouvernement n'est plus responsable devant le Président de la République 42.....p.172
  - b) Evolution de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement 43.....p.172
- 2) L'évolution du droit de dissolution.....p.174
  - a) Le chef du Gouvernement ne dispose pas du droit de dissolution 44.....p.174
  - b) Le droit de dissolution, seule arme importante du chef de l'Etat 45.....p.175

**B UNE REPARTITION ORIGINALE DES FONCTIONS.....P.177**

- 1) Un partage original de la fonction " exécutive " .....p.178
  - a) Le partage du pouvoir fédératif 46.....p.178
  - b) Un partage original de la fonction gouvernementale 47.....p.180
- 2) Un partage inédit de la fonction législative .....p.183
  - a) Gouvernement et Parlement ont la faculté de statuer 48.....p.183
  - b) Le Président de la République s'arroge un pouvoir de proposer et un pouvoir de freiner l'action du Gouvernement 49.....p.184
- 3) Le déséquilibre persistant des pouvoirs par rapport à la fonction juridictionnelle...p.188
  - a) Controverses sur l'indépendance du pouvoir juridictionnel 50.....p.188
  - b) L'inégalité persistante des pouvoirs par rapport au contrôle de la constitutionnalité de leurs actes 51.....p.191

**Section II LA DECOUVERTE DU REGIME PARLEMENTAIRE**

**I L'ILLUSION D'UN RETOUR A LA IVE REPUBLIQUE.....P.193**

**A VERS L'OMNIPOTENCE DU PARLEMENT ?.....P.195**

- 1) Le Parlement détermine la composition du Gouvernement.....p.195



a ) La désignation du Premier ministre : le " diktat " de la majorité	52.....	p.197
b ) L'influence du Président de la République et des partis dans la formation du Gouvernement	53.....	p.202
2 ) Le Parlement contrôle l'activité du Gouvernement.....		p.205
a ) Le Parlement donne sa légitimité au Gouvernement	54.....	p.207
b ) Un Gouvernement contrôlé par le seul Parlement	55.....	p.213
 B LE PARLEMENT RESTE UNE CHAMBRE D'ENREGISTREMENT.....		P.220
1 ) Le Parlement marche " à la baguette ".....		p.220
a ) Quelques progrès dans l'élaboration des lois	56.....	p.221
b ) Un Parlement sommé d'avancer au pas de charge	57.....	p.223
2 ) Une soumission dont la signification est inédite ?.....		p.224
a ) Une soumission inhérente au contrat de Législature	58.....	p.225
b ) Une soumission expliquée par des facteurs conjoncturels	59.....	p.227

## II L'INSTAURATION D'UN SYSTEME GOUVERNEMENTAL

A LE GOUVERNEMENT DETERMINE ET CONDUIT LA POLITIQUE DE LA NATION.....		P.230
1 ) Le Gouvernement détermine la politique de la Nation.....		p.232
a ) Un Gouvernement presque omniprésent	60.....	p.232
b ) Les moyens de la détermination de la politique nationale : des conseils de cabinet à la maîtrise du pouvoir normatif	61.....	p.234
2 ) Le Gouvernement conduit la politique de la Nation .....		p.238
a ) Moyens normatifs de l'exécution de la politique gouvernementale	62.....	p.238
b ) Moyens matériels de la politique gouvernementale	63.....	p.238
 B " LE PREMIER MINISTRE DIRIGE L'ACTION DU GOUVERNEMENT" .....		P.239
1 ) Un Gouvernement dominé par le Premier ministre.....		p.240
a ) Le Premier ministre maîtrise les rouages de la machine gouvernementale	64.....	p.240
b ) La mutation du Premier ministre : l'exécutant devient dirigeant	65.....	p.242
2 ) La " découverte " des pouvoirs du Premier ministre.....		p.244
a ) Les pouvoirs personnels du Premier ministre	66.....	p.245
b ) Les pouvoirs formels du Chef de l'Etat, pouvoirs réels du Premier ministre ?	67.....	p.248

## **Titre II LA VE REPUBLIQUE REVELEE.....P.251**

### **Chapitre I LA SAUVEGARDE DE LA CLEF DE VOUTE .**

#### **Section I LE TRONE N'EST PAS UN FAUTEUIL VIDE.....p.255**

#### **I LES POUVOIRS PROPRES DU PRESIDENT : DES ARMES DISSUASIVES QUI CHANGENT D'OBJECTIF.....p.261**

##### **A DES POUVOIRS REDUITS ?.....P.262**

- 1 ) Certains pouvoirs propres sont considérablement réduits.....p.263
  - a ) Le pouvoir de nommer le Premier ministre et de mettre fin à ses fonctions 68.....p.263
  - b ) L'impossible recours au référendum de l'article 11 69.....p.264
- 2 ) D'autres pouvoirs restent importants.....p.268
  - a ) Le Droit de dissolution, prérogative plus importante que jamais ? 70.....p.268
  - b ) L'article 16 demeure difficilement utilisable 71.....p.269
  - c ) Le droit de message reste peu important 72.....p.270
  - d ) Les rapports du Président avec le Conseil Constitutionnel deviennent plus importants73 p.271

##### **B DES ARMES DISSUASIVES DIRIGEES CONTRE LE GOUVERNEMENT.....P.273**

- 1 ) Des armes orientées vers le Gouvernement et sa majorité.....p.273
  - a ) Des armes utilisables dans un sens inédit 74.....p.273
  - b ) Des armes non organisées par la Constitution, ou inconstitutionnelles 75.....p.277
- 2) Des armes essentiellement dissuasives .....p.279
  - a ) Certaines armes sont avant tout dissuasives 76.....p.280
  - b ) Les armes non-dissuasives sont les moins efficaces 77.....p.281

#### **II LA PRATIQUE DES POUVOIRS SOUMIS A CONTRESEING : DU POUVOIR DE DIRECTION AU POUVOIR DE TUTELLE.....p.282**

##### **A LE VETO PRESIDENTIEL SUR LES ACTES DU GOUVERNEMENT, AVENEMENT D'UN POUVOIR DE TUTELLE.....P.285**

- 1 ) Le veto présidentiel sur la désignation des membres du Gouvernement.....p.285
  - a ) La reconnaissance implicite d'un droit de veto 78.....p.286
  - b ) Ce veto est l'expression d'un pouvoir de tutelle 79.....p.286
- 2 ) L'évolution des pouvoirs présidentiels en Conseil des ministres.....p.287
  - a ) Le veto du Président dans la préparation du Conseil des ministres 80.....p.289

- b) Le Président de la République ne peut empêcher l'adoption des délibérations du Conseil des ministres 81.....p.294
- c) La création d'un droit de veto présidentiel au niveau de l'authentification des décisions du Gouvernement 82.....p.300
- 3) L'invention d'un veto présidentiel sur les ordonnances.....p.304
  - a) Le veto présidentiel sur les ordonnances gouvernementales, expression d'un pouvoir de tutelle 83.....p.305
  - b) Constitutionnalité et conséquences juridiques du veto présidentiel 84.....p.310
- 4) Le veto présidentiel sur les nominations.....p.324
  - a) Le déséquilibre du système n'est pas remis en cause 85.....p.325
  - b) La " chasse aux sorcières " commence avant l'ouverture 86.....p.327
  - c) La négociation du pouvoir de nomination 87.....p.331

## B LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE INTERVIENT DANS L'ACTIVITE DU PARLEMENT .....P.334

- 1) Le Président de la République s'accorde une " initiative législative " .....p.335
  - a) Cette "initiative législative " demeure indirecte 88.....p.335
  - b) Un pouvoir politiquement important 89.....p.335
- 2) Les pouvoirs présidentiels en matière de promulgation de la loi et de demande de nouvelle délibération.....p.336
  - a) Le Président aurait-il pu demander une nouvelle délibération au Parlement ? 90.....p.336
  - b) La promulgation de la loi, compétence liée du Président 91.....p.339
- 3) La persistance d'un veto présidentiel sur la convocation du Parlement en session extraordinaire.....p.341
  - a) Un droit de veto largement contesté par la doctrine 92.....p.342
  - b) Un droit de veto admis par le Gouvernement 93.....p.345
- 4) La guerre de la révision n'a pas eu lieu.....p.347
  - a) Le Président a-t-il un droit de veto sur les révisions constitutionnelles ? 94.....p.348
  - b) L'hypothétique réduction du mandat présidentiel à cinq ans 95.....p.352

## C LES RAPPORTS DU PRESIDENT AVEC L'AUTORITE JURIDICTIONNELLEP.354

- 1) Le droit de grâce, prérogative régaliennne ? .....p.354
  - a) Une compétence discrétionnaire ? 96.....p.354
  - b) L'exercice du droit de grâce durant la cohabitation 97.....p.355
- 2) Le Président de la République, garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire.....p.357
  - a) L'étendue de la compétence présidentielle 98.....p.357
  - b) Les moyens de la compétence présidentielle : la présidence du Conseil supérieur de la magistrature 99.....p.358

<b>III LA POLITIQUE ETRANGERE ET LA DEFENSE : UN DOMAINE PRESERVE</b> .....	P.360
<b>A NEGATION DE LA THEORIE DU DOMAINE RESERVE</b> .....	P.361
1) Une théorie condamnée comme étant contraire au texte de la Constitution.....	p.361
a) Une théorie presque unanimement rejetée 100.....	p.361
b) Une théorie non conforme à la Constitution 101.....	p.363
2) Une théorie apparemment contredite par l'avènement d'une dyarchie consensuelle.	
a) De la monarchie à la dyarchie 102.....	p.368
b) Le consensus favorise la cogestion 103.....	p.373
<b>B L'AVENEMENT DE LA PRATIQUE DU DOMAINE RESERVE</b> .....	P.375
1) Le maintien de l'autorité présidentielle, illusion ou réalité ?.....	p.376
a) L'affirmation de la prééminence du chef de l'Etat 104.....	p.376
b) Les manifestations de l'autorité présidentielle 105.....	p.379
2) La théorie du domaine réservé, seul fondement de l'autorité présidentielle ?.....	p.385
a) La théorie des compétences implicites, justification de la théorie du domaine réservé?106p	385
b) M. Mitterrand, créateur de la pratique du domaine réservé 107.....	p.387
<b>Section II L'ARBITRE NE PEUT MAL FAIRE</b> .....	p.391
<b>I LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE, JUGE ET ARBITRE</b> .....	P.392
<b>A UNE CONCEPTION EXTENSIVE DE LA FINALITE DE L'ARBITRAGE</b> .....	P.393
1) Une vision élastique de l'arbitrage prévu par la Constitution.....	p.393
a) L'arbitrage explicitement prévu par la Constitution 108.....	p.393
b) Assimilation de l'arbitre et du garant 109.....	p.397
2) une mission générale d'arbitrage méta-constitutionnelle.....	p.398
a) " Le Président de la République assure, par son arbitrage, la cohésion nationale dont il est le garant " 110.....	p.399
b) Le Président de la République, défenseur des institutions et des faibles 111.....	p.400
<b>B UNE CONCEPTION EXTENSIVE DES MOYENS DE L'ARBITRAGE</b> .....	P.403
1) L'avènement d'une fonction tribunitienne.....	p.404
a) La liberté d'expression présidentielle, une évidence ? 112.....	p.404
b) Les modalités d'expression de la parole présidentielle 113.....	p.407
2) L'arbitre définit les règles du jeu.....	p.410
a) L'arbitre délimite lui-même ses pouvoirs 114.....	p.410
b) Un principe largement admis ? 115.....	p.412

<b>II</b>	<b>RESPONSABILITE ET LEGITIMITE PRESIDENTIELLE</b>	
	<b>: LE POINT CRUCIAL.....</b>	<b>p.416</b>
<b>A</b>	<b>UN PRESIDENT IRRESPONSABLE ?.....</b>	<b>P.419</b>
1 )	Une nouvelle conception de la responsabilité politique du Président de la République.....	p.419
a )	Un Président irresponsable devant le Parlement ? 116.....	p.419
b )	Evolution de la responsabilité présidentielle devant le peuple 117.....	p.421
2 )	De la responsabilité présidentielle pour haute trahison, ou de l'utilité d'une bombe atomique pour tuer une mouche.....	p.425
a )	Une arme presque inutilisable 118.....	p.425
b )	Une arme dissuasive 119.....	p.430
<b>B</b>	<b>EVOLUTION DE LA LEGITIMITE PRESIDENTIELLE.....</b>	<b>P.430</b>
1 )	De la " légitimité majoritaire " à la " légitimité arbitrale ", ou de la négation à l'affirmation de la hiérarchie des légitimités.....	p.432
a )	De la hiérarchie à la complémentarité des légitimités 120.....	p.432
b )	L'affirmation de la primauté de la légitimité présidentielle 121.....	p.433
2 )	Légitimité et légalité : des rapports toujours ambigus.....	p.436
a )	La légitimité comme garantie de la légalité 122.....	p.436
b )	La légitimité, alibi de l'illégalité 123.....	p.437

## **Chapitre II LE CADRE CHANGE, LA CONSTITUTION DEMEURE.....**

**p.442**

### **Section I FLEXIBLE CONSTITUTION ?.....**

**p.443**

#### **I DES VICES ET VERTUS DE LA SOUPLESSE.....**

**p.444**

##### **A L'élasticité, force principale de la Ve République ?.....**

**p.444**

- 1 ) La souplesse de la Constitution, garantie de sa solidité ?.....p.444
  - a ) Une idée généralement admise 124.....p.444
  - b ) Une difficile remise en cause, ou le spectre de la rigidité 125.....p.445
- 2 ) La malléabilité n'est ni la force principale ni un trait original de la Ve République.p.446.
  - a ) La garantie de la stabilité de la Ve République réside dans une souplesse autre que celle que l'on souligne habituellement 126.....p.446
  - b ) La " souplesse " n'est pas un caractère spécifique à la Constitution de la Ve République 127.....p.447

<b>B DE L'ELASTICITE A L'INEXISTENCE DE LA CONSTITUTION ?</b> .....	P.448
1 ) Les raisons premières de l'éloge de la flexibilité constitutionnelle.....	p.449
a ) Credo, ou propagande des gouvernants ? 128.....	p.449
b ) Une vision aisément admise par une partie de la doctrine 129.....	p.450
2 ) Inconvénients et relativité de l'élasticité.....	p.452
a ) Des inconvénients pour la démocratie 130.....	p.452
b ) La cohabitation a révélé la relativité de cette souplesse 131.....	p.453
 <b>II ELASTICITE DES INSTITUTIONS OU DES CONCEPTS ?</b> .....	p.454
 <b>A UNE CONSTITUTION QUI PERMET PLUSIEURS INTERPRETATIONS ?</b> ....	P.454
1 ) Des variations d'interprétation autorisées par la lettre de la Constitution ? .....	p.455
a ) L'hypothèse de la permissivité des dispositions constitutionnelles 132.....	p.455
b ) L'hypothèse de l'ambiguïté du texte 133.....	p.456
2 ) Des interprétations rendues possibles par l'absence de sanction ?.....	p.458
a ) Des sanctions sont possibles 134.....	p.458
b ) Des mécanismes inadaptés ? 135.....	p.459
 <b>B UNE CONSTITUTION MODIFIEE PAR CHACUNE DE SES INTERPRETATIONS ?</b> .....	P.460
1 ) Thèses en faveur d'une constitution protéiforme.....	p.461
a ) Une constitution-caméléon ? 136.....	p.461
b ) Critique des explications juridiques de ces mutations 137.....	p.461
2 ) Des thèses contredites par la cohabitation.....	p.463
a ) La remise en cause de la justification par l'usage ou la coutume 138.....	p.463
b ) La nécessité de recourir à une nouvelle explication 139.....	p.464

## **Section II FLEXIBLES SYSTEMES**

<b>I LA COHABITATION, CHANGEMENT DE SYSTEME, ET NON DE REGIME</b> .....	p.467
 <b>A PRECISIONS SUR LES NOTIONS DE "CONSTITUTION " ET DE " REGIME"</b>	P.467
1 ) L'idée de " constitution souple ", fruit d'une conception souple de la Constitution ? 140.....	p.468
2 ) L'idée de flexibilité du régime, reflet d'une conception large du régime politique 141.....	p.471
 <b>B LA COHABITATION REVELE LA FIXITE DU REGIME ET LA FLEXIBILITE DU SYSTEME.</b>	
1 ) Une régime politique fixe 142.....	p.473

2 ) Des systèmes politiques protéiformes 143.....	p.473
<b>II DE LA VALEUR RELATIVE D'UNE EXPERIENCE.....</b>	<b>p.475</b>
<b>A UNE EXPERIENCE QUI N'A PAS CREE UN DROIT.....</b>	<b>P.475</b>
1 ) L'avènement d'un " droit de la cohabitation " ? .....	p.476
a ) Un droit révélé et non créé 149.....	p.476
b ) Une distinction entre règle et pratique plus importante que jamais 150.....	p.477
2 ) La cohabitation a créé des précédents.....	p.477
a ) Des pratiques dépourvues de valeur normative pour l'avenir 151.....	p.478
b ) Des précédents susceptibles d'influencer les pratiques futures 152.....	p.480
<b>B LA COHABITATION A MODIFIE CERTAINES VARIABLES DU SYSTEME..</b>	<b>P.481</b>
1 ) L'image des pouvoirs des gouvernants est redéfinie.....	p.481
a ) Une image bouleversée durant la cohabitation 153.....	p.481
b ) Une ombre portée sur l'avenir, ou les stigmates de la cohabitation 154.....	p.489
2 ) Vers une nouvelle cohabitation ?.....	p.495
a ) Une seconde coexistence, pourquoi ? 155.....	p.495
b ) Une nouvelle cohabitation, comment ? 156.....	p.502

**Livre II LA COHABITATION, CATALYSEUR**

**DU DROIT. CONSTITUTIONNEL.....p.505**

**Titre I UN TEST DE L'EFFICACITE ET DE  
L'EFFECTIVITE DU DROIT  
CONSTITUTIONNEL...p.507**

**Chapitre I EFFICACITE DES METHODES ET  
EFFECTIVITE DE LA CONSTITUTION...p.513**

**SECTION I EVALUER L'ADAPTATION DES METHODES A LA  
QUESTION DE L'EFFECTIVITE.....P.514**

**I LES CONCEPTIONS NORMATIVISTES.....p.515**

**A LA QUESTION DE L'EFFECTIVITE DANS LE MODELE KELSENIENp.515**

- 1) L'ambiguïté de la question de l'effectivité dans la théorie pure du droit.....p.516
  - a) L'effectivité, condition de la validité des normes 157.....p.516
  - b) L'analyse de l'efficacité est exclue de la science du droit 158.....p.517
- 2) Limites et inconvénients de l'approche Kelsénienne de l'effectivité.....p.518
  - a) Difficultés d'identification des normes valides 159.....p.518
  - b) De la description à la légitimation 160.....p.519

**B DES UTILISATIONS VARIABLES DU MODELE KELSENIEN .....p.521**

- 1) " Pseudo-positivisme " ou exégèse critique ?.....p.522
  - a) Fin de l'exégèse, renouveau du formalisme ? 161.....p.522
  - b) Des vertus du " pseudo-positivisme " 162.....p.524
- 2) De la pratique au droit : l'interprétation par l'application.....p.525
  - a) Une norme révélée par la pratique ? 163.....p.525
  - b) Des conceptions éprouvées par la cohabitation 164.....p.526
- 3) Rigueur et limites de l'analyse jurisprudentielle.....p.528



- a ) Une approche indispensable 165.....p.528
- b ) Limites de l'analyse jurisprudentielle 166.....p.530

## II LES ANALYSES REALISTE ET STRATEGIQUE.....p.532

### A EFFECTIVITE ET COHABITATION DANS LA CONCEPTION REALISTE.....p.532

- 1 ) Objet de la science du droit et conception de la norme dans l'approche réaliste
  - a ) L'objet de la science du droit est l'étude du comportement des acteurs 167.....p.533
  - b ) Discussion de l'idée selon laquelle la norme serait créée par l'interprétation 168 p.534
- 2 ) L'étude de l'effectivité dans l'optique réaliste.....p.536
  - a ) Du réalisme au nihilisme, ou l'impensable analyse normativiste de l'effectivité normative 169.....p.536
  - b ) Il est possible d'envisager l'effectivité ou la relativité des normes dans une conception réaliste de ces notions 170.....p.537

### B LE SUCCES RELATIF DE L'ANALYSE STRATEGIQUE.....p.540

- 1 ) Une méthode largement efficace.....p.540
  - a ) Une analyse centrée sur la variabilité des pratiques constitutionnelles 171.....p.540
  - b ) La mise en évidence d'un système de contraintes 172.....p.541
- 2 ) Un succès relatif.....p.541
  - a ) Conception des normes et effectivité dans l'analyse stratégique 173.....p.542
  - b ) Limites de l'analyse stratégique pour l'explication de la cohabitation 174.....p.542

## Section II REDEFINIR LA SCIENCE DU DROIT CONSTITUTIONNEL.....p.545

### I SURMONTER LES OBSTACLES EPISTEMOLOGIQUES .....p.546

#### A LA CONNAISSANCE DU DROIT PEUT-ELLE ETRE UNE SCIENCE ? p.547

- 1 ) La science du droit, une utopie ?.....p.547
  - a ) L'impossible neutralité, et les impasses formaliste et réaliste 175.....p.547
  - b ) Possibilité d'une science du droit consciente de ses limites 176.....p.551
- 2) La détermination de l'objet de la science du droit, une question philosophico-politique ?.....p.553
  - a ) La définition du droit, une alternative philosophico-politique 177.....p.553
  - b ) Nécessité d'un choix. Pour une démarche délibérément volontariste 178.....p.557

#### B DE LA CONCEPTION INSTRUMENTALE DU DROIT A L'ETUDE DE L'EFFECTIVITE.....p.558

- 1 ) La Constitution, une technique.....p.559
  - a ) Pour une conception instrumentale de la Constitution 179.....p.559

- b) But du droit, effectivité et validité : le choix du formalisme comme garantie de la démocratie 180.....p.562
- 2 ) L'étude du droit, connaissance d'une technique.....p.566
  - a) Une conception qui correspond à la pratique d'une large partie de la doctrine 181.p.567
  - b) L'objet de la discipline du droit constitutionnel : améliorer l'efficacité de la technique constitutionnelle 182.....p.570

## **II CONCEVOIR LE DROIT CONSTITUTIONNEL COMME L'ETUDE DU CONTENU ET DU FONCTIONNEMENT DE LA CONSTITUTION.....p.573**

### **A PRESENTATION GENERALE ET DIFFICULTES MAJEURES DE CETTE REDEFINITION.....p.574**

- 1) Une définition compréhensive du droit constitutionnel.....p.574
  - a) L'opposition actuelle entre définition matérielle et définition formelle 183 p.575
  - b) Avantages d'une nouvelle définition du droit constitutionnel 184 p.576
- 2 ) Difficultés relatives à l'identification et à l'interprétation des règles.....p.577
  - a) Problèmes d'identification de la norme constitutionnelle et nécessité de rechercher les intentions du constituant 185.....p.577
  - b) Les applications de la Constitution, interprétation authentique et " interprétation d'autorité " 186.....p.584

### **B NECESSITE DE RESITUER LE DROIT CONSTITUTIONNEL PAR RAPPORT AUX AUTRES DISCIPLINES JURIDIQUES ET PAR RAPPORT AUX AUTRES SCIENCES.....p.592**

- 1 ) Un cloisonnement artificiel.....p.592
  - a) Une vision étroite du droit constitutionnel 187.....p.593
  - b) La conscience du caractère trop restrictif de cette vision 188.....p.595
- 2) De la reconnaissance d'un objet commun à la réflexion sur les rapports du droit avec les autres sciences.....p.596
  - a) Un regard différent sur un objet commun 189.....p.596
  - b) Une indispensable complémentarité 190.....p.597

## Chapitre II ANALYSER LA RELATIVITE DE L'EFFECTIVITE DES CONSTITUTIONS.....p.599

### Section I ETUDIER LES RAPPORTS ENTRE NORME ET PRATIQUE.....P.601

#### I LA COHABITATION A SOULIGNE L'ECART ENTRE REGLE ET PRATIQUE.....p.601

##### A VALIDITE, EFFECTIVITE ET INTERPRETATION AUTHENTIQUE DE LA CONSTITUTION.....p.602

- 1) La cohabitation, renforcement de l'effectivité du texte et confirmation de sa validité.....p.603
  - a) La consécration de la primauté du texte 191.....p.603
  - b) La cohabitation montre que la validité des règles constitutionnelles ne dépend pas de leur effectivité 192.....p.605
- 2) La jurisprudence constitutionnelle peut renforcer l'effectivité du texte .....p.606
  - a) Le juge est en principe garant de l'effectivité du texte 193.....p.607
  - b) Le juge ne garantit pas toujours cette effectivité 194.....p.607

##### B LES ENSEIGNEMENTS DE LA COHABITATION QUANT AUX PRATIQUES CONSTITUTIONNELLES.....p.609

- 1) La coutume, pierre angulaire de la pensée constitutionnelle.....p.611
  - a) La notion de coutume à l'épreuve de la cohabitation 195.....p.611
  - b) Le problème de la valeur de la coutume, l'inévitable choix 196.....p.619
- 2) Typologie sommaire des pratiques constitutionnelles.....p.629
  - a) La pratique 197.....p.630
  - b) L'habitude juridique 198.....p.631
  - c) L'usage 199.....p.631
  - d) La tradition 200.....p.632
  - e) Les conventions constitutionnelles 201.....p.633

