

COHABITATION ET CONSTITUTION

ON ENSEIGNE AUX ÉTUDIANTS que la Constitution est, doit être, ou devrait être, dans un État de droit démocratique, la règle suprême par laquelle le Peuple souverain organise le pouvoir dans l'État en limitant les pouvoirs des gouvernants pour préserver sa propre souveraineté et les droits de l'homme. Or, sous la V^e République, même dans le contexte d'une coexistence institutionnelle entre un président et une majorité parlementaire antagonistes, qui aurait pourtant dû impliquer un retour au texte constitutionnel, la Constitution a été plusieurs fois violée. Est-ce une spécificité du « pays du droit¹ » ? L'ineffectivité d'une Constitution est assez fréquente dans les États non ou peu démocratiques. Et parmi les pays de l'UE, qui ont tous un régime parlementaire, la France est le seul qui fonctionne régulièrement dans un système présidentiel, le seul dans lequel les fluctuations dans l'interprétation de la Constitution au profit du chef de l'État sont aussi grandes, le seul dans lequel le président parvient hors cohabitation à s'arroger le pouvoir de révoquer le Premier ministre alors qu'il n'en a pas le droit.

33

Les leçons de l'histoire auraient pourtant dû inciter nos présidents à respecter la volonté du Peuple inscrite dans la Constitution. Chaque fois qu'un chef d'État a abusé de ses pouvoirs pour s'opposer à l'Assemblée en situation de cohabitation, il a été contraint tôt ou tard à la soumission ou à la démission, quelle que soit l'organisation des institutions, régime parlementaire (dans lequel le gouvernement est responsable devant le Parlement) ou présidentiel (dans lequel cette responsabilité n'existe pas), lorsque le Peuple soutenait l'Assem-

1. En chinois, la France se dit *fa kuo*, « pays du droit ».

blée². L'épouvantail de la toute-puissance de l'Assemblée est souvent agité en France pour justifier les excès de pouvoir présidentiels. Mais, en réalité, c'est la surpuissance du chef de l'État, par le refus persistant des règles fondamentales du régime parlementaire, qui a été la cause première des déséquilibres institutionnels de toute notre histoire. Abus du droit de veto en 1791, conduisant à la confusion puis à l'autoritarisme de l'Empire. Abus du droit de dissolution puis refus de la démocratisation du suffrage sous les restaurations, induisant la révolution de 1848. Abus de pouvoir du président de la Seconde République, conduisant à l'Empire. Abus présidentiel du droit de dissolution et refus de choisir pour Premier ministre le leader de la majorité parlementaire sous la III^e République. C'est à cause de ces abus que la III^e République a dégénéré en système d'Assemblée. La classe politique ne pouvait pas se structurer autour du chef du gouvernement puisque, d'une part, il n'était pas son chef et, d'autre part, il ne disposait pas de la contrepartie indispensable à sa responsabilité, le droit de dissolution. La IV^e République ne put rétablir l'équilibre du fait du discrédit persistant du droit de dissolution et de sa mauvaise organisation, le scrutin proportionnel aggravant la situation. L'image française du régime parlementaire est complètement déformée par ces errements entre surpuissance du chef de l'État et surpuissance de l'Assemblée, générés par le refus constant de donner au chef du gouvernement les moyens d'assurer sa stabilité : être le leader de la majorité et disposer du droit de dissolution.

Sous la V^e République à nouveau, on prive le Premier ministre du droit de dissolution tout en organisant un régime qui reste fondamentalement parlementaire puisque le gouvernement est responsable devant l'Assemblée nationale. De 1962 à 1986, on a prétendu que l'élection du président de la République au suffrage universel direct permettait, d'une part, de légitimer l'extension des pouvoirs présidentiels et, d'autre part, de figer cette interprétation présidentialisiste de la Constitution. Pourtant, à cette époque déjà, un simple regard sur les autres régimes parlementaires bireprésentatifs de l'Union européenne suffisait à montrer que nulle part ailleurs l'onction populaire ne transformait à elle seule un

2. Pour plus de précisions sur ce point et sur la plupart des développements qui vont suivre, cf. notre thèse, *L'Épreuve de la cohabitation (mars 1986-mai 1988)*, Lyon, 1991, et la publication résumée de la première partie, *La Cohabitation, leçons d'une expérience*, Paris, PUF, coll. « Recherches politiques », 1993.

3. Le régime bireprésentatif est un régime de distinction des fonctions dans lequel le Peuple désigne deux organes au suffrage universel direct : le président et les membres d'une

arbitre en capitaine³. La cause réelle des entorses faites à la Constitution était ailleurs, elle tenait essentiellement à la domination du président sur la majorité parlementaire. La cohabitation supprimant cette cause, elle aurait dû abolir ses effets. Chacun en appelant au respect de la règle : « la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution », elle aurait dû être enfin effective. Et pourtant, la règle constitutionnelle n'a pas été totalement respectée, le président étant encore parvenu à s'octroyer des pouvoirs que la Constitution ne lui accorde pas. Or, si la cohabitation pose problème, notamment à cause des risques de crise qu'elle génère, c'est justement à cause de ces violations de la Constitution.

Il est essentiel de mesurer et comprendre les écarts entre la Constitution et la pratique de la cohabitation pour en apprécier les conséquences et suggérer des solutions aux problèmes posés. Cela suppose une méthode d'analyse précise.

35

POUR UNE MÉTHODE D'ANALYSE JURIDIQUE DE CES RELATIONS

Précisons en quoi et pourquoi les méthodes et/ou les principes épistémologiques adoptés par les principaux courants doctrinaux sous la V^e République ne permettent pas de penser de manière rigoureuse et exhaustive les relations entre cohabitation et Constitution, avant de tenter de remédier à cette carence.

Des relations impensables selon les doctrines classiques

Impensables, au sens littéral du terme : qui ne peuvent pas être pensées. Elles ne *peuvent* pas au double sens du terme, parce qu'elles ne sont pas *possibles*, du fait des conceptions de la norme, et/ou parce qu'elles ne sont pas *permises*, car elles sont rejetées du domaine de la science du droit.

chambre, par opposition au régime monoreprésentatif, dans lequel seuls les membres de l'Assemblée le représentent directement. Un régime bireprésentatif peut être présidentiel (États-Unis) ou parlementaire (les régimes que l'on qualifie habituellement de semi-présidentiels, cette dénomination étant inadéquate puisque ce sont bien des régimes parlementaires dès lors que le gouvernement y est responsable devant le Parlement). Parmi les régimes parlementaires bireprésentatifs d'Europe occidentale autres que la France, seuls la Finlande et le Portugal – où les pouvoirs présidentiels ont été réduits par une révision constitutionnelle à l'occasion d'une cohabitation – accordent en droit et en fait des pouvoirs importants au président. Dans les autres, l'Autriche, l'Irlande et l'Islande, la pratique institutionnelle est très étroitement comparable à celle des régimes parlementaires monoreprésentatifs.

Le problème de l'identification des normes. Si l'on veut étudier les relations entre la cohabitation et la Constitution, il faut en premier lieu être en mesure de préciser quelle est la norme constitutionnelle pour pouvoir analyser son écart avec les actes d'application de la Constitution. Or il existe de vives divergences doctrinales sur ce point, divergences qui posent problème puisqu'elles permettent aux gouvernants de prétendre qu'il y a du jeu dans la règle pour abuser de leurs pouvoirs.

Prenons un exemple : le veto présidentiel sur la convocation du Parlement en session extraordinaire. Ce veto a existé avant, mais aussi pendant la cohabitation. Est-il conforme à la Constitution ? *Non* pour certains juristes, *on ne sait pas* pour d'autres, *oui* pour d'autres encore. Si ces juristes sont en désaccord, c'est d'abord parce qu'ils abordent ou situent la norme de manière différente.

