

PIERRE AVRIL

Une revanche du droit constitutionnel?

Quand on compare la ferveur qui entoure aujourd'hui la Constitution à l'accueil maussade que lui réserva la doctrine en 1958, on se demande quelle alchimie a pu métamorphoser les vieilleries inopérantes de naguère en ce document référentiel, charte de l'Etat de droit et régulateur de nos désordres politiques. Disgraciée à la naissance, cette Constitution passait de surcroît pour avoir été tellement violentée dans ses jeunes années qu'elle y avait laissé crédibilité et respectabilité, et il ne fut bientôt plus question que de ce qui la remplacerait : régime présidentiel ou retour à la IV^e République ? Un premier revirement se manifesta après que l'essor du contrôle de conformité (consécutif, il est vrai, à la révision de 1974) eut révélé qu'elle existait, au moins en ce qui concerne la production normative. Mais il fallut attendre l'alternance de 1981 et, surtout, la dyarchie de 1986 pour que sa validité politique fût enfin reconnue. On la prend donc désormais au sérieux, mais elle revient de loin. De si loin ?

I / A la veille de 1958, Georges Burdeau exprimait le sentiment désabusé de la doctrine en qualifiant de « survivance » la notion de constitution, tant la réalité des régimes semblait ignorer le droit, et il trouvait dans ce scepticisme la justification de la vogue dont commençait à jouir la jeune science politique¹. Précisément, Georges Vedel expliquait à la même époque qu'il était vain de prétendre réformer la IV^e République en cherchant à imiter, par les artifices

1. G. Burdeau, Une survivance : la notion de constitution, dans *L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 53.

du parlementarisme rationalisé, le modèle britannique, parce que celui-ci repose en fait sur un système de partis simple et vigoureux : faute de disposer d'un tel système, il fallait plutôt s'inspirer du régime américain où l'exécutif émane directement du suffrage populaire. C'était également l'exécutif élu que retenait Maurice Duverger, mais en partant de l'idée que, puisque le *two-party-system* aboutit pratiquement au choix du Premier ministre par les électeurs, il conviendrait de reproduire ce processus en faisant élire le chef du gouvernement au suffrage universel. Non seulement on contournerait ainsi l'obstacle du multipartisme français, mais la combinaison de l'élection populaire et de la dissolution inciterait à la formation de majorités d'alternance en réintégrant l'électorat communiste dans le jeu.

Négligé en 1958, ce « révisionnisme des professeurs »² a pris une éclatante revanche après 1962, car il préfigurait exactement les lignes de force de la V^e République que rien ne laissait présager dans le texte originel, lequel juxtaposait les inspirations en un assemblage hétéroclite dont la tonalité d'ensemble évoquait surtout les projets de réforme de l'Etat des années trente³. Relevant l'« archaïsme » des concepts utilisés par les rédacteurs de 1958, praticiens peu attentifs à la science politique moderne et apparemment imbus des mythes de la séparation des pouvoirs et du régime parlementaire tel qu'on l'enseignait avant la guerre, le doyen Vedel a avancé à ce propos une hypothèse. Peut-être, observait-il au colloque d'Aix-en-Provence sur *L'Ecriture de la Constitution*, la modernisation ne peut-elle se réaliser qu'en empruntant le détour de l'archaïsme : pour inventer l'automobile, on ne pouvait que mettre un moteur sur un fiacre ! Et Maurice Duverger de prolonger la métaphore en soulignant que ce qui importe alors, ce n'est pas la carrosserie du fiacre mais le moteur...

Dans une telle perspective, le texte de 1958 ne serait que l'habillement désuet qui a couvert (à l'insu de ses promoteurs ?) la transformation fondamentale réalisée en 1962. Remettant la V^e République sur ses pieds, l'élection du Président au suffrage universel a du même coup apporté cohérence et légitimité à une pratique jusque-là arbitraire, et restitué progressivement à la Constitution la respectabilité qui lui avait été déniée. Comme la Lucrèce de Giraudoux, endormie martyre, elle se réveillait vierge !

2. P. Avril, Les débats de 1962, dans *L'élection du chef de l'Etat en France de Hugues Capet à nos jours*, Beauchesne, 1988. p. 173. Sur l'ensemble, voir O. Duhamel *La gauche et la V^e République*. PUF. 1980.