## II ANALYSER LES RAPPORTS ENTRE NORME ET PRATIQUE

### A DES RAPPORTS DYNAMIQUES.....p.637

- 1) Norme, pratique et image de la norme, des rapports dialectiques déterminant la légitimité, facteur d'effectivité.....p.638
  - a) Les habitus, ou l'influence de la pratique antérieure sur l'image de la norme 202 p.639
  - b) Le discours des gouvernants : de " l'auto-légitimation " 203.....p.640
  - c) Les médias, une " caisse de résonance " ? 204.....p.642
  - d) La doctrine, juge et avocat de la pratique constitutionnelle 205.....p.642
  - e) Le poids de l'opinion publique : de l'interprétation des sondages à l'interprétation de la Constitution 206.....p.644

- 2) L'influence juridique de ces évolutions : de l'effectivité à la validité.....p.646
- a) Une influence immédiate sur l'interprétation de la Constitution 207.....p.647
  - b) Une influence médiata potentielle sur la révision de la Constitution 208.....p.648
- B D'UN EQUILIBRE A L'AUTRE, UNE EFFECTIVITE VARIABLE.....p.648**
- 1) Entre la logique du texte et la situation des forces politiques,  
un équilibre instable.....p.649
- a) L'ineffectivité de la Constitution avant 1986, résultat de la contradiction entre les règles constitutionnelles et les contraintes du système 209.....p.649
  - b) L'effectivité renforcée entre 1986 et 1988, le retour à l'équilibre 210.....p.650
- 2) L'influence de l'équilibre entre la norme, l'image de la norme, et la pratique
- a) Le déséquilibre précédent la cohabitation 211.....p.651
  - b) Depuis 1986 : d'un nouveau déséquilibre vers l'équilibre ? 212.....p.651

## **Section II MODELISER L'ANALYSE DE L'EFFECTIVITE DES CONSTITUTIONS.....p.653**

### **I RECENSEMENT DES FACTEURS DETERMINANTS.....p.657**

#### **A LES FACTEURS INTERNES A LA CONSTITUTION.....p.658**

- 1) L'influence de la structure " mécanique " des constitutions.....p.660
- a) L'équilibre des armes 213.....p.660
  - b) L'équilibre de la légitimité des acteurs 214.....p.661
  - c) La consécration du pluralisme politique, facteur essentiel de la " mécanique institutionnelle " 215.....p.663
- 2) L'importance de la " structure normative " de la Constitution.....p.664
- a) La qualité de la rédaction du texte 216.....p.664
  - b) L'influence du contrôle de constitutionnalité 217.....p.665

#### **B LES FACTEURS EXTERNES A LA CONSTITUTION : LE SYSTEME DE VARIABLES DETERMINANTES.....p.667**

- 1) Situation des gouvernants et des gouvernés.....p.668
- a) La position des gouvernants 218.....p.669
  - b) La position des gouvernés 219.....p.678
- 2) Les éléments déterminant le contexte général et la structure politique dans  
lesquels s'exercent ces rapports.....p.680
- a) Les facteurs-clé de la structure politique 220.....p.680
  - b) Les facteurs déterminant le contexte "général " 221.....p.682

## II ETUDE DE LA COMBINAISON DE CES FACTEURS.....p.687

### A DU TEXTE A LA PRATIQUE, DU REGIME POLITIQUE AU SYSTEME POLITIQUE.....P.687

- 1) Détermination des variantes et des invariants.....p.688
  - a) Les " invariants " : le texte constitutionnel et le régime politique qu'il établit 222
  - b) Les " variantes " : le " système de variables déterminantes " 223.....p.689
- 2) Les résultantes : du régime politique au système politique, et d'un systèmes politique à l'autre.....p.690
  - a) A l'intérieur d'un système politique, l'interprétation comme résultante des relations entre le texte et les variables déterminantes 224.....p.690
  - b) D'un système politique à l'autre 225.....p.691

### B UNE EFFECTIVITE VARIABLE EN FONCTION DES RELATIONS D'EQUILIBRE QUI SE CREENT A L'INTERIEUR DU SYSTEME...p.693

- 1) Pour une analyse de la cohérence interne des régimes politiques.....p.693
  - a) Nécessaire cohérence entre les structures mécanique et normative d'une constitution 226.....p.694
  - b) Nécessaire cohérence entre chaque disposition constitutionnelle et les structures mécanique et normative 227.....p.695
- 2) La cohérence entre le régime politique et la société à laquelle il s'applique, ou l'influence de la légitimité sur l'effectivité.....p.696
  - a) Effectivité et légitimité des normes, des pratiques et des acteurs 228.....p.697
  - b) Vers l'analyse des rapports entre légitimité, effectivité et validité 229.....p.700

**Titre II A L'ISSUE DE L'EPREUVE,  
RENFORCER L'EFFECTIVITE DE LA  
CONSTITUTION.....p.708**

**Chapitre I VERS UNE REVISION GENERALE  
DE LA CONSTITUTION ? .....p.710**

**Section I L'OPTION DU CHANGEMENT DE REGIME.....p.712**

**I L'HYPOTHESE DU REGIME PRESIDENTIEL.....p.713**

**A LES ATTRAITS DU REGIME PRESIDENTIEL : DERRIERE LE MYTHE,  
UNE EFFECTIVITE VARIABLE.....p.715**

- 1) La garantie d'un pouvoir démocratique et efficace ?.....p.717
  - a) Un modèle simple et efficace ? 230.....p.718
  - b) Des pratiques variables ? 231.....p.718
- 2) La recherche del' équilibre des pouvoirs .....p.720
  - a) Vers la renaissance des pouvoirs législatif et juridictionnel ? 232.....p.720
  - b) Un régime fondé sur un système de partis très différent de celui de la France 233p.722

**B EVITER OU ORGANISER LA COHABITATION EN REGIME  
PRESIDENTIEL.....p.724**

- 1) Un moyen d'éviter la cohabitation ?.....p.724
  - a) Un régime qui n'empêche pas, en lui-même, la cohabitation 234.....p.725
  - b) Vers un " système anti-cohabitation " ? 235.....p.725
- 2) Le déroulement de la cohabitation en régime présidentiel : risques d'explosion,  
et aménagement de " soupapes de sécurité " .....p.726
  - a) L'impossible appel au peuple : le compromis ou l'explosion 236.....p.727
  - b) Les " soupapes de sécurité ", amendements ou dénaturation du régime ? 237.....p.728

**II L'ADOPTION D'UNE AUTRE FORME DE REGIME  
PARLEMENTAIRE**

**A INTERROGATIONS SUR L'EXCLUSION DU REGIME PARLEMENTAIRE  
DE TYPE BRITANIQUE.....p.731**

- 1) Une solution démocratique et efficace au problème de la cohabitation 238....p.732

- 2 ) Une solution unanimement rejetée 239.....p.733
- B L'INSTAURATION D'UN REGIME PARLEMENTAIRE ORIGINAL....p.735**
- 1 ) Un Président de la République élu au suffrage universel, mais responsable devant le Parlement 240.....p.735
- 2 ) L'élection du Premier ministre au suffrage universel ? 241.....p.739

## **Section II L'OPTION DE L'AMENAGEMENT DE LA VE REPUBLIQUE**

### **I LA REDUCTION DU MANDAT PRESIDENTIEL.....p.743**

#### **A CONSEQUENCES POTENTIELLES SUR L'EFFECTIVITE DE LA CONSTITUTION.....p.747**

- 1 ) En l'absence d'autre modification des institutions.....p.748
- a ) Vers un renforcement de la légitimité présidentielle 242.....p.748
- b ) Vers une diminution de l'effectivité de la Constitution 243.....p.749
- 2 ) Dans le cadre d'une révision plus importante.....p.755
- a ) Concilier le quinquennat et la réduction des pouvoirs présidentiels 244.....p.755
- b ) La logique du quinquennat, le renforcement de l'autorité présidentielle 245.....p.757

#### **B UNE REPOSE A LA QUESTION DE LA COHABITATION ?..... p.758**

- 1 ) Une réduction du nombre potentiel de cohabitations.....p.759
- a ) Une réduction plus ou moins importante en fonction de la concordance ou de la non-concordance des mandats 246.....p.759
- b ) Il est presque impossible de supprimer tout risque de cohabitation 247.....p.763
- 2 ) Une aggravation du caractère conflictuel de la cohabitation ?.....p.765
- a ) Une coexistence plus explosive ? 248.....p.765
- b ) Le respect de la cohabitation, garantie d'une coexistence pacifique ? 249.....p.766

### **II VERS UNE REDEFINITION DES RAPPORTS AU SEIN DE L'EXECUTIF ?.....p.768**

#### **A UNE NECESSITE REVELEE PAR LA COHABITATION ?.....p.770**

- 1 ) La cohabitation semble avoir démontré l'ambiguïté de la Constitution .....p.770
- a ) Incertitudes sur le rôle respectif des dyarches 250.....p.771
- b ) Des compétences totalement imbriquées en matière de défense et de diplomatie 251p.771

- c) Les autres actes présidentiels soumis à contreseing, suprématie présidentielle, pouvoir partagé ou compétence formelle ? 252.....p.772
- 2) La coexistence a, en fait, démontré la cohérence de la Constitution .....p.773
  - a) La cohabitation a révélé que la Constitution est largement cohérente 253.....p.775
  - b) C'est la pratique, et l'interprétation de la pratique, qui donne l'illusion que la Constitution est incohérente 254.....p.776

## B PRINCIPALES SOLUTIONS ENVISAGEABLES.....p.777

- 1) Modifier la répartition des compétences : vers la constitutionnalisation de l'incohérence ?.....p.778
  - a) Comment répartir les compétences au sein du pouvoir exécutif ? 255.....p.778
  - b) Modalités concevables de cette révision 256.....p.780
- 2) Le choix du statu quo, souplesse et incertitude.....p.780
  - a) Des interprétations souples 257 p.781
  - b) Le maintien de l'incertitude, ou la recherche d'une pratique stable ? 258.....p.782
- 3) Garantir l'effectivité de la répartition actuelle des compétences.....p.783
  - a) Réviser la Constitution pour en expliciter le sens 259.....p.784
  - b) Vers une extension des compétences du Conseil constitutionnel ? 260.....p.785

## Chapitre II VERS UNE EXTENSION DES COMPETENCES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL?p.786

### Section I POURQUOI ETENDRE LES COMPETENCES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ?.....p.791

#### I UNE REFORME INCONCEVABLE ?.....p.791

##### A ECARTER L'EPOUVANTAIL DU GOUVERNEMENT DES JUGES.... p.792

- 1) Un transfert de souveraineté d'un gardien de la Constitution à l'autre ?.....p.793
  - a) Une atteinte à la " souveraineté " du Président de la République ? 261.....p.794
  - b) Vers la " souveraineté " des juges ? 262.....p.798
- 2) Une solution antidémocratique ?.....p.800
  - a) L'Etat de droit contre l'Etat démocratique ? 263.....p.801
  - b) De la conception pluraliste de la démocratie au pouvoir modérateur ? 264.....p.805

##### B EVALUER LES PROBABILITES D'ADOPTION DE CETTE REFORME.p.808

- 1) Qui peut vouloir cette révision ?.....p.808
  - a) *Quid* de la volonté du peuple ? 265.....p.808
  - b) L'analyse de la doctrine 266.....p.809



	937
c ) Les réactions de la classe politique 267.....	p.812
2 ) La procédure d'adoption de la réforme .....	p.818
a ) Vers une évolution spontanée de la jurisprudence ? 268.....	p.818
b ) Une révision de la Constitution est concevable, avec ou sans l'accord du Président de la République 269.....	p.821

## II UNE EXTENSION NÉCESSAIRE.....p.823

### A RETABLIR L'EQUILIBRE DES INSTITUTIONS.....p.824

1 ) Vers l'équilibre des fonctions législative, exécutive et juridictionnelle ?.....	p.825
a ) Un déséquilibre des pouvoirs au profit du Président de la République 270.....	p.825
b ) Le Conseil constitutionnel, garant d'un nouvel équilibre ? 271.....	p.827
2 ) Vers l'équilibre entre pouvoir majoritaire et pouvoir d'opposition .....	p.828
a ) Le Président de la République, protecteur des minorités ? 272.....	p.829
b ) Le Conseil constitutionnel, garant des droits de la minorité 273.....	p.830

### B RENFORCER L'EFFECTIVITE DE LA CONSTITUTION.....p.832

1 ) De l'interprétation de la Constitution par les gouvernants au déni de justice p.833	
a ) L'inacceptable interprétation par les gouvernants 274.....	p.833
b ) Mettre fin à un déni de justice : l'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement 275.....	p.837
2 ) Vers le renforcement de l'effectivité de la Constitution ? .....	p.840
a ) Le Conseil constitutionnel devrait être le meilleur garant de l'effectivité de la Constitution 276.....	p.841
b ) De la légitimité du Conseil constitutionnel à l'effectivité de la Constitution 277p.	843

## Section II COMMENT ETENDRE LES COMPETENCES DU CONSEIL ?.....p.847

### I LES MODALITES CONCEVABLES DE LA REFORME.....p.847

#### A L'ORGANISATION DE LA PROCEDURE DU REGLEMENT DES CONFLITS ENTRE LES ORGANES DE L'ETAT.....p.853

1 ) Les conditions de recevabilité de la requête.....	p.854
a ) Conditions relatives à l'acte 280.....	p.854
b ) Conditions relatives au requérant 281.....	p.856
2 ) Modalités et effets du jugement .....	p.858
a ) Modalités du jugement 282.....	p.858
b ) Effets du jugement 283.....	p.859

**B APPLICABILITE DE CE SYSTEME.....p.861**

- 1 ) Pour un contrôle des actes du Chef de l'Etat .....p.861
  - a ) Les pouvoirs propres du Président de la République, des pouvoirs contrôlables 284p.863
  - b ) Le contrôle des compétences présidentielles soumises à contreseing 285.....p.869
- 2 ) Le contrôle des actes des autres autorités .....p.871
  - a ) Le contrôle des actes du Premier ministre 286.....p.871
  - b ) Les litiges relatifs aux actes des autres autorités 287.....p.872

**II UNE REFORME IMPLIQUANT CERTAINS AMENAGEMENTS  
DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ?.....p.874**

**A FAUT-IL TRANSFORMER LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ?.....p.875**

- 1 ) La métamorphose en Cour suprême, une solution discutable .....p.875
  - a ) Un contrôle de constitutionnalité plus légitime ? 288.....p.875
  - b ) Un système peu propice au contrôle des actes de gouvernement 289.....p.877
- 2 ) De la nécessité d'aménager le Conseil constitutionnel .....p.879
  - a ) Supprimer une anomalie, les membres de droit du Conseil constitutionnel 290..p.881
  - b ) Vers un nouveau mode de désignation des membres du Conseil ? 291.....p.883
  - c ) Nécessaire qualification juridique des membres de la Cour 292.....p.886
  - d ) Etablir un régime d'incompatibilités sérieux 293.....p.888
  - e ) Limiter le vieillissement du Conseil constitutionnel 294.....p.889

**B NECESSITE DE S'INTERROGER SUR LES RISQUES D'ABUS DE  
POUVOIR DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL.....p.891**

- 1 ) Les contraintes internes à la Constitution : l'équilibre des institutions crée une dynamique entre légitimité et effectivité qui tend à limiter les pouvoirs du Conseil constitutionnel .....p.895
  - a ) Influence contraignante de la structure normative et possibilités de la modifier 296p.895
  - b ) Influence de la structure mécanique de la Constitution, et possibilités d'action à ce niveau 297.....p.898
- 2 ) Les contraintes externes à la Constitution : relativité de l'influence de cette dynamique en fonction du système de variables déterminantes.....p.903
  - a ) L'influence particulière des variables déterminant la légitimité du Conseil 298...p.904
  - b ) Relativité de l'influence de cette dynamique par rapport au contexte politique 299p.906

***Conclusion***

## **BIBLIOGRAPHIE**

*Avertissement* : Afin de donner une vision à la fois synthétique et analytique de la bibliographie, et surtout pour la rendre facilement et rapidement exploitable par les autres chercheurs, nous en proposons une présentation sous forme de tableau codé, permettant de repérer le ou les **aspects majeurs** de l'ouvrage ou de l'article concerné. Les quelques minutes consacrées à ce décodage doivent faire gagner beaucoup de temps pour le travail de recherche bibliographique. Chaque colonne correspond à une rubrique générale, à l'intérieur de laquelle on pourra trouver quelques précisions.

n° 1 : **H** : histoire (antérieure à la Ve République pour ce qui concerne la France)

n° 2 : **E** : Etranger, droit comparé (code des régimes cités : **A** Autriche, **B** Belgique, **C** Chili, **E** Espagne, **F** Finlande, **gb** Grande Bretagne, **I** Italie, **is** Israël, **N** Norvège, **P** Portugal, **rfa** RFA, **U** Etats-Unis, **W** Allemagne de Weimar). La présence d'un \* signifie que l'on évoque soit plusieurs pays (si l'on traite seulement de la France et d'un autre pays, il y aura une \* dans la colonne Vème République, et le code du pays dans E), soit le droit comparé en général.

n° 3 : **T** : aspects théoriques (code interne : **C** coutume, **d** doctrine, **ed** Etat de Droit, **R** régime représentatif, **S** souveraineté, **sp** séparation des pouvoirs, **T** typologie des régimes politiques). L'\* permet d'identifier tous les autres aspects théoriques.

n° 4 : **C** : Cohabitation (dans le sens où nous l'avons définie en introduction). La cohabitation en France sera donc toujours signalée par un \* à la fois dans la colonne Cohabitation et dans celle de la Ve République.

n° 5 : **CC** : Contrôle de constitutionnalité (et par extension tout ce qui concerne le contrôle juridictionnel, la jurisprudence constitutionnelle ou non, le titre des ouvrages permettant de le préciser)

n° 6 : **V** : Vème République

n° 7 : Institutions ou éléments principalement concernés (code interne : **AN** : Assemblée Nationale, **cdm** Conseil des ministres, **DD** Défense et diplomatie, **El** élections-modes de scrutin, **OP** Opinion publique-sondages, **Pt** Parlement, **PM** Premier ministre, **PR** Président de la République).

n° 8 : articles de la Constitution du 4 octobre 1958 traités ou correspondant au sujet .

*Exemples* : un article relatif à la responsabilité du Président aux Etats-Unis sera codé par un U dans la colonne Etranger (E), PR, dans la colonne sujet, et 68 dans la colonne article. Un rapport concernant le contrôle de constitutionnalité en Espagne sera codé par un E dans la colonne étranger et \* dans la colonne CC.

*Pour effectuer une recherche sur un sujet déterminé*, par exemple les problèmes institutionnels de la défense et de la diplomatie dans l'histoire constitutionnelle, il suffit de repérer les lignes dans lesquelles on trouve à la fois \* en Histoire (H), et DD à l'avant-dernière colonne. Si l'on s'intéresse à la cohabitation au Portugal, on repèrera facilement les lignes codées P en colonne E, et \* en colonne cohabitation.

*L'absence de code* signifie que l'on est en présence d'un ouvrage général, ou bien traitant de thèmes divers ou non précisés dans ce tableau.

(seuls les ouvrages ou articles utilisés pour la rédaction de cette thèse sont indiqués)

## OUVRAGES , TRAITES, THESES, MANUELS

(*nota bene* : la très grande majorité des ouvrages cités ayant été édités à Paris, nous ne précisons le lieu d'édition que lorsqu'il ne s'agit pas de cette ville).

H E T C C C V suj. art.

ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES (AFC) <i>La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989</i> , Economica-PUAM, coll. Droit public positif (L. Favoreu dir.), 1990 (journée d'étude des 16-17 mars 1989), 178 p.	*					*		
ALBERTINI (P) <i>Le droit de dissolution et les systèmes constitutionnels français</i> , Paris, 1977.	*					*		12
ALTHUSSER (L) <i>Montesquieu, la politique et l'histoire</i> , PUF, coll. Quadrige, 5 <sup>e</sup> éd. 1981, 123p	*		s					
AMSELEK (P) - <i>Méthode phénoménologique et théorie du droit</i> , Thèse, LGDJ 1964.			*					
- (et alii) <i>Etudes de droit public</i> , Préface de J. Rivero, Cujas, 1964, 496 p.								
- (Dir.) <i>La pensée de Charles Eisenmann</i> , Economica-PUAM 1986, 259 p.								
AMSON (D) <i>La cohabitation politique en France, La règle de deux</i> , PUF, Coll. politique d'aujourd'hui, 1985, 194 p.	*			*				
ARDANT (P) <i>Institutions politiques et droit constitutionnel</i> , LGDJ 1989, 599 p.								
ATIAS (C) <i>Epistémologie juridique</i> , PUF, Coll. Droit fondamental, droit politique et droit théorique, 1985, 208 p.			*					

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
AUBY (J.M) et DRAGO (R) <i>Traité de contentieux administratif</i> , LGDJ, 1984, Deux vol..	-	-	-	-	-	-	-	-
AUBY (J.M) et DUCOS-ADER (R) <i>Droit public</i> , Sirey, 1984.								
AUBY ( J.M) ( dir.) <i>Droit public</i> , 2è éd. Economica, 1989.								
AUTHIER (M) et HESS (R) <i>L'analyse institutionnelle</i> , PUF, QSJ n° 1968, 1981, 126 p.			*					
AVRIL (P) - <i>Le Régime politique de la Ve République</i> , Thèse, LGDJ, 4è éd. 1979, 479 p.						*		
- <i>Un Président, pour quoi faire ?</i> Le seuil, 1965, 157 p.						*	PR	
- <i>Le Gouvernement de la France</i> , Paris, éd. universitaires, 1969, 232 p.						*		
- <i>La Ve République, Histoire politique et constitutionnelle</i> , P.U.F., Coll. Droit fondamental, droit politique et droit théorique, 1987, 304 p.	*					*		
AVRIL (P) et GICQUEL (J), - <i>Chronique constitutionnelle française</i> , 1976-1982, PUF 1984, 489 p.						*		
- <i>Droit parlementaire</i> , Montchrestien, Domat, 1988, 262 p.						*	Pt	
- <i>Lexique de droit constitutionnel</i> , PUF, 2è éd. 1989, 136 p.								
BAECQUE ( F. de) <i>Qui gouverne la France ? Essai sur la répartition du pouvoir entre le chef de l'Etat et le chef du Gouvernement</i> , PUF, 1976.						*		
BALLADUR (E) <i>Passion et longueur de temps</i> , Fayard, 1989, 372 p.				*		*		
BARRE (R) <i>Réflexions pour demain</i> , Hachette, Pluriel, coll. inédit, 473 p.				*		*		
BARILLON (et alii ) <i>Dictionnaire de la Constitution</i> , Cujas, 4è éd. 1986, 606 p.						*		
BARRET-KRIEGEL (B) <i>L'Etat et la démocratie</i> , Rapport à François Mitterrand, Président de la République., 1985, Doc. Fr., Coll. Rapports officiels, 1986, 218 p.			*					
BARTHELEMY et DUEZ <i>Traité de droit constitutionnel</i> , 1926, rééd Economica 1985, 955 p.								
BATTIFOL (H) <i>La philosophie du droit</i> , PUF, coll. QSJ, 1979.			*					



	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
<b>CERHID</b> (Centre d'étude et de recherches d'histoire du droit), <i>Religions, Eglises et Droit</i> , Publications de l'université de Saint-Etienne, 1990, 343 p.	-	-	-	-	-	-	-	-
<b>CLAISSE (A)</b> <i>Le Premier ministre de la Ve République</i> , LGDJ 1972, 437 p.						*	PM	
<b>CLERC (C)</b> , <i>Dimanche 16 mars 1986, 20 heures</i> , Belfond, 1985.				*		*		
<b>CLUZEAU (M)</b> ( <i>Mélanges offerts à...</i> ) Presses IEP Toulouse, 1985, 715 p.								
<b>CLUZEL (J)</b> <i>Le Sénat dans la société française</i> , Economica, coll. Mieux connaître, 1990, 290 p.						*	S	
<b>CHABANNE (R)</b> <i>Les institutions de la France de l'Ancien Régime à l'avènement de la IIIe République</i> , éd. L'Hermès, Lyon, 1977, 416 p.	*							
<b>CHALVIDAN (P.H)</b> <i>Droit constitutionnel, institutions et régimes politiques</i> , Nathan supérieur, 1986, 304 p.								
<b>CHANTEBOUT (B)</b> <i>Droit constitutionnel et science politique</i> , A. Colin, 6è éd. 1985, 684 p. 8è éd. 1988, 735 p..(9è éd. 1989);								
<b>CHAPSAL (J)</b> <i>La vie politique sous la Ve République, 1958-1987</i> , II vol. PUF, Thémis 1987, 543 et 695 p.(T.II 4è éd. 1989).						*		
<b>CHARLIER</b> <i>l'Etat et son droit, leurs logiques et leurs inconséquences</i> , Economica, 1984.			E					
<b>CHARLOT (J)</b> <i>Les partis politiques</i> , A. Colin, coll. U., 3è éd. 1977.							PP	
<b>CHARLOT (M)</b> <i>Le système politique britannique</i> , A. Colin, 1984, 230 p.		g						
		b						
<b>CHATELET (F) DUHAMEL (O) et PISIER (E)</b> , <i>Dictionnaire des oeuvres politiques</i> , Paris, PUF, 1986, 904 p.			*					
<b>CHEVALLIER (J.J)</b> - <i>Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1979 à nos jours</i> , Dalloz, coll. études politiques, économiques et sociales, 5è éd. 1987, 827 p.	*							
- <i>Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours</i> , A. Colin, U, 1983, 304 p.			*					
<b>CHEVONTIAN (R)</b> <i>L'élaboration de la Constitution de la Ve République</i> , Thèse, Aix-Marseille, 1983.						*		
<b>COHEN (S)</b> - <i>Les conseillers du Président</i> , PUF, 1980						*	PR	