36

Pour les défenseurs du « non », les *normativistes*, la norme constitutionnelle se situe dans le texte, ou, plus précisément, la norme constitutionnelle, qui est la signification d'un énoncé prescriptif, peut être déduite du texte de la Constitution par un acte d'interprétation. Ici, l'écart entre la norme constitutionnelle et ses actes d'application est juridiquement pensable. On peut constater que le président a violé la Constitution.

Pour les sceptiques, dits *réalistes*, la science du droit peut seulement décrire des faits, elle ne peut donc pas procéder à des interprétations, qui sont des évaluations. Elle ne peut que décrire les normes appliquées, c'est-à-dire les décisions d'application de la norme⁴. En l'espèce, il appartient seulement au juriste de dire que le président de la République a exercé un veto sur la convocation du Parlement en session extraordinaire. Cette science peut dire qu'il y a eu controverse constitutionnelle et que la question de savoir si ce veto est ou non conforme à la Constitution ne peut pas être tranchée par la science du droit et n'a pas été tranchée par la pratique. C'est, par exemple, la position de Michel Troper dans la controverse sur la signature des ordonnances durant la cohabitation. L'étude de l'écart entre la norme constitutionnelle et ses actes d'application n'est pas pensable dans le cadre de la science du droit, puisque la norme constitutionnelle n'est pas identifiable en elle-même et que l'on ne peut qu'en décrire les actes d'application.

Pour les partisans du « oui », que nous qualifierons de *pseudo-réalistes*, la seule Constitution identifiable est celle qui résulte de l'inter-

4. Cf. Michel Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et Science*, Paris, PUF, 1994, p. 310-325.

prétation des gouvernants. Pour eux, « la seule vérité des textes qui soit incontestable [...] est celle de leur application⁵ », les juristes ne peuvent que s'incliner devant le fait accompli. La Constitution est ce que les gouvernants ont dit qu'elle était. Puisque le président a exercé ce droit de veto, c'est qu'il a interprété la Constitution comme lui attribuant ce droit. Ce faisant, le président a créé le sens de la Constitution. L'écart entre la norme constitutionnelle et ses actes d'application n'est pas pensable puisqu'il y a identification entre ces deux éléments. Plusieurs juristes ont tenté de qualifier juridiquement la pratique institutionnelle de la V^e République pour identifier, à travers cette pratique, la norme constitutionnelle. Ainsi les notions de coutume constitutionnelle (Jean Gicquel), de tradition constitutionnelle (Jean Massot), de conventions de la Constitution (Pierre Avril) ou de souplesse de la Constitution (François Luchaire) ont-elles été invoquées. Mais elles relèvent d'une conception trop élastique de la règle constitutionnelle. Le risque est ici d'aboutir, comme dans l'analyse réaliste, à la négation du droit. L'analyse pseudo-réaliste est en réalité une forme de nihilisme juridique. Observant le refus de convocation du Parlement par le président, on en déduit que celui-ci a créé la norme constitutionnelle, qu'il a donné son sens à la Constitution. Peut-être n'a-t-il pas été sanctionné pour cette entorse à la Constitution alors qu'il aurait pu l'être, par exemple par la sanction politique que serait sa non-réélection, ou par l'accusation de haute trahison. Mais on ne saurait déduire l'absence de norme de l'absence de mise en œuvre de la sanction. Ce n'est pas parce qu'un fraudeur n'a pas été condamné que l'on peut affirmer que le droit de frauder le fisc a été reconnu. Quand bien même il aurait fraudé le fisc chaque année durant vingt ans, on ne saurait en déduire qu'il a acquis ou même créé le droit de frauder le fisc. L'analyse pseudo-réaliste repose en fait sur une confusion sur la notion d'interprétation. Soulignons avec Otto Pfersmann que, par « interprétation », on entend souvent deux activités qu'il convient de bien distinguer. D'une part, l'opération d'explication et d'analyse scientifique de la signification d'un texte, permettant de déduire du texte constitutionnel le sens de la règle, donc la norme constitutionnelle, c'est l'« interprétation doctrinale ». D'autre part, « le fait qu'un organe applique un texte à un cas particulier », c'est la « concrétisation organique ». Or « cette concrétisation n'est pas une interprétation doctrinale, elle ne détermine pas le sens de la formulation

5. Pierre Avril, « L'Assemblée d'aujourd'hui », *Pouvoirs*, n° 34, 1985, p. 5.

de la norme générale, elle *est* la production d'une norme (relativement particulière) »⁶. L'acte adopté en application de la Constitution par les gouvernants au terme d'un processus d'interprétation n'est pas la norme constitutionnelle, c'est *une autre norme*, adoptée en appliquant, plus ou moins fidèlement, le modèle de la Constitution. « L'interprétation doctrinale n'est donc nullement liée par la concrétisation organique, car c'est au juriste que l'on demande de démontrer qu'un objet est bien la formulation d'une norme valide et non à l'organe qui, en tant que tel, ne saurait en donner la preuve. C'est à la doctrine de délimiter ce qui relève du droit – et de quelle manière – et ce qui n'en relève plus. C'est là son essentielle fonction critique et scientifique⁷. » Par l'interprétation doctrinale, on peut expliquer que, selon la norme déduite du texte de la Constitution, le président est tenu de convoquer le Parlement en session extraordinaire. Avant de refuser de convoquer le Parlement, le président s'est demandé ou a demandé à des juristes s'il avait le droit de refuser cette convocation, c'est la première étape, celle de l'interprétation doctrinale. Ensuite le président, observant sans doute que le risque d'être sanctionné était très faible, a fait le choix de refuser cette convocation, procédant ainsi à la concrétisation organique de la Constitution. Cet acte de refus ne crée pas le sens de la Constitution, c'est seulement un acte d'application de la Constitution.

L'analyse pseudo-réaliste reposant sur une confusion, elle doit être écartée. L'analyse réaliste dans le cadre de la science du droit ne permettant pas de penser l'écart entre règle et pratique doit être écartée aussi, mais provisoirement, nous allons voir pourquoi. Reste l'analyse normativiste. Mais, trop étroite, elle pose un autre problème.

Le problème épistémologique. Deux visions opposées de la science du droit, celle des normativistes et celle des réalistes, prétendent faire obstacle à l'analyse des relations entre la norme constitutionnelle et ses actes d'application.

L'étude juridique des relations entre cohabitation et Constitution suppose d'abord l'identification de la norme constitutionnelle et des actes pris en application de cette norme, puis la qualification juridique de leur écart. Ensuite, elle exige que l'on comprenne pourquoi et comment cette violation a été possible, quelles sont les contraintes,

6. Otto Pfersmann, « La notion moderne de Constitution », in Louis Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1998, p. 115.

7. *Ibid.*, p. 116.

juridiques et extrajuridiques, qui ont déterminé le choix par le président, et l'absence de sanction par les gouvernés et la majorité, des actes d'application contraires à la Constitution, et ceci afin de savoir comment remédier juridiquement à ce problème. Pratiquement tous les juristes sont bien conscients du fait que nous devons nous donner les moyens de penser rigoureusement l'écart entre la norme constitutionnelle adoptée par le Peuple et les concrétisations organiques qui en sont imposées par les gouvernants. Les règles de droit ne sont pas des choses abstraites existant en dehors de l'homme dans une tour d'ivoire, ce sont des instruments forgés par des hommes, pour des hommes à un moment donné dans une société donnée dont on ne peut comprendre ni la signification ni le fonctionnement si l'on n'étudie pas leurs rapports avec la société dont elles émanent et qu'elles tendent à organiser.