3. J. Gicquel, *Le problème de la réforme de l'Etat en France en 1934*, PUF, 1965.

La préhistoire de la V^e République prend alors fin, et le nouveau régime déploie ses virtualités : rôle directeur de l'élection présidentielle, fait majoritaire, bipolarisation qui annonce l'alternance, puis, avec la métamorphose du Conseil constitutionnel, apparition d'un pouvoir régulateur de cette force politique neuve. Tout s'enchaîne conformément au théorème de Georges Vedel (le régime présidentiel est institué par une procédure, tandis que le régime parlementaire dépend du système de partis) comme aux déductions de Maurice Duverger sur les reclassements politiques. Le constitutionnaliste saura gré en tout cas à la V^e République d'avoir montré comment les institutions transforment les comportements en fournissant une illustration décisive à la théorie de la production constitutionnelle des partis⁴.

II / L'interprétation de la V^e République comme malentendu rectifié par la nature des choses peut se réclamer de la formule de Raymond Aron paraphrasée par Jean-Luc Parodi : les hommes font les constitutions, mais ils ne savent pas les constitutions qu'ils font. En termes de forces, de leviers et d'engrenages, cette espèce de mécanique institutionnelle rend compte de la transformation du régime selon une logique politique sans rapport avec l'incertaine logique juridique de la Constitution initiale, et nul ne contestera la pertinence d'une aussi éclatante démonstration. Mais la cause est-elle si complètement entendue que le droit constitutionnel ne puisse faire appel du procès en paternité gagné par la science politique en première instance, afin qu'il soit reconnu que l'enfant était aussi le sien ?

Le moyen invoqué se fonde sur le fait que la révision de 1962 fut un aboutissement avant d'être un commencement, une conséquence avant d'être une cause. L'enjeu explicite du référendum du 28 octobre était en effet la pratique constitutionnelle si contestée du général de Gaulle⁵ dont la ratification populaire valait quitus pour le passé, confirmation pour le présent et consécration pour l'avenir,

4. La thèse de la production constitutionnelle des partis présentée dans nos *Essais sur les partis* (LGDJ, 1986) est également sous-jacente dans l'ouvrage de L. D. Epstein, *Political Parties in the American Mold*, The University of Wisconsin Press, 1986.

5. Le général de Gaulle avait imposé dès l'origine cette pratique : à son Premier ministre, dont le discours du 27 août 1958 au Conseil d'Etat (texte dans J.-L. Quermonne, *Le gouvernement de la France sous la V^e République*, Dalloz, 1987, 3^e éd., p. 647) atteste qu'il avait une conception du Président-qui-sollicite-les-autres-pouvoirs-et-ne-décide-pas quelque peu différente, comme aux partis qui la contestaient de plus en plus vivement.

grâce à l'élection du chef de l'Etat au suffrage universel qui devait la rendre irréversible. Après avoir réaffirmé que « la clé 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 »⁶, le Général procéda, pour le démontrer, à la lecture des articles 5, 8, 9, 13, 52, 15 et 16 dont il donna le 20 septembre l'interprétation authentique au sens de Kelsen, c'est-à-dire celle que retiennent les autorités chargées de leur application.

A ce propos, il faut noter que la fameuse définition du 31 janvier 1964 (« Une constitution, c'est un esprit, des institutions, une pratique »)⁷ s'apparente à la conception britannique, selon laquelle la Constitution ne se limite pas aux dispositions juridiques qui attribuent les pouvoirs, mais comprend aussi des règles de nature politique qui déterminent la pratique, conformément à l'esprit selon lequel les pouvoirs ainsi attribués doivent être exercés. Ces « conventions » sont inséparables de la Constitution telle qu'elle s'applique, c'est-à-dire telle qu'elle existe et, sous ce rapport, le « noyau dur » de la V^e République réside moins dans le texte de 1958, qui était susceptible d'interprétations diverses, que dans la convention sur la présidence qu'à coup de précédents le Général a fait triompher de celle qui s'identifiait à la tradition républicaine depuis la « Constitution Grévy ». Ainsi baptisé de manière significative par Marcel Prélot, le message aux chambres de ce lointain prédécesseur avait définitivement consacré la souveraineté parlementaire en 1879, et c'est parce qu'elle rompait avec ce principe⁸ que la pratique gaulienne a provoqué le tollé que l'on sait. L'émoi était d'autant plus vif que l'étendue de la rupture avait été dissimulée par les conditions d'élaboration de la Constitution. Afin d'apaiser les inquiétudes des partis dont le « oui » au référendum de 1958 était nécessaire, on s'était replié sur des rédactions transactionnelles et équivoques, telle la notion d'« arbitrage », où chacun croyait trouver son compte, mais qui laissaient les mains libres au futur Président en lui ménageant les prérogatives adéquates.