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
- <i>La monarchie nucléaire, ou les coulisses de la politique étrangère sous la Ve République</i> , Hachette, 1986.	-	-	-	-	-	-	DD	-
<b>COHEN-TANUGI (L)</b> <i>Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique</i> , PUF, recherches politiques, 1985, 208 p.			*					
<b>COLAS (D)</b> (Dir.) <i>L'Etat de Droit</i> , Travaux de la mission sur la modernisation de l'Etat, PUF, coll. Questions, 1987, 251 p.			e					
			d					
<b>COLLIARD (J.C)</b> <i>Les régimes parlementaires contemporains</i> , Presses de la FNSP, 1978, 368p.			T					
<b>COLOMBANI (J.M) et LHOMEAU (J.Y)</b> <i>Le mariage blanc : Mitterrand-Chirac</i> , Grasset 1986, 234 p.				*		*		
<b>COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA Ve REPUBLIQUE</b> , (F. Luchaire et D. Maus Dir.) <i>Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958</i> , vol. I, Doc Fr. 1987, 613 p; Vol. II 1988, 787 p., vol III 1990,.						*		
<b>CONSTANT (B)</b> - <i>De la liberté des modernes</i> , éd. Marcel Gaudret, Paris, Librairie générale française, Livre de poche, coll Pluriel, 1980.			*					
- <i>Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs</i> , 1815, dans " Ouvres ", éd. La Pléiade.			*					
<b>CONTE (A)</b> - <i>Les Présidents de la Ve République</i> , Le Pré aux clercs, 1985, 466 p.						*	PR	
- <i>Les Premiers Ministres de la Ve République</i> , Le Pré aux clers, 1986, 441 p.						*	PM	
<b>CORNU (G)</b> (Dir.) - Association Henri Capitant, , Vocabulaire juridique, PUF, 1990.								
<b>COT (J.P) et MOUNIER (J.P)</b> <i>Pour une sociologie politique</i> , Seuil 1974, T.I 249 p, T II 172 p.			*					
<b>COUZINET (P)</b> ( <i>Mélanges offerts à ...</i> ) Université des sciences sociales de Toulouse, 1974.								
<b>DAHL (R)</b> <i>Qui gouverne ?</i> A. Colin, coll. Analyse politique, 1971, 370 p.								
<b>DANSETTE</b> <i>Histoire des Présidents de la République</i> , Le livre contemporain, 1960.	*						PR	
<b>DAVID (R)</b> <i>Les grands systèmes de droit contemporains</i> , 9è éd. Dalloz 1988.		*						



	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
					C			
DEBBASCH (C) - <i>L'Etat civilisé</i> , Fayard 1980.	-	-	-	-	-	-	-	-
- <i>L'Elysée dévoilé</i> , A. Michel, 1982;						*	PR	
- <i>La cohabitation froide</i> , Economica, 1988, 490 p.				*		*		
DEBBASCH (C), BOURDON (J), PONTIER (J.M) et RICCI (J.C), - <i>Droit constitutionnel et institutions politiques</i> , Economica 2è éd. 1989 (3è éd. 1990);								
- <i>La Ve République</i> , Economica 2è éd 1985, 464 p, 2è éd. 1988.						*		
DEBRE (J.L) - <i>Les idées constitutionnelles du Général de Gaulle</i> , LGDJ 1974, 463 p;						*		
DEBRE (J.L) et BOIVIN (J.P) <i>La Constitution de la Ve République</i> PUF, 1975, 340 p.						*		
DEBRE (M) <i>Trois Républiques pour une France</i> , Mémoires, A. Michel, 1984, II tomes.						*		
DECAUMONT (F) <i>La présidence de Georges Pompidou, Essai sur le présidentielisme français</i> , Economica 1979.						*		
DEMICHEL (A) et LALUMIERE (P) <i>Les régimes parlementaires européens</i> , PUF 2è éd. 1978.			T					
DENENBERG (R.V) <i>Introduction au système politique des Etats-Unis</i> , préface de T. Marshall, Economica 1979.		U						
DENQUIN (J.M) - <i>1958, La genèse de la Ve République</i> , PUF, coll. politique d'aujourd'hui, 1988, 429 p.						*		
DESCARTES, <i>Discours de la méthode</i> , rééd. G. Flammarion, 1966, 249 p.			*					
DOBRY (M) <i>Sociologie des crises politiques</i> , Presses de la FNSP, 1986, 319 p.			*					
DUGUIT (L) <i>Traité de droit constitutionnel</i> , 3è éd., 5 vol., éd. Fontemoing de Boccard, Paris, 1923 à 1927, réimpression Cujas, 1972.								
DUHAMEL (A) <i>Le Ve Président</i> , Gallimard 1987, 224 p.						*	PR	
DUHAMEL (O) - <i>La Gauche et la Ve République</i> , PUF, 1980;						*	PP	
- <i>La Constitution française</i> , PUF, QSJ, 1990, 127 p.						*		



	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
- <i>Cours de droit administratif</i> , II vol. LGDJ, 1983	-	-	-	-	-	-	-	-
<b>FAVRE (M.H)</b> <i>Principes républicains de droit constitutionnel</i> , LGDJ 1977, 4è éd. 1984.								
<b>FAVOREU (L)</b> - <i>Le déni de justice en Droit Public français</i> , Thèse LGDJ, 1964, 582 p.					*	*		
- <i>Le Conseil constitutionnel</i> , PUF, QSJ, rééd 1985					*	*		
- <i>Les Cours constitutionnelles</i> , Paris, PUF, QSJ, 1986, 128 p.		*			*			
- <i>La Politique saisie par le Droit, Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel</i> , Economica 1988, 158 p.				*	*	*		
- (Dir.) - <b>GERJC</b> , <i>Annuaire International de justice constitutionnelle</i> , Economica-PUAM, Vol. I à IV 1985 à 1988., (éd. 1987 à 1990).		*			*	*		
<b>FAVOREU (L) et JOLOWICZ (J.A)</b> (Dir.) <i>Le contrôle juridictionnel des lois, légitimité, effectivité et développements récents</i> , Actes du colloque de l'Association internationale des sciences juridiques, Uppsala, 1984, Economica et PUAM, 1986,316p.		*			*	*		
<b>FAVOREU (L) et PHILIP (L)</b> - <i>Les grandes décisions du Conseil constitutionnel</i> , Sirey 5è éd. 1989, 808 p.					*	*		
<b>FOURNIER (J)</b> <i>Le travail gouvernemental</i> , Presses de la FNSP, et Dalloz, 1987, 288 p.						*	G	
<b>FREMY (D)</b> <i>Quid des présidents de la Ve République</i> , R. Laffont, 1981, 2è éd. 1987.						*	PR	
<b>FROMONT (M)</b> <i>Le Contrôle de constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne</i> , Economica-PUAM,	r	f	a		*			
<b>GAUDEMET (Y)</b> <i>Les méthodes du juge administratif</i> , LGDJ, 1972.					*			
<b>GAULLE (C. de)</b> - <i>Mémoires d'Espoir</i> , Livre de Poche;						*		
- <i>Lettres, notes et carnets</i> , Plon, 1980.						*		
<b>GENEVOIS (B)</b> <i>La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs</i> , éd. STH, 1988, 406 p.					*	*		
<b>GENY (Mélanges offerts à ...)</b> - <i>Les Sources du droit</i> , Sirey, 1925, III tomes.		*	c					

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
<b>GEORGOPOULOS (C.L)</b> <i>Contribution à la classification des régimes politiques</i> , LGDJ 1987, 256 p.	-	-	T	-	-	-	-	-
<b>GICQUEL (J)</b> - <i>Essai sur la pratique de la Ve République, bilan d'un septennat</i> , Thèse, LGDJ, 1968, Rééd. mise à jour 1977.			c T			*		
- <i>Droit constitutionnel et institutions politiques</i> , Montchrestien, Domat, Droit public, éd. de 1987 et 10è éd. 1989, 874 p., mise à jour 1990.								
<b>GINOVES (M)</b> <i>La Ve République du Ve Président</i> , éd. Le Temps parallèle, 1988, 122 p.				*		*		
<b>GISCARD d'ESTAING (V)</b> - <i>Démocratie française</i> , Fayard 1976;						*		
- <i>Le pouvoir et la vie</i> , éd. Compagnie, 12, 1988, 400 p.						*		
<b>GOYARD-FABRE (S) et SEVE (R)</b> <i>Les grandes questions de la philosophie du droit</i> , PUF, 1986, 325 p.			*					
<b>GRAWITZ (M) et LECA (J)</b> <i>Traité de Science politique</i> , PUF, IV vol.								
<b>GUCHET (Y)</b> <i>La Ve République</i> , éd. Erasme, Nanterre, 1989, 404 p.						*		
<b>HAMON (L)</b> - <i>Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques</i> , Les cours de droit, 1961969, 112 p.								
- <i>Une République présidentielle ? Institutions et vie politique de la France actuelle</i> , Bordas, coll. études, II tomes, 1975, 1977 (275 et 346 p.).			T			*		
- <i>Les juges de la loi, naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel</i> , Fayard 1987, 290 p.			*		*	*		
- <i>(Etudes en l'honneur de ...) Itinéraires</i> , Economica, 1982, coll. politique comparée, 682 p.								
- <i>Lettre au Président de la République nouvellement élu</i> , LGDJ 1988, 173 p.				*		*	PR	
<b>HART (L.H.A)</b> <i>Le concept de droit</i> , Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2è éd. 1980, 279 p.			*					

	H	E	T	C	C	V	su.	art.
					C			
<b>HAURIOU (A), GICQUEL (J) et GELARD (P)</b> <i>Droit constitutionnel et institutions politiques</i> , Montchrestien, 6è éd. 1978, 8è éd. 1985, addendum et mise à jour 1986:	-	-	-	-	-	-	-	-
<b>HAURIOU (M)</b> <i>Précis de droit constitutionnel</i> , , 2è éd. 1929, Réimpression Gap 1965, 760 p.								
<b>JEANNEAU (B)</b> <i>Droit constitutionnel et institutions politiques</i> , Dalloz, Mémento, 4è éd. 1975, 6è éd. 1980 et 7è éd. 1987.								
<b>JEAMMAUD (A)</b> <i>Le phénomène de l'opposition en droit privé français</i> , Thèse dact.Lyon III,			*					
<b>JOURNES (C)</b> (Dir.) <i>La coutume et la loi, études d'un conflit</i> , Presses universitaires de Lyon, 1986, 153 p.			*					
<b>JULLIARD (P)</b> <i>La faute à Rousseau</i> , Paris, 1975.			*					
<b>KELSEN (H)</b> <i>Théorie pure du droit</i> , éd. de la Baconnière, Neuchâtel, 1953, 205 p.; et 2è éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, réimpression 1989, 496 p.			*		*			
<b>KERCHOVE (M. Van de)</b> (Dir.) <i>L'interprétation en droit</i> , Presses universitaires de Saint-Louis, Bruxelles 1978, 590 p.			*					
<b>KOENIG (P) et RÜFNER (W)</b> (Dir.) <i>Le contrôle de constitutionnalité en France et en République fédérale d'Allemagne</i> , Annales Universitatis Saravensis, Carl Heymanns Verlag K.G., Köln - Berlin.	r	f	a		*	*		
<b>LACOUTURE, (J)</b> - <i>De Gaulle. Le politique, 1944-1959</i> , Seuil, 1985, 688p.;	*					*		
- <i>De Gaulle. Le souverain</i> , Seuil, 1986.						*		
<b>LAFERRIERE</b> <i>Manuel de droit constitutionnel</i> , 2è éd. 1947, éd. Domat-Montchrestien 112 p.								
<b>LALUMIERE (P) et DEMICHEL (A)</b> <i>Les régimes parlementaires Européens</i> , 2è éd. 1978.			T					
<b>LAVROFF (D.G)</b> <i>Le système politique français</i> , Dalloz, éd. 1975, 1982, 1986 (4è).						*		
<b>LAUBADERE (A) , MATHIOT (A), RIVERO (J) et VEDEL (G)</b> <i>Pages de doctrine</i> , LGDJ 1980, 2 tomes.								
<b>LAUVAUX (P)</b> - <i>La dissolution des assemblées parlementaires</i> , Economica, 1983, 519 p.		*				*		12
- <i>Le parlementarisme</i> , PUF, QSJ, 1987, 127 p.			T					

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
-----	-	-	-	-	-	-	---	---
<b>LECLERCQ (C)</b> <i>Droit constitutionnel et institutions politiques</i> , Litec, 5è éd. 1987, 6è éd. 1989., 680 p. (7è éd. 1990).								
<b>LE MONG NGUYEN</b> <i>La Constitution de la Ve République, théorie et pratique</i> , éd. STH, 2è éd. 1983, 329 p., 3è éd. 1985, 4è éd. STH 1989, 515 p.						*		
<b>LENOBLE (J) et OST (F)</b> <i>Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique</i> , Presses universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1980, 590 p.			*					
<b>LOCHAK (D)</b> (Dir.) - CURAPP, <i>Les usages sociaux du droit</i> , PUF, 1989.			*					
<b>LONG (M)</b> <i>Les services du Premier ministre</i> , Presses de l'Université de Marseille, 1981, 279 p.						*	PM	
<b>LUCHAIRE (F) et CONAC (G)</b> (Dir.) - <i>La Constitution de la Ve République française</i> , Economica 2è éd. 1987.						*		
<b>LUCHAIRE (F), CONAC (G) et MANGIN (G)</b> <i>Le droit constitutionnel de la cohabitation</i> , Economica 1989, 335 p.				*		*		
<b>MACHIAVEL</b> <i>Le Prince</i> , Livre de poche, coll. classiques, 1975, 300 p.			*					
<b>MARCEAU-LONG</b> <i>Les services du Premier ministre</i> , PUAM, 1981, 279 p.						*	PM	
<b>MARX (K) et ENGELS (F)</b> <i>Manifeste du Parti communiste</i> , Coll. 10/18, 1962, 188 p.			*					
<b>MARQUEZ (T)</b> <i>Les propositions de révision de la Constitution de la Ve République : octobre 1958-mars 1985</i> , Mémoire IEP Aix-Marseille, 1985, 234 p., sous la direction de M. Cadoux.						*		89
<b>MASCLET</b> <i>Un député, pour quoi faire ?</i> PUF, droit d'aujourd'hui, 1982, 228 p.						*	AN	
<b>MASTIAS</b> , <i>Le Sénat de la Ve République : réforme et renouveau</i> , Economica 1980, 527 p.						*	S	
<b>MASSOT (J)</b> - <i>Le Chef du Gouvernement en France</i> , Doc. Fr., N.E.D. n° 4537-4538, 316 p., 1979.						*	PM	
- <i>La présidence de la République en France, 20 ans d'élection au suffrage universel : 1965-1985</i> , Doc. Fr., N.E.D. n° 4801, 1986, 1, 196 p.						*	PR	
- <i>L'arbitre et le capitaine. La responsabilité présidentielle</i> , Flammarion, champs, 1987, 309 p.	*			*		*	PR	

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
----- <b>MAUROY (P)</b> <i>C'est ici le chemin</i> , Flammarion, 1982.	-	-	-	-	-	-	---	---
<b>MAUS (D)</b> - <i>Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République</i> , Doc. Fr., 2è éd. 1982, 715 p;						*		
- <i>Les grands textes de la pratique institutionnelle de la Ve République</i> , Doc. Fr. 3è éd. 1987, 4è éd. 1988.						*		
- <i>Le Parlement sous la Ve République</i> , PUF, QSJ, n° 2217, 2è éd. 1988, 128 p.						*	Pt	
- <i>Etudes sur la Ve République. Mise en place pratique</i> , STH, 1990, 301 p.						*		
- <i>Les institutions politiques françaises</i> , Masson, Coll concours administratifs, 1990, 386 p.						*		
<b>MAYEUR (J.M)</b> <i>Les débuts de la IIIè République (1871-1898)</i> Seuil, points, histoire, 1973, 2230 p.	*							
<b>MENY (Y)</b> - <i>Politique comparée. Les démocraties : Etats-Unis, France, Grande-Bretagne, Italie, République fédérale d'Allemagne</i> , Montchrestien, 1987, 537 p.		*				*		
- <i>Textes constitutionnels et documents politiques</i> , Montchrestien, 1989, 570 p.								
<b>MITTERRAND (F)</b> - <i>Le Coup d'Etat permanent</i> , Plon, 1964, 287 p.						*		
- <i>La paille et le grain</i> , Flammarion, 1975,						*		
- <i>L'abeille et l'architecte</i> , Flammarion, 1978, 402 p.						*		
<b>MICHAUT (F)</b> <i>L'équilibre et le changement des systèmes politiques</i> , Préface de M. Troper, PUF, 1977, 219 p.	*		*					
<b>MOLLET (G)</b> <i>Quinze ans après..., la Ve République</i> , A. Michel, 1973, 168 p.						*		
<b>MONTAGNIER (G) et GINCHARD (S)</b> (Dir.) <i>Lexique de termes juridiques</i> , Dalloz, 6è éd. 1985, 8 è éd. 1990, 520 p.								
<b>MOREAU (J)</b> <i>Précis élémentaire de droit constitutionnel</i> , Librairie générale des lois et des arrêts, Paris, 1894.								
<b>MOULIN (R)</b> <i>Le présidentielisme et la classification des régimes politiques</i> , LGDJ 1978.			T					
<b>NAY (C)</b> - <i>Le noir et le rouge</i> , Grasset, 1980, 380 p.						*	PR	
- <i>Les sept Mitterrand, ou les métamorphoses d'un septennat</i> , Grasset 1988, 288 p.			*			*	PR	

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
ORY (P) (Dir.) <i>Nouvelle histoire des idées politiques</i> , Hachette, 1987, 602 p. (nouvelle éd 1989).	-	-	*	-	-	-	-	-
PACTET (P) <i>Droit constitutionnel et institutions politiques</i> , Masson, droit-sciences économiques, 7 è éd. 1985, 522 p. 9è éd. 1989, 549 p.								
PARINI (P) <i>Les institutions politiques</i> , A. Colin, 1984, 263 p.								
PARODI (J.L) - <i>Les rapports entre le législatif et l'exécutif sous la Ve République (1951-1962)</i> , Presses de la FNSP, 1972.						*	Pt G	
- <i>La Ve République et le système majoritaire</i> , thèse dactylog., 1973.						*	El	
PASCALLON (P) <i>Plaidoyer pour la Constitution de la Ve République</i> , Economica, 1986, 121 p.						*		
PASSERON (A) <i>De Gaulle parle, 1962-1066</i> , Fayard, 1966, 450 p.						*		
PELLOUX (R) ( <i>Mélanges offerts à ...</i> ) L'Hermès, Lyon, 1980.								
PEYREFITTE (A) <i>Encore un effort Monsieur le Président</i> , J.C. Lattès, 1985, 414 p.				*		*		
PFISTER (T) <i>Dans les coulisses du pouvoir : la comédie de la cohabitation</i> , A. Michel, 1986, 330 p.				*		*		
POMPIDOU (G) <i>Le noeud gordien</i> , Plon, 1974, 204 p.						*		
PORTELLI (H) - <i>Le socialisme français tel qu'il est</i> , PUF, 1980							PP	
- <i>La politique en France sous la Ve République</i> , Grasset, 1987, 382 p.						*		
PRELOT (M) et BOULOUIS (J) <i>Institutions politiques et droit constitutionnel</i> , Précis Dalloz, 9è éd. 1984, 10è éd. 1987, 11è éd. 1990.								
QUERMONNE (J.L) - <i>Le Gouvernement de la France sous la Ve République</i> , Dalloz, Etudes politiques économiques et sociales, 3è éd. 1987, 607 p.						*		
- <i>Les régimes politiques occidentaux</i> , Seuil, inédit, politique, 1986, 316 p.		*				*		
- <i>L'alternance au pouvoir</i> , PUF, QSJ, 1988, 128 p.				*		*		
RAIMOND (J.B) <i>Le Quai d'Orsay à l'épreuve de la cohabitation</i> , Flammarion, 1989, 220 p.				*		*	DD	



	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
<b>REBERIOUX (M)</b> <i>La République radicale (1898-1914)</i> , Seuil, Points, histoire, 1975.	-	-	-	-	-	-	-	-
<b>RIALS (S)</b> - <i>Le juge administratif et la technique du standard</i> , thèse, LGDJ 1980;			*		*			
- <i>La présidence de la République</i> , PUF, QSJ n° 1926, 1981 et 1990.						*	PR	
- <i>Textes constitutionnels étrangers</i> , PUF, QSJ, 1982.		*						
- <i>Le Premier ministre</i> , PUF, QSJ, n° 1972, 2è éd. 1985 et éd. 1990;						*	PM	
<b>ROUBIER</b> ( <i>mélanges offerts à ...</i> ) Dalloz, 1961.								
<b>ROUSSEAU (D)</b> <i>Droit du contentieux constitutionnel</i> , Montchrestien, précis Domat, 1990, 404 p.					*	*		
<b>ROUSSEAU (J.J)</b> <i>Du contrat social</i> , G. Flammarion, 1966.			*					
<b>ROUSSILLON (H)</b> <i>Cohabitation 1986-1988, tribunes libres</i> , Presses de l'IEP de Toulouse, 1988, 106 p.				*		*		
<b>SCHMITT (C)</b> <i>Parlementarisme et démocratie</i> , Seuil, 1988.			T					
<b>SERVERIN (E)</b> <i>De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique</i> , Thèse Lyon, PUL -CNRS, 1985, 458 p.			*		*			
<b>SEURIN (J.L)</b> (Dir.) - <i>Le constitutionnalisme aujourd'hui</i> , Economica, 1984, 250 p.			*					
- <i>La présidence en France et aux Etats-Unis</i> , Economica, 1986, 407 p.		U				*	PR	
<b>SOURIOUX (J.L)</b> <i>Introduction au droit</i> , PUF, coll. droit fondamental, droit politique et théorique, 1987, 243 p.			*					
<b>STANISSINOPOULOS</b> ( <i>Mélanges offerts à ...</i> ) LGDJ, 1974.								
<b>SUR (S)</b> - <i>La vie politique en France sous la Ve République</i> , Montchrestien, 2è éd. 1982;						*		
- <i>Le système politique de la Ve République</i> , PUF, QSJ, 3è éd. 1987.			T			*		
<b>SZAFRAN (M)</b> <i>Chirac ou les passions du pouvoir</i> , Grasset, 1986, 336 p.						*		
<b>TEBOUL (G)</b> <i>Usages et coutume dans la jurisprudence administrative</i> , Préface R. Chapus, LGDJ 1989, 331 p.			c		*			
<b>TIMSIT (G)</b> <i>Thèmes et systèmes de droit</i> , PUF, Les voies du droit, 1986, 201 p.			*					

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
					C			
----- <b>TOCQUEVILLE (A. de )</b> <i>De la démocratie en Amérique</i> , G. Flammarion, 1981, T.I 540 p., T. II 402 p.	-	-	-	-	-	-	-	-
		U	*					
<b>TOUSCOZ (J)</b> <i>Le principe d'effectivité dans l'ordre international</i> , préface J. Dupuy, Thèse, LGDJ, 1964.			*					
<b>TRICOT (B) et HADAS-LEBEL (R)</b> <i>Les institutions politiques françaises</i> , Presses de la FNSP et Dalloz, 1985;						*		
<b>TROPER (M)</b> <i>La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française</i> , LGDJ, 1973, 250 p.	*		s					
			p					
<b>TROTABAS (L)</b> ( <i>Mélanges offerts à ...</i> ) LGDJ, 1970, 570 p.								
<b>TURPIN (D)</b> <i>Contentieux constitutionnel</i> , PUF, droit fondamental, 1986.					*	*		
<b>UNIVERSITE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS</b> , <i>Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat</i> , Colloque des 21 et 22 janvier 1988, LGDJ-Montchrestien 1988, 536 p.					*	*		
<b>VERRIER (P)</b> <i>Les services de la présidence de la République</i> , PUF, 1971.						*	PR	
<b>VEDEL, (G)</b> - <i>Droit constitutionnel</i> , Sirey, 1949, 616 p.								
- <i>Introduction aux études politiques</i> , IEP Paris, 1974-1974, Les cours de droit, 2 vol.								
<b>VIALLE (P)</b> - <i>La Cour suprême et la représentation politique aux Etats-Unis</i> , LGDJ, 1972		U			*			
- <i>Droit constitutionnel et institutions politiques</i> , éd. L'Hermès, Lyon, 1984, 711 p.								
<b>VIANSSON-PONTE (P)</b> <i>Histoire de la République gaullienne</i> , Fayard, 1971.	*					*		
<b>VILLEY (M)</b> <i>Philosophie du droit, définition et fins du droit</i> , Précis Dalloz, 1975, 226 p.			*					
<b>WALINE (M)</b> ( <i>Mélanges offerts à ...</i> ), LGDJ, 1974.								
<b>ZAGRABELSKY (G)</b> <i>La Giustizia costituzionale</i> , in Mulino Strumenti, Diritto, nelle éd. 1988, 524 p.		I			*			
<b>ZILEMENOS (C)</b> <i>Problèmes politiques et constitutionnels en France et en Italie</i> , Préface de A. Hauriou, LGDJ, 1964, 88 p.		I				*		

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
<b>ZORGBIBE (C) <i>Le Chef de l'Etat en question, scénarios de cohabitation ou de séparation</i>, Atlas Economica, 1986, 152 p.</b>	-	-	-	-	-	-	-	-
				*	*			

## CONGRES, COLLOQUES, SEMINAIRES, JOURNEES D'ETUDE

(Autres que ceux dont la publication a été signalée ci-dessus, sous le nom de l'organisateur)

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
- <i>Quel régime politique pour la France</i> , Union pour une social-démocratie, sous la présidence d'H. Cavaillet, Paris, 4 déc. 1976.						*		
- <i>Propositions institutionnelles pour l'alternance en France</i> , Débat écrit, Pouvoirs n° 1, 1977, p. 117-142.						*		
- <i>L'entourage du Président de la République</i> , Institut Charles de Gaulle, éd. Plon, 1979.						*	PR FP	
- <i>La présidence de Georges Pompidou</i> , FNSP, Paris, 24-25 nov. 1983.						*	PR	
- <i>Le Gaullisme aujourd'hui</i> , Club Nouvelle Frontière, éd. Julliard, 1985.						*		
- <i>La cohabitation</i> , I <sup>ve</sup> Entretiens juridiques de la faculté de droit de Lyon, sous la présidence du Doyen P. Vialle, Université Jean Moulin, octobre 1986, publication 1987, p. 147 et s.				*		*		
- <i>Sommes-nous entrain de changer de Constitution ?</i> Débat entre F. Goguel, O. Duhamel, J.C. Casanova et A. Lepors, dirigé par J. Julliard, France-Culture, automne 1986.				*		*		



## ARTICLES, COMMUNICATIONS, RAPPORTS

(Les innombrables articles parus dans la grande presse, notamment dans les quotidiens tels que Le Monde, Libération, Le Figaro, La Croix, l'Humanité etc.; et dans les hebdomadaires comme l'Express, Le Point, Le Nouvel Observateur, etc...ne sont pas répertoriés ici, mais sont cités en note avec le texte).