Mais cette approche se heurte au premier anathème, lancé par les normativistes : « Ce n'est pas du droit ! » Pour eux, si l'analyse de la conformité entre les actes d'application de la Constitution et la Constitution doit être conduite par la doctrine et fait bien partie de la science du droit, dont l'objet est justement de « montrer ce qui est obligatoire, permis ou interdit (les normes) dans un système donné à partir des textes qui l'énoncent⁸ », elle doit s'arrêter là. Le paradigme kelsénien exclue l'analyse de l'effectivité des règles de la science du droit, car elle implique la prise en compte d'éléments qui ne sont pas juridiques, comme la sociologie, la psychologie, l'histoire, etc. Certains, comme Otto Pfersmann vont jusqu'à en déduire qu'un juriste ne saurait conduire de telles analyses parce qu'il n'est pas sociologue, psychologue, historien... Force est alors de constater que personne n'a toutes ces compétences et que cette analyse ne pourra jamais être faite par qui que ce soit. Cet anathème pourra être lancé aussi bien par des juristes, redoutant la remise en cause de leur définition étroite, mais sécurisante, du droit, que par des sociologues, des politistes, des historiens... revendiquant leur monopole sur ce champ d'étude. Il existe des recherches faites par des sociologues ou des politistes qui comportent des éléments d'analyse intéressants pour l'étude juridique de l'effectivité du droit. Elles peuvent et doivent compléter une analyse juridique de cette question, mais elles ne sauraient s'y substituer. Parce que leur objet central n'est pas le droit, mais l'étude des phénomènes sociaux ou des relations de pouvoir, elles ne sont pas centrées sur la norme. D'une part, elles ne permettent pas d'analyser juri-

8. *Ibid.*, p. 113.

diquement l'écart entre la Constitution et ses actes d'application (car soit elles ignorent la question du sens de la norme, soit elles se fondent sur une conception réaliste du droit) et, d'autre part, elles ne permettent pas de penser les causes, les conséquences et les remèdes juridiques à ce problème, car ni leur objet ni leurs méthodes ne sont juridiques. Il est donc indispensable que le juriste conduise cette analyse, avec leur collaboration. Nous pouvons donc surmonter ce premier obstacle épistémologique en considérant que la science du droit peut être amenée à prendre en compte des analyses conduites dans le cadre d'autres disciplines pour comprendre le contenu et le fonctionnement des règles de droit.

40 Mais surgit le second anathème, lancé cette fois par les réalistes : « Ce n'est pas de la science ! » Pour eux, à l'inverse des normativistes, l'activité consistant à apprécier le rapport de conformité entre la norme applicable et la norme appliquée est une activité parfaitement légitime et a un intérêt pratique, cependant elle ne relève pas de la science du droit mais de la dogmatique juridique. En revanche, certains d'entre eux, comme les réalistes américains, estiment que l'activité consistant à décrire les contraintes juridiques et extrajuridiques qui s'exercent sur les autorités pour les inciter à adopter tel ou tel acte d'application de la Constitution (comme le souligne Michel Troper) relève bien de la science du droit⁹. Au regard de l'analyse réaliste, certaines étapes de notre étude des rapports entre la norme constitutionnelle applicable et ses actes d'application en période de cohabitation relèvent de la dogmatique juridique (l'identification des normes, la qualification de leur écart et la recherche de solutions), et d'autres relèvent de la science du droit (la description des faits exerçant une contrainte pour déterminer le choix des actes de concrétisation organique).

Ainsi, les doctrines classiques ne permettent pas de penser le rapport entre cohabitation et Constitution, soit parce que, en identifiant le droit au fait (les pseudo-réalistes) ou en ne se prononçant pas sur la norme (les réalistes), elles ne permettent pas de penser l'écart entre norme constitutionnelle et actes d'application de la Constitution, soit parce qu'elles excluent de la science du droit l'étude des causes de ce rapport (les normativistes) ou l'étude de ce rapport lui-même (les réalistes).

9. Cf. Michel Troper, *loc. cit.*

Modèle d'analyse proposé

Précisons les postulats sur lesquels repose cette méthode, le processus qu'elle suit et les instruments spécifiques qu'elle utilise.

Cette méthode repose sur une conception positiviste dotée de trois caractères. Elle est normativiste, en ce que la norme constitutionnelle est située dans l'interprétation de la Constitution elle-même et non pas dans l'interprétation de ses actes d'application, étant bien évidemment entendu que les interprétations doctrinales n'ont aucune valeur normative, mais sont seulement des propositions relatives au sens de la Constitution. Elle est instrumentale car les règles constitutionnelles sont conçues comme un instrument dont on cherche à améliorer le fonctionnement. Elle est phénoménologique en ce que l'on saisit le droit comme un phénomène dont on cherche à comprendre tous les aspects et en particulier le déroulement des faits qui conduit au choix de tel acte d'application de la Constitution.

41

Elle suppose une redéfinition de la science du droit. Loin de chercher à concilier des positions difficilement conciliables, nous allons en montrer la possible complémentarité. Nous considérerons avec Otto Pfersmann et bien d'autres que l'activité consistant à souligner l'écart entre la norme constitutionnelle et les normes d'application de la Constitution est bien l'objet central de la science du droit. Mais nous estimons aussi avec les réalistes américains et, dans une certaine mesure, Michel Troper, que la connaissance du droit peut et doit prendre en compte tous les éléments juridiques et extrajuridiques qui vont exercer une contrainte sur l'interprète qu'est le juge ou le gouvernant pour l'inciter à choisir telle ou telle concrétisation organique de la Constitution, afin d'expliquer cet écart. Le droit constitutionnel comme ensemble de normes est donc distingué du droit constitutionnel comme activité de connaissance, dont l'objet est beaucoup plus large. Le droit constitutionnel comme discipline a pour objet non seulement la description du contenu des règles constitutionnelles *stricto sensu*, mais aussi l'étude de leur formation et de leur fonctionnement.

Le processus de cette méthode se déroule en quatre étapes :

– Identification des normes en présence et qualification juridique du rapport entre ces normes (conformité, violation) et leurs actes d'application. Cela suppose d'abord l'interprétation de la norme constitutionnelle, et celle des actes d'application de la Constitution. Pour l'identification de la norme constitutionnelle, on se référera à l'interprétation qui

en était officiellement donnée lorsqu'elle a été adoptée par le Peuple souverain, comme point de repère pour comprendre l'évolution des interprétations possibles. Cependant, cette interprétation historique ne s'imposera pas nécessairement, une interprétation téléologique pouvant être préférée à une interprétation génétique, par exemple lorsque la conception du droit a évolué et que l'interprétation téléologique va dans le sens d'un renforcement de l'effectivité de l'État de droit démocratique et que sa conformité à la volonté du souverain n'est pas sérieusement contestable (ainsi de l'interprétation du préambule de la Constitution par le Conseil constitutionnel).

42 – Analyse causale de l'écart éventuellement observé. On étudie systématiquement tous les éléments juridiques et extrajuridiques qui ont exercé une influence sur l'interprète pour le contraindre et/ou lui donner la liberté de choisir entre telle ou telle interprétation.

– Analyse des conséquences de cet écart. Cette appréciation se fera d'abord au regard de la cohérence des règles et de l'équilibre des institutions qui en résulte, et ensuite au regard de la conformité de cette interprétation à la volonté du Peuple souverain.

– Analyse prospective des solutions envisageables pour réduire cet écart.

Voyons ensuite les instruments de cette méthode. Il convient de bien distinguer entre régime politique, système de variables déterminantes et système politique¹⁰.

Le régime politique est entendu au sens strict comme étant l'ensemble des règles contenues dans la Constitution. C'est la source formelle du droit constitutionnel. C'est la norme constitutionnelle, dont on peut connaître le ou les sens possibles par voie d'interprétation doctrinale.

A côté de cet ensemble, on peut distinguer un autre ensemble : le *système de variables déterminantes*. C'est un système en ce que c'est un ensemble d'éléments entre lesquels il existe des interactions ; il s'agit de variables en ce que, contrairement aux sources formelles du droit constitutionnel, ces éléments varient fréquemment ; et ces variables sont déterminantes en ce qu'elles ont ou peuvent avoir, seules ou combinées, une influence sur la mise en œuvre des règles constitutionnelles.

