

## *L'article 5 de la Constitution de 1958, fondement des interprétations constituantes Considérations épistémologiques sur les rapports entre factualité et normativité*

Yann SACCUCCI  
ATER en Droit public<sup>1</sup>

« Quand on dit : *la Constitution !* l'on a raison, *toute la Constitution !* l'on a raison encore, mais lorsqu'on ajoute *rien que la Constitution !* l'on ajoute une ineptie.  
*La Constitution, toute la Constitution, et tout ce qui est nécessaire pour faire marcher la Constitution, cela seul est sensé »*  
Benjamin Constant<sup>2</sup>

« *Le président de la République veille au respect de la Constitution*, tels sont les termes par lesquels s'ouvre l'article 5 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui, en même temps, lui confère la tâche d'assurer par son arbitrage le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat. Si on s'attache plus particulièrement à la première mission, on constate qu'elle est sans précédent dans les Constitutions françaises (...). Inscrite au début d'un article essentiel puisqu'il détermine le rôle du président, personnage central et élément moteur de l'Etat, il importe d'en préciser la portée et le contenu ». C'est ainsi que Pierre Pactet commence son article intitulé « Le président de la République et le respect de la Constitution »<sup>3</sup>.

L'article 5 a soulevé de fortes interrogations quant à sa portée réelle. On sait que nombre d'auteurs ont longtemps dénié à cet article 5 codifiant les missions présidentielles toute portée normative. Il se serait agi d'une sorte de code de déontologie de la fonction présidentielle, d'une obligation morale pesant sur le président sans effet direct. En déformant les propos de Jean Foyer, l'article 5 constituerait le modèle idéal-typique du « neutron constitutionnel ». À cet égard, Jean Massot s'est montré tout à fait catégorique : le président de la République ne dispose pas du pouvoir d'interpréter la Constitution. En effet, « contrairement à ce que l'on a pu penser à certaines époques, le président de la République n'a pas de responsabilité particulière lorsqu'il s'agit d'interpréter la Constitution »<sup>4</sup>. Il précise que le président de la V<sup>ème</sup> République ne saurait disposer d'un pouvoir d'interprétation *spécifique* de la Constitution. Il interprète le texte de 1958, certes, mais à l'instar de tout acteur du système constitutionnel mettant en œuvre une disposition constitutionnelle. Toutefois, son interprétation ne relève pas d'un statut particulier. Il écrira d'ailleurs significativement : « La vérité est qu'il n'existe qu'une autorité habilitée à donner une interprétation motivée de la Constitution, c'est le Conseil constitutionnel (...). En définitive, 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. Il est vrai que sa mission d'arbitre du fonctionnement régulier des pouvoirs publics lui fournit de nombreuses occasions d'une interprétation *in concreto*. »<sup>5</sup>

<sup>1</sup> CNRS, UMR 5137, CERCRID, Université de Saint-Etienne, Jean Monnet, F-42043.

<sup>2</sup> Cité par Paul Bastid, *Benjamin Constant et sa doctrine*, t. II, Paris, Armand Colin, 1966, p. 721.

<sup>3</sup> Pierre Pactet, « Le président de la Cinquième République et le respect de la Constitution », *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 325.

<sup>4</sup> Jean Massot, *L'arbitre et le capitaine. La responsabilité présidentielle*, Paris, Flammarion, coll. Champs, 1987, p. 253.

<sup>5</sup> Jean Massot, *La présidence de la République en France*, Paris, NED, 1986, p. 153. Marie-Anne Cohendet défend la même idée d'une absence d'attribution au président d'un quelconque pouvoir d'interprétation de la Constitution par l'article 5 : « Contrairement à ce que les gouvernants ont longtemps affirmé, cet article n'est pas un chapeau de prestidigitateur dont le président pourrait tirer le droit d'imposer son interprétation de la Constitution en s'octroyant tous les pouvoirs. Il ne fonde pas de prétendues compétences implicites. Au contraire, il a pour objet de délimiter, c'est-à-dire de limiter en les définissant, les compétences présidentielles », *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, coll. Focus droit, 4<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 53. Ou encore : « Cet article ne