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
<b>ACKERMAN (B)</b> <i>Dualistic democracy</i> , colloque de l'AFSP, 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, 2-3-4 mars 1989.	*		*					
<b>AMSELEK (P)</b> - <i>Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique</i> , RDP 1978, p. 5-19;			*					
- <i>L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales</i> , RDP 1982, p. 275 à 294;			*					
- <i>Le rôle de la pratique dans la formation du droit. Aperçu à propos de l'exemple du droit public français</i> , RDP 1983, p. 1471 à 1508;			*					
- <i>Kelsen et les contradictions du positivisme juridique</i> , APD 1983, p. 227;			*					
- <i>L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann</i> , dans Amselek (P) (Dir.) <i>La pensée de Charles Eisenmann</i> , Economica-PUAM, 1986;			*					
- <i>L'interpellation actuelle de la réflexion philosophique par le droit</i> , revue Droits, n° 4, Crises dans le droit, 1987, p. 123-135;			*					
- <i>Le droit, technique de direction des conduites humaines</i> , Droits n° 10, <i>Définir le Droit / 1</i> , 1989, p. 7-10.			*					
<b>ARDANT (P)</b> - <i>Des fonctionnaires politisés ? Les réactions à la politisation de la Fonction publique</i> , Pouvoirs n° 40, 1987, p. 49-60;						*	FP PP	
- <i>L'article 5 et la fonction présidentielle</i> , Pouvoirs n° 41, 1987, p. 37-62;						*	PR	5
- <i>Le contenu des constitutions: variables et constantes</i> Pouvoirs n° 50 1789-1989, <i>Histoire constitutionnelle</i> , 1989, p. 31-42.	*							

	H	E	T	C	C	V	su	art.
					C		j.	
ARNAUD (A.J) <i>Essai d'une définition stipulative du droit</i> , Droits n° 10, <i>Définir le droit</i> / 1, 1989, p. 11-14.			*					
ARNE (S) <i>L'Esprit de la Ve République</i> , RDP 1971, p. 641-684.						*		
ATIAS (C) <i>Une crise de légitimité seconde</i> , Revue Droits, n° 4, <i>Crises dans le droit</i> , 1987, p.21 à 34.			*					
AUVRET (P) - <i>La faculté d'empêcher du Président de la République</i> , RDP 1986, P. 141-168.						*	PR	
- <i>La responsabilité du Chef de l'Etat sous la Ve République</i> , RDP 1988, p. 77-118						*	PR	68
AVRIL (P) - <i>Un tournant du régime ?</i> RDP 1973, P. 777-808;						*		
- <i>Alternance et troisième tour, les intermittences de la Constitution</i> , RDP 1976, p. 1027-1039				*		*		
- <i>Les décrets réglementaires du Président de la République non délibérés en Conseil des ministres</i> , AJDA 1976, p. 116-121;						*	PR	
- <i>Pouvoir et responsabilité</i> , Mél. G. Burdeau, 1977, p. 9-23;			*			*		
- <i>Le cauchemard constitutionnel français</i> , dans France-Forum, n° 155-156, avril-mai 1977, p. 35-37;				*		*		
- <i>Le piano mécanique</i> , dans <i>Itinéraires</i> , Mél. Léo Hamon, Economica, 1982, p. 13-18;			*			*		
- <i>L'Assemblée d'aujourd'hui</i> , Pouvoirs n° 34, <i>L'Assemblée</i> , p. 5-12;						*	AN	
- <i>Droit parlementaire et droit constitutionnel sous la Ve République</i> , RDP 1984, p. 573-586;						*	Pt	
- <i>Les Chefs d'Etat et la notion de majorité présidentielle</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L. Parodi (Dir.) <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 166-179;						*	PR	
- <i>La cohabitation</i> , Revue Après-demain, n° 271-272, fév.-mars 1985, p. 13-15				*		*		
- <i>Présidentialisme et contraintes de l'exécutif dual</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>La présidence en France et aux Etats-Unis</i> , Economica, 1986, p. 237-245;		U				*	PR PM	
- <i>L'approche institutionnelle des partis politiques</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 229-236;						*	PP	
- <i>Fin de la Constitution gaulliste ?</i> Revue l'Esprit, n° 136-137, mars-avril 1988, p. 39-49				*		*		

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
- <i>Les innovations sénatoriales</i> , Pouvoirs, n° 44, 1988, p.111 à 118;	-	-	-	-	-	-	S	-
- <i>Les partis politiques : leur rôle dans l'écriture de la Constitution</i> , Rapport au Colloque AFC-AFSP sur l'écriture de la Constitution, Aix-en-Provence, sept. 1988., 7 p.						*	PP	
- <i>Le Parlement sous la VIII<sup>è</sup> législature, (1986-1988)</i> , AFSP-GETUPAR, 4 nov. 1988;				*		*	Pt	
- <i>La séparation des pouvoirs aujourd'hui</i> , Colloque de l'AFSP, 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, 2-3-4 mars 1989;			*			*		
- <i>Une revanche du droit constitutionnel</i> , Pouvoirs n° 49, La Ve République, 30 ans, p. 5-14;			*			*		
- <i>La Constitution : Lazare ou Janus ?</i> , RDP 1990 p. 949 960			*			*		
- <i>De Gaulle interprète de la Constitution. Une paradoxale leçon de droit constitutionnel</i> , rapport au colloque " De Gaulle en son siècle ", Paris, nov. 1990;			*			*	PR	5
<b>AVRIL (P) et GICQUEL (J)</b> <i>Les modifications relatives à l'élection du Président de la République</i> , RDP 1976, p. 1263-1291;						*	PR	6-7
<b>BACOT (G)</b> - <i>Ni se soumettre ni se démettre</i> , RPP jan,v.-fév. 1978, p. 27-33;				*		*	PR	
- <i>Du bipartisme dans la Constitution de la Ve République</i> , RDP 1978, p. 21-38;						*	PP	
- <i>La signature des ordonnances</i> , R.A. 1986, n° 233, p. 453-454.				*		*	PR	13 38
<b>BADACHE (D.C)</b> <i>Les positions institutionnelles des gaullistes depuis 1959</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L Parodi (Dir.) <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 2 <sup>è</sup> éd. 1988, p. 258-274.						*		
<b>BADIE (B)</b> <i>Invention et réinvention de l'Etat</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 495-504.			E					
<b>BAECQUE (F de)</b> - <i>Le partage des moyens entre la présidence de la République et le Premier ministre</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>La présidence en France et aux Etats-Unis</i> , Economica 1986, p. 382 à 306						*	PR PM	
- <i>Les fonctionnaires à l'assaut du pouvoir politique ?</i> , Pouvoirs, n° 40, <i>Des fonctionnaires politisés ?</i> , 1987, p. 61-80;						*	FP PP	

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
<b>BARRE (R)</b> - <i>Allocution aux journées parlementaires de Divonne-les-Bains</i> , 27 sept. 1983;				*		*		
- <i>Les délices de la Représentation proportionnelle</i> , Faits et arguments n° 19, 15 sept-15 oct. 1984				*		*	El	
- <i>Mise au net, et Loi électorale : l'enjeu</i> , Faits et arguments n° 20				*		*	El	
- <i>Intervention au colloque Le gaullisme aujourd'hui</i> , Club Nouvelle Frontière, Fayard, 1985, p. 85 et s.				*		*		
- <i>Discours à Eurexpo</i> , Lyon, le 15 déc. 1985				*		*		
- <i>Participation au dîner-débat de Belleville (Rhône)</i> , le 16 janvier 1986;				*		*		
- <i>Une alternance vraie</i> , revue <i>Alternance</i> , n° 1, 1986, p. 39-40;				*		*		
- <i>Entretien sur les institutions</i> , Faits et arguments n° 33, fév. 1986;				*		*		
- <i>Entretien sur les institutions</i> , Faits et arguments n° 42, janv. 1987.				*		*		
<b>BARRET-KRIEGEL (B)</b> <i>Les droits de l'homme et le droit naturel</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 3-42.			*					
<b>BASTID (P)</b> <i>L'idée de légitimité</i> , Institut international de philosophie politique, <i>Annales de philosophie politique</i> , n° 7, PUF, 1967, p. 1 à 15.			*					
<b>BAUDOIN (J)</b> <i>L'assimilation relative de la Constitution de 1958 par le Parti communiste français</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L Parodi (Dir.) <i>La Constitution de la Ve République</i> , presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 213-229.						*	PP	
<b>BAUFUME (B)</b> <i>Le droit présidentiel de demander une nouvelle délibération de la loi. Le précédent du 13 juillet 1983</i> , RDP 1985, p. 1239 à 1262.						*	PR	10
<b>BEAUD (O)</b> <i>Les conventions de la Constitution, à propos de deux thèses récentes</i> , <i>Droits</i> n° 3, <i>La coutume</i> , 1986, p. 125-135.			c					
<b>BEAUD (O) et CAYLA (O)</b> <i>Les nouvelles méthodes du Conseil constitutionnel, l'usage de la réserve d'interprétation dans le contrôle des ordonnances</i> , RDP 1987, p. 676-710.					*	*		13 38
<b>BECANE (J.C)</b> <i>L'écriture du Parlement, le contrôle parlementaire</i> , Rapport au colloque AFC-AFSP à Aix-en-Provence sur <i>L'écriture de la Constitution</i> , sept. 1988, 41 p.						*	Pt	



	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
<b>BEGUIN (J.C)</b> <i>Allocution de clôture au colloque Le constitutionnalisme aujourd'hui</i> , Bordeaux, 7-9 juin 1979, J.L. Seurin (Dir.) Economica, 1979, p. 29 à 32.	-	-	*	-	-	-	-	-
<b>BELANGER (M)</b> <i>Contribution à l'étude de la responsabilité politique du Chef de l'Etat</i> , RDP 1979, p. 12265 et s.						*	PR	68
<b>BELTRAME (P)</b> <i>L'utilisation de l'idée de légitimité dans la vie politique française depuis le XVIème siècle</i> , Mém. Audinet, PUF, Aix, 1968, p. 2251-2286.	*		*					
<b>BENAMOU (J.P)</b> <i>Les circonstances locales</i> , rapport au colloque AFC-ICG Le Discours de Bayeux : hier et aujourd'hui, Bayeux 15 juin 1990.	*					*		
<b>BERLIA (G)</b> - <i>Le Président de la République dans la Constitution de 1958</i> , RDP 1959, p. 145 et s.						*	PR	
- <i>La dissolution et le régime des pouvoirs publics</i> , RDP 1960, p. 130-142;						*		12
- <i>L'application de l'article 16 de la Constitution de 1958 et les rapports entre le Parlement et le Gouvernement</i> , RDP 1961, p. 1029-1036;						*		16
- <i>Essai sur la Ve République</i> , RDP 1961, p. 1157-1169;						*		
- <i>Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962</i> , RDP 1962;						*		11
- <i>La conférence de presse du Président de la République du 31 janvier 1964</i> , RDP 1964, p. 127-136;						*	PR	
- <i>Les travaux préparatoires de la Constitution</i> , RDP 1967, p. 1190-1200;						*		
- <i>Le référendum du 7 avril 1969</i> , RDP 1969, p. 451-456;						*		11
- <i>Le référendum du 23 avril 1972</i> , RDP 1972, p. 929-943;						*		11
- <i>Eventualité d'une évolution ou d'une stabilisation constitutionnelle de la Ve République</i> , RDP 1979, p. 1179-1186;						*		
<b>BEUVE-MERY (H)</b> <i>De la dictature temporaire au régime semi-présidentiel</i> , Mém. Duverger, PUF, 1987, p. 533-540 (reproduction d'articles parus dans Le Monde en 1958, 1962 et 1965 sous le pseudonyme de " Sirius ").						*		
<b>BIDEGARAY (C)</b> - <i>L'écriture de l'exécutif, le Gouvernement</i> , Rapport au colloque AFC-AFSP sur <i>L'écriture de la Constitution</i> , Aix-en-Provence, sept. 1988, 30 p;						*	G	



	H	E	T	C	C	V	suj.	art.
- <i>La force du Droit, éléments pour une sociologie du champ juridique</i> , Actes de la Recherche, n° 645, sept. 1986, p. 3-19;	-	-	-	-	-	-	-	-
- <i>Habitus, code et codification, ibidem</i> , p. 40-44.			*					
<b>BOURGEOIS (B)</b> <i>La question de l'Etat de Droit en France aujourd'hui</i> , dans D. Colas (Dir.) , <i>L'Etat de Droit</i> , travaux de la mission sur la modernisation de l'Etat, PUF, coll. Questions, 1987, p. 3 et s.			e					
<b>BOURMEAU (S)</b> <i>La presse, les candidats et la campagne</i> , Rapport au Congrès de l'AFSP, table-ronde sur La construction de l'institution présidentielle, Bordeaux, 5-8 oct. 1988, 52 p.						*	El	PR
<b>BOUVIER (V)</b> <i>Le Conseil constitutionnel et la coutume. Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République</i> , Droits, n° 3, La coutume, 1986, p. 87-96.			c		*	*		
<b>BRACHET (P)</b> <i>Mannheim et Mitterrand, bipolarité et idéologies</i> , revue Alternances, n° 1, <i>La cohabitation</i> , 1986, p. 31-35.						*		
<b>BRAUD (P)</b> <i>L'influence de la compétition électorale sur la construction de l'institution présidentielle</i> , rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux 5-8 octobre 1988, table-ronde sur la construction de l'institution présidentielle.						*	PR	El
<b>BRIMO (A)</b> - <i>Le Doyen Maurice Hauriou et l'Etat</i> , APD, t. 21, Sirey, 1976, p. 99 et s.			E					
- <i>A propos de la typologie des régimes constitutionnels des démocraties occidentales contemporaines</i> , Mém. P. Couzinet, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 21-42.			T					
<b>BURDEAU (G)</b> <i>Sur un enseignement impossible</i> , Mém. Trotabas, GLDJ, 1970, p. 41 à 49.			*					
<b>BURIN DES ROZIERS (E)</b> - <i>Le rôle du Conseil d'Etat dans l'écriture de la Constitution</i> , rapport au colloque AFC-AFSP sur L'écriture de la Constitution, Aix-en-Provence, sept. 1988, 25 p;						*		
- <i>Les rapports entre Président de la République et Premier ministre sous la Ve République</i> (janvier 1962-juil. 1967), rapport au Colloque AFSP-Institut Charles de Gaulle, Paris, 17-18 nov. 1988						*	PR	PM

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
<b>BURMEISTER (J)</b> <i>Stellung un Funktion des Bundesverfassungsgericht im system der Gewaltengliederung</i> (position et fonction du tribunal constitutionnel fédéral dans l'organisation des pouvoirs publics), dans Koenig (P) et Rüfner (W) (Dir.), <i>Le contrôle de constitutionnalité en France et en RFA</i> , Annales universitatis Saraviensis, Carl Heymanns Verlag, K.G. Köhln, Berlin.		r f a			*	*		
<b>CABANNES (J)</b> Les deux gouvernements Rocard constitués en mai et juin 1988, RDP 1989, p. 187-214.						*	G	
<b>CADART (J)</b> - <i>La monarchie parlementaire républicaine et la représentation proportionnelle</i> , Pouvoirs n° 32, 1985.						*	El	
- <i>Majorité et alternance : équilibre du régime ou crise politique ?</i> , RPP, mars-avril 1977.				*		*		
<b>CAMPBELL (A) et MEEKS (P)</b> <i>Analyse écologique du vote : les présidentielles en France</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>La présidence en France et aux Etats-Unis</i> , Economica, 1986, p. 81-123.			*			*	El	
<b>CAMPINOS (J)</b> <i>Le cas portugais de 1979 à 1983 : le Président opposé à la majorité</i> , dans M. Duvervger (Dir.), <i>Les régimes semi-présidentiels</i> , PUF, 1986, p. 229-236		P		*				
<b>CAPION (J)</b> <i>L'Etat de droit vu par le juge administratif</i> , dans D. Colas (Dir.) <i>L'Etat de Droit</i> , travaux de la mission pour la modernisation de l'Etat, PUF, Coll. Questions, 1987, p. 133 et s.					*			
<b>CAPITANT (R)</b> - <i>Le droit constitutionnel non écrit</i> , dans Mél. Gény, Sirey, 1925, t.III, p. 1-8;			c					
- <i>L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du Chef de l'Etat</i> , Encyclopédie française, 1964, T. X, p. 156-158;			E			*		
- <i>La coutume constitutionnelle</i> , reproduit dans RDP 1979, p. 959-971.			c					
<b>CAPPELLETTI (M)</b> <i>Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle</i> , RIDC, II, 1981, p. 625-657.			*		*			
<b>CARA (J.Y. de)</b> <i>La cohabitation</i> , communication aux IVèmes entretiens juridiques de la Faculté de Droit de Lyon, Université Lyon III-Jean Moulin, , 1986, édition 1987, p. 168 et s.				*		*		
<b>CARBASSE (J.M)</b> <i>Contribution à l'étude du droit coutumier : la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution</i> , dans revue Droits, n° 2, La coutume, 1986, p. 25 à 38.			c					
<b>CARBONNIER (J)</b> - <i>Effectivité et ineffectivité de la règle de droit</i> , reproduit dans <i>Flexible droit</i> , LGDJ, 1983, p. 125 à 138.			*					

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
- <i>Il y a plus d'une définition dans la maison du droit</i> , Droits n° 11, <i>Définir le droit</i> / 2, 1990, p. 5-9.	-	-	-	-	-	-	-	-
<b>CARCASSONNE (G)</b> - <i>La résistance de l'Assemblée nationale à l'abaissement de son rôle</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L. Parodi (Dir.) <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP 2è éd. 1988, p.330-341;						*	AN	
- <i>L'appareil de l'Assemblée</i> , Pouvoirs n° 34, <i>L'Assemblée</i> , 1985, p. 31-36;						*	AN	
- <i>La souhaitable neutralité</i> , Pouvoirs n° 40, <i>Des fonctionnaires politisés</i> , 1987, p. 89-94.						*	FP PP	
- A propos du droit d'amendement : les errements du Conseil constitutionnel, Pouvoirs n° 41, <i>Le Président</i> , 1987, p. 163-170					*	*	Pt	
- <i>Réhabiliter le Parlement</i> , Pouvoirs n° 49, <i>La Ve République, trente ans</i> , 1989, p. 37-46.						*	Pt	
<b>CARGAI (C)</b> <i>Le rôle de Matignon dans les relations extérieures</i> , RPP mai-juin 1985, p. 97-110.						*	PM DD	
<b>CARRE DE MALBERG (R)</b> <i>Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique</i> , Mél. Gény, T. I, Sirey.			*					
<b>CASANOVA (J.C)</b> <i>Participation au débat dirigé par J.Julliard : Sommes-nous entrain de changer de Constitution ?</i> , France-Culture, automne 1986.				*		*		
<b>CASTANO (C)</b> <i>L'exception d'inconstitutionnalité : la contrainte du droit, la force du politique</i> , rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990.			*		*	*		
<b>CASTBERG (F)</b> <i>Contribution à l'étude de la légitimité dans ses rapports avec la légalité</i> , Annales de l'Institut international de Philosophie politique, n° 7, PUF, 1967, p. 43-46.			*					
<b>CAYROL (R)</b> <i>Du bon usage des sondages</i> , Pouvoirs n° 33, <i>Les sondages</i> , 1985, p. 5-14.						*	OP	
<b>CHAGNOLLAUD (D)</b> - <i>Les Présidents de la Ve République et le mode d'élection des députés à l'Assemblée nationale</i> , Pouvoirs n° 32, 1985						*	EI	
- <i>La conception gaullienne de l'Etat : une monarchie républicaine ?</i> Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 43-50			E			*		
- <i>La nomination des fonctionnaires ou les arcanes de la politisation</i> , rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, oct. 1988., 34p.						*	FP PP	

	H	E	T	C	C	V	su	art.
					C		j.	
<b>CHANTEBOUT (B)</b> - <i>La dissuasion nucléaire et le pouvoir présidentiel</i> , Pouvoirs n° 38, L'armée, 1986, p. 21-32.	-	-	-	-	-	-	PR	-
- <i>L'Etat chez Georges Burdeau</i> , Rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990.			E				DD	
<b>CHAPSAL (J)</b> <i>Propos sur le référendum</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 51-62.						*		11
<b>CHAPUIZAT (J)</b> <i>Controverses doctrinales sur le référendum</i> , Editorial de l'AJDA, sept. 1984, p. 465.						*		11
<b>CHARBONNEL (J)</b> <i>Communication au colloque Le gaullisme aujourd'hui</i> , Club Nouvelle frontière, Fayard, 1985, p. 79.						*		
<b>CHARLOT (J)</b> - <i>Le Président et le parti majoritaire : du gaullisme au socialisme</i> , RPP 905, juil-août 1983, , p. 27-42;						*	PR	
- <i>L'efficacité de la Constitution face aux crises</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L. Parodi (Dir.) <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 275-279;			*			*	PP	
- <i>Le Président et le parti majoritaire</i> , dans M. Duverger (Dir.) <i>Les régimes semi-présidentiels</i> , PUF, 1986, p. 313-330;						*	PR	
- <i>Le pouvoir dans les partis politiques</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 272-276;							PP	
- <i>Les mutations du système politique français</i> , Pouvoirs, n° 49, <i>La Ve République, 30 ans</i> 1989, p. 27-36.						*		
<b>CHARLOT (M)</b> <i>L'alternance à l'anglaise</i> , Pouvoirs n° 1, 1977, p. 87-90.		g						
<b>CHEVALLIER (J)</b> - <i>La coutume constitutionnelle et le droit constitutionnel français</i> , RDP 1970, p. 1375-1416;		b						
- <i>L'Etat de droit</i> , RDP 1988, p. 313-380			c					
- <i>Changement politique et droit administratif</i> , dans D. Lochak (Dir.)- CURAPP, <i>Les usages sociaux du droit</i> , PUF, 1989, p. 293 à 326.			e					
- <i>Droit, ordre, institution</i> , Droits n° 10, <i>Définir le droit / 1</i> , 1989, p. 19-22.			d					
- <i>La séparation des pouvoirs</i> , rapport aux journées d'étude de l'AFC, <i>La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989</i> , Paris 16-17 mars 1989, Economica-PUAM 1990, p. 113-146.	*			s				
				p				

	H	E	T	C	C	V	suj.	art.
<b>CHEVALLIER (J.J)</b> <i>La légitimité selon G. Ferrero</i> , dans Annales de l'Institut international de Philosophie politique, n° 7, L'idée de légitimité, PUF, 1967, p. 211-221.	-	-	*	-	-	-	-	-
<b>CLAVREUL (C)</b> <i>Sieyès : la machinerie constitutionnelle et les droits de l'homme</i> , communication au colloque de l'AFSP, 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, 2-4 mars 1989.	*		*					
<b>CHIROUX (R)</b> - <i>Faut-il réformer le Conseil ?</i> Pouvoirs n° 13, <i>Le Conseil constitutionnel</i> , nouvelle éd. 1986, p. 107-126.					*	*		
- <i>Cohabitation, le rythme de croisière enfin atteint</i> , R.A., Chr., 1986, p. 511-513				*		*		
- <i>La cohabitation à l'épreuve des manifestations de rues</i> , R.A.,Chr. 1986, p. 612-615.				*		*		
- <i>Chronique politique</i> de la Revue Administrative, 1985, n° 224, 226,228, et 1986, n° 230, p. 190 et 232, p. 401.						*		
<b>CLEMENT (P)</b> <i>Les ambiguïtés de la cohabitation et leurs conséquences sur les institutions</i> , communication au colloque La cohabitation, an II, Fondation du Futur, Paris, Ass. Nat., 26 mars 1987, p. 19 à 26.				*		*		
<b>COCATRE-ZILGIEN (A)</b> <i>A propos des articles 49 (al. 1) et 89 (al. 3) de la Constitution. Question de langue.</i> RDP 1E974, p. 521-529.						*		49. 189 .3
<b>COHEN (S)</b> - <i>L'immédiate primauté institutionnelle</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L. Parodi (Dir.), <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 91-100;						*	PR	
- <i>Les conseillers de l'Elysée face aux hommes de la Maison Blanche : spécificité du cas français</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>La présidence en France et aux Etats-Unis</i> , Economica, 1986, p. 206 à 217.		U				*	PR FP	
- <i>Monarchie nucléaire, dyarchie conventionnelle</i> , Pouvoirs n° 38, L'armée, 1986, p. 13-20.				*		*	DD	
<b>COHENDET-CHASLOT (M.A)</b> <i>La doctrine et la cohabitation, jeux de miroirs</i> , rapport au Congrès de l'AFC, atelier sur le renouveau et la rénovation du Droit constitutionnel, Strasbourg, sept. 1990, 29 p.			*	*		*		
<b>COINET (J.P)</b> <i>Les conditions de l'écriture, le poids de l'histoire</i> , rapport au colloque AFC-AFSP sur <i>L'écriture de la Constitution</i> , Aix-en-Provence, sept. 1988, 23 p.						*		