10. Ces instruments sont ceux que nous avons élaborés dès 1991, en partant de la distinction proposée par Olivier Duhamel entre régime et système, à laquelle nous avons ajouté l'étude des relations entre régime et système, *via* la notion de système de variables déterminantes et l'étude des relations dynamiques entre systèmes politiques.

Cet ensemble contient tous les éléments les plus divers qui ont une incidence sur le choix d'une interprétation de la règle constitutionnelle et qui n'appartiennent pas au régime politique. Ce sont des éléments juridiques, notamment tous les actes d'application de la norme constitutionnelle, qui émanent du juge (interprétation authentique délivrée par la jurisprudence constitutionnelle) ou des gouvernants (interprétation d'autorité, par exemple un refus présidentiel de convoquer le Parlement en session extraordinaire). Ce sont aussi des éléments extrajuridiques comme la situation des forces politiques, le contexte historique, économique, diplomatique, la personnalité des gouvernants, leur conception des institutions, les positions, les débats, les modes d'argumentation de la presse, de la doctrine, de l'opinion publique, les valeurs des uns et des autres et surtout les *habitus* – entendus ici comme les habitudes psychologiques résultant de l'intégration de faits tels que l'histoire, les précédents, etc. Cet ensemble contient les sources matérielles du droit (en particulier la doctrine) mais ne s'y résume pas, sauf à entendre de manière très large les sources matérielles du droit.

43

Le *système politique* est ce que certains appellent le régime politique au sens large, il permet d'observer le fonctionnement du régime. Lorsque certains affirment avec de Gaulle ou Pierre Avril qu'une Constitution, c'est « un esprit, des institutions et une pratique », ce n'est pas la Constitution qu'ils désignent en réalité, mais le système politique (ou, du moins, une large partie du système politique). Le système politique est l'ensemble composé des deux sous-ensembles précédents, le régime politique et le système de variables déterminantes. Sa configuration dépend des multiples interactions qui vont avoir lieu à l'intérieur de chacun de ses deux sous-ensembles (entre chacun de leurs éléments et par groupes d'éléments) et *entre* ses deux sous-ensembles (entre chacun de leurs éléments et par groupes d'éléments). Le choix des concrétisations organiques de la Constitution dépend donc de la combinaison de ces multiples éléments. Chaque acte d'application de la Constitution est le résultat, le produit de ces interactions.

Ce que nous venons de décrire n'est qu'une des multiples images contenues dans la pellicule d'un film. Si l'on fait défiler la pellicule, on constate que chacun des actes d'application dont l'adoption a été déterminée par les contraintes d'un système politique va, à l'instant même de sa production, s'intégrer dans le système de variables déterminantes du système politique suivant. Ainsi, le refus présidentiel de convoquer le Parlement en session extraordinaire, qui résultait du système A, est devenu un précédent dans le système B, qui va entrer en relations avec

tous les autres éléments de ce système pour exercer une contrainte visant à rendre possible une nouvelle violation de la Constitution, par exemple un refus de signer une ordonnance, cette violation devenant un précédent dans le système C et ainsi de suite... Il en sera de même pour les actes d'application adoptés par le juge, à cette différence près qu'ils pourront créer une jurisprudence qui s'imposera aux pouvoirs publics pour l'avenir, alors que l'acte d'application du gouvernant ne saurait juridiquement créer de devoir-être pour l'avenir.

Appliquons ce modèle à l'objet pour lequel on l'a conçu, les relations entre cohabitation et Constitution.

DES INTERACTIONS PARTIELLES ET ÉVOLUTIVES

- 44 Contrairement à ce qui a souvent été dit, la cohabitation n'implique pas un changement de régime politique, mais un changement de système politique. Depuis 1962, le régime de la V^e République est et reste un régime parlementaire bireprésentatif moniste. C'est le changement d'une variable déterminante majeure, qu'est la position de la majorité parlementaire par rapport au président, qui implique la modification radicale du système politique dans lequel fonctionne ce régime, et donc un changement de système politique. Le régime politique est stable, mais il fonctionne dans des systèmes politiques variables. En période de convergence de vues entre président et majorité parlementaire, ce régime politique fonctionne dans un système présidentieliste. En période d'opposition entre président et majorité parlementaire, il fonctionne dans un système parlementariste, voire gouvernementaliste.

Reprenons les principales étapes de l'analyse, des développements plus substantiels pouvant être trouvés ailleurs¹¹.

Identification des normes et qualification juridique de leur écart : un retour incomplet à la norme constitutionnelle

Le texte de la Constitution de 1958 n'ayant pas été modifié en 1962 sur des points autres que le mode de désignation du président, il convient d'adopter, comme point de repère pour l'interprétation, celle qui a été officiellement présentée au Peuple lorsque ce texte a été soumis à son approbation par référendum.

11. Cf. notre thèse précitée.

Michel Debré l'a déclaré haut et fort, la V^e République est un régime parlementaire, mais il est original car le président en est la clé de voûte. Cela ne signifie pas du tout qu'il dirige tous les pouvoirs. Cela veut dire qu'il dispose de pouvoirs exceptionnels dans un régime parlementaire, des pouvoirs dispensés de contreseing, dits « pouvoirs propres ». Ils sont très peu nombreux, d'un usage nécessairement rare puisqu'ils concernent les situations délicates, mais importants. Pour l'essentiel, ils permettent au président de faire appel à un arbitre, que ce soit le Peuple, par le référendum (art. 11) ou par le droit de dissolution (art. 12), les parlementaires, par le droit de message (art. 18), ou le juge constitutionnel (art. 54, 56 et 61). Il peut décider lui-même en choisissant le Premier ministre (cette liberté est cependant réduite puisque l'Assemblée peut renverser le gouvernement), mais il n'a pas le droit de le révoquer (art. 8, al. 1). Seul l'article 16, qui lui donne les pleins pouvoirs en cas de circonstances exceptionnelles, lui permet de trancher lui-même avec une grande liberté. L'existence des pouvoirs propres est la *seule* dérogation aux principes du régime parlementaire prévue en faveur du président par notre Constitution.

En dehors des pouvoirs propres, tous les pouvoirs du président sont soumis à contreseing (art. 19). Cette distinction est fondamentale. Car, dans un régime parlementaire, le contreseing signifie que celui qui l'appose, le Premier ministre, endosse la responsabilité de l'acte. Sous la V^e République comme dans les autres régimes parlementaires, le président de la République est irresponsable puisqu'il ne peut pas être renversé par qui que ce soit en cours de mandat, sauf cas de haute trahison (art. 68). C'est le Premier ministre, contrôlé par l'Assemblée dotée du pouvoir de le renverser à chaque instant, qui assume la responsabilité des actes soumis à contreseing. Responsabilité implique pouvoir. C'est l'organe responsable qui dispose du pouvoir réel. L'irresponsabilité du président implique que tous ses pouvoirs soumis à contreseing sont des compétences purement formelles pour lui et des compétences réelles du Premier ministre. Ce principe général d'interprétation ne fait pas l'ombre d'un doute au moment de l'adoption de la Constitution. Ces compétences formelles ne donnent pas au président le pouvoir de décision ni même un pouvoir de codécision avec le gouvernement, mais seulement la faculté de surveiller la politique gouvernementale pour être en mesure d'intervenir par ses pouvoirs propres en cas de nécessité¹². Telle est la norme constitutionnelle.

12. On ne saurait prétendre que, du seul fait du changement de mode d'élection du président à partir de 1962, ce principe devrait être écarté. Car aussi longtemps que le régime est

Ainsi la Constitution fait-elle du président un arbitre, qui veille au fonctionnement régulier des pouvoirs publics et au respect des engagements internationaux par ses pouvoirs soumis à contreseing, et qui peut intervenir en cas de problème par ses pouvoirs propres. C'est le gouvernement qui détermine et conduit la politique de la nation sans qu'il y ait à distinguer selon les domaines (art. 20 et 21), car c'est lui qui est politiquement responsable.