Un argument complémentaire fut avancé par François Goguel dès 1962 : le rejet de l'article 5 de la Constitution comme fondement juridique de l'interprétation présidentielle est justifié par la nécessité de ne pas faire du président un être constitutionnel hybride, concurremment acteur politique et arbitre constitutionnel, à la fois juge et partie<sup>6</sup>. C'est cette même raison qui pousse le doyen Favoreu à dénier au chef de l'Etat un quelconque pouvoir en la matière. Il écrit, en effet, que le président « n'a pas à trancher lui-même les différends relatifs à l'interprétation de la Constitution, sinon il sortirait de son rôle d'organe de l'exécutif (...). Le président de la République ne peut être juge et partie : il ne peut à la fois appliquer la Constitution et en donner une interprétation authentique »<sup>7</sup>. Certes, l'argument n'est pas mince mais tous les présidents de la V<sup>ème</sup> République s'assimileront à ces « Janus constitutionnels » incarnant, à la faveur des conjonctures politiques et constitutionnelles, ce double visage<sup>8</sup>.

On se propose ici de démontrer que l'article 5 renferme la philosophie même du nouveau régime adopté par les Français en 1958, puis en 1962. Dès lors, nous ne pouvons que nous inscrire dans l'hypothèse d'une habilitation constitutionnelle de l'article 5 au service de l'interprétation présidentielle. Evidemment, comme l'a souligné Michel Troper, il n'est pas aisé de connaître l'intention du peuple lorsqu'il adopte le texte constitutionnel, l'interprétation qu'il donne de ces dispositions. Sans nier ces difficultés, elles ne nous convainquent pas pleinement. Comme le soutient justement Stéphane Caporal, « Michel Troper souligne avec raison la difficulté d'une herméneutique constitutionnelle relative à l'intention des électeurs, mais il néglige le contexte et notamment la présentation qui leur est faite du texte soumis à leur vote. Contrairement à ce qu'il affirme, dans certains cas, il peut être pertinent de rechercher le sens global que les électeurs ont compris du texte qui leur a été présenté et expliqué, et la V<sup>ème</sup> République entre précisément dans un de ces cas puisque son principal concepteur a voulu que le texte soumis à l'approbation du corps électoral s'accompagnât d'une présentation des grands principes dans le discours du 4 septembre 1958, que la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 en annonçait l'économie générale et que la loi constitutionnelle du 6 novembre 1962, qui achève d'en préciser le sens global, fût également adoptée par référendum »<sup>9</sup>.

Du reste, après de longues années de controverses doctrinales, il ne fait plus de doute aujourd'hui que l'article 5 de la Constitution du 4 octobre 1958 fonde un pouvoir d'interprétation de la Constitution au profit du président de la République. Certains auteurs ont même soutenu

---

confère par lui-même aucun pouvoir au président. Sa raison d'être est d'expliquer la mission présidentielle, donc le sens des pouvoirs conférés au président dans divers articles de la Constitution. Son objet est donc de limiter l'ensemble des pouvoirs du président par rapport aux objectifs fixés par le texte. De surcroît, ce pouvoir n'est pas dispensé de contreséing, ce qui confirme encore qu'il ne confère, en lui-même, aucun pouvoir au président, il donne simplement un éclairage à l'ensemble de la Constitution », *APD*, 2009, n°52, *L'arbitrage*, p. 33. C'est aussi l'avis de Michel Van de Kerchove qui évoque des « interprétations circonstanciées » pour les circonscrire aux cas d'espèce dans lesquels elles sont mobilisées. Voir en ce sens : « La théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation juridique », in *Théorie des actes de langage. Ethique et droit* (dir. Paul Amselek), Paris, PUF, 1986, p. 220.

<sup>6</sup> François Goguel, « Réflexions sur le régime présidentiel », *RFSP*, juin 1962, p. 308 : pour l'auteur, en effet, il paraît « difficile de concilier le rôle (du président de la V<sup>ème</sup> République) plus actif que celui des présidents de la III<sup>ème</sup> et IV<sup>ème</sup> Républiques qui doit être le sien avec la charge de veiller au respect de la Constitution. Appelé par ses autres fonctions à prendre en certains cas des initiatives qui peuvent être de grande portée, il ne faut pas qu'il puisse être soupçonné ou accusé d'interpréter la Constitution en fonction de ces initiatives ».

<sup>7</sup> Louis Favoreu, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988, pp. 112-114.