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
COLARD (D) <i>Variations sur la non-cohabitation</i> , revue <i>Alternance</i> , n° 1, La cohabitation, p. 50-54.	-	-	-	*		*		
COLLIARD (C.A) <i>Les pouvoirs du Président de la République en cas de coexistence institutionnelle (mars 1986-mai 1988)</i> , RDP 1989, p. 1565-1605.				*		*	PR	
COLLIARD (J.C) <i>Participation au débat Propositions institutionnelles pour l'alternance en France</i> , Pouvoirs n° 1, 1977, p. 117-142.				*		*		
COLLOMB (G) <i>Une social-démocratie à la française ?</i> RPP, sept-oct. 1985, p. 15-18.						*		
COMBACAU (J) <i>Coutume : de la régularité à la règle</i> , revue <i>Droits</i> , n° 3, <i>La coutume</i> , PUF, 1986, p. 3-10.			*					
COMMAILLE (J) <i>La sociologie et les sens du droit</i> , <i>Droits</i> n° 10, <i>Définir le droit / 1</i> , 1989, p. 23-26.			*					
COMMANDUCCI <i>L'idée de Constitution au XVIIIème siècle</i> , communication au colloque AFSP, 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, 2-4 mars 1989.	*		*					
CONAC (G) <i>Le référendum, quel avenir ?</i> Journée d'étude du Centre de Recherche en Droit Constitutionnel de l'Université Paris I, Paris, 21 avril 1989.						*		11
CORNU (G) <i>Le visible et l'invisible</i> , <i>Droits</i> n° 10, <i>Définir le droit / 1</i> , 1989, p. 27-29.			*					
COT (J.P) <i>Actualité et ambiguïté du libéralisme</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 557-568.			*					
COTTA (S) <i>Eléments d'une phénoménologie de la légitimité</i> , <i>Annales de l'Institut international de Philosophie politique</i> , n° 7, <i>L'idée de légitimité</i> , PUF, 1967, p. 61-86.			*					
COTTERET (J.M) - <i>Sens et non-sens de la représentation proportionnelle</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987;				*		*	El	
- <i>Les stratégies de communication des Présidents de la République</i> , <i>Pouvoirs</i> n° 41, <i>Le Président</i> , 1987, p. 115-122.				*		*	OP	
COULON (R) <i>Indicatif présent et socio-sémiotique du discours constitutionnel</i> , APD t. 33, p. 347 à 368.			*					
COURCEL (G. de) <i>Les rapports entre le Président de la République et le Premier ministre au début de 1959 et aux premiers jours de 1962</i> , Colloque AFSP-Institut Charles de Gaulle sur les rapports entre Président de la République et Premier ministre, Paris 17-18 nov. 1988.						*	PR PM	



	H	T	E	C	C	V	subj.	art.
<b>CUBERTAFOND (B)</b> <i>Souverainetés en crise ?</i> , RDP 1989, p. 1273-1303.			S					
<b>DABIN (J)</b> <i>La place du droit et du juriste dans la société</i> , RDP 1963, p. 397-400.			d					
<b>DAGNAUD (M) et MEHL (D)</b> <i>L'élite de la cohabitation. Enquête sur les cabinets ministériels du Gouvernement Chirac</i> , Pouvoirs n° 42, La tradition politique, 1987, p. 137-153.				*		*	FP	
<b>DAMAMME (D)</b> <i>Les pratiques de l'article 8 : les services du Premier ministre</i> , rapport au Congrès de l'AFSP, table-ronde sur La construction de l'institution présidentielle, Bordeaux 5-8 oct. 1988, 23 p.				*		*	PR PM	8
<b>DANIEL (J) et EMERI (C)</b> <i>L'Assemblée nationale et son devenir</i> , RDP 1989, p. 1245 à 1272						*	AN	
<b>DAVIS (M)</b> - <i>Les juges constitutionnels, Etats-Unis</i> , rapport à la Ve Table-ronde internationale Aix-en-Provence, AIJC vol. IV, 1988 (éd. 1990), p. 133-139.		U				*		
- <i>Chronique constitutionnelle Etats-Unis</i> , AIJC vol. IV, 1988 (éd. 1990).		U				*		
<b>DEBBASCH (C)</b> - <i>Le second président de la Ve République. Effets sur la pratique présidentielle de la Constitution de 1958</i> . Mél. Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p. 451-464;						*	PR	
- <i>Président de la République et Premier ministre dans le système politique de la Ve République, duel ou duo ?</i> , RDP 1982, p. 1175-1184;						*	PR PM	
- <i>Les pouvoirs du Président de la République et de ses conseillers face à ceux du Premier ministre</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>La présidence en France et aux Etats-Unis</i> , Economica, 1986, p. 201-205.						*	PR PM FP	
<b>DEBBASCH (R)</b> <i>Unité et indivisibilité</i> , rapport à la journée d'étude de l'AFC des 16-17 mars 1989, La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, Paris, Economica-PUAM 1990, coll. Droit public positif, p. 7 à 40.			*					
<b>DEBRE (M)</b> - <i>La Constitution de 1958, sa raison d'être, son évolution</i> , RFSP n° 5, 1978, p. 817-839;						*		
- <i>Intervention au colloque Les régimes semi-présidentiels</i> , M. Duverger (Dir.), PUF, 1986, p. 84-88;						*		
- <i>Les leçons de la cohabitation</i> , communication à la conférence-séminaire consacrée à ce thème par la Fondation pour la Démocratie, Paris, Ass. Nat., 6 nov. 1986.				*		*		

	H	E	T	C	C	V	su.	art.
					C			
<b>DECAUMONT (F)</b> - <i>Le quinquennat, échec d'hier, solution de demain ?</i> , rapport au colloque AFSP Prais 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L Parodi, <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP 2è éd. 1988, p. 486-503;						*	PR	6
- <i>L'élection du Président de la République</i> , rapport au colloque AFC-AFSP sur L'écriture de la Constitution, Aix-en-Provence, sept. 1988.						*	PR	6
- <i>L'agencement des institutions de 1958</i> , rapport au colloque AFC-ICG Bayeux : hier et aujourd'hui, Bayeux, 15 juin 1990.						*		
<b>DELBEZ (L)</b> <i>Considérations sur le fondement du droit positif</i> , RDP 1966, p. 667-708.			*					
<b>DELION (A.G)</b> <i>Les conseils et comités interministériels</i> , AJDA, 1975, p. 268-276.						*		
<b>DELPÉREE (F)</b> - <i>La Constitution et son interprétation</i> , dans M. Van de Kerchove (Dir.) <i>L'interprétation en Droit</i> , Presses universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1978, p. 187-210;		B	*					
- <i>Les juges constitutionnels, Belgique</i> , rapport à la Ve Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence, AIJC 1988 (éd. 1990), p. 101 à 115.		B			*			
- <i>Le nouvel Etat belge</i> , Pouvoirs n° 54, La Belgique, 1990, p. 111 à 117;		B						
<b>DELPÉREE (F)</b> et <b>DUPRET (B)</b> <i>Le Roi des belges</i> , Pouvoirs, n° 54, La Belgique, 1990, p. 15 à 24.		B						
<b>DELPÉREE (F)</b> et <b>RASSON-ROLAND (A)</b> <i>Belgique</i> , <i>Chronique AIJC</i> , vol I à IV, 1985, 1986; 1987, 1988 (éd. 1987 à 1990).		B			*			
<b>DELVOLVE (P)</b> <i>Le contrôle de l'opportunité existe-t-il ?</i> Rapport au colloque Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, Paris 21-22 janv. 1988, LGDJ-Montchrestien 1988 p.269-312.					*	*		
<b>DEMICHÉL (A)</b> <i>Contribution pour un anniversaire, ou quelques réflexions sur le destin de la IVème République</i> , Mél. Pelloux, L'Hermès, Lyon, 1980.		*						
<b>DENQUIN (J.M)</b> - <i>Réflexions sur la durée du mandat présidentiel</i> , RDP 1975, p. 1359-1395						*	PR	6
- <i>Georges Burdeau, le Droit constitutionnel et la Science politique</i> , rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990.			*					



	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
					C			
- <i>Les logiques cachées de la Constitution de la Cinquième République</i> , rapport au colloque AFSP, Paris, 8-9 mars 1984, dans O.Duhamel et J.L Parodi (Dir.), <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , Preses de la FNSP 1ère éd 1985, 2è éd. 1988, p. 11-23.			*			*		
- <i>De l'alternance à la cohabitation, ou l'énigme résolue de la Constitution</i> , <i>ibidem</i> , p. 522-537.				*		*		
- <i>Prospectives constitutionnelles pour l'après-mars 1986</i> , revue <i>Projet</i> , mars 1986, p. 12-18;				*		*		
- <i>L'hypothèse de la contradiction des majorités en France</i> , dans <i>Les régimes semi-présidentiels</i> , M. Duverger (Dir.), PUF, 1986;				*		*		
- <i>Cohabiter en politique</i> , revue <i>Alternances</i> , 1986, n° 1, <i>La cohabitation</i> , , p. 55-61;				*		*		
- <i>Interview sur la cohabitation</i> , <i>ibidem</i> , p. 71-73;				*		*		
- <i>Les premières élections législatives de la Ve République</i> , dans Dupoirier et Grunberg (Dir.) 1986, <i>la drôle de défaite de la Gauche</i> , , Seuil, 1986;				*		*	El	
- Participation au débat dirigé par J. Julliard, <i>Sommes-nous entrain de changer de Constitution ?</i> France-Culture, automne 1986;				*		*		
- <i>Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 581-590;			T			*		
- <i>L'écriture de la République, la souveraineté</i> , rapport au Colloque AFC-AFSP, Aix-en-Provence sept. 1988, 14 p.			S			*		
- <i>Sur les institutions</i> , entretien avec F. Mitterrand, <i>Pouvoirs</i> n° 45, 1988, p. 131-139;				*		*		
- <i>Les partis politiques et le référendum</i> , rapport à la journée d'étude du Centre de Recherches en Droit Constitutionnel de l'université Paris I, Paris, 21 avril 1989;						*	PP	11
<b>DUHAMEL (O) et JAFFRE (J)</b> <i>La découverte de la cohabitation</i> , dans SOFRES, <i>L'état de l'opinion</i> , Seuil, 1987.				*		*	OP	
<b>DUHAMEL (O) et PARODI (J.L)</b> <i>A l'épreuve de la cohabitation</i> , postface de 1988 à <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 541-550.			*	*		*		
<b>DUMAS (R)</b> <i>Intervention au colloque sur les régimes semi-présidentiels</i> , M. Duverger (Dir.)						*		
<b>DUPOIRIER (E)</b> <i>La démocratie en France</i> , dans <i>L'état de l'opinion</i> , SOFRES, 1986.						*	OP	

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
<b>DURAO BARROSO (J)</b> <i>Les conflits entre le Président portugais et la majorité parlementaire de 1979 à 1983</i> , dans M. Duverger, <i>Les régimes semi-présidentiels</i> , PUF, 1986.		P		*				
<b>DUSO (G)</b> <i>Constitution-représentation : le problème de l'unité politique</i> , communication au colloque RFSP, 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, 2-4 mars 1989.			R					
<b>DUVERGER (M)</b> - <i>Les vaches sacrées</i> , Mél. Léo Hamon, Economica, 1982, p. 640-645.			*					
- <i>Prospective, introduction</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L. Parodi, <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 453-461;				*		*		
- <i>Le concept de régime semi-présidentiel</i> , dans M. Duverger (Dir.) <i>Les régimes semi-présidentiels</i> , PUF, 1986, p. 7-17;			T			*		
- <i>L'expérience française du régime semi-présidentiel</i> , <i>ibidem</i> , p. 47-54;			T			*		
- <i>Système présidentiel et système semi-présidentiel</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>La présidence en France et aux Etats-Unis</i> , Economica, 1986, p. 347-358;			T			*		
- <i>La cohabitation face aux institutions</i> , communication au colloque de la Fondation du Futur, Ass. Nat. , 26 mars 1987, p. 3 à 9;				*		*		
<b>DWORKIN (R)</b> <i>Le positivisme</i> (trad. M. TROPER), revue <i>Droit et Société</i> , n° 1, 1985, p. 31.			*					
<b>EBRARD (P)</b> <i>L'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958</i> , RDP 1969, p. 259-304.						*		38
<b>EDELMAN (B)</b> " <i>Ma</i> " <i>définition du droit</i> , <i>Droits</i> n° 11, <i>Définir le droit</i> / 2, p. 21-23.			*					
<b>EISENMANN (C)</b> <i>Sur la légitimité juridique des gouvernants</i> , <i>Annales de l'Institut international de philosophie politique</i> , n° 7, l'idée de légitimité, PUF, 1967, p. 97-127.			*					
<b>ELLEINSTEIN (J)</b> <i>Réflexions sur le marxisme, la démocratie et l'alternance</i> , <i>Pouvoirs</i> n° 1, 1977, p. 73-84.			*					
<b>ELLUL (J)</b> <i>Le rôle du droit comme régulateur de crises au XIVème siècle</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 65-77.	*		*					

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
					C			
<b>EMERI (C)</b> - <i>Les déconvenues de la doctrine</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L. Parodi (Dir.) <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , Presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 75-90;			d			*		
- <i>De l'irresponsabilité présidentielle</i> , Pouvoirs n° 41, Le Président, 1987, p. 133-150.				*		*	PR	68
- <i>L'écriture de l'exécutif, le Gouvernement</i> , rapport au colloque AFC sur L'écriture de la Constitution, Aix-en-Provence, sept. 1988, 30 p.						*	G	
<b>ESCARPIT (R)</b> <i>De l'arbitrage à l'arbitraire :archie, cratie et pouvoir décisionnel</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>La présidence en France et aux Etats-Unis</i> , Economica, 1986, p. 337 à 343.						*	PR	5
<b>ESCARRAS (J.C)</b> - <i>Italie, Chronique AIJC</i> , vol I à IV, 1985, 1986, 1987, 1988 (éd. 1987 à 1990).	I				*			
- <i>Le juge constitutionnel, le législateur et le juge ordinaire. Sur deux études italiennes : de la communicabilité entre systèmes italien et français de justice constitutionnelle</i> , AIJC II, 1986, PUAM, 1988, p. 15-34.	I				*	*		
- <i>Les juges constitutionnels, Italie</i> , rapport à la Ve table-ronde internationale d'Aix-en-Provence, AIJC vol. IV 1988 (éd. 1990), p. 165-181.	I				*			
<b>FABRE (M.H)</b> - <i>La loi, expression de la souveraineté</i> , RDP 1979, p. 341-346			*					
			S					
- <i>Le oui...mais en droit constitutionnel</i> , RDP 1979, p. 1547-1557;						*		
- <i>Promenade solitaire à travers les institutions de la Ve République</i> , RDP, 1985, p. 909-912.						*		
<b>FAURE (E)</b> <i>L'alternance ou la noix creuse</i> , Pouvoirs n° 1, 1977, p. 9-18.						*		
<b>FAUVET (J)</b> Participation au débat <i>Propositions institutionnelles pour l'alternance en France</i> , Povouirs n° 1, 1977, p. 117-142.				*		*		
<b>FAVOREU (L)</b> - <i>Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des Pouvoirs Publics</i> , RDP 1967, p. 5-120;			*		*	*		
- <i>Les règlements autonomes existent-ils ?</i> Mél. Burdeau, Paris, LGDJ, 1977, p. 417 et s.;					*	*		

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
					C			
- <i>Propos d'un " néo-constitutionnaliste "</i> , rapport au colloque Le constitutionnalisme aujourd'hui, Bordeaux, 7-9 juin 1979, J.L. Seurin (Dir.) , Economica, 1984, p. 23 à 28			*		*			
- <i>La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe</i> , Rapport général introductif, RIDC n° 2, avril-juin 1981;		*			*	*		
- <i>L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit</i> , Mél. Léo Hamon, Economica, 1982, p. 235-244;					*	*		
- <i>Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale</i> , RDP, 1984, p. 1147-1201;		*	*		*	*		
- <i>Le Conseil constitutionnel et l'alternance</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L Parodi, <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP 2è éd. 1988, p. 422-449;					*	*		
- <i>L'apport du Conseil constitutionnel au Droit public</i> , Pouvoirs n° 13, <i>Le Conseil constitutionnel</i> , rééd. 1986, p. 17 à 26;					*	*		
- <i>Le Conseil constitutionnel et le Président de la République dans le cadre de l'alternance</i> , Pouvoirs n° 13, nouvelle éd. 1986, p. 211 à 222;				*	*	*	PR	
- <i>Rôle du Conseil constitutionnel dans l'alternance 1986</i> , communication au colloque de la Fondation du Futur, Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges ?, Paris, Ass. Nat. , 16 oct. 1986, p. 21 à 28.				*	*	*		
- <i>Le droit constitutionnel jurisprudentiel</i> , RDP 1986, p. 395-495;					*	*		
- <i>La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle</i> , dans P. Amselek (Dir.) , <i>La pensée de Charles Eisenmann</i> , Economica-PUAM, 1986;			*		*			
- <i>Le nouveau mode d'élection des députés à l'Assemblée Nationale</i> , rapport aux IIèmes entretiens juridiques de la Faculté de Droit de Lyon, Université Jean Moulin-Lyon III, éd. 1986, p. 223 et s.;				*		*	AN EI	
- <i>Le Conseil constitutionnel et la cohabitation</i> , Doc. Fr., regards sur l'actualité, n° 135;				*	*	*		
- <i>Le Conseil constitutionnel, mythes et réalités</i> , Doc. Fr. , regards sur l'actualité, n° 132, juin 1987;				*	*	*		

	H	E	T	C	C	V	su.	art.
					C			
- <i>Ordonnances ou règlements d'administration publique ?</i> RFDA, 1987, p. 686 et s.;				*	*	*		38
- <i>Le référendum sur le référendum, exemple d'un débat anachronique</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987;				*		*		11
- <i>Les juges constitutionnels, France</i> , rapport à la Ve Table-ronde internationale Aix-en-Provence, AIJC vol. IV, 1988 (éd. 1990), p. 141-154.					*	*		
- <i>Dualité ou unité d'ordre juridique, Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ?</i> communication au colloque Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, Paris 21-22 janv. 1988, LGDJ-Montchrestien 1988, p. 145-190;					*	*		
- <i>Le droit constitutionnel jurisprudentiel</i> , RDP 1989, p. 399-504;				*	*	*		
- <i>La loi</i> , rapport aux journées d'étude de l'AFC <i>La continuité constitutionnelle en France</i> , Paris 16-17 mars 1989, Economica-PUAM 1990, p. 79-101;		*			*	*		
- <i>Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit</i> , RFDC 1, 1990, p. 71-89.		*			*	*		
<b>FAVRE (P)</b> <i>La question de l'objet de la science politique a-t-elle un sens ?</i> Mél. R. Pelloux, L'Hermès, Lyon, 1980, p. 123 à 141.		*						
<b>FEVRE (J)</b> <i>Les institutions : un équilibre introuvable ?</i> Revue <i>Après-demain</i> , n° 271-272, fév.-mars 1985, <i>Les institutions de la Ve République</i> .				*		*		
<b>FITTERMAAN (C)</b> <i>Un débat piège</i> , <i>Alternances</i> , n° 1, La cohabitation, 1986, p. 36-38.				*		*		
<b>FLANTZ (G.H)</b> <i>La signification de la séparation des pouvoirs dans le développement du constitutionnalisme et dans les constitutions contemporaines</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>Economica</i> , 1984, p. 91 à 107.			s					
			p					
<b>FOURCADE (J.P)</b> <i>A propos du rôle du Sénat</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 93-99.						*	S	
<b>FOURQUET (Gal)</b> <i>Les rapports entre Président de la République et Premier ministre en matière de défense</i> , Colloque RFSP-Institut Charles de Gaulle sur Les rapports Président de la République-Premier ministre, Paris, 17-18 nov. 1988.						*	PR PM DD	
<b>FOURNIER (J)</b> <i>Politique gouvernementale : les trois leviers du Président</i> , <i>Pouvoirs</i> , n° 41, <i>Le Président</i> , 1987, p. 63-74.				*		*	PR	



	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
					C			
<b>FOYER (J)</b> - Participation au débat <i>Propositions institutionnelles pour l'alternance en France</i> , Pouvoirs n° 1, L'alternance, 1977, p. 117-142.				*		*		
- <i>Evolution du rôle du Conseil constitutionnel depuis 1958</i> , communication au colloque de la Fondation du Futur, Paris, Ass. Nat., 16 oct. 1986, p. 3 à 7;					*	*		
- <i>Constitution écrite et constitution coutumière</i> , communication au colloque de la Fondation du futur, Paris, Ass. Nat., 26 mars 1987.			c			*		
<b>FRANCOIS (B)</b> - <i>Les écrivains et la presse</i> , Rapport au colloque AFC-RFSP sur L'écriture de la Constitution, Aix-en-Provence, sept. 1988;						*		
- <i>Le Président, pontife constitutionnel</i> , rapport au Congrès de l'AFC, table-ronde sur la construction de l'institution présidentielle, Bordeaux, oct. 1988, 23 p.			*			*	PR	
- <i>Le juge, le droit et la politique: éléments d'une analyse politiste</i> , RFDC, n° 1, 1990, p. 49-69;			*		*	*		
- <i>Traduction et bricolage. Réflexions sur la "rencontre" singulière du droit et de la science politique sous la Ve République</i> , rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990, 12 p;			*		*	*		
- <i>Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Ve République</i> . Politix, n° 10-11, presses de la FNSP, p. 92-109.			*		*	*		
<b>FRISON-ROCHE (F)</b> <i>La présidence de la République en Finlande et la nature du régime</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 101-103.	F						PR	
<b>FROMONT (M)</b> - <i>Le juge constitutionnel</i> , Pouvoirs n° 22, La RFA, 1982, p. 41-53;	r	f	a			*		
- <i>RFA, l'Etat de droit</i> , RDP 1984, p. 1203-1226;	f	r	a			*		
- <i>Allemagne fédérale, Chronique AIJC</i> 1985, 1986, 1987, 1988 éd. 1987 à 1990).	r	f	a			*		
- <i>Les juges constitutionnels. Allemagne fédérale.</i> , Ve Table-ronde internationale Aix-en-Provence, AIJC IV 1988 (éd. 1990), p 81-89.	r	f	a			*		

	H	E	T	C	C	V	su.	art.
					C			
- <i>Le référendum en RFA</i> , Communication à la journée d'étude du centre de recherche en droit constitutionnel de l'Université Paris I, Le référendum, quel avenir, Paris, 21 avril 1989.	r	f	a					11
- <i>République fédérale d'Allemagne. La jurisprudence constitutionnelle en 1986 et 1987</i> , RDP 1989, p. 91-132.	r	f	a		*			
<b>GALL (F. Le)</b> <i>Loi électorale : débats et réflexions autour d'une réforme</i> , RPP sept.-oct. 1985, p. 27-34.				*		*	El	
<b>GARDIES (D)</b> <i>Indicatif et impératifs juridiques, système normatif et systèmes de normes</i> , APD, t. XIX, Le langage du droit, p. 75-88, Sirey, 1974.			*					
<b>GARLICKI (L) et ZAKREWSKI (W)</b> <i>La protection juridictionnelle de la Constitution dans le monde contemporain</i> , AIJC I 1985, Economica-PUAM 198, p. 17-37					*			
<b>GARRIGOU (A)</b> <i>Le Président de la République au risque du scandale (1986-1988)</i> , rapport au Congrès de l'AFSP, table-ronde sur La construction de l'institution présidentielle, Bordeaux, oct. 1988.				*		*	PR	
<b>GARRIGOU-LAGRANGE (J.P)</b> - <i>Le dédoublement constitutionnel. Essai de rationalisation de la pratique référendaire de la Ve République</i> , RDP 1969, p. 641-684;						*		11
- <i>Les partenaires du Conseil constitutionnel ou la fonction interpellatrice des juges</i> , RDP 1986, p. 647.					*	*		
<b>GAUDEMET (Y)</b> <i>Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat dans le processus législatif</i> , Rapport au Colloque Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, Paris 21-22 janv. 1988, LGDJ-Montchrestien 1988, p.87-110.					*	*		
<b>GAXIE (D)</b> - <i>Sur quelques concepts fondamentaux de la science politique</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 596-611;			*					
- <i>L'unification des marchés politiques et la construction de l'institution présidentielle</i> , rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, oct. 1988, 33 p.;						*	PR El	
- <i>Droit et politique dans la polémique sur le refus de signature des ordonnances par le Président de la République</i> , dans D. Lochak (Dir.) - CURAPP, Les usages sociaux du Droit, PUF, 1989;		*	d	*		*	PR	13 38
- <i>L'énigme du droit. Programme pour une sociologie des institutions</i> . Rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990, 12 p.			*					