La nouvelle convention sur la présidence s'est si bien imposée qu'il n'est pas une seule des « violations » alléguées naguère qui ne

6. Ch. de Gaulle, *Discours et messages*, IV, Plon, 1970, p. 21.

7. *Ibid.*, p. 163.

8. Carré de Malberg qualifie la souveraineté parlementaire de « norme primitive et fondamentale du droit public français », ce qui revient à dire qu'il s'agit d'une norme métajuridique qui ressortit à « l'esprit » de nos constitutions et n'appartient pas au droit positif (*Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés...*, Sirey, 1933, p. 65).

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 1960⁹. La science politique explique que c'est parce que le Président de la République est élu au suffrage universel qu'il peut invoquer une « légitimité » justifiant ces pratiques, mais, historiquement, l'explication est inverse : c'est à cause de ces pratiques que le Président est élu au suffrage universel, l'élection populaire ayant été instituée en 1962 pour incorporer définitivement à la Constitution la convention qui les inspirait. En d'autres termes, l'élection présidentielle n'est pas un corps étranger plaqué sur la Constitution, une espèce d'aérolithe tombé d'une autre planète et qui aurait tout changé, c'est le point d'orgue sur lequel s'achève l'opération entreprise en 1958.

III / L'observation qui précède pose un problème de méthode. La démarche qui inspirait le révisionnisme des professeurs était essentiellement synchronique en ce qu'elle confrontait la IV^e République aux expériences étrangères contemporaines pour montrer que les régimes modernes, dont elle démontait la machinerie, puisent leur énergie dans des rapports plus directs avec le suffrage universel, soit grâce à l'élection directe, soit à travers la médiation du *two-party system*. Ses références étant américaines et britanniques, il était naturel que les solutions préconisées fussent empruntées à ces deux modèles, auxquels le schéma de Bayeux était totalement étranger.

Le discours de Bayeux était certes « anachronique » en ce qu'il se plaçait sur le terrain des principes constitutionnels les plus classiques et ne se référait aux partis que pour en condamner la domination : apparemment un discours du XIX^e siècle. Mais le problème qu'il soulevait remontait précisément à l'établissement de la III^e République, et le renvoi à la modernité se révèle alors d'autant plus trompeur que les caractères du parlementarisme britannique actuel sont contemporains de la « Constitution Grévy » ; ils se formèrent dans les deux dernières décennies du XIX^e siècle, avec l'élargissement du droit de suffrage et l'apparition des grands partis qui enleva aux Communes le choix du Premier ministre pour le transférer au corps électoral, ainsi que l'atteste Bryce dès 1891¹⁰. Ostrogorski

9. Cette *Revue*, n° 45, Chronique constitutionnelle, p. 176.

10. James Bryce, *La république américaine*, trad. franç., Giard et Brière, 1900, t. I, p. 115. Dans sa présentation de *The English Constitution* de Bagehot, parue en 1867, R. H. S. Crossman note que « la politique parlementaire des années 1860 avait beaucoup plus de points communs avec celle de la III^e République qu'avec celle du Parlement britannique au XX^e siècle » (Fontana-Collins, 1963, p. 35).

le confirmera en 1912, le chef du cabinet est « désigné non par le vote de la Chambre, mais par celui du corps électoral »¹¹.

Il faut cependant prendre garde que cette insertion des partis dans le fonctionnement du régime britannique s'est opérée dans le cadre des conventions constitutionnelles relatives au gouvernement de cabinet, Robert McKenzie l'a montré dans son livre classique¹², de telle sorte que l'influence du *two-party system* observée aujourd'hui ne doit pas être interprétée comme une cause première, mais plutôt comme une conséquence de la conception traditionnelle du Gouvernement responsable (*accountability*) adaptée à la nouvelle logique démocratique. Le régime britannique moderne résulte de cette action réciproque dont l'élément originel est de nature constitutionnelle.

C'était donc sur les principes fondamentaux du parlementarisme français qu'il convenait d'agir prioritairement pour réformer le régime, le reste et, notamment, la majorité introuvable, devant être donné par surcroît. Mais comment agir ?