Avant la cohabitation, on sait que le président a progressivement accaparé un pouvoir de décision d'abord dans les domaines de la politique extérieure et de la défense, puis dans tous les domaines. Il se comportait comme si tous ses pouvoirs étaient des pouvoirs propres.

46 En période de cohabitation, la majorité n'étant plus soumise au président, elle devrait exiger un strict respect de la Constitution et donc la disparition de tous les abus de pouvoir présidentiels antérieurs. Le phénomène majeur de la cohabitation est en effet le retour à la lettre de la Constitution. On redécouvre le sens de la Constitution. La distinction entre pouvoirs propres et pouvoirs partagés est, pour l'essentiel, enfin effective : le président ne dispose plus que de ses pouvoirs propres, les compétences soumises à contreseing sont des pouvoirs réels du Premier ministre, pour lesquels le président peut seulement exercer sa mission de surveillance et plus personne n'ose prétendre qu'il pourrait révoquer le Premier ministre. La politique nationale est conduite par le gouvernement sous la direction du Premier ministre.

Cependant, le problème juridique majeur est que ce retour n'a pas été total. Deux catégories de concrétisations organiques de la Constitution par le président ont posé un problème juridique majeur, les veto présidentiels et le maintien de pouvoirs présidentiels importants dans le prétendu « domaine réservé ».

D'une part, le président est parvenu à s'octroyer plusieurs « droits » de veto en refusant de signer des ordonnances et des décrets de nomination délibérés en Conseil des ministres, et en refusant la convocation du Parlement en session extraordinaire. Certains semblent en outre tenter de lui octroyer un droit de veto sur la révision de la Constitution,

parlementaire, les principes d'interprétation du régime parlementaire doivent continuer à s'appliquer. On ne saurait invoquer la spécificité des régimes dits « semi-présidentiels » d'Europe occidentale pour prétendre qu'ils imposent un nouveau principe d'interprétation, car ils fonctionnent tous dans un système parlementariste (dans lequel la politique nationale est déterminée et conduite par le gouvernement responsable devant le Parlement et non par le président) à la seule exception du domaine diplomatique en Finlande.

alors qu'il n'a pas le droit de s'opposer à une révision qui serait souhaitée par le Peuple et les deux chambres du Parlement. Or tous les modes d'argumentation juridique vont dans le même sens, ces veto sont inconstitutionnels. En premier lieu, l'*interprétation sémiotique* est claire, l'indicatif présent valant impératif en droit français, sauf exception expresse contraire. Le président est donc tenu de signer les actes délibérés en Conseil des ministres, de convoquer le Parlement en session extraordinaire et de laisser se dérouler la procédure de révision de la Constitution qui serait engagée à l'initiative des parlementaires¹³. En second lieu, l'*interprétation génétique ou historique* est limpide, lorsque ces questions ont été évoquées dans les discours présentant la Constitution et durant les travaux préparatoires, il y est évident pour tous que la compétence présidentielle est liée¹⁴. En troisième lieu l'*interprétation systémique* conforte encore ce point de vue¹⁵. Si l'on avait voulu donner un pouvoir de décision au président, soit on aurait adopté une formulation permissive, du type « le président peut... » (comme dans l'article 11) ou « le président décide » (comme dans l'article 89 pour le choix entre le référendum et le Congrès, mais pour ce choix seulement), soit on aurait dispensé ces pouvoirs de contreseing. En quatrième lieu, l'*interprétation fonctionnelle ou téléologique* va encore dans le même sens¹⁶. Tous ces

47

13. Le général de Gaulle en était bien conscient puisqu'il l'avait rappelé. Quand le Code de la route prévoit que l'on conduit à droite, cela ne signifie pas que l'on peut conduire à droite ou à gauche selon sa fantaisie, mais que l'on est tenu de rouler à droite. Quand la Constitution prévoit que « le président de la République signe les décrets » (art. 13 C) ou que « 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 » (art. 29 C), il est tenu de le faire. Précisons en outre que l'absence de délai dans le texte n'implique nullement l'absence d'obligation mais au contraire une obligation d'agir sans délai, donc rapidement.

14. L'auteur juridique de la Constitution étant le Peuple, c'est sa volonté que l'on doit rechercher à travers les éléments qui ont déterminé son jugement (soit directement, soit à travers l'information donnée aux personnes qui ont éclairé son jugement) comme les déclarations des rédacteurs du texte ou les travaux préparatoires de la Constitution (c'est en ce sens que leur utilisation est pertinente, même s'ils sont différents des travaux préparatoires d'une loi). Lors de son discours présentant le projet de Constitution devant le Conseil d'État, le 27 août 1958, Michel Debré avait précisé que « des sessions extraordinaires peuvent être décidées à la volonté du gouvernement ou de la majorité du Parlement » (souligné par nous) ; pour les ordonnances il a été affirmé au comité consultatif constitutionnel que le président de la République ne peut pas se refuser à signer les décrets et les ordonnances délibérés en Conseil des ministres.

15. On prend en considération d'autres articles de la Constitution pour qu'ils s'éclaircissent les uns les autres et l'on utilise des arguments du genre *a contrario*, *a fortiori* ou par analogie.

16. On ne se réfère pas à l'intention de l'auteur, mais on recherche selon quelle interprétation le texte doit aujourd'hui être lu pour remplir rationnellement sa fonction dans le

actes étant *soumis à contreseing*, le président n'avait pas le droit de s'arroger un pouvoir de codécision alors que la Constitution confie le pouvoir de décision exclusivement au gouvernement dirigé par le Premier ministre, et ceci quel que soit le domaine concerné. Tous ces actes d'application sont bien des violations de la Constitution.

48 D'autre part, le président prétend pour le moins codiriger, voire diriger la politique nationale dans les domaines de la défense et de la diplomatie, le prétendu « domaine réservé ». Cela est inacceptable en droit et d'autant plus problématique en fait et en droit que la diplomatie, *via* la politique européenne en particulier, peut en réalité concerner pratiquement tous les secteurs de la politique nationale. Chacun sait que la théorie du « domaine réservé » a été inventée par Jacques Chaban-Delmas en 1959 pour tenter de limiter les abus de pouvoir présidentiels aux seuls domaines de la défense et de la diplomatie. Cette théorie qui est dépourvue de tout fondement juridique solide a d'ailleurs été niée par la plupart des juristes. A l'exception de la faculté offerte au président de saisir le Conseil constitutionnel à propos d'un engagement international (art. 54) et des pouvoirs de crise (art. 16), tous les pouvoirs accordés par la Constitution au président dans ce domaine sont soumis à contreseing. Ce sont donc des compétences qui appartiennent en réalité exclusivement au Premier ministre. Là encore, si l'on avait voulu établir un pouvoir personnel du président, on les aurait dispensées de contreseing. Si l'on avait même seulement voulu donner au président un pouvoir de codécision, on l'aurait prévu expressément. Tous les arguments fondés sur le fait que la Constitution dispose que le président « est le chef des armées », « accrédite les ambassadeurs » pour prétendre qu'il a des compétences réelles sont dépourvus de portée puisque ce sont des pouvoirs soumis à contreseing. D'ailleurs, ce ne sont que les

premier cas, pour assurer l'effectivité de l'objectif recherché dans le second cas. Ainsi, pour les actes soumis à contreseing, le président ne peut refuser sa signature qu'en cas d'inconstitutionnalité manifeste. De même, l'argument selon lequel l'exigence constitutionnelle d'un ordre du jour déterminé pour la convocation du Parlement donnerait au président un pouvoir d'appréciation sur cet ordre du jour n'est pas recevable, car l'objectif de la règle est seulement de permettre au président de veiller à ce que, par ce biais, le Parlement ne siège pas en permanence mais se réunisse exceptionnellement pour régler une ou quelques questions ; le président n'a donc le droit de refuser la convocation qu'en l'absence d'un ordre du jour déterminé. Pour la révision de la Constitution toute la logique de la procédure impose soit l'accord du législatif et de l'exécutif, soit l'accord du législatif et du Peuple (comme Michel Debré l'avait d'ailleurs souligné en 1962 : « 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 », AN p. 3223).