<sup>8</sup> L'article 5 constitue à cet égard le support constitutionnel au maintien du président de la République en période de cohabitation. Il est même permis de penser que la souplesse et la plasticité des institutions de la V<sup>ème</sup> République, souvent vantées, puisent une grande partie de leur fondement et de leur efficacité dans cette ambivalence de la fonction présidentielle.

<sup>9</sup> Stéphane Caporal, « L'écriture de la Constitution comme enjeu permanent : l'exemple de la V<sup>ème</sup> République », IV<sup>ème</sup> table ronde du Réseau européen de laboratoires d'histoire des idées politiques (RELHIP), « Ecrire la Constitution », Bastia, 4-5 juin 2010, à paraître aux PUAM, 2011.

que le débat est désormais épuisé<sup>10</sup>. Ainsi, Gérard Conac, que nous suivons volontiers, énonce-t-il qu'il « ne s'agit plus seulement de donner pour norme à la vocation d'arbitre du président le respect de la Constitution, mais de lui reconnaître le soin de la protéger de manière générale en toutes circonstances (...). Il lui rappelle qu'il en est le premier serviteur mais, incontestablement, il fait aussi de lui le premier défenseur de la Constitution »<sup>11</sup>. De la même manière, Pierre Pactet est particulièrement explicite<sup>12</sup> : « La mission dévolue au président de la République peut surprendre puisqu'elle consiste à confier une tâche juridique de haut niveau à une personnalité politique et, qui plus est, à celle qui détient l'essentiel du pouvoir. Mais, précisément, on peut dire aussi que cette attribution de compétence est dans l'esprit et dans la ligne d'un texte qui ordonne les différents organes par rapport au président, clé de voûte des institutions, pour reprendre l'expression de Michel Debré lors de son discours de présentation du projet de Constitution à l'Assemblée générale du Conseil d'Etat ».

Nous partons donc du postulat que l'article 5 fonde le pouvoir d'interprétation présidentiel<sup>13</sup>. Postulat de départ indispensable mais insuffisant à lui seul. En effet, après avoir accepté cet axiome, le questionnement revêtant le plus d'acuité est celui du statut de ces interprétations constitutionnelles du président de la République. Même si le droit constitutionnel et la science politique constituent le parangon des frères ennemis, il serait inopérant de nier les liens étroits et complémentaires entre celles-ci. Ainsi, comme l'affirme Pierre Avril dans son *post-scriptum méthodologique* en introduction à son célèbre ouvrage<sup>14</sup> : « Le droit structure en effet les comportements politiques au point qu'ils deviennent quasi inintelligibles lorsque l'on prétend ignorer les règles qui les régissent (...). Une telle démarche s'expose au grief d'éclectisme, mais le phénomène constitutionnel l'impose dans la mesure où il est n'est réductible ni au droit seul, ni à la seule politique. Le droit constitutionnel souffre d'une hémiplegie s'il s'isole de la science politique. Et réciproquement. »<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> En effet, pour le président Ardant par exemple, « le débat sur sa portée est resté sans solution incontestée et apparaît comme quelque peu anachronique tant la pratique s'est écartée du texte jusqu'à l'ignorer superbement. Car les moins troublés par ces ambiguïtés ont été les présidents de la République. 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 », « L'article 5 et la fonction présidentielle », *Pouvoirs*, 1987, pp. 38-39.

<sup>11</sup> Gérard Conac, « Article 5 », in *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, (sous la dir. de François Luchaire, Gérard Conac et Xavier Prétot), Paris, Economica, 3<sup>ème</sup> édition, 2009, p. 235.

<sup>12</sup> Pierre Pactet, « Le président de la Cinquième République et le respect de la Constitution », *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 325. Pierre Pactet plaide même pour une interprétation large des pouvoirs d'interprétation présidentiels que les présidents successifs reprendront à leur compte en justifiant ainsi, y compris en période cohabitationniste, leurs interventions dans les domaines de politique intérieure : « Il faut signaler que la Constitution doit s'entendre non seulement du texte constitutionnel proprement dit, qui décrit les mécanismes institutionnels du régime, mais aussi les normes auxquels renvoie le Préambule, à savoir la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République visés par ce dernier texte, qui concernent les libertés et les droits fondamentaux des citoyens. L'ensemble représente le bloc de constitutionnalité au respect duquel le président doit veiller », *ibid.*, p. 326.