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
					C			
<b>GENEVOIS (B)</b> - <i>Chronique sur le Conseil Constitutionnel français</i> , AIJC, vol I à IV, 1985, 1986, 1987, 1988 (éd. 1987 à 1990);					*	*		
- <i>Le Conseil constitutionnel comme juridiction</i> , conférence à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, 9 mars 1988;					*	*		
- <i>L'influence du Conseil constitutionnel</i> , Pouvoirs, n° 49, La Ve République, 30 ans, 1989, p. 47-56;					*	*		
- <i>Le Conseil constitutionnel et le référendum</i> , communication à la journée d'étude du Centre de recherche en droit constitutionnel de l'université Paris I, Paris, 21 avril 1989.					*	*		11
<b>GENGEMBRE (G)</b> <i>La contre-révolution et le refus de la Constitution</i> , communication au colloque AFSP, 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, 2-4 mars 1989.	*		*					
<b>GEORGEL (J)</b> - <i>La crise politique de 1978 au Portugal</i> , RDP 1979, p. 425-463;		P		*				
- <i>Vingt ans de Vème</i> , R.A., Tribune libre, 1981, n° 202, p. 393-398.						*		
<b>GERARD (P)</b> <i>La stabilité retrouvée au Portugal</i> , RDP 1989, p. 159-186.		P						
<b>GICQUEL (J)</b> - <i>La révision introuvable</i> , revue <i>Après-demain</i> , n° 271-272, fév.-mars 1985, p. 39-41;						*		89
- <i>Les visions des auteurs du texte</i> , rapport au colloque AFSP, Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L. Parodi (Dir.), <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , Presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 55-62;						*		
- <i>Le rôle des ministres d'Etat</i> , rapport au colloque AFC-AFSP sur L'écriture de la Constitution, Aix-en-Provence, sept. 1988, 12 p;						*		
- <i>De la cohabitation</i> , Pouvoirs n° 49, La Ve République, 30 ans, 1989, p. 69-80;				*		*		
- <i>Le référendum du 6 novembre 1988</i> , rapport à la journée d'étude du centre de recherche en Droit Constitutionnel de l'université Paris I, 21 avril 1989.						*		
- <i>L'analyse littéraire</i> , rapport au colloque <i>Le discours de Bayeux : hier et aujourd'hui</i> , AFC-ICG, Bayeux, 15 juin 1990.						*		
<b>GIOVANELLI (A)</b> <i>La Ve République vue d'en face</i> , Pouvoirs n° 50, 1989, p. 127-139.						*		
<b>GIRAUD (E)</b> <i>La Constitution du 4 octobre 1958 et la pratique de cette Constitution</i> , RDP 1961, p. 1006-1014.						*		

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
					C			
<b>GIROLA (C)</b> <i>Les coutumes constitutionnelles</i> , Mél. Gény, tome III, Sirey, 1925.			c					
<b>GOGUEL (F)</b> - <i>Réflexions sur le régime présidentiel</i> , RFSP 1962, p. 289-312;			T					
- <i>Le Conseil constitutionnel</i> , RDP 1979, p. 5-25;					*	*		
- <i>Intervention au colloque Le gaullisme aujourd'hui</i> , Club Nouvelle frontière, Fayard, 1985;						*		
- <i>L'enracinement politique</i> , introduction, communication au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L. Parodi (Dir.) <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 129-132;						*	PP	
- Participation au débat dirigé par J. Julliard, <i>Sommes-nous entrain de changer de Constitution ?</i> , France-culture, automne 1986;				*		*		
- <i>Valeur juridique des décisions du Conseil constitutionnel</i> , communication au colloque de la Fondation du Futur, <i>Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges</i> , Paris, Ass. Nat., 16 oct. 1986, p. 13 à 17.					*	*		
- <i>Interview sur La cohabitation</i> , revue Alternances, n° 1, 1986, p. 62-66;				*		*		
- <i>De la conformité du référendum du 28 octobre 1962 à la Constitution</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 115-125;						*		11
- <i>Conformité et opposition entre la cohabitation et la Constitution</i> , communication au colloque de la Fondation du Futur, Paris, Ass. Nat., 26 mars 1987, p. 9 à 15;				*		*		
- <i>Du Sénat de la IIIème République à celui de la Vème</i> , Pouvoirs n° 44, 1988, p. 5 à 14;	*					*	S	
- <i>Interview personnelle sur La cohabitation</i> , Paris, 18 nov. 1988.			*			*		
- <i>Les circonstances politiques</i> , rapport au colloque <i>Le discours de Bayeux : hier et aujourd'hui</i> , AFC-ICG, Bayeux 15 juin 1990.	*					*		
<b>GOUAUD (C)</b> - <i>Le Conseil des ministres sous la Ve République</i> , RDP 1988, p. 423-498.						*	cdm	
- <i>A propos de l'Irangaie, réflexions sur le système politique américain</i> , RDP 1989, p. 1351-1400.		U					PR	68
- <i>Recherches sur le phénomène de transition démocratique</i> , rapport Congrès AFC, Strasbourg, sept. 1990, 32 p.			*					

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
					C			
<b>GRANGE (J)</b> <i>L'efficacité normative du Sénat</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L. Parodi, La Constitution de la Cinquième République, presses de la FNSP 2è éd. 1988 p. 375-407.						*	S	
<b>GREILSAMMER (I)</b> <i>Cohabitation à la française, cohabitation à l'israélienne</i> , RFSP, fév. 1989, p. 5-20.		i		*		*		
<b>GRIMM (D)</b> <i>Souveraineté et " checks and balances "</i> , communication au colloque 1789 et l'invention de la Constitution, AFSP, Paris, 2-4 mars 1989.			*					
<b>GROSSER (A)</b> - <i>Le double précédent weimarien</i> , revue France-Forum, n° 155-156, avril-mai 1977 : <i>Se soumettre, se démettre ou quoi</i> , p. 16-17;	*	W		*				
- Cours constitutionnelles et valeurs de référence, Pouvoirs n° 13, Le Conseil constitutionnel, nouvelle édition 1986, p. 127-140.					*			
<b>GRUNBERG (G)</b> - <i>Cohabitation et opinion publique</i> , revue Esprit, n° 136-137, mars-avril 1988, p. 50-60;				*		*	OP	
- <i>Quelques éléments pour une sociologie du vote de 1986</i> , Intervention n° 16, avril -mai-juin 1986, p. 9-11.						*	EI	
<b>GUENAIRE (M)</b> <i>Le défi référendaire d'un président minoritaire</i> , RDP 1986, p. 1065-1096.				*		*	PR	11
<b>GUENIFFEY</b> <i>Constitution et intérêts sociaux : le débat de l'été 1789</i> , communication au colloque AFSP, 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, 2-4 mars 1989.	*		*					
<b>GUETTIER (C)</b> <i>Les candidats à l'élection présidentielle sous la Ve République</i> , RDP 1990, p. 49-131.						*	PR EI	
<b>GUILLAUME-HOFNUNG</b> <i>L'écriture de l'article 11</i> , rapport au colloque AFC-AFSP, L'écriture de la Constitution, Aix-en-Provence, sept. 1988, 23 p.						*		11
<b>HABERT (P)</b> <i>Jacques Chirac à l'épreuve du pouvoir</i> , Chronique de l'opinion publique, pouvoirs n° 41, 1987, p. 185 à 200.				*		*	OP	
<b>HABIB (L)</b> - <i>A la recherche de la Ve République</i> , RPP sept.-oct. 1985, n° Spécial institutions, , p. 87-95;			*			*		
- <i>La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel</i> , RDP 1986 p. 695 et s.					*	*		
- <i>Mat en trois coups</i> , revue Intervention n° 16, avril-mai-juin 1986, p. 20-25;				*		*		

	H	E	T	C	C	V	suj.	art.
					C			
- <i>Bilan de la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel de 1981 à 1986</i> , Pouvoirs n° 13, Le Conseil constitutionnel, nouvelle édition 1986, p. 195-210.					*	*	Pt	
- <i>L'impur objet de la science du droit</i> , Droits n° 11, <i>Définir le droit / 2</i> , 1990, p. 93-106.			*					
<b>HAEGEL (F)</b> <i>Etre de gauche aujourd'hui</i> , SOFRES, Opinion publique 1986, p. 35-43.				*		*	OP	
<b>HAMON (F)</b> - <i>Regards nouveaux sur les origines de la Ve République</i> , RDP 1975, p. 415-450;						*		
- <i>Les pouvoirs du juge</i> , RPP sept-oct. 1985, p. 35-43					*	*		
- <i>L'article 16 de la Constitution de 1958</i> , Documents d'études de la Documentation française, n° 07;					*	*		16
- <i>La théorie des régimes politiques</i> (chez Georges Burdeau), rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990.			*					
- Sur les transformations du droit public survenues en URSS et dans les autres pays de l'Est, rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990, 6 p.		*						
<b>HAMON (L)</b> - <i>Nécessité et conditions de l'alternance</i> , Pouvoirs n° 1, 1977, p. 19-43;				*		*		
- <i>Sur une notion en débat</i> , RDP 1984, p. 298-310;						*		
- <i>Du référendum à la démocratie continue</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L. Parodi, <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 504-521;						*		11
- <i>La cohabitation et l'opinion publique</i> , communication au colloque de la Fondation du futur, La cohabitation, an II, Paris, Ass. Nat., 26 mars 1987, p. 43 à 46.				*		*	OP	
- <i>Multitude et bon usage des vaches sacrées</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 613-622;			*					
<b>HASSNER (P)</b> <i>Un chef d'oeuvre en péril : le consensus français sur la défense</i> , revue Esprit, mars--avril 1988, n° 136-137, p. 71-82.				*		*	DD	
<b>HAURIOU (A)</b> - <i>Recherches sur une problématique et une méthodologie applicables à l'analyse des institutions politiques</i> , RDP 1971, p. 305-352;			*					
- <i>Réflexions sur les statuts épistémologiques respectifs du pouvoir et de la liberté</i> , RDP 1974, p. 643-662.			*					
<b>HEBRAUD (P)</b> <i>Le juge et la jurisprudence</i> , Mél. Couzinet, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329-371.			*		*			

	H	E	T	C	C	V	su.	art.
<b>HELIAS (Y)</b> <i>La sacralisation de l'Etat dans les allocutions présidentielles télévisées</i> , rapport au Congrès de strasbourg, table-ronde sur La construction de l'institution présidentielle, AFSP, Bordeaux, oct. 1988.			E			*	PR	
<b>HENRY (J.P)</b> <i>Vers la fin de l'Etat de Droit ?</i> RDP, 1977, p. 1207-1235.			e					
<b>HERVADA (J)</b> <i>Le droit dans le réalisme juridique classique</i> , Droits n° 10 / 1, <i>Définir le droit</i> , 1989, p. 31-34.			*					
<b>HOFFE (O)</b> <i>Le justice qui définit le droit</i> , Droits n° 10, <i>Définir le droit</i> / 1, 1989, p. 35-38.			*					
<b>HOMONT (A)</b> <i>La démission de Jacques Chaban-Delmas en juillet 1972, contribution à l'étude de la démission-révocation sous la Ve République</i> , RDP 1972, p. 1479-1526.						*	PR PM	8
<b>HONTEBEYRIE (P)</b> <i>La fixation de l'ordre du jour prioritaire : un pouvoir sans contre-pouvoirs</i> , Pouvoirs n° 34, L'Assemblée, 1985.						*	Pt G	48
<b>HOWARD (D)</b> <i>La conception mécanique de la Constitution</i> , rapport au colloque AFSP 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, 2-4 mars 1989.			*					
<b>JAFFRE (J)</b> - <i>Réflexions sur la sondomanie</i> , Pouvoirs n° 33, <i>Les sondages</i> , 1985, p. 15-22;			*				OP	
- <i>Les élections législatives du 16 mars 1986 : la défaite de la Gauche et les progrès du PS</i> , Pouvoirs n° 38, 1986, p. 145-158;				*		*	EI	
- <i>Chronique électorale : France au centre, victoires socialistes. Les élections du printemps 1988</i> , Pouvoirs n° 47 1988, p. 157-181;				*		*	OP EI	
- <i>Les surprises de la Droite</i> , dans SOFRES, <i>Opinion publique</i> 1986, Gallimard, p. 57-66.				*		*	OP EI	
- <i>Trente années de changement électoral</i> , Pouvoirs n° 49, <i>La Ve République, 30 ans</i> , 1989 p. 15-26.				*		*	EI	
<b>JANSSON (J.M)</b> - <i>Le régime semi-présidentiel finlandais : dispositions légales, pratique politique</i> , dans M. Duverger (Dir.) <i>Les régimes semi-présidentiels</i> , PUF, 1986, p. 103-111.		F						
- <i>Le régime parlementaire de la Finlande</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 623-629		F						
<b>JAUME (L)</b> - <i>Le débat révolutionnaire sur vertu et intérêts</i> , communication au colloque AFSP, 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, 2-4 mars 1989.	*		*					

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
					C			
- <i>Le poids et le sens des mots</i> , rapport au colloque Le discours de Bayeux : hier et aujourd'hui, AFC-ICG, Bayeux 15 juin 1990.	*					*		
<b>JEAMMAUD (A)</b> - <i>A propos d'un évènement dans la littérature juridique</i> , Travaux de l'U.E.R de Droit de Saint-Etienne, Publications de l'université de Saint-Etienne, vol. 2, 1978, p. 219-235;			*					
- <i>En torno al problema de la efectividad del derecho</i> , communication aux VIIèmes journées de l'Association latino-américaine de méthodologie du Droit, Mexico, nov. 1982;			*					
- Direction et rapport au Ve colloque du CERCRID, <i>La connaissance des contentieux</i> , Saint-Etienne, 1988;			*		*			
- <i>Epistémologie sommaire des activités prenant le droit pour objet</i> , CNRS, CERCRID, Saint-Etienne.			*					
- Direction et rapport au colloque <i>Les juridictions suprêmes</i> , CERCRID, Saint-Etienne, 18 mai 1990.			*		*			
- <i>La règle de droit comme modèle</i> , Dalloz, 1991.			*					
<b>JEANJEAN (J)</b> <i>Le droit de grâce</i> , Pouvoirs n° 41, 1987, p. 151-156.						*	PR	17
<b>JEANNEAU (B)</b> Participation au débat <i>Propositions institutionnelles pour l'alternance en France</i> , Pouvoirs n° 1, 1977, p. 117-142.				*		*		
<b>JOURNES (C)</b> - <i>Le droit, charpente de la comédie humaine</i> , RDP 1982, p. 1023-1042;			*					
- <i>Une histoire de droit</i> , Droits n° 10 <i>Définir le droit</i> , 1989933, p.39-42.			*					
<b>JULLIARD (J)</b> - Direction du débat <i>Sommes-nous entrain de changer de Constitution ?</i> , France-Culture, automne 1986;				*		*		
- <i>La tentation du Prince-Président</i> , Pouvoirs n° 41, Le Président, 1987, p. 27-36.				*		*	PR	
<b>JULLIARD (M)</b> <i>Le rôle du Conseil constitutionnel : un problème technique devenu un problème politique</i> , communication au colloque de la Fondation du futur, Ass. Nat. 16 oct. 1986, le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges ?, p. 33-36.					*	*		
<b>JULLIARD (P)</b> - <i>Difficultés du changement en matière constitutionnelle : l'aménagement de l'article 61 de la Constitution</i> , RDP 1974, p. 1703-1767.					*	*		61 89
- <i>Le mythe de la stabilité constitutionnelle aux Etats-Unis</i> , Pouvoirs n° 29, Les Etats-Unis, 1984, p. 5-20;		U						



	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
					C			
- <i>A propos d'un arrêt de la Cour Suprême : mort du veto législatif aux USA</i> , Pouvoirs n° 29, 1984, p. 75-88;		U			*			
- <i>L'avenir du collège électoral</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>La présidence en France et aux Etats-Unis</i> , Economica, 1986, p. 17-22.		U					EI	
<b>JULY (S)</b> <i>Sur l'impopolarité de F. Mitterrand</i> , dans SOFRES, <i>opinion publique 1986</i> , Gallimard 1986, p. 11-212.				*		*	OP	
<b>KALINOWSKI</b> <i>Indicatif et impératif juridique. Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la Loi</i> , A.P.D., Tome XIX, <i>Le Langage du droit</i> , Sirey, 1979, p. 63 à 74.			*					
<b>KASTARI (P)</b> <i>Le Chef de l'Etat dans les institutions finlandaises</i> , RDP 1967, p. 861-883.		F					PR	
<b>KEELER (J.T.S)</b> - <i>Le novembre noir du Gouvernement Reagan</i> , Pouvoirs n° 41, 1987, p. 173-184.		U					PR	68
- <i>En réponse aux analyses de F.L. Morton</i> , " Perspectives nord-américaines sur le Conseil constitutionnel", Pouvoirs n° 47, 1988, p. 145-149.				*	*	*		
<b>KELSEN (H)</b> <i>Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine</i> , The journal of politics, vol. 4, 1942, p. 183-200, reproduit dans RFDC 1, 1990, p. 17 à 30.		U A			*			
<b>KLEIN (C)</b> <i>Pourquoi on écrit une constitution</i> , rapport au colloque AFSP, 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, 2-4 mars 1989	*		*					
<b>KNAUB (G)</b> - <i>Le Conseil constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'Etat</i> , RDP 1983, p. 1149-1168;			*		*	*		
- <i>La régulation constitutionnelle des rapports entre les organes de l'Etat</i> , dans P. Koenig et W Rüdner (Dir.), <i>Le contrôle de constitutionnalité en France et en RFA</i> , Annales Universitatis Saraviensis, Carl Heymanns Verlag K.G. Köln, Berlin-Bonn-München, 1985, p. 71 à 90.		r f a	*		*	*		
<b>KORNPROBST (B)</b> <i>La compétence liée</i> , RDP 1961, p. 935-958.			*		*			
<b>LACHARRIERE (R. de)</b> - <i>Opinion dissidente</i> , Pouvoirs n° 13, Le Conseil constitutionnel, nouvelle édition 1986, p. 141-158			*		*	*		
- <i>Le Conseil constitutionnel n'est pas un juge</i> , communication au colloque de la Fondation du Futur, Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution ou gouvernement des juges ?, Paris, Ass. Nat., 16 oct. 1986, p. 31 à 32.			*		*	*		

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
					C			
<b>LACROIX (B)</b> <i>Les fonctions symboliques des constitutions : bilan et perspectives</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>Le constitutionnalisme aujourd'hui</i> , Economica, 1984, p. 186 à 199.			*					
<b>LAGROYE (J)</b> - <i>La légitimation</i> , dans M. Grawitz et J. Leca, <i>Traité de Science politique</i> , PUF, t. I, p. 395 à 467;			*					
- <i>La constitution politique de l'institution présidentielle (le conflit de l'automne 1962)</i> , rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, oct. 1988, table-ronde sur <i>La construction de l'institution présidentielle</i> .						*	PR	
<b>LAMPUE (P)</b> <i>Le mode d'élection du Président de la République et la procédure de l'article 11</i> , RDP 1962, p. 931-935.						*	PR El	6-7 11
<b>LANDAU (M)</b> <i>Les théories constitutionnelles et l'organisation des pouvoirs aux Etats-Unis</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) , <i>Le constitutionnalisme aujourd'hui</i> , Economica, 1984, p. 61 à 84.		U	*					
<b>LANGAVANT (E)</b> <i>Le contreseing des actes du Président de la République</i> , AJDA 1960, p. 50-56.						*		19
<b>LANZ (R)</b> <i>Deux têtes pour une couronne</i> , revue <i>Alternances</i> , n° 1, 1986, <i>La cohabitation</i> , , p. 46-49.				*		*		
<b>LAPORTE (J)</b> <i>L'écriture du Parlement. La procédure législative</i> , rapport au colloque AFC-AFSP, <i>L'écriture de la Constitution</i> , Aix-en-Provence, sept. 1988, 34 p.						*	Pt	
<b>LARCHE (J)</b> <i>Le Conseil constitutionnel, organe du pouvoir d'Etat</i> , AJDA 1972, p. 132-137.					*	*		
<b>LASCOMBE (M)</b> <i>Le Premier ministre, clef de voûte des institutions ? L'article 49.3 et les autres...</i> , RDP 1981, p. 105-161.						*	PM	
<b>LASCOUMES (P) et SERVERIN (E)</b> <i>Théories et pratiques de l'effectivité du droit</i> , <i>Revue Droit et société</i> , n° 2, 1986, p. 101 à 122.			*					
<b>LAUBADERE (A. De)</b> - <i>Des pleins pouvoirs " aux " demi décrets-lois"</i> , Dalloz, 1952, <i>Chr. IX</i> , p. 35-40;	*							38
- <i>L'article 13 (de la Constitution de 1946)</i> , <i>Etudes juridiques de l'association Cuhjas</i> , mars-avril 1954, p. 12-15;	*							38
- <i>Le renforcement du pouvoir politique et la formule du gouvernement présidentiel</i> , reproduit dans <i>Pages de doctrine</i> , t. I, LGDJ, 1980, p. 317-331;						*		
- <i>Les doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit</i> , reproduit dans <i>Pages de doctrine</i> , LGDJ, 1980, t.I, p. 10-28.			*					

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
					C			
<b>LAUVAUX (P) et ZILLZER (J)</b> <i>Trente cinq ans de parlementarisme rationalisé en RFA : un bilan</i> , RDP 1985, p. 1023-1069.	r	f	a					
<b>LAVROFF (D.G)</b> <i>La prééminence du Président de la République au sein du système politique français</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>La Présidence en France et aux Etats-Unis</i> , Economica, 1986, p. 321-332.						*	PR	
<b>LE BEGUEC (G)</b> <i>Les français et leurs constitutions</i> , Pouvoirs n° 50, 1789-1989, <i>histoire constitutionnelle</i> , p. 113 à 120.	*					*	OP	
<b>LE BOS-Le POURTHIET (A.M)</b> <i>Les emplois à la discrétion</i> , Pouvoirs n° 40, <i>Des fonctionnaires politisés</i> , 1987, p. 121-134.						*	FP PP	
<b>LEBRETON (G)</b> <i>Les alternances sous la Ve République</i> , RDP 1989, p. 1061-1094.				*		*		
<b>LEBRETON (J.P)</b> - <i>note sous Conseil constitutionnel 11 janvier 1977</i> , AJDA 1977, p. 258-261.					*	*		
- <i>Les particularités de la juridiction constitutionnelle</i> , RDP 1982, p. 419-485.					*	*		
<b>LEDRAPIER (P)</b> <i>F. Mitterrand, Shinx incompris ? Alternances n° 1</i> , 1986, p. 7-10.						*		
<b>LEHINGUE (P)</b> - <i>La codification du droit et devoir de parole présidentielle en France</i> , rapport au Congrès de Bordeaux, oct. 1988, 37 p.;						*	PR	
- <i>Usages et effets politiques de la codification : la réglementation des sondages d'opinion en France</i> , dans D. Lochak (Dir.) - CURAPP, <i>Les usages sociaux du Droit</i> , PUF, 1989, p. 44 à 67.						*	OP	
<b>LEISNER (W)</b> - <i>L'Etat de Droit, une contradiction ?</i> , Mél. C. Eisenmann, Cujas, Paris, 1977, p. 65-79;		e	d					
- <i>La conception du " politique " selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande.</i>	r	f	a			*		
<b>LE MONG NGUYEN</b> , <i>Contribution à la théorie de la Constitution souveraine par le peuple</i> , RDP 1971, p. 923-986.				*	S			
<b>LEPORS (A)</b> participation au débat <i>Sommes-nous entrain de changer de constitution ?</i> , dirigé par J. Julliard, France-culture, automne 1986				*		*		

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
					C			
<b>LE ROY LADURIE (E)</b> Le gaullisme dans l'histoire de France, rapport au colloque Le gaullisme aujourd'hui, Club Nouvelle frontière, Juliard, 1985, p. 21.	*					*		
<b>LEVINET (M)</b> <i>Les techniques de contrôle de la loi envisagées dans le débat constituant de 1793</i> , rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990.	*				*			
<b>LEVY (D)</b> - <i>De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction</i> , dans Mél. C. Eisenmann, Cujas, Paris, 1977, p. 65-79.			c					
- <i>Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel</i> , Mél. Waline, t.I, LGDJ, p. 39-46.			*					
			c					
<b>LOCHAK (D)</b> - <i>Le droit, discours de pouvoir</i> , Mél. Léo Hamon, Economica, 1982, p. 429-444;			*					
- <i>Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? Pouvoirs n° 13, Le Conseil constitutionnel</i> , nouvelle éd. 1986, p. 41-54;					*	*		
- <i>La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme</i> , dans D. Lochak (Dir.) - CURAPP, <i>Les usages sociaux du droit</i> , PUF, 1989, p. 252 à 285.	*		*					
<b>LONGUET (G)</b> <i>Témoignage d'un co-habitant, communication au colloque La cohabitation, an II</i> , Fondation du Futur, Paris, Ass. Nat. 26 mars 1987, p. 37 à 42.				*		*		
<b>LOUBET DEL BAYLE (J.L)</b> <i>De la science politique</i> , dans Annales de la faculté de Droit de Toulouse, tome 37, Université des sciences sociales de Toulouse, 1989, p. 95-121.			*					
<b>LUCHAIRE (F)</b> - <i>Participation au débat Propositions institutionnelles pour l'alternance en France</i> , Pouvoirs n° 1, L'alternance, 1977, p. 117-142;				*		*		
- <i>Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ?</i> RDP 1979, p. 27-52;					*	*		
- <i>La Constitution à l'épreuve du temps</i> , RPP sept. oct. 1980, p. 19-31;			*			*		
- <i>De la méthode en droit constitutionnel</i> , RDP 1981 p. 275-329;			*		*	*		
- <i>Le Conseil constitutionnel d'hier et d'aujourd'hui</i> , revue Après-demain, n° 271-272, fév.-mars 1985, p. 16-18;					*	*		