La « Constitution Grévy », qui résumait ces principes, se fondait sur une conception de la représentation à propos de laquelle Carré de Malberg écrit : « Quand une Constitution est partie de l'idée que le Parlement porte en lui la représentation de la volonté générale, il faut s'attendre à ce que cette idée produise ses effets dans tous les domaines de l'organisation des pouvoirs publics »¹³. Avec une telle conception, l'aménagement technique des rapports entre les pouvoirs se révèle subalterne, et illusoires les intentions des constituants de 1875 qui voulaient concilier le postulat de la souveraineté parlementaire avec le souci d'assurer au Président de la République une position telle que l'exécutif ne tombe pas dans la dépendance des assemblées. Illusoires aussi les projets révisionnistes qui prétendirent ensuite lutter contre la domination du Parlement sur le Gouvernement, soit en cherchant à « assainir notre régime parlementaire » (on retrouvera l'expression en 1958) par un retour à une correcte lecture des lois de 1875 (p. 199), soit en renforçant les pouvoirs du Président de la République pour « rétablir la séparation et l'équilibre des pouvoirs » (p. 201). Ne serait-ce pas les illusions de ces « dualistes » de l'entre-deux-guerres que partageaient les rédacteurs de 1958, avec leurs concepts désuets ?

11. M. Ostrogorski, *La démocratie et les partis politiques*, Calmann-Lévy, 1912, p. 306.

12. R. McKenzie, *British Political Parties*, Mercury Books, 1964, p. 639.

13. R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, 1931, reprint Economica, 1984, p. 175.

Avant de répondre, il faut faire le détour par la Constitution de 1946, œuvre de professeurs de droit qui s'inspiraient des derniers enseignements de la doctrine. Ainsi Paul Coste-Floret, rapporteur de la commission de la Constitution : « Nous avons dit que le régime parlementaire, dans sa forme moderne, répudiait le dogme de la séparation des pouvoirs et se fondait sur la distinction et la collaboration des trois fonctions de l'Etat. » Dans un tel régime, le chef de l'exécutif est celui du Gouvernement, non le chef de l'Etat, et le président du conseil des ministres devient, dans le projet, au sens anglais du terme « le Premier ministre », le conseil des ministres formant « le Cabinet »¹⁴. La référence anglaise est donc omniprésente, et si l'on ajoute que les nouvelles institutions étaient appelées à se déployer dans un environnement structuré par le tripartisme, c'est-à-dire par l'alliance des trois grands partis disciplinés qui portaient la Constitution sur les fonts baptismaux, aucun ingrédient ne manquait pour satisfaire les esprits épris de modernité. L'année ne s'était pas écoulée que la IV^e République commençait déjà de ressembler à son aïeule de 1875.

Vainement incriminera-t-on les illusions du parlementarisme rationalisé et les failles des « dispositions très poussées » réglant les rapports du Gouvernement avec l'Assemblée (l'article 49, al. 3 C les perfectionnera plus tard). La question se posait à une tout autre profondeur et c'était donc bien aux sources qu'il fallait remonter. Renouant avec la problématique qui inspirait le révisionnisme de la III^e République, les rédacteurs de 1958 adoptaient apparemment la démarche des « dualistes » de l'entre-deux-guerres en préconisant le retour à la séparation des pouvoirs et la restauration du Président de la République, mais existait-il une autre voie praticable pour atteindre les racines de la souveraineté parlementaire, c'est-à-dire la convention fondatrice du parlementarisme français ?

IV / Le système qu'annonçaient la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 et la Constitution du 4 octobre demeurait équivoque ou, plus exactement, discret sur ses implications nécessaires. Carré de Malberg les avait dévoilées : « Contrairement à la thèse des dualistes qui prétendent assurer l'équilibre entre Parlement et exécutif par des moyens tirés uniquement de la séparation des pouvoirs, une réforme à fin d'équilibre ne peut se réaliser que par des institutions empruntées à la démocratie » (p. 203). Dans ce cas, « la séparation

14. Rapport au nom de la commission de la Constitution, par P. Coste-Floret, Assemblée constituante élue le 2 juin 1946, séance du 2 août 1946, n° II-350.

dualiste de l'Exécutif et du Parlement n'existerait qu'au degré subalterne ; au degré supérieur, l'unité serait assurée par le peuple, devenu l'organe suprême ». Il ajoute plus loin : « Une Constitution démocratique qui ne réunit pas le Gouvernement et la législation dans les attributions du Parlement et qui institue, en face de celui-ci, un Exécutif pourvu de quelque indépendance, sera donc amenée, pour la réglementation des rapports entre les deux autorités, à placer au-dessus d'elles, comme supérieur commun, le souverain populaire : de là, des institutions démocratiques telles que l'élection du chef de l'Exécutif par le peuple... » (p. 218).