<sup>13</sup> Comme l'écrit Olivier Jouanjan, « on voit parfaitement que c'est précisément la *question herméneutique*, de l'interprétation (celle de la « compréhension la plus profonde des règles abstraites du droit public ») qui oblige à établir, par-dessus la distinction méthodologique, la nécessité d'un lien *substantiel* entre les domaines de la politique et du droit public », « Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'œuvre de Georg Jellinek », *La Constitution et le temps* (dir. Alexandre Viala), Lyon, L'Hermès, 2003, p. 193.

<sup>14</sup> Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997.

<sup>15</sup> Pierre Avril, *ibid.*, p. 13. On sait que Jellinek partageait ce point de vue. En effet, « il est clair que pour Jellinek la science politique peut-être d'un intérêt considérable pour la science du droit public, notamment à un moment où, comme en ce début de siècle, il existe une large prédominance du juridisme sur l'étude de l'Etat, juridisme ou formalisme qui fige cette étude en la fixant au *ciel des concepts* (Jhering). Et même, il appartient à

Dès lors, la problématique réside essentiellement dans la place et la force du droit constitutionnel non écrit et, partant, dans la capacité présidentielle à sécréter de véritables normes qui reviennent à des modifications matérielles de la Constitution, c'est-à-dire en dehors de toute révision formelle. On sait que la doctrine fut longtemps majoritairement rétive à reconnaître une quelconque normativité au droit non écrit, à quelques exceptions, dont celle notable de René Capitant<sup>16</sup>. Pierre Avril écrit en ce sens : « Bien que les normes non écrites affectent à l'évidence l'application de la Constitution et qu'on ne puisse en conséquence les ignorer sans méconnaître le droit tel qu'il est appliqué, ce même droit est incapable de les recevoir en l'absence d'une révision formelle et on est donc réduit à les décrire sans pouvoir les qualifier<sup>17</sup>. » Nous assistons aujourd'hui, au contraire, à une recrudescence du mouvement en faveur du droit constitutionnel non écrit, et plus globalement, à la qualification du droit constitutionnel comme devant être appréhendé comme un « droit politique. »<sup>18</sup> Il s'agit donc de savoir si le président de la République, par ses interprétations, peut créer de véritables normes. Autrement dit, le président est-il habilité pour procéder à des interprétations constituantes ? C'est l'hypothèse que nous voudrions formuler ici : celle d'une capacité à modifier le texte constitutionnel en dehors des révisions classiques, c'est-à-dire formelles, ce qui revient à donner une portée normative à l'article 5 de la Constitution et, donc, à lui faire produire des effets juridiques. Chacun sait, en effet, que la voie classique pour la révision de la Constitution de 1958 réside dans son article 89 (voire, suite aux pratiques gaulliennes, dans son article 11), soit par le truchement des pouvoirs constitués<sup>19</sup>. Il

---

l'étude politique de nous *pousser en avant*, c'est-à-dire de rompre la monotonie des constructions immobiles de l'idéalisme juridique », Olivier Jouanjan, *ibid.*, p. 190.

<sup>16</sup> René Capitant, « Le droit constitutionnel non écrit », *Mélanges Gény*, 1934, *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, (textes réunis et présentés par Olivier Beaud), Paris, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 298 : « Le préjugé du droit écrit est si fort que l'existence de telles règles est très généralement niée. Il règne sur beaucoup d'auteurs comme un principe de légitimité du droit écrit qui exclut à leurs yeux le caractère juridique de toute règle non écrite. Tout ce qui n'est pas écrit tombe, à les croire, dans le domaine du fait ou de la politique, et ne saurait être regardé comme règle de droit. Mais l'interprète ne doit connaître que la *positivité* et la seule question à résoudre est donc de savoir si la notion de droit positif exclut ou admet la notion de droit non écrit. Or, bien loin de l'exclure, elle la suppose. Car 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. Dès lors, si une règle, quoique non écrite, présente ce caractère, on doit lui reconnaître la qualité de droit positif, sans qu'aucune antinomie puisse être relevée entre les deux notions ».

<sup>17</sup> Pierre Avril, « Le statut des normes constitutionnelles non écrites », in *Les règles et principes non écrits en droit public* (dir. Pierre Avril et Michel Verpeaux), Paris, éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 79. De surcroît, il écrit de façon significative : « On voudrait montrer que la Constitution ne se réduit pas au droit écrit (car la jurisprudence est, elle aussi, du droit écrit, comme le faisait observer René Capitant), mais qu'elle comporte également des règles qui ne sont pas écrites et dont l'origine est proprement politique », *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 2.