formules traditionnelles des III^e et IV^e Républiques qui avaient été marquées par l'impuissance présidentielle¹⁷. Certains observateurs ont cru pouvoir déduire des pouvoirs accordés au président en matière nucléaire par un décret qu'ils impliquaient nécessairement une prééminence présidentielle en ce domaine. Étrange renversement de la pyramide des normes qui consiste à déduire la règle constitutionnelle d'un décret ! L'argument est évidemment insoutenable, c'est sur la légalité du décret qu'il conviendrait de s'interroger. La Constitution prévoyant que le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation, sans préciser selon les domaines, sans exclure le prétendu « domaine réservé », dans ce domaine comme dans les autres, le pouvoir de décision appartient exclusivement au gouvernement¹⁸.

Tous ces actes d'application de la Constitution sont donc clairement des violations de la Constitution. Si certains auteurs ont cru pouvoir affirmer le contraire, c'est soit parce qu'ils se basaient sur la conception pseudo-réaliste de la Constitution, dont nous avons vu qu'elle doit être écartée¹⁹, soit parce qu'ils ont cru que l'élection présidentielle au suffrage universel direct suffisait à modifier les principes d'interprétation de la Constitution, ce qui, nous l'avons constaté, n'est pas non plus un argument recevable²⁰. Si l'on estime qu'il est souhaitable de modifier les règles constitutionnelles, alors on doit réviser la Constitution selon la procédure prévue afin que le Peuple se prononce expressément sur ce point, directement ou par l'intermédiaire de ses représentants. Mais ni les gouvernants ni la doctrine ne peuvent prétendre s'arroger le pouvoir

49

17. Cf. Claire Planton, *Le Président, la Politique étrangère et la Défense*, thèse, Paris, 1994.

18. Pour une analyse plus approfondie, cf. notre livre cité, p. 215 *sq.*

19. Certains auteurs ont cru pouvoir affirmer que, puisque ces violations avaient eu lieu plusieurs fois, elles auraient été admises implicitement par le Peuple. Quand bien même le président violerait la Constitution tous les jours, il ne modifierait pas la norme constitutionnelle et ces violations resteraient toujours aussi inacceptables. Ni la coutume ni les conventions ne sont prévues par le texte de notre Constitution comme étant des sources du droit constitutionnel. Si le Peuple a adopté une Constitution qui prévoit une procédure de révision lourde, afin de garantir, après mûre réflexion, l'accord de certains pouvoirs publics constitutionnels et du Peuple sur le contenu de cette révision, c'est justement pour empêcher les gouvernants de confisquer la souveraineté populaire en modifiant la Constitution selon leur bon plaisir.

20. Cf. *supra* les arguments de droit comparé. De surcroît, en raisonnant par interprétation systémique on constate que si l'on admettait que, dès que le président est élu au suffrage universel direct, tous ses pouvoirs deviennent des pouvoirs propres ou des pouvoirs partagés, le président pourrait paralyser la politique gouvernementale et donc la volonté de l'Assemblée élue contre lui dans tous les domaines. Le caractère inacceptable de cette interprétation, au regard de l'exigence des principes démocratiques, est alors encore plus évident.

de modifier la norme constitutionnelle adoptée par le Peuple souverain. Le pouvoir constituant du Peuple ne se suppute pas, il doit s'exprimer clairement et il doit être respecté par tous. C'est le principe le plus élémentaire de l'État de droit démocratique.

Comment de telles violations ont-elles été possibles, pourquoi ont-elles été acceptées ?

Analyse causale de ces écarts : des interactions complexes

On peut en premier lieu rechercher les causes des écarts entre norme constitutionnelle et actes d'application dans le système de variables déterminantes. Évoquons les plus importantes.

50 Parmi les contraintes qui ont favorisé les violations de la Constitution, soulignons les *habitus* et les idées qui ont exercé une influence sur tous les acteurs, avant d'évoquer succinctement les principaux éléments à l'œuvre pour chacun d'entre eux.

Trois convictions généralisées ont favorisé les excès de pouvoir présidentiels et la complaisance de la majorité et du gouvernement à leur égard, freinant le retour à la norme constitutionnelle. D'abord, l'habitude de la toute-puissance présidentielle est tellement généralisée que chacun conçoit difficilement que les institutions puissent fonctionner autrement, au point que c'est le retour à la norme qui paraît anormal. L'observation de pratiques répétées que l'on croyait être juridiques (donnant l'illusion d'une coutume) ou l'idée de convention de la Constitution interne à la classe politique sont ici intéressantes en tant qu'éléments du système de variables déterminantes dépourvus de valeur juridique. Ensuite, l'identité de vues entre président et majorité parlementaire avait tellement été présentée comme une condition de survie du régime que la crainte d'une crise et la volonté de l'éviter, très claires dans les sondages, aboutissent à une donnée étrange : dans ce duel au sommet, le premier qui agresse l'autre est mort. Or, du fait des *habitus*, le simple rappel au respect du texte pouvait faire figure d'agression, tant la norme constitutionnelle était ignorée. Ceci est particulièrement flagrant dans le prétendu « domaine réservé ». Enfin, cette situation étant présentée comme anormale et dangereuse, chacun est convaincu qu'elle sera exceptionnelle et brève. La troisième cohabitation aurait dû impliquer une évolution sur ce point puisqu'elle pourrait durer cinq ans et non pas deux, mais cela ne semble pas avoir limité la complaisance gouvernementale.

Les conceptions institutionnelles de chacun ont également joué contre le respect de la norme. Si la cohabitation avait eu lieu en 1978, le retour à la Constitution aurait été beaucoup plus important qu'il ne le

fut en 1986. La gauche, toujours écartée du pouvoir, n'avait cessé de s'indigner du « coup d'État permanent » et avait annoncé qu'elle exigerait un strict respect de la Constitution, et le président avait admis qu'il ne disposerait plus que de ses pouvoirs propres. Mais, en 1986, la majorité dirigée par celui qui se présente comme le fils spirituel du Général est mal placée pour dénoncer les violations gaulliennes de la Constitution, et la gauche, qui a savouré les délices du présidentielisme, entend bien les préserver. En 1997, les positions sont symétriques, Lionel Jospin pouvant difficilement contester la pratique mitterrandienne et Jacques Chirac étant gaullien. La guerre d'Algérie avait fait accepter les abus de pouvoir du Général, la guerre du Kosovo permit à Jacques Chirac d'entretenir l'illusion de sa prééminence.

L'interprétation constitutionnelle qui conduira chaque acteur à adopter ou à tolérer des actes d'application contraires à la Constitution est aussi déterminée par sa personnalité, sa popularité et sa situation par rapport à son parti, qui vont le conduire à adopter telle ou telle stratégie.

L'habileté politique de Mitterrand a permis à celui qui fut jadis le mentor du parlementarisme d'être plus présidentialiste que de Gaulle entre 1981 et 1986, et de rester alors que le Général serait sans doute parti en 1986. Rester, oui, mais sans se soumettre ni se démettre. Excéder ses pouvoirs juste assez pour gêner le gouvernement, pas trop ou sur des questions aux conséquences concrètes minimales ou consensuelles pour éviter de faire figure d'agresseur. Il guette l'affaiblissement de la popularité du gouvernement, jouant le tribun, fort de la soumission du parti dont il entend rester le champion pour la présidentielle durant la première cohabitation, affaibli par la maladie et l'abandon progressif de ceux dont il n'est plus l'avenir durant la deuxième. Jacques Chirac devenu président tire tous les profits de l'excessive soumission qui fut la sienne quand il était chef du gouvernement de la première cohabitation. Il utilise ces précédents. L'inaction agrémentée de quelques critiques en politique intérieure, une présence difficilement contestable sur la scène internationale et en matière de défense sont gages d'une popularité remarquable et d'une image d'arbitre veillant à l'unité nationale pour la prochaine présidentielle.