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
					C			
- <i>Le chef de l'Etat et la fonction juridictionnelle</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>La présidence en France et aux Etats-Unis</i> , Economica, 1986, p. 307 à 318.						*	PR	
- <i>Introduction au colloque Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat</i> , Paris 21-22 janv. 1988, LGDJ-Montchrestien 1988, p. 41-53.					*	*		
<b>LUCIANI (M) et PIZZORUSSO (A)</b> , <i>commentaires sur la jurisprudence constitutionnelle, AIJC, Chronique, Italie</i> , Vol III, IV, 1987, 1988 (éd. 1988, 1990).		I			*			
<b>LUHMANN (N)</b> <i>L'unité du système juridique</i> , dans A.P.D, t. XXXI, <i>Le système juridique</i> , Sirey, 1986, p. 163-188.			*					
<b>MABILEAU (A)</b> - <i>La personnalisation du pouvoir dans les gouvernements démocratiques</i> , RFSP, 1960, p. 39-65;			*					
- <i>Séparation des pouvoirs et rapports de légitimité</i> , dans J.L. Seurin, <i>Le constitutionnalisme aujourd'hui</i> , Economica, 1984, p. 108 à 116;			*					
- <i>Les avatars de la personnalisation du pouvoir. La France et l'exemple américain</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) , <i>La Présidence en France et aux Etats-Unis</i> , Economica, 1986, p. 185 à 197.			*					
<b>MAESTRE (J.C)</b> - <i>A propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles. L'utilité des Constitutions</i> , RDP 1973, p. 1275 et s.			c			*		
- <i>Les messages présidentiels en France</i> , RDP 1964, p. 392-438.						*	PR	18
<b>MANESSIS (A)</b> <i>Le renforcement de l'exécutif dans les systèmes constitutionnels contemporains</i> , communication au IIème Congrès mondial de l'Association internationale de Droit constitutionnel, Paris-Aix-en-Provence, 31 août-5 sept. 1987.		*				*		
<b>MARSHALL (T)</b> <i>Préface à R.V. Denenberg, Introduction au système politique des Etats-Unis</i> , Economica, 1979.		U						
<b>MARTIN (J.L)</b> <i>Esprit es-tu là ?</i> , Alternances, n° 1, 1986, La cohabitation, p. 41-44;				*		*		
<b>MARX (F.G)</b> <i>La Grande-Bretagne vit-elle sous un régime parlementaire ?</i> , RDP 1969, p. 5-47.		g						
		b						
<b>MASCLET (P)</b> <i>La fonction parlementaire sous laVe République</i> , R.A. 12985 n° 226, p. 327-330;						*	Pt	
<b>MASSON (G)</b> Participation au débat <i>Propositions institutionnelles pour l'alternance en France</i> , Pouvoirs n° 1, 1977, p. 117-142.				*		*		

	H	E	T	C	C	V	su.	art.
					C			
<b>MASSOT (J)</b> - " <i>Direction du gouvernement</i> " et " <i>conduite de la politique de la nation</i> ", R.A., 1980, n° 194, p. 125-130;						*	PM	20 21
- <i>Les rapports du Président de la République et du Premier ministre de 1958 à 1982</i> , dans M. Duverger (Dir.) <i>Les régimes semi-présidentiels</i> , PUF, 1986, p. 283-312;						*	PR PM	
- <i>La pratique présidentielle sous la Ve République</i> , Doc. Fr. , Regards sur l'actualité, n° 139, mars 1988, p. 27-37.						*		
<b>MASTIAS</b> <i>Histoire des tentations du Sénat sous la Ve République</i> , Pouvoirs n° 44, 1988, p. 15-34.						*	S	
<b>MATHIEU (B)</b> <i>Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil constitutionnel dans l'édiction des ordonnances de l'article 38</i> , RFDA 1987, p. 700 et s.				*	*	*		13 38
<b>MATHIOT (A)</b> - <i>La Ve République en 1968</i> , Annuaire de législation française et étrangère, tome XVII, 1968, p. 125-153, reproduit dans A. de Laubadère et alii, <i>Pages de doctrine</i> , LGDJ 1980;						*		
- <i>Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français, (1870 à 1940)</i> , dans <i>Un siècle de droit comparé en France</i> , livre du centenaire de la société de législation comparée, 1969, p. 165-182, reproduit dans <i>Pages de doctrine</i> , préc.;	*	*	*					
- <i>Agonie de quelques vieux principes</i> , reproduit dans <i>Pages de doctrine</i> , préc., t.I, p. 81-92;			*					
- <i>La continuité de la fonction présidentielle aux Etats-Unis</i> , Mél. Trotabas, LGDJ 1970, p. 253-273;		U					PR	
- <i>L'alternance au pouvoir aux Etats-Unis</i> , Pouvoirs n° 1, 1977, <i>L'alternance</i> , p. 91-96;		U		*				
- <i>La Cour Suprême de Warren à Burger (1953-1983)</i> , Pouvoirs n° 29, <i>Les Etats-Unis</i> , 1984, p. 59-74.		U			*			
<b>MAUS (D)</b> - <i>La Constitution jugée par sa pratique : réflexions pour un bilan</i> , dans O. Duhamel et J.L. Parodi, <i>La Constitution de la Ve République</i> , presses de la FNSP, 1ère éd. 1985, 2è éd. 1988 p. 295-329, reproduit dans D. Maus, <i>Etudes sur la Constitution de la Ve République</i> , STH, 1990, p. 167-195.						*		
- <i>Le Parlement français, de l'alternance à la cohabitation</i> , Maison française d'Oxford, , 16-17 oct. 1987, reproduit <i>ibidem</i> ;				*		*	Pt	
- <i>L'institution présidentielle dans l'écriture de la Constitution de 1958</i> , rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, 5-8 oct. 1988 ( <i>ibidem</i> );						*	PR	

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
					C			
- <i>Le Sénat, l'Assemblée nationale et le Gouvernement</i> , Pouvoirs n° 44, <i>Le Sénat</i> , 1988, p. 119-130.						*	Pt G	
- <i>L'avenir du Référendum</i> , rapport à la journée d'étude du Centre de recherche en Droit constitutionnel de l'Université Paris I, 21 avril 1989;						*		11
- <i>L'idée de Constitution sous la Ve République</i> , rapport au colloque RFSP 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, 2-4 mars 1989 (reproduit dans D. Maus, <i>Etudes sur la Constitution de la Ve République</i> , préc.);			*			*		
- <i>La pratique constitutionnelle française</i> , Chronique RFDC.						*		
MAYEUR (J.M) <i>Le gaullisme et les familles spirituelles de la France</i> , rapport au colloque <i>Le gaullisme aujourd'hui</i> , Club Nouvelle frontière, Fayard, 1985, p. 38 et s.						*		
MAZERES (J.A) <i>Réflexions sur la génération du droit administratif</i> , dans Mél. Cluzeau, Presses de l'IEP de Toulouse, 1985, p. 439-464.			*					
MEMMI (D) " <i>Demande de droit " ou " vide juridique " ? Les juristes aux prises avec la construction de leur propre légitimité</i> , dans D. Lochak (Dir.) - CURAPP, <i>Les usages sociaux du droit</i> , PUF, 1989, p. 13-31.			*					
MENY (Y) - <i>A la jonction du politique et de l'administratif : les hauts fonctionnaires</i> , Pouvoirs n° 40, <i>Des fonctionnaires politisés ?</i> , 1987, p. 5-24.						*		
- <i>Les conventions de la Constitution</i> , Pouvoirs n° 50, 1789-1989, <i>histoire constitutionnelle</i> , 1989, p. 53-68.			*					
MESNARD (A.H) <i>Ordonnances, lois d'orientation ou lois-cadres ?</i> , RDP 1982, p. 1073-1080.							*	38
MESSMER (P) - Intervention au colloque <i>Les régimes semi-présidentiels</i> , M. Duverger (Dir.) , PUF, 1986, p. 88-90;						*		
- <i>Les affaires de défense</i> , communication au colloque <i>Les rapports Président de la République - Premier ministre, sous la Ve République, 1959-1969</i> , AFSP-Institut Charles de Gaulle, Paris, 17-18 nov. 1988.						*	DD PR PM	
MAILLE (M) - <i>Les critiques des opposants</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L. Parodi (Dir.) <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 63-74;						*	PP	

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
- <i>Le retour de l'Etat de Droit. Le débat en France</i> , dans D. Colas (Dir.) <i>L'Etat de droit</i> , travaux de la mission pour la modernisation de l'Etat, PUF, coll. Questions, 1987, p. 215 et s.			e					
<b>MICHAUT (F)</b> - <i>La bonne réponse n'est-elle qu'une illusion ?</i> Droits, n° 9, 1989, p. 69 et s.;			*		*			
- <i>L'inscription de la décision juridique dans un système juridique. Réflexions sur l'évolution de la doctrine américaine contemporaine</i> , RDP 1989, p. 1009 à 1059.			*		*			
<b>MICHEL (Y)</b> <i>Les initiatives parlementaires</i> , Pouvoirs n° 34, L'Assemblée, 1985, p. 89-98.						*	Pt	
<b>MILLON (C)</b> <i>La cohabitation</i> , rapport aux IVèmes entretiens juridiques de la Faculté de Droit de Lyon, Université Jean Moulin - Lyon III, publication 1987.				*		*		
<b>MIRANDA (J)</b> - <i>Le régime semi-présidentiel portugais</i> , dans M. Duverger, Les régimes semi-présidentiels, PUF, 1986, p. 133-153.		P		*				
- <i>Portugal, Chronique AIJC</i> vol I à IV, 1985 à 1988 (éd. 1987 à 1990).		P			*			
<b>MIRCEA DJUVARA (M)</b> - <i>Quelques considérations sur la nature des sources et sur la formation du droit positif</i> , Mél. Capitant, Dalloz, 1939, p. 219-234.			*					
- <i>Le chef du Gouvernement au Portugal</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 153-168		P					PM	
<b>MITTERRAND (F)</b> - <i>Faut-il un président aux Français ?</i> , entretien avec M. Duverger, repordu dans mél. M. Duverger, PUF, 1987, p. 169-176;						*	PR	
- <i>Sur les institutions</i> , entretien avec O. Duhamel, Pouvoirs n° n° 45, 1988, p. 131-139;				*		*		
- <i>Lettre à tous les Français</i> , 1988, 54 p.						*		
<b>MODERNE (F)</b> <i>Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'Etat</i> , rapport au colloque <i>Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat</i> , Paris 21-22 janv. 1988, LGDJ-Montchrestien 1988, p. 313-380.					*	*		
<b>MONCLAIRE (S)</b> <i>Le protocole et ses usages</i> , rapport au Congrès de l'AFSP, table-ronde sur la construction de l'institution présidentielle, Bordeaux, oct. 1988,						*	PR	
<b>Le MONDE</b> , Dossiers et documents sur Les élections législatives de 1986, et les élections présidentielles de 1988				*		*	El	



	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
					C			
<b>MONGIN (O) et POUTHIER (J.L)</b> <i>Libéralisme-socialisme : une confrontation manquée</i> , revue L'Esprit, mars-avril 1988, n° 136-137, p. 83-93.				*			OP PP	
<b>MONIN (M)</b> 1989 : <i>réflexions à l'occasion d'un anniversaire : trente ans de hiérarchie des normes</i> , D. 1990, Chr. VI, p. 27 à 32.					*	*		
<b>MORANGE (G)</b> <i>Situation et rapports des pouvoirs publics en cas de dissolution</i> , RDP 1978, p. 621-643.						*		12
<b>MOREAU (A)</b> <i>La haute trahison du Président de la République sous la Ve République</i> , RDP 1987, p. 1541-1602.				*		*	PR	68
<b>MORELOU (J.P)</b> <i>René Capitant : souveraineté populaire et alternance dans la Ve République</i> , Pouvoirs n° 1, L'alternance, 1977, p. 143-146.			S	*		*		
<b>MORIN (M)</b> <i>La présence du Gouvernement dans les assemblées parlementaires sous la Ve République</i> , RDP 1986, p. 1355-1394.						*	Pt G	
<b>MORTON (F.L)</b> <i>Point de vue d'outre-Atlantique sur le Conseil constitutionnel</i> , Pouvoirs n° 46, 1988, p. 127-145.				*	*	*		
<b>NIMMO (D)</b> <i>La dégradation du pouvoir présidentiel par les médias</i> , J.L. Seurin (Dir.) , La présidence en France et aux Etats-Unis, Economica, 1986, p. 171-184.						*	PR OP	
<b>NINO (C.S)</b> <i>The existence of a Judicial power</i> , rapport au colloque de l'AFSP, 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, 2-4 mars 1989.	*	U	*					
<b>NOIR (M)</b> <i>Le nouveau mode d'élection des députés à l'Assemblée nationale</i> , communication aux IIIèmes entretiens juridiques de la Faculté de Droit de Lyon, Université Jean Moulin, Lyon III, 1985, éd. 1986, p.227 et s.				*		*	EI AN	
<b>NUNES DE ALMEIDA</b> <i>Les juges constitutionnels, Portugal</i> , rapport à la Ve Table-ronde internationale, Aix-en-Provence, AAIJC 1988 (éd. 1990), p. 209-213.		P				*		
<b>OBERDORFF (H)</b> - <i>A propos de l'actualité juridique de la déclaration de 1789</i> , RDP 1989, p. 665-684.	*					*		
- Rapport au VIème colloque du CERCRID, <i>Les juridictions suprêmes</i> , Saint-Etienne, 18 mai 1990.			*		*	*		
<b>OHLINGER (T)</b> - <i>Autriche, Chronique AIJC I</i> 1985, éd. 1987, p. 299-306.		A				*		
- <i>Les juges constitutionnels, Autriche</i> , rapport à la Ve Table-ronde internationale Aix-en-Provence, AIJC 1988 (éd. 1990), p. 91-100		A				*		

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
					C			
<b>OPPETIT (B)</b> - <i>Sur la coutume en droit privé</i> , revue Droits, n° 3, <i>La coutume</i> , 1986, p. 39-50;			c					
- <i>L'hypothèse du déclin du droit</i> , revue Droits, n° 4, <i>Crises dans le Droit</i> , 1987, p. 9 à 20.			*					
<b>ORTOLI (F.X)</b> Les rapports entre le Président de la République et le Premier ministre, avril 1962-fév. 1966, rapport au colloque AFSP-ICD, Les rapports Président de la République-Premier ministre, Paris 17-18 nov. 1988.						*	PR PM	
<b>OST (F)</b> <i>Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit</i> , APD, t. XXXI, Sirey, 1986, p. 133 à 162.			*					
<b>PARODI (J.L)</b> - <i>Les électors gaullistes</i> , rapport au colloque <i>Le gaullisme aujourd'hui</i> , Club Nouvelle frontière, Fayard, 1975, p. 49 à 57;						*		
- <i>Les Parlements aujourd'hui : mythes et réalités</i> , dans cahier de la Doc. Fr. , Les parlements aujourd'hui, n° 174, 1976, p. 2-6;		*				*	Pt	
- <i>Se soumettre, se démettre, ou quoi ?</i> , <i>Les données générales du problème au-delà du gallo-centrisme</i> . France-Forum, n° 155-156, avril-mai 1977, p. 2-4;				*		*		
- <i>Le cas français : les données d'un conflit éventuel entre le Président de la République et la majorité parlementaire issue des nouvelles élections législatives</i> , <i>ibidem</i> , p. 23-34;				*		*		
- <i>Lectures de la Constitution</i> , revue <i>Projet</i> , sept.-oct. 1977, p. 953-961;			*	*		*		
- <i>Sur quelques enseignements institutionnels de l'alternance à la française</i> , RPP janv.-fév. 1981, p. 42-49;						*		
- <i>Les carrefours de la cohabitation</i> , RPP sept.-oct. 1985, p. 19-26;				*		*		
- <i>Imprévisible ou inéluctable, l'évolution de la Ve République ? Eléments constitutifs et combinatoires institutionnelles</i> , rapport au colloque AFSP, Paris 8-9 mars 1984, O. Duhamel et J.L. Parodi, <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 1ère éd. 1985, 2è éd. 1988, p. 24-43.			*			*		
- <i>Petit mode d'emploi pour sondomane amateur</i> , <i>Pouvoirs</i> n° 33, Les sondages, 1985, p. 33-38;						*	OP	
- <i>Jacques Chirac devant l'opinion (1970-1985)</i> , <i>Pouvoirs</i> n° 34, 1985, p. 157-165;						*	OP	

- <i>L'alternance en question , ou les trois paradoxes de la Ve République</i> , Alternances, n° 1, 1986, <i>La cohabitation</i> ;			*	*		
- <i>Profil de l'année politique, sept. 1985-août 1986</i> , Pouvoirs n° 39, 1986, p. 147-158			*	*	OP EI	
- <i>La Ve République à l'épreuve de la proportionnelle</i> , essai de prospective institutionnelle, dans M. Duverger (Dir.) <i>Les régimes semi-présidentiels</i> , PUF 1986, p. 155-180.				*	EI	
- <i>La France de la cohabitation, Profil de l'année politique, 1986-1987</i> , Pouvoirs n° 44, 1988, p. 167 à 178.			*	*	OP EI	
- <i>Chronique de l'opinion publique : de la cohabitation à l' " entrouverture " . Profil de l'année politique</i> , Pouvoirs n° 48, 1989, p. 165-176			*	*	OP	
- <i>Le référendum dans l'opinion publique</i> , , Pouvoirs n° 49, <i>La Ve République, 30 ans</i> , 1989, p. 161-168.				*	OP	11
<b>PARODI (J.L) et PLATONE (F)</b> <i>L'adoption par les gouvernés</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L. Parodi (Dir.) <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 180-212.				*	OP	
<b>PASQUINO (P)</b> <i>Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle ? Carl Schmitt et Hans Kelsen</i> , communication au colloque AFSP, 1789 et l'invention de la CONstitution, Paris, 2-4 mars 1989.			*	*		
<b>PASSELECQ (O)</b> <i>L'idée de droit chez Georges Burdeau</i> , rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990.			*			
<b>PASSERIN D'ENTREVES (A)</b> <i>Légalité et légitimité</i> , Annales de l'institut international de philosophie politique, n° 7, l'idée de légitimité, PUF, 1967, p. 29 à 41.			*			
<b>PASSERON (A)</b> <i>Comment ils ont placé leurs amis</i> , Pouvoirs n° 40, <i>Des fonctionnaires politisés ?</i> , 1987, p. 25-30.				*	FP PP	
<b>PATTARO (E)</b> <i>Vers une définition de la science juridique</i> , dans <i>Revue de synthèse, philosophie et épistémologie juridique</i> , n° 118-119, A. Michel, Avril-sept. 1985, p. 245-267.			*			
<b>PAULSON (S)</b> <i>La Constitution, fondement de validité de l'ordre juridique</i> , rapport au colloque AFSP, 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, 2-4 mars 1989.			*			
<b>PAYRE</b> <i>Pouvoirs discrétionnaires et compétences liées du Président de la République</i> , RDP 1981, p. 1613-1644.				*	PR	
<b>PECES-BARBA MARTINEZ (G)</b> <i>Une définition normative du droit</i> , Droits n° 11 <i>Définir le droit / 2</i> , 1990, p. 51-54.			*			
<b>PELLETIER (W)</b> <i>La construction d'une crise présidentielle, le 16 mai 1877</i> , rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, oct. 1988.	*		*			

	H	E	T	C	C	V	suj.	art.
					C			
<b>PELLOUX (R)</b> - <i>Remarques sur le mot et la notion d'exécutif</i> , Mél. Roubier, Dalloz, 1961, p. 369-378.			*					
- <i>Tradition et invention dans l'enseignement du droit constitutionnel</i> , Mél. Trotabs, LGDJ 1970, p. 393 à 399.			d					
<b>PETER (B)</b> <i>Analyse statistique de la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel de Karlsruhe</i> , de 1980 à 1985, Regensburg, 1986.	r	f	a		*			
<b>PETOT (J)</b> - <i>La Ve République et la continuité du pouvoir sous de Gaulle et Pompidou (1958-1974)</i> , RDP 1974, p. 1649-1701;						*		
- <i>La notion de régime mixte</i> , dans Mél. Eisenmann, CUJAS, 1977, p. 99-124;			*					
- <i>Les débuts de la Ve bis</i> , RDP 1982, p. 1503-1541;						*		
- <i>Faut-il réviser la Constitution de 1958 ?</i> , RDP 1985, p. 1441-1511.						*		89
<b>PEYREFITTE (A)</b> <i>Les leçons juridiques et politiques de la cohabitation</i> , communication au colloque La cohabitation, an II, Fondation du Futur, Paris, Ass. Nat., 26 mars 1987, p. 27 à 32.				*		*		
<b>PEZANT (J.L)</b> - <i>Loi/règlement. La construction d'un nouvel équilibre</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L Parodi (Dir.) <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP 2è éd. 1988 p. 3422-374;						*		34 37
- <i>Les articles 34-37 et 38</i> , rapport au colloque AFC-AFSP sur L'écriture de la Constitution, Aix-en-Provence, sept. 1988, 50 p.						*		34 37 38
<b>PHILIP (L)</b> - <i>L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel</i> , AJDA, 1975, p. 15-18;					*	*		61
- <i>Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel</i> , RDP 1983, p. 401-418;					*	*		
- <i>Des intentions des constituants de 1946 à la pratique constitutionnelle de la Ve République ou de la continuité en droit public français</i> . RDP 1984, p. 1245-1254.	*					*		
- <i>Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L Parodi, <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP 2è éd. 1988 p. 408-421;					*	*		61
- <i>Le Conseil constitutionnel</i> , rapport au colloque AFC-AFSP sur L'écriture de la Constitution, Aix-en-Provence sept. 1988., 14 p.					*	*		

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
					C			
<b>PHILIP (L) et RENOUX (T)</b> <i>La jurisprudence du Conseil constitutionnel</i> , Chronique RFDC.					*	*		
<b>PIERCE (R)</b> <i>Les relations entre l'exécutif et le législatif et la recherche du " raisonnable "</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) , <i>Le constitutionnalisme aujourd'hui</i> , Economica, 1984, p. 117 à 129.						*		
<b>PIERRE (M)</b> <i>Note sur la rationalisation de la navette parlementaire et l'équilibre des pouvoirs constitutionnels</i> , RDP 1982, p. 1675-1679.						*	Pt	
<b>PIERRET (C)</b> <i>Quel consensus pour un régime présidentiel ?</i> , RPP sept-oct. 1985, p. 5-14.						*		89
<b>PINTO (R)</b> <i>Les pouvoirs du Président de la République dans le domaine de la politique extérieure et de la défense nationale (1958-1985)</i> , revue <i>Après-demain</i> , n° 271-272, fév.-mars 1985, p. 6-8.				*		*	PR DD	
<b>PISIER (E)</b> - <i>Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes...</i> Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 189-201			*		*			
<b>PISIER (E) et BOURETZ (P)</b> <i>Le retour des sages</i> , revue <i>Esprit</i> , n° 136-137, mars-avril 1988, p. 155-164.			*					
<b>PLOUVIN (J.Y)</b> - <i>Le droit présidentiel de demander une nouvelle délibération de la loi</i> , RDP 1980, p. 1563-1592.						*	PR	10
- <i>Le Conseil des ministres, une institution seconde</i> , R.A. 1980, n° 197, po. 485-492.						*	cdm	
<b>POIRMEUR (Y) et ROSENBERG (D)</b> <i>La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français</i> , dans Lochak (Dir.) - CURAPP, <i>Les usages sociaux du droit</i> , PUF 1989, p. 230 à 251.			*					
<b>POLIN (R)</b> <i>Analyse philosophique de l'idée de légitimité</i> , annales de l'institut international de philosophie politique, , n° 7 , <i>L'idée de légitimité</i> , PUF, 1967, p. 17 à 28.			*					
<b>PORTELLI (H)</b> - <i>L'intégration du Parti socialiste à la Cinquième République</i> , rapport au colloque AFSP, Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L. Parodi, <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP 2è éd. 1988, p. 230-241;						*	PP	
- <i>Les conquêtes tranquilles du Premier ministre</i> , <i>Projet</i> , nov.-déc. 1986, p. 49-59;				*		*	PM	
- <i>Cohabitation et représentation proportionnelle</i> , <i>Doc. Fr.</i> , regards sur l'actualité, n° 139, mars 1988, p. 39-44;				*		*	EI	
- <i>Avril-mai 1988 : les leçons de l'élection présidentielle</i> , <i>Doc. Fr.</i> , regards sur l'actualité, n°142, juin 1988, p. 3-17.				*		*	EI	

	H	E	T	C	C	V	su.	art.
					C			
- <i>Les partis et les institutions</i> , Pouvoirs n° 49, <i>La Ve République, 30 ans</i> , 1989, p. 57-68.						*	PP	
<b>POULLAIN (B)</b> <i>Remarques sur le modèle français de contrôle de constitutionnalité des lois</i> , Pouvoirs n° 13, <i>Le Conseil constitutionnel</i> , nouvelle éd. 1986, p. 179-194;					*	*		
<b>PRETOT (X)</b> <i>Le pouvoir de faire grâce</i> , RDP 1983, p. 1525-1569.						*	PR	17
<b>PREVOST (J.F)</b> <i>Le droit référendaire et l'ordonnancement juridique de la Constitution de 1958</i> , RDP 1977, p. 5-54.						*		11
<b>QUERMONNE (J.L)</b> - <i>Un gouvernement présidentiel ou un gouvernement partisan ?</i> Pouvoirs n° 20, 1981 : la Gauche au pouvoir, , 1982, p. 67-87;						*	G PR PP	
- <i>Bilan juridique, introduction, rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984</i> , dans O. Duhamel et J.L Parodi (Dir.) <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 283-294;						*		
- <i>Le référendum, essai de typologie prospective</i> , RDP 1985, p. 577-589;						*		11
- <i>Les ressources et les soutiens du pouvoir d'Etat exercé par le Président de la Ve République</i> , dans <i>La Présidence en France et aux Etats-Unis</i> , J.L. Seurin (Dir.) <i>Economica</i> 1986, p. 359-372.						*	PR	
- <i>La Ve République et le système des partis</i> , Pouvoirs n° 41, <i>Le Président</i> , 1987, p. 93-114;						*	PP	
- <i>La légitimité respective du Président et du Gouvernement en période de cohabitation</i> , Doc. Fr. <i>Regards sur l'actualité</i> , , juin 1987, n° 132			*	*		*		
- <i>Existe-t-il des solutions de rechange à l'alternance ?</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 379-391.				*		*		
- <i>Les décisions du Conseil constitutionnel, les arrêts et avis du Conseil d'Etat : enjeu politique</i> , rapport au colloque <i>Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat</i> , Paris 21-22 janv. 1988, LGDJ-Montchrestien 1988, p. 397-419.					*	*		
- <i>Georges Burdeau et le pouvoir d'Etat</i> , rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990.			E					
<b>QUEYRANNE (J.J)</b> <i>La cohabitation</i> , rapport aux IVèmes entretiens juridiques de la Faculté de Droit de Lyon, , Université Jean Moulin Lyon III, 1986, éd. 1987., p. 175 et s.				*		*		