<sup>18</sup> Une bonne illustration de ce mouvement réside dans la création de la revue *Jus Politicum*. Voici ce que l'on peut lire dans la page de présentation de cette dernière : « A un âge où ce terme semblerait appartenir à un passé intégralement révolu, parler comme nous le faisons de *droit politique* vise à s'en donner les meilleurs chances. Le terme rappelle qu'un vaste ensemble de savoirs, de pratiques, voire de conceptions coutumières, surplombe encore aujourd'hui les Constitutions. Il rappelle aussi le lien natif existant entre le droit et la politique. Trop souvent, dans la période contemporaine, ces vérités ont été mises de côté en sacrifiant l'intelligibilité des phénomènes mêmes qu'on se proposait d'étudier. On peut certes s'en tenir à recenser et gloser les textes des Constitutions, en décidant d'avance qu'elles épuisent le contenu du droit constitutionnel. *Jus Politicum* prend le parti opposé. Les juristes qui en prennent l'initiative ne doutent pas que la scission sciemment opérée par le passé entre, d'une part, ce qu'on appelle aujourd'hui – sans trop y réfléchir – les normes juridiques et, d'autre part, les phénomènes politiques, porte des fruits néfastes de part et d'autre du barbelé désormais érigé entre les disciplines académiques (...). Saisir ce qu'on appelle *le droit constitutionnel* ne devrait pas interdire le recours à l'étude de l'histoire, des pratiques, et des œuvres de réflexion allant de la littérature d'intervention politique jusqu'à la philosophie la plus spéculative », *Jus Politicum*, n°1, 2008, *Le droit politique*, Revue internationale de droit politique. [www.juspoliticum.com](http://www.juspoliticum.com)

<sup>19</sup> Cette voie est la seule envisageable pour certains juristes car, comme l'explique René Capitant, pour ces derniers, « les lois constitutionnelles sont, par définition, écrites, parce qu'elles exigent pour leur modification la

s'agit pour nous d'aller au-delà et d'étudier les *mutations constitutionnelles* qui peuvent s'opérer à la faveur de révisions informelles de la Constitution. Ainsi, dès 1906, Georg Jellinek parlait du *changement constitutionnel* comme d'une « modification de la Constitution qui a laissé inchangé formellement le texte constitutionnel et qui résulte des faits qui ne sont pas issus nécessairement de l'intention de modifier la Constitution ou de la conscience de le faire ». Plus explicite encore, pour le célèbre auteur allemand, le changement constitutionnel résulte d'un « déplacement de la réalité de la situation politique, de la structure sociale ou de l'équilibre des intérêts sans que, pour autant, ce changement soit authentifié dans la lettre de la Constitution écrite »<sup>20</sup>. Ceci est formalisé par la distinction, également soutenue par Paul Laband<sup>21</sup>, entre *Verfassungsänderung* et *Verfassungswandlung*<sup>22</sup>. Les mutations constitutionnelles, c'est-à-dire ces changements informels de la Constitution, portent ainsi sur la Constitution matérielle, là où les révisions en bonne et due, c'est-à-dire celles que la Constitution auto organise, touchent à la Constitution formelle.

Plus encore, il convient d'aller jusqu'au bout de ce questionnement et d'examiner, toujours à l'aide de la tension entre factualité et normativité, la place éminente de ce droit constitutionnel non écrit dans l'ordre positif et ses interactions avec le droit écrit.

Ces considérations nous amèneront à étudier successivement l'article 5 de la Constitution du 4 octobre 1958 comme la condition permissive des interprétations constituantes (Partie I) et, dès lors, comme support d'une production normative (Partie II).