Chacun des trois Premiers ministres visant la présidence de la République, aucun ne songe sérieusement à désarmer celui qu'il rêve d'être demain. Le premier tape parfois du poing puis s'incline, le second esquive, le troisième tente d'éviter les conflits et réagit un peu tard, alors qu'il était le mieux armé de tous.

La majorité de l'Assemblée, unie par sa faiblesse durant la première cohabitation, plus équilibrée sous la deuxième et affaiblie par sa division malgré sa force durant la troisième cohabitation, fut largement soumise aux mêmes contraintes que son Premier ministre. L'avènement d'une cohabitation à la suite d'une dissolution était la configuration la plus favorable à une soumission présidentielle, la mise en jeu de la responsabilité politique du président étant ici la plus flagrante. Mais la force des précédents mitterrandiens et la crainte de la désunion l'emportèrent sur la raison, qui eût été d'exiger plus fermement un retour à la Constitution.

L'opinion publique fut diversement analysée. Sa ferveur cohabitationniste dut être nuancée, les citoyens se résignant à la cohabitation plutôt que la choisissant, mais goûtant sans doute une nouvelle répartition entre pouvoir majoritaire et pouvoir d'opposition, chacun se sentant représenté. On y décela des constantes : la volonté d'éviter une crise, la sanction des agressions, l'approbation de la limitation de la fonction présidentielle – surtout chez les opposants au président. On doit aussi en souligner les évolutions. Les citoyens s'adaptant à la nouvelle répartition des pouvoirs et l'approuvant de plus en plus, de nouveaux habitus vont progressivement remplacer ceux qui résultaient du présidentielisme. Mais lentement, car, illusion de la force du droit ou principe de confiance légitime, les citoyens ont tendance à croire que l'application de la norme est conforme à la Constitution.

Dès 1978, la doctrine avait prévenu chacun : en cas de cohabitation, le président serait la reine d'Angleterre, avec le droit de dissolution en plus. S'il s'avisait d'abuser de ses pouvoirs, notamment en faisant persister la pratique du « domaine réservé », ce serait une trahison de la Constitution. Le bréviaire de la cohabitation de 1986 fut beaucoup plus œcuménique. Très sollicitée durant la première cohabitation pour s'adresser à l'opinion publique dans les médias, la doctrine fut bien moins invitée à s'exprimer ensuite, toujours à cause de ce fameux culte du précédent, qu'elle avait elle-même largement contribué à forger. Las de jouer les Don Quichotte, ou convaincus de la pertinence d'une pratique apte à éloigner le spectre déformé de la IV^e République, la plupart de ses ténors s'étaient résignés à décrire et/ou légitimer les entorses faites à la Constitution. Silences et acquiescements précieux pour les gouvernants qui en jouent et en abusent, ainsi de M. Balladur lorsqu'il prétendit que la doctrine était unanime à reconnaître au président le droit de refuser une convocation du Parlement en session extraordinaire, alors que cela avait été vivement contesté par une partie de la

doctrine²¹. Le plus surprenant fut l'acharnement de certains auteurs à affirmer après 1986 que la meilleure interprétation de la Constitution était la vision présidentialisée d'antan. Pour l'essentiel, non seulement la doctrine n'a pas suffisamment joué son rôle de contre-pouvoir critique si nécessaire dans une démocratie, mais encore son attitude a contribué à modifier l'image de la norme, donnant l'impression que des actes contraires à la Constitution lui étaient conformes.

Les médias, reproduisant les *habitus*, les positions doctrinales et politiques dominantes, ne furent guère critiques non plus. En juin 1999, on ne peut qu'être pantois en lisant dans la presse que « le président a refusé la révision de la Constitution » alors qu'en réalité il a refusé d'en prendre l'initiative, ce qui est très différent. Une nouvelle fois, l'image de la norme constitutionnelle est déformée par l'illusion de la puissance présidentielle.

53

En second lieu, c'est surtout dans la combinaison entre les éléments du régime politique et ceux du système de variables déterminantes que l'on va trouver la clé de la spécificité française marquée par l'insuffisante effectivité des normes constitutionnelles. Ce qui a déterminé la surpuissance présidentielle même en période de cohabitation a été la contrainte combinée entre l'élection du président de la République au suffrage universel direct, le fait qu'un droit de dissolution quasi discrétionnaire soit confié au président de la République et non pas au Premier ministre, un mode de scrutin majoritaire aux élections législatives et enfin le poids des *habitus*, particulièrement lourd en France. C'est cette combinaison qui a permis au président de la République de se soumettre la majorité parlementaire et le gouvernement depuis 1962. Même lorsqu'il n'est pas utilisable immédiatement, pour des motifs juridiques ou politiques, le droit de dissolution reste une contrainte très lourde, chacun sachant que le président risque de l'utiliser prochainement pour restructurer la vie politique autour de lui. Ainsi, il incite la majorité à se soumettre au président et non au Premier ministre hors période de cohabitation, et à être complaisante à l'égard des violations de la Constitution en période de cohabitation. C'est pour cette raison que les partis politiques présentent leur leader à la fonction de président

21. En 1960, le refus de convocation du Parlement en session extraordinaire avait provoqué un véritable tollé de la part de la doctrine pratiquement unanime, et, en 1991, parmi d'autres juristes, nous avons rappelé l'inconstitutionnalité de cette pratique (*op. cit.*).

et non (sauf cohabitation) à celle de Premier ministre comme dans la plupart des autres régimes bireprésentatifs de l'Union européenne. Une dynamique s'est créée. La présidence étant devenue le lieu de pouvoir le plus important, c'est à ce poste que l'on présente le leader de la majorité politique et c'est donc au président, chef politique armé du pouvoir de dissoudre l'Assemblée, que se soumet la majorité et, par conséquent, le Premier ministre. Ce déséquilibre rendant possibles des entorses régulières à la Constitution, la doctrine elle-même finit par se résigner. Les habitus ainsi créés favorisent à leur tour la surpuissance présidentielle. Le droit de dissolution, arme majeure du pouvoir modérateur, est alors utilisé comme arme politique sous prétexte que la cohabitation nuit à la puissance présidentielle présentée comme inhérente au régime.

54 C'est l'interaction de tous ces éléments qui a permis au président d'imposer aux autres acteurs une interprétation très contestable de la Constitution en adoptant des actes d'application non conformes à la lettre de la Constitution.

Le fonctionnement du régime dans des systèmes politiques alternativement présidentielistes (1962-1986 ; 1988-1993 ; 1995-1997) et parlementaristes (1986-1988 ; 1993-1995 ; 1997) crée une dynamique entre chacun d'eux et entre ces ensembles, dont les effets peuvent être importants pour l'image de la norme constitutionnelle et donc pour les interprétations qui pourront en être données à l'avenir. Les précédents créés par chaque cohabitation viennent s'inscrire dans le système de variables déterminantes des systèmes politiques suivants. D'une cohabitation à l'autre, la prise en compte des précédents inconstitutionnels de la première coexistence a été beaucoup trop importante et a freiné le retour au texte. Entre les cohabitations et les systèmes présidentielistes, même si le réflexe de chacun a été de revenir aux pratiques d'antan en écartant les précédents marqués par le retour à la Constitution, l'expérience de la cohabitation a freiné la présidentialisation. Conscients de la popularité d'une présidence arbitrale, les candidats à la présidentielle se sont présentés comme voulant être des arbitres, et c'est sur ce programme qu'ils ont été élus, tant en 1988 qu'en 1995. Les premiers mois de leur mandat ont été moins présidentielistes qu'avant les cohabitations, même si bientôt le déséquilibre des institutions les a incités à redéployer leurs excès de pouvoir. Si la nouvelle cohabitation dure jusqu'en 2002, il est fort possible que l'évolution des habitus qu'elle impliquera aura une influence à long terme sur nos institutions, même hors des périodes de cohabitation.