On aurait dû prendre garde qu'avant d'énoncer que « le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés », la loi constitutionnelle du 3 juin affirmait que « seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif », comme à l'institution du référendum de l'article 11. Les choses étaient dites, mais à demi-mots. Peu importe d'ailleurs que le général de Gaulle ait eu dès cet instant le clair projet de la suite, comme il l'affirmera dans les *Mémoires d'espoir*, ce qui compte est la logique objective du système mis en place, dont le plus lucide des rédacteurs de 1958 avait pressenti les implications. F. Luchaire notait ainsi, dès le mois de juin : « La séparation des pouvoirs implique que le chef de l'Etat ne procède pas du législatif. Mais le législatif, lui, procède de la nation. Si on veut que le chef de l'Etat puisse jouer pleinement son rôle en face des Chambres, il faut qu'il tienne ses pouvoirs du peuple. Toute autre solution le prive de la base de *légitimité* qui lui est nécessaire pour équilibrer le pouvoir législatif. »¹⁵

Si l'on en doutait, il suffirait de lire la conclusion de *La loi, expression de la volonté générale*. Carré de Malberg y dessine deux voies pour sortir de la souveraineté parlementaire et bâtir un dualisme viable ; l'une, qui met en œuvre le ressort de la démocratie, est l'élection populaire du Président de la République, la dissolution et le référendum ; l'autre, à ses yeux alternative mais que la V^e République a combinée avec la première, consiste à assurer la primauté de la Constitution par « un contrôle juridictionnel s'exerçant sur les lois en vue de vérifier leur conformité à la Constitution », examen qui serait réservé à « une instance d'une qualité très haute, et surtout à une instance unique qui statuerait *erga omnes* » (p. 221).

Ne sont-ce pas là les institutions spécifiques de la V^e République,

15. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1956*, La Documentation française, vol. 1, 1987, p. 309.

qu'une analyse purement théorique désignait quelque trente ans plus tôt comme les instruments appropriés pour sortir d'un parlementarisme absolu, exténué et irréformable ? Mais la question en appelle une autre : comment a-t-on pu négliger en 1958 cette clé théorique de la nouvelle Constitution, qui annonçait de surcroît le prolongement de 1962 ? Sans doute la doctrine française attachait-elle trop exclusivement son attention aux modèles de Londres et de Washington, un compréhensible souci de réalisme lui faisant préférer l'observation des mécanismes contemporains à la pure théorie. Mais on peut aussi penser que Carré de Malberg a été victime de sa référence malheureuse à la Constitution de Weimar comme « exemple intéressant de combinaison du parlementarisme avec la démocratie » (p. 204) : il y avait de quoi disqualifier l'analyse qui aboutissait à de telles conclusions, bien qu'à la réflexion Weimar apparaisse comme la grand-mère indigne de la V^e République.

Quoi qu'il en soit, nous connaissons désormais le modèle théorique du régime que nous pratiquons, qui ne se rattache ni au régime anglais, ni au régime américain, mais s'inscrit dans le fil de notre développement constitutionnel et se suffit à lui-même sous ce rapport. A la lancinante question de sa qualification, le général de Gaulle avait répondu par une boutade : « Disons, si vous le voulez, que notre Constitution est à la fois parlementaire et présidentielle », mais, en congédiant les références étrangères pour retenir « ce que nous commandent à la fois, les besoins de notre équilibre et les traits de notre caractère »¹⁶, ne livrait-il pas la réponse du praticien, laissant aux constitutionnalistes le soin de découvrir ce que Carré de Malberg avait défini comme un « dualisme démocratique » ?

16. Conférence de presse du 11 avril 1961, Ch. de Gaulle, *Discours et messages*, III, Plon, 1970, p. 300.

RÉSUMÉ. — *La révision de 1962 instituant l'élection du Président de la République au suffrage universel passe pour la véritable naissance du régime, qui se fonderait bien plus sur cette assise politique que sur la Constitution. Une autre lecture n'est-elle cependant pas possible à partir de l'analyse théorique que proposait Carré de Malberg au début des années 30 ?*