♦♦♦♦

---

procédure spéciale de révision constitutionnelle », in « La coutume constitutionnelle », *RDP*, 1929, n°4, pp. 959-970, rééd. *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, (textes réunis et présentés par Olivier Beaud), Paris, Panthéon-Assas, 2004, p. 291. Pour Carré de Malberg, la Constitution étant revêtue d'un caractère suprême, elle ne peut, en effet, être révisée que par les procédures constitutionnellement organisées et, « il y a dès lors incompatibilité entre coutume et Constitution, la coutume ne possédant pas la force supérieure qui caractérise le droit constitutionnel », cité par Jean-Claude Maestre, « A propos des coutumes et pratiques constitutionnelles : l'utilité des Constitutions », *RDP*, 1973, p. 1279. Voir ainsi sa démonstration dans son célèbre ouvrage *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 tomes, Sirey, 1920 et 1922, rééd. Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 582, note 10 : « La caractéristique juridique de la Constitution, c'est, en effet (...) 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 (...). La coutume ne possède donc pas la force supérieure qui caractérise vraiment le droit constitutionnel : seules, les règles consacrées par une Constitution écrite sont revêtues de cette force spéciale. Il résulte de là que, même si les principes de 1789 devaient être considérés aujourd'hui comme ayant conservé leur existence juridique à titre coutumier et traditionnel, ils ne sauraient, en tout cas, être qualifiés de principes constitutionnels, ni être envisagés comme les éléments de la Constitution française proprement dite, puisque, par une conséquence même de leur caractère coutumier, ils ne sont point placés au-dessus de la puissance du législateur ordinaire ».

<sup>20</sup> Cité par Franck Moderne, *Réviser la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 40-41 Voir aussi sa position très nette sur l'existence nécessaire du droit constitutionnel non écrit : « En tout cas une chose est bien certaine : c'est qu'il n'est pas au pouvoir des Constitutions écrites, rigides, d'empêcher qu'il se développe, à côté d'elles ou contre elles, un droit constitutionnel non écrit : en sorte que, dans les Etats de cette sorte, à côté de la Constitution formelle s'établissent des règles constitutionnelles de nature purement matérielle », *L'Etat moderne et son droit. Deuxième partie : Théorie juridique de l'Etat*, 1913, éditions Giard et Brière, rééd. Paris, Panthéon-Assas, (préface d'Olivier Jouanjan), 2005, p. 214.

<sup>21</sup> Paul Laband, *Die Wandlungen der Deutschen Reich Verfassung*, Dresden, 1885.

<sup>22</sup> Georg Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin, 1906.

## I. L'article 5 de la Constitution de 1958, condition permissive des interprétations constitutantes

Si le président de la République peut émettre des interprétations constitutantes, c'est à la condition d'admettre deux éléments qui en constituent les conditions. La première condition réside dans l'acceptation du pouvoir d'interprétation présidentiel d'après l'article 5. Cela revient aussi à admettre que la garantie constitutionnelle s'opère sous la V<sup>ème</sup> République, au moins en partie, par un organe politique suprême, conformément au célèbre débat opposant Carl Schmitt et Hans Kelsen. Le président de la V<sup>ème</sup> République est ainsi le garant de l'ordre constitutionnel (A). Mais nous voudrions valider l'hypothèse que cette force particulière attribuée à l'article 5 et l'intensité normative qu'il renferme, trouvent une source et un fondement supplémentaires dans la rédaction même de l'article 5 et dans son autosuffisance par rapport aux autres dispositions constitutionnelles. Ainsi, la seconde condition pour que l'article 5 constitue le support des interprétations constitutantes réside-t-elle dans son caractère autonome (B).

### A. Le président de la V<sup>ème</sup> République, garant de l'ordre constitutionnel

S'attarder sur la garantie de l'ordre constitutionnel présuppose de montrer que l'interprétation présidentielle implique une garantie politique de la Constitution (1). Toutefois, cette garantie, pour être légitime, nécessite une adhésion populaire (2) et sera facilitée par l'accord de la « communauté des interprètes » (3).

#### 1. Une interprétation présidentielle impliquant la garantie politique de la Constitution

Dès lors que l'article 5 confère au président de la République un pouvoir d'interprétation de la Constitution, cela implique nécessairement à son profit un rôle de garant. Il est à noter que l'article 5, dans sa version première, disposait que le président de la République assurait par son arbitrage le fonctionnement régulier des pouvoirs publics conformément à la Constitution mais n'évoquait en rien le fait qu'il doive « veiller au respect de la Constitution »<sup>23</sup>. La version finalement retenue consistant à dire que « le président de la République veille au respect de la Constitution » plaide totalement en faveur de cette capacité d'interprétation présidentielle.