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
					C			
<b>RACINE (P)</b> <i>Rapports du général de Gaulle et du Premier ministre, 1958-1962</i> , Colloque AFC-Institut Charles de Gaulle sur les rapports entre Président de la République et Premier ministre, Paris 17-18 nov. 1988.						*	PR PM	
<b>RANGEON (F)</b> <i>Réflexions sur l'effectivité du droit</i> , dans D. Lochak (Dir.) -CURAPP, <i>Les usages sociaux du droit</i> , PUF, 1989, p. 126 à 149.			*					
<b>REMOND (R)</b> - <i>Les rapports entre les exécutifs et les parlements. Les précédents dans l'histoire politique française</i> . France-Forum n° 155-156, avril-mai 1977, p. 18-22.	*			*				
- <i>La création du système, introduction</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, O. Duhamel et J.L. Parodi, <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 47-54;						*		
- <i>Sur une idée fautive : la gauche écartée du pouvoir</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 393-404;	*					*	PP	
- <i>La gestion des constitutions</i> , , Pouvoirs n° 50, 1789-1989, histoire constitutionnelle, 1989, p. 43-51.	*					*		
<b>REMY (D)</b> - <i>Eléments pour une physionomie des candidats profanes à la présidence de la République</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 203-216;						*	El PR	
- <i>L'écriture du statut du parlementaire</i> , rapport au colloque AFC-AFSP L'écriture de la Constitution, 56 p.						*	Pt	
<b>RENOUX (T)</b> <i>Les moyens d'action de l'Assemblée nationale</i> , Pouvoirs n° 33, L'Assemblée, 1985, p. 67-88.						*	AN	
<b>RENOUX (T) et ROUX (A)</b> <i>L'enseignement du droit constitutionnel</i> , Communication au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990.			*		*			
<b>RIALS (S)</b> - <i>Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle</i> , R.. 1979, n° 189, p; 265-273;								
- <i>L'avenir du référendum en France</i> , R.A. 1979, n° 1922, p. 647-658;						*		11
- <i>Supraconstitutionnalité et systématique du droit</i> , , APD, t. XXXI, Le système juridique, p. 57-76;			*		*			
- <i>Les incertitudes de la notion de constitution sous la Ve République</i> , RDP 1984, p. 587-606;			*		*	*		
- <i>Régime " congressionnel " ou régime " présidentiel " ? Les leçons de l'histoire américaine</i> . Pouvoirs n° 29, Les Etats-Unis, 1984, p. 35-48;		U					PR Pt	

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
					C			
- <i>Crises dans le droit : quelles crises, quel droit</i> , Droits n° 4, Crises dans le droit, 1986, p. 3-7;			*					
- <i>Charles Eisenmann, historien des idées politiques ou théoricien de l'Etat ?</i> , dans P. Amssele (Dir.) <i>La pensée de Charles Eisenmann</i> , Economica-PUAM, , 1986, p. 103-132.			*					
- <i>La coutume, Ouverture : de la régularité à la règle</i> , Droits n° 3 <i>La Coutume</i> , 1986, p. 3-10.			c					
- <i>Une doctrine constitutionnelle française ?</i> , Pouvoirs n° 50, 1789-1989, Histoire constitutionnelle, 1989, p. 81-95;	*		*					
- <i>Souveraineté et représentation, rapport à la journée d'étude de l'AFC La continuité constitutionnelle en France</i> , Paris 16-17 mars 1989, Economic-PUAM 1990, p. 49-69;	*		S					
			R					
- <i>Définir le Droit, ouverture</i> . Droits n° 10, 1989, p. 5-6; et n° 11, 1990, p. 3-4			*					
<b>RICCI (J.C)</b> <i>La théorie thomiste du régime mixte</i> , RDP 1974, p. 1559-1609.			*					
<b>RIDEAU (B)</b> <i>Présidentialisme et sondocratie, le modèle Giscard</i> , Pouvoirs n° 33, Les sondages, 1985, p. 79-88.						*	OP	
<b>RIKER (W.H)</b> - <i>Le bipartisme et la loi de Duverger. Un essai sur l'histoire de la science politique</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 405-423.						*	PP	
<b>RIVERO (J)</b> - <i>Apologie des faiseurs de systèmes</i> , D. 1951, Chr. XXIII, p. 99-102;			*		*			
- <i>Regards sur les institutions de la Ve République</i> . D. 1958, I, 264;						*		
- <i>Sanction juridictionnelle et règle de droit</i> , Mél. Julliot de la Morandière, Dalloz 1964, p. 457-469;			*		*			
- <i>La protection des libertés contre la loi</i> , AJDA 1971 p. 537-542;					*	*		
- <i>Le Conseil constitutionnel : des juges qui ne veulent pas gouverner</i> , AJDA 1975 p. 134-138, note sous C.C. 15 juillet 1975;					*	*		
- <i>La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe</i> . Rapport de synthèse, RIDC, 2, 1981, p. 659-681.		*			*	*		
- <i>Fin d'un absolutisme</i> , Pouvoirs n° 13, <i>Le Conseil constitutionnel</i> , nouvelle édition 1986, p. 5-16.					*	*		



	H	E	T	C	C	V	suj.	art.
- <i>Les libertés</i> , rapport aux journées d'étude de l'AFC, <i>La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989</i> , Paris 16-17 mars 1989, Economica-PUAM 1990, p. 153-160.	*							
<b>ROBERT (J)</b> - <i>Le rôle du Président</i> , <i>Après-demain</i> n° 271-272, fév.-mars 1985, p. 9-12				*	*		PR	
- <i>De la cohabitation</i> , D. 1986, Chr., p. 179 et s.				*	*			
- <i>Le Président de la République en France, ni parlementaire, ni présidentiel ?</i> Dans J.L. Seurin (Dir.) , <i>La Présidence en France et aux Etats-Unis</i> , Economica 1986, p. 333 à 336.					*		PR	
- <i>Interview sur la cohabitation</i> , revue <i>Alternances</i> , n° 1, 1986, p. 67-70.				*	*			
- <i>Le vote des Français. Chronique d'un printemps électoral (124 avril-12 mai 1988)</i> , RDP 1988, p. 955-990;				*	*		EI	
- <i>Le Conseil constitutionnel en son temps</i> , RDP 1989, p. 5-9.					*	*		
- <i>Le Conseil constitutionnel</i> , rapport au VI <sup>e</sup> colloque du CERCRIID, Les juridictions suprêmes, Saint-Etienne, 18 mai 1990.					*	*		
<b>ROMI (R)</b> <i>Le Président de la République, interprète de la Constitution</i> , RDP 1987, p. 1265 et s.				*	*		PR	5
<b>ROSE (R)</b> <i>Présidents et Premiers ministres : éléments de comparaison</i> , <i>Pouvoirs</i> n° 41, <i>Le Président</i> , 1987, p. 5-26.					*		PR PM	
<b>ROSENBERG (D)</b> <i>Les anciens présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel</i> , RDP 1985, p. 1263 à 1317.					*	*	PR	56
<b>ROSSETTO</b> <i>L'introuvable faute des gouvernants</i> , <i>Droits</i> , n° 5, 1987, p. 107 à 116.			*					
<b>ROSSY (G)</b> <i>Le système italien entre vitalité, crise et tentative de réforme</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 689-700.	I							
<b>ROUGEAUX (J.P)</b> <i>La Haute Cour de justice sous la Ve République</i> , RDP 1978, p. 1019-1053.					*			67 68
<b>ROUSSEAU (D)</b> - <i>De l'Etat de droit à l'Etat politique ?</i> Dans D. Colas (Dir.) <i>L'Etat de droit, travaux de la mission sur la modernisation de l'Etat</i> , PUF, coll. questions, 1987, p. 171 et s.			e d					
- <i>Conjonctures, constitution et image présidentielle de François Mitterrand</i> , rapport au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, 5-8 octobre 1988;				*	*		OP	

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
					C			
- <i>Remarques sur l'activité récente du Conseil constitutionnel : une triple continuité</i> , RDP 1989, p. 51-60;					*	*		
- <i>Une résurrection : la notion de Constitution</i> , RDP 1990, p. 5-22;			*		*	*		
- <i>Simple exercice d'assouplissement intellectuel avant tout effort pour repenser les rapports entre le droit constitutionnel et la science politique</i> , Rapport au Congrès de l'AFC, strasbourg, sept. 1990.			*					
<b>ROY (M.P)</b> <i>L'application de l'article 89 de la Constitution</i> , RDP 1980, p. 687 à 7422.						*		89
<b>RUDELLE (O)</b> - <i>Le Général de Gaulle et l'élection du Président de la République, étapes d'un processus stratégique</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L. Parodi (Dir.), <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 101-125.						*	PR El	6-7
- <i>Le rôle du général de Gaulle et de Michel Debré</i> , rapport au colloque AFC-AFSP, <i>L'écriture de la Constitution</i> , Aix-en-Provence, sept. 1988.						*		
- <i>La tradition républicaine</i> , Pouvoirs n° 42, <i>La tradition politique</i> , 1987 p. 31-42.			*					
- <i>L'accueil</i> , rapport au colloque <i>Le discours de Bayeux : hier et aujourd'hui</i> , AFC-ICG, Bayeux, 15 juin 1990.	*					*		
<b>SAJA (F)</b> <i>La justice constitutionnelle en 1987</i> , Italie, Chronique AIJC vol. III, 1987 (éd. 1989).		I			*			
<b>SALGADO DE MATOS (L)</b> <i>L'expérience portugaise</i> , dans M. Duverger (Dir.) <i>Les régimes semi-présidentiels</i> , PUF, 1986, p. 55-83.		P		*				
<b>SAUVIGNON (E)</b> <i>La promulgation des lois : réflexions sur la jurisprudence Desreumeaux</i> , RDP 1981, p. 989-1015.					*	*	PR	10
<b>SAVES (C)</b> <i>Le dualisme de l'exécutif sous la Ve République</i> , R.A., 1984, n° 222.						*	PR PM	
<b>SAVIGNAC (E)</b> <i>L'écriture de l'exécutif. Les fonctions du Président de la République</i> , rapport au colloque AFC-AFSP <i>L'écriture de la Constitution</i> , Aix-en-Provence, sept. 1988.						*	PR	
<b>SCHULZE (H)</b> <i>La position du Président du Reich dans l'Allemagne de Weimar</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 437-443.	*	W					PR	

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
					C			
<b>SERVERIN (E)</b> - Coutume et jurisprudence dans les théories du droit privé reçues en France (XIX <sup>e</sup> siècle et début du XX <sup>e</sup> siècle), dans C. Journès (Dir.) <i>La coutume et la loi, études d'un conflit</i> , PUL, 1986, p. 137-157.			*		*			
- Rapport au V <sup>e</sup> colloque du CERCRID, <i>La connaissance des contentieux</i> , Saint-Etienne, 3-4 juin 1988;			*		*			
- Rapport au VI <sup>e</sup> colloque du CERCRID, <i>Les juridictions suprêmes</i> , Saint-Etienne, 18 mai 1990.			*		*			
<b>SERVERIN (E)</b> et <b>LASCOUMES (P)</b> <i>Théories et pratiques de l'effectivité du droit</i> , Droit et société n° 2, 1986, p. 101-122.			*					
<b>SEURIN (J.L.)</b> - <i>Des fonctions politiques des constitutions. Pour une théorie politique des constitutions</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>Le constitutionnalisme aujourd'hui</i> , Economica, 1984;			*					
- <i>Réévaluation de la fonction présidentielle dans le système politique français</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>La Présidence en France et aux Etats-Unis</i> , p. 373 à 407;			*			*	PR	
- <i>Un schéma pour l'analyse comparative des gouvernements. Une interprétation conflictuelle de l'analyse systémique</i> . Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 701-739;		*	*					
- <i>Analyse politique comparative et droit constitutionnel</i> , rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990, 20 p.		*	*					
<b>SMITH (E)</b> - <i>La Norvège, Chronique AIJC</i> Vol. I à IV, 1985 à 1988 (éd. 1987 à 1990).		N			*			
- <i>Les juges constitutionnels, Norvège</i> , rapport à la Ve Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence, AIJC vol. IV 1988 (éd. 1990), p. 191-197		N			*			
<b>SOEL (H)</b> <i>La " démocratie du chancelier " ou le triangle du pouvoir</i> , Pouvoirs n° 22, La R.F.A., 1982, p. 85-96.		r	f					
		a						
<b>SOLAL-CELIGNY (J)</b> <i>Etude de la pratique de la question de confiance au cours des deux premières législatures de la IV<sup>e</sup> République</i> , RDP 1960, p. 299-321	*							49
<b>SONTHEIMER (K)</b> <i>Une voie historique allemande : mythe ou réalité ?</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 741-747.	*	W						
<b>SORSA (K)</b> <i>La situation du Premier ministre de Finlande en face du Président de la République</i> , dans M. Duverger (Dir.) <i>Les régimes semi-présidentiels</i> , PUF, 1986, p. 21-29.		F					PR PM	

	H	E	T	C	C	V	subj.	art.
					C			
<b>SOULEZ-LARIVIERE (D)</b> <i>La magistrature : to be or not to be. Vers un développement du rôle du juge et du droit.</i> , Revue Esprit, Mars-avril 1988, n° 136-137, p. 175-185.					*	*		
<b>STURMER (M)</b> <i>Le rôle du Président dans une République sans républicains</i> , dans M. Duverger (Dir.) , <i>Les régimes semi-présidentiels</i> , PUF, 1986, p. 1223-131.						*	PR	
<b>SULEIMAN (E.N)</b> <i>La Présidence et la conduite de l'économie : une comparaison entre la France et les Etats-Unis</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>La Présidence en France et aux Etats-Unis</i> , Economica, 1986, p. 265-281.		U				*	PR	
<b>SUR (S)</b> - <i>La Ve République et le centrisme</i> , RDP 1983, p. 22-30.						*	PP	
- <i>Un bilan du référendum en France</i> , RDP 1985, p. 591-602.						*		11
- <i>L'assimilation progressive par les centristes</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L Parodi (Dir.), <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 2è éd. 1988, p. 242-258.						*	PP	
<b>TARDAN (A)</b> <i>Le rôle législatif du Sénat</i> , Pouvoirs n° 44, Le Sénat, 1988, p. 97 à 110.						*	S	
<b>TEBOUL (G)</b> <i>La coutume, source formelle de droit en droit administratif</i> , Droits n° 3, La coutume, 1986, p. 97-110.			c		*			
<b>TERROT (M)</b> <i>La cohabitation</i> , rapport aux IVèmes entretiens juridiques de la Faculté de Droit de Lyon, Université Jean-Moulin-Lyon III, 1986, éd. 1987, p. 175 et s.				*		*		
<b>TEXIDOR (R)</b> <i>L'évolution du révisionnisme</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L Parodi, <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , presses de la FNSP, 2è éd. 1988 p. 462-485;						*		89
<b>THIBAUT (F)</b> <i>La sémantique de la Constitution</i> , rapport au colloque AFC-AFSP, L'écriture de la Constitution, Aix-en-Provence, sept. 1988., 45 p.						*		
<b>THUILIER (G)</b> <i>Cohabitation et crise politique : les origines de la crise du 16 mai 1877</i> . R.A. 1986, p.440-452.	*			*				
<b>TIMSIT (G)</b> - <i>Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann</i> , dans P. Amselek (Dir.) , <i>La pensée de Charles Eisenmann</i> , Economica-PUAM, 1986, p. 15-29.			*					
- <i>Sur l'engendrement du droit</i> , RDP 1988, p. 39-75			*					

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
					C			
<b>TOINET (M.F)</b> <i>L'exemple américain : un problème esquivé plutôt que résolu</i> , France-Forum, avril-mai 1977, n° 155 : Se soumettre, se démettre ou quoi ? , p. 4-10.		U		*				
<b>TORNUD (K)</b> <i>Le mécanisme de l'élection présidentielle en Finlande : évolution et signification politique</i> , dans M. Duverger (Dir.) <i>Les régimes semi-présidentiels</i> , PUF? 1986, p. 31-46.		F					PR EI	
<b>TOUBON (J)</b> <i>La cohabitation : un faux problème</i> , Alternances, n° 1, 1986, p.45				*		*		
<b>TOULEMONDE (B)</b> Note sous C.C. 27 fév. 1972, AJDA, 1972, p. 638-643.					*	*		
<b>TRICOT (B)</b> <i>Témoignage sur une période allant de juillet 1967 à avril 1969</i> , rapport au colloque Institut Charles de Gaulle-AFSP sur les rapports entre Président de la République et Premier ministre, Paris 17-18 nov. 1988.						*	PR PM	
<b>TROPER (M)</b> - <i>Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle</i> , Mél. C. Eisenmann, Cujas, Paris, 1977, p. 133-151;			*		*			
- <i>La pyramide est toujours debout, réponse à Paul Amselek</i> , RDP 1978, p. 1523-1536;			*		*			
- <i>La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel</i> , RDP 1984, p. 263-2275;			*					
- <i>Dossier Ronald Dworkin</i> , Droit et société, n° 1, 1985, p. 27;			*					
- <i>Le positivisme juridique</i> , revue de synthèse , philosophie et épistémologie juridique, A. Michel, Avril-sept 1985, n° 118-119, p. 187-204;			*					
- <i>Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement</i> , Droits n° 3, <i>La coutume</i> , 1986, p. 11-24.			c					
- <i>La signature des ordonnances, fonctions d'une controverse</i> , Pouvoirs, n° 41 <i>Le Président</i> , 1987, p. 75-92;			d	*	*	*	PR	13 38
- <i>La souveraineté nationale appartient au peuple : l'article 3 de la Constitution de 1958</i> , rapport au colloque 1789 et l'invention de la Constitution, AFSP, Paris, 2-4 mars 1989 (M. Troper Dir.).			S			*		3
- <i>La doctrine et le positivisme. A propos d'un article de Danièle Lochak</i> , dans D. Lochak (Dir.) - CURAPP, Les usages sociaux du droit, PUF, 1989, p. 286-292;			d	*				
- <i>Les classifications en droit constitutionnel</i> , RDP 1989, p. 945-956.			T					

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
- <i>Pour une définition stipulative du droit</i> , Droits n° 10 <i>Définir le droit</i> / 1, 1989, p.101-104.			*					
- <i>Justice constitutionnelle et démocratie</i> , RFDC n° 1, 1990, p. 31 à 48.			*		*	*		
<b>TROPER (M) et MOULIN (R)</b> <i>Une démonstration à contrario : la tragédie chilienne</i> , France-Forum n° 155-156, Avril-mai 1977, Se soumettre, se démettre ou quoi ?, p. 11-15.	*	C		*				
<b>TUNC (A)</b> <i>Coutume et common Law</i> , Droits, n° 3, <i>La coutume</i> , 1986, p. 51-62.			*					
			c					
<b>TURPIN (D)</b> <i>Crise de la démocratie représentative</i> , R.A. 1985, n° 226, p. 330-337.			R					
<b>VEDEL (G)</b> - <i>La compétence de la Haute Cour</i> , Mél. Magnol., 1948, p. 394;	*							68
- <i>L'instabilité gouvernementale</i> , revue banque et bourse, mai 1956 p. 4-19, reproduit dans A. de Laubadère, A. Mathiot, J. Rivero et G. Vedel, <i>Pages de doctrine</i> , LGDJ, 1980 ;	*						G	
- <i>Le pari de la succession</i> , 1968, reproduit <i>ibidem</i> , p. 535 à 546;						*		
- <i>Les sources idéologiques de la Constitution de 1958</i> , reproduit <i>ibidem</i> , p. 493 à 500;						*		
- <i>L'inexpérience constitutionnelle de la France</i> , <i>ibidem</i> , p. 433 à 442;	*							
- <i>Montesquieu et l'esprit des lois</i> , Préface aux oeuvres complètes de Montesquieu, Seuil, 1964, p. 7-10, <i>ibidem</i> ;			*					
			s					
			p					
- <i>Le Doyen Maurice Hauriou et la science politique</i> , annales de la faculté de droit et de sciences économiques de Toulouse, Tome XVI, , 1968, p. 91-109, <i>ibidem</i> ;			*					
- <i>Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français (1945-1965)</i> , dans Un siècle de droit comparé en France, Livre du centenaire de la société de législation comparée, 1969, p. 184-198, <i>ibidem</i> ;		*	*					
- <i>Topologie et recherche politique</i> , <i>ibidem</i> , p. 415-430;			*					
- <i>Vers le régime présidentiel ?</i> RFSP, 1964, n° 1, p. 22;			T			*		
- <i>Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge</i> , Mél. Waline, LGDJ, 1974, p. 777-793;	*				*	*		

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
					C			
- <i>Rétrodictions : Si de Gaulle avait perdu en 1962...Si Alain Poher avait gagné en 1969</i> , rapport au colloque AFSP Paris 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.L. Parodi (Dir.), <i>La Constitution de la Cinquième République</i> , Presses de la FNSP 2è éd. 1988, p. 133-165;						*		
- <i>Les bases constitutionnelles du droit administratif</i> , dans P. Amserek (Dir.) <i>La pensée de Charles Eisenmann</i> , <i>Economica-PUAM</i> 1986, p. 133-145;			*		*	*		
- <i>Postface à un exercice de rétrofiction</i> , Mél. Duverger, PUF, 1987, p. 217-226;						*		
- <i>Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme ?</i> , <i>Pouvoirs</i> n° 45, 1988, p. 149 à 159;			*		*	*		
- <i>La Constitution comme garantie des droits, le droit naturel</i> , rapport au colloque AFSP, <i>1789 et l'invention de la Constitution</i> , Paris, 2-4 mars 1989			*		*	*		
- <i>Le hasard et la nécessité</i> , <i>Pouvoirs</i> n° 50, 1789-1989, <i>histoire constitutionnelle</i> , 1989, p. 15 à 30.	*		*			*		
- <i>Doctrine et jurisprudence constitutionnelles</i> , RDP 1989, p. 11-17.			*		*	*		
- <i>La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989</i> , RFDC n° 1, 1990, p. 5 à 15.	*					*		
- <i>Indéfinissable mais présent</i> , <i>Droits</i> n° 11, 1990, <i>Définir le droit / 2</i> , p. 67-71.			*					
<b>VIALLE (P)</b> - <i>Le Congrès, le Président et la politique étrangère</i> , RIDC, 1979.		U					DD	
- (sous la direction de...) <i>Le nouveau mode d'élection des députés à l'Assemblée nationale</i> , ; <i>IIIèmes entretiens juridiques de la Faculté de Droit de Lyon</i> , 1986, éd. Université Jean Moulin, Lyon III, p. 222 et s.				*		*	EI	
- (sous la direction de ..) <i>La cohabitaion</i> , <i>IVèmes entretiens juridiques de la Faculté de droit de Lyon III</i> , Université Jean Moulin, 1986, éd.1987., p. 147 et s.				*		*		
<b>VILEY (M)</b> <i>De l'indicatif dans le droit. Indicatif et imaratif juridique</i> , APD, t. XIX, <i>Le langage du droit</i> , p. 33-62.			*					
<b>VILLENEUVE (J.C)</b> <i>L'évolution du rôle du Sénat depuis 1981</i> , <i>Après-demain</i> , n° 271-272, fév.-mars 21986, p. 36-38.						*	S	
<b>VILLIERS (M. de)</b> <i>La Ve République et le régime semi-présidentiel</i> , R.A. 1976 p. 174.						*		

	H	E	T	C	C	V	sub.	art.
					C			
<b>VIRALLY (M)</b> - <i>Le juriste et la science du droit</i> , RDP 1964, p. 591-611;			*					
- <i>Le phénomène juridique</i> , RDP 1966, p. 5-64.			*					
<b>WACHSMANN</b> <i>Déclaration ou constitution des droits</i> , rapport au colloque 1789 et l'invention de la Constitution, AFSP, Paris, 2-4 mars 1989.	*		*					
<b>WAGNER (B)</b> <i>Autriche, Chronique AIJC</i> vol. III, IV, 1987-1988 (éd 1989-1990).		A			*			
<b>WAHL (N)</b> <i>L'évolution de la séparation des pouvoirs en France depuis 1958</i> , dans J.L. Seurin (Dir.) <i>Le constitutionnalisme aujourd'hui</i> , Economica, 1984, p. 85 à 90.			s			*		
			p					
<b>WALINE (M)</b> <i>Quelques réflexions sur les institutions de la Ve République</i> , RDP 1982, p.597-601.						*		
<b>WEBER (A)</b> <i>Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans les pays d'Europe Occidentale</i> , AIJC I 1985, Economica-PUAM, 1987, p. 39-74.		*			*	*		
<b>WILLMS (G)</b> <i>Un tabou allemand</i> , Mél. Duverger, PUF 1987, p. 467-478.	*	W						
<b>ZAGRABELSKY (G)</b> - <i>Présentation générale de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne en 1985</i> , AIJC II 1985, éd. 1987, p. 551-562.		I			*			
- <i>La Cour constitutionnelle Italienne en 1986</i> , AIJC II, 1986, p. 467-518.		I			*			
<b>ZANON (N)</b> <i>La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle</i> , rapport au Congrès de l'AFC, Strasbourg, sept. 1990.			*		*			