*Analyse des conséquences des violations de la règle :
un système déséquilibré*

Contrairement à ce qui a été affirmé, les problèmes posés par la cohabitation ne s'expliquent pas par le retour à la Constitution, mais au contraire par le refus de la respecter intégralement. Si la Constitution avait été suivie à la lettre durant les cohabitations, nos institutions auraient pu fonctionner de manière assez satisfaisante, tant du point de vue de l'équilibre des pouvoirs que de celui de la démocratie. Si le président n'avait prétendu exercer un pouvoir de codécision sur les décrets de nomination en Conseil des ministres, nul n'aurait pu invoquer sa coresponsabilité dans le choix du préfet Bonnet. Si le pouvoir de décision du seul gouvernement était reconnu par tous en matière de défense et de diplomatie, il n'y aurait pas lieu de craindre une crise grave.

55

Le bilan des relations entre cohabitation et Constitution montre donc que la coexistence n'a pas permis le rééquilibrage de nos institutions qui en était attendu. Elle a fait perdurer, sous une forme différente, le déséquilibre au profit du président. Deux déséquilibres affectent nos institutions : celui qui existe entre les pouvoirs, au profit du président, et celui qui est la cause du premier, qui est un déséquilibre interne à la fonction présidentielle. Le déséquilibre fondamental de nos institutions est celui qui existe entre légitimité, responsabilité et pouvoirs présidentiels. Les abus de pouvoir du général de Gaulle avaient été contestés mais avaient pu s'imposer parce qu'il remettait régulièrement sa responsabilité en cause, s'assurant ainsi d'une forte légitimité. Par la suite, les présidents ont voulu conserver les abus de pouvoir, mais sans la responsabilité et même avec une légitimité très affaiblie. Même en période de cohabitation, les pouvoirs que le président parvient à exercer en fait sont très excessifs au regard de sa légitimité et de sa responsabilité. N'est-il pas curieux pour l'équilibre des pouvoirs et pour l'alternance nécessaire en démocratie qu'un président élu tous les sept ans et dont la politique a été clairement désavouée par le Peuple puisse imposer ses vues dans de très nombreux domaines à la majorité qui a été élue contre lui ? Il est plus puissant que le président des États-Unis hors cohabitation et reste doté d'une arme qui n'appartient pas au président d'outre-Atlantique même en période de coexistence, le droit de dissolution.

Il est possible que les citoyens soient favorables à un système présidentieliste, celui-ci ou un autre, mais ceci suppose une révision de la Constitution. En l'état, la Constitution adoptée par le Peuple n'est pas respectée par les gouvernants.

*Analyse prospective des solutions envisageables :
des relations évolutives*

Il est possible que l'évolution lente des habitus et de plusieurs facteurs (remise en cause de la domination du président sur son parti, éclatement du système politique sous l'effet de la proportionnelle utilisée aux européennes et aux régionales, renoncement à l'usage du droit de dissolution à la suite de l'échec de 1997...) conduise à un retour progressif à la Constitution, sans qu'il soit nécessaire d'intervenir. Mais cela paraît assez peu probable du fait du système de contraintes que l'on a décrit.

56 On peut donc suggérer d'agir soit sur le système de variables déterminantes, soit sur le régime politique. Le renoncement au scrutin majoritaire favoriserait une « déprésidentialisation », mais risquerait de générer l'implosion du système de partis et de favoriser l'instabilité gouvernementale.

La révision de la Constitution a déjà été suggérée dans plusieurs directions intéressantes, notamment par le comité Vedel. L'essentiel est de savoir quel type de présidence on souhaite : arbitrale, directive, ou tantôt arbitrale et tantôt directive, et de se donner les moyens de vérifier que, quel que soit ce choix, il permettra d'assurer un équilibre suffisant pour éviter les excès de pouvoir soit du président soit du Parlement. En toute hypothèse, c'est au Peuple qu'il appartient d'en décider, la doctrine pouvant seulement éclairer son jugement sur les conséquences probables des différentes options.

Si l'on opte pour une présidence directive, cherchant à constitutionnaliser la pratique présidentialiste, le quinquennat s'impose pour réduire le déséquilibre observé en renforçant la légitimité et la responsabilité présidentielles. D'une part, cependant, non seulement cela ne règle pas la question de la cohabitation mais risque au contraire de la rendre plus aiguë et, d'autre part, si cette révision n'est pas accompagnée d'autres mesures, les pouvoirs resteront encore déséquilibrés au profit du président.

Si l'on préfère une présidence arbitrale, visant à garantir le respect de la Constitution, plusieurs solutions sont envisageables. On peut d'abord tout simplement améliorer la rédaction du texte sur des points qui ont été contestés, et/ou préciser dans le texte les principes d'interprétation qui étaient incontestablement les siens au moment de son adoption et qui ne sont nullement incompatibles avec l'élection du président au suffrage universel direct, comme le montre le droit comparé. Ainsi du principe selon lequel les compétences présidentielles soumises à contreseing sont des compétences réelles du seul gouvernement. On peut aussi, de

manière cumulative ou alternative, étendre les compétences du Conseil constitutionnel. Le renoncement à l'élection du président au suffrage universel direct paraît peu probable du fait de son impopularité. On peut surtout, et cela ne semble pas avoir été envisagé, régler le problème en s'attaquant à sa source : le droit de dissolution. Afin que la vie politique reste suffisamment structurée, mais qu'elle le soit enfin autour d'un gouvernement stable et non plus autour du président, il faudrait que ce droit soit, comme dans la plupart des régimes parlementaires, une prérogative appartenant en réalité au Premier ministre²². Le président resterait un arbitre doté de pouvoirs importants, mais il ne pourrait plus en abuser.

La cohabitation a révélé la Constitution, ses faiblesses, et celles des hommes dont elle devrait limiter les pouvoirs. Dans un État de droit, par définition, la règle constitutionnelle doit être respectée. Sa violation par les gouvernants est explicable peut-être, mais elle est inacceptable. Que l'on critique la Constitution, que l'on souhaite sa révision, est normal, voire nécessaire dans une société démocratique. Que l'on viole le texte en vigueur ne l'est pas.

57

22. Dans la plupart des régimes parlementaires, ce droit appartient au Premier ministre même s'il est une compétence formelle du président, car il est soumis à contreseing et/ou conditionné par une proposition du Premier ministre. Notons qu'au Portugal ce droit appartient au président, mais il est beaucoup moins efficace qu'en France puisqu'il fonctionne avec un scrutin proportionnel. On peut aussi concevoir de préserver une compétence présidentielle en ce sens, mais en l'encadrant très strictement, comme en Allemagne. Précisons que l'on ne reviendrait pas aux errements de la IV^e République pour plusieurs raisons : le scrutin majoritaire, la disparition des habitus qui avaient discrédité ce droit, la rationalisation de la V^e République, une organisation plus adaptée de ce droit.

R É S U M É

L'analyse des relations entre cohabitation et Constitution a permis d'élaborer et d'appliquer une méthode juridique pour l'étude de la relativité de l'effectivité des règles. Elle montre que la Constitution a pu être violée même en période de cohabitation et que la cause fondamentale de cette ineffectivité de la Constitution réside dans la combinaison de plusieurs contraintes autour du droit de dissolution. Pour garantir le respect de la Constitution, il sera peut-être nécessaire de la réviser sur ce point.