Bien entendu, il s'agit d'un gardien politique au sens où pouvait l'entendre Carl Schmitt<sup>24</sup>, même si la V<sup>ème</sup> République présente la particularité de ne pas trancher entre les deux thèses de Hans Kelsen et de Carl Schmitt puisqu'elle fait cohabiter le président de la République et le

---

<sup>23</sup> Il faudra en effet attendre les modifications suite aux réunions du Conseil interministériel des 16-18 juillet 1958 pour parvenir à la rédaction finalement retenue. La première version présentée au Conseil interministériel du 30 juin et à l'avant-projet du 15 juillet 1958 disposait en effet : « Le président de la République assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics conformément à la Constitution. Il maintient la continuité de l'Etat. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités (et des accords fédéraux) », *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Volume 1 : Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V<sup>ème</sup> République, Paris, La Documentation française, 1987, pp. 306, 357, 415, 430.

<sup>24</sup> Voir notamment Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, 1933, rééd. Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997. « Supposer qu'une affaire de droit public pourrait être dépolitisée – c'est-à-dire en fait *désétatisée* – est une fiction douteuse (...). De ce fait, à la place d'un tribunal avec son apparence de « *juridictionnalité* », une instance politique décide plus honnêtement (...). On rencontre sinon le danger de voir surgir, au lieu d'une juridicisation de la politique, une politisation de la justice qui saperait le prestige de la justice », p. 257.

Conseil constitutionnel comme gardiens de la Constitution<sup>25</sup>. Comme l'a bien montré Isabelle Richir, ces deux gardiens agissent en complémentarité plus qu'en opposition. Et ce car le champ de leur protection constitutionnelle n'est pas exactement le même<sup>26</sup>.

La justification du pouvoir d'interprétation présidentiel de la Constitution passe par la reconnaissance, comme nombre d'auteurs auxquels nous nous rattachons, d'une dualité de l'ordre constitutionnel : ordre constitutionnel constitué des règles juridiques (justiciables et sanctionnables), d'une part, et des règles politiques (non justiciables et sanctionnables politiquement), d'autre part<sup>27</sup>. Pour ce faire, il convient de partir du principe que la Constitution ne se réduit pas au texte (Constitution formelle) mais qu'il faut y ajouter la pratique constitutionnelle, les faits politiques. La Constitution formelle trouve sa sanction dans les mécanismes que la Constitution auto-organise tandis que la sanction des pratiques constitutionnelles repose dans la responsabilité politique. Hans Kelsen écrit d'ailleurs lui-même, dans son célèbre article de 1928, que la normativité d'un texte constitutionnel peut s'exprimer grâce à la sanction de la responsabilité politique. En effet, pour le maître viennois, « même une Constitution qui ne prévoit pas de tribunal constitutionnel (...) n'est pas totalement dépourvue de sens juridique. Sa violation peut avoir une certaine sanction, lors du moins qu'existe la responsabilité ministérielle, sanction dirigée contre certains organes associés à la confection des actes inconstitutionnels, à supposer qu'ils soient coupables »<sup>28</sup>. Ainsi, le président de la République est-il garant de cet ordre constitutionnel dans sa dualité. Il l'est pour la Constitution formelle, concurremment avec le Conseil Constitutionnel, (à titre supplétif, lorsque ce dernier est expressément investi par le texte constitutionnel de cette mission et qu'il a été régulièrement saisi, et à titre substitutif dans les domaines où la compétence du Conseil constitutionnel est formellement exclue). Il l'est pour la « Constitution vivante », c'est-à-dire pour l'ordre constitutionnel positif, pour la lettre comme pour l'esprit de la Constitution, ou, si l'on préfère pour la « Constitution réelle »<sup>29</sup>. Il l'est pour la « Constitution matérielle », si l'on parle comme Costantino Mortati dès 1940, c'est-à-dire celle qui « se réfère à des réalités politiques et sociales propres à une communauté déterminée, à un moment donné de son histoire, ainsi qu'aux valeurs et aux relations de pouvoir qui s'y développent »<sup>30</sup>. Le concept de « Constitution matérielle » est particulièrement opératoire : il permet de distinguer le factuel (ou le politique) du juridique. Ainsi

---

<sup>25</sup> Sur ce sujet, voir notamment, Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker et Humblot, 1931, rééd. 1996, *Le gardien de la Constitution* ; Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung ?*, Berlin, Julius Von Springer, 1931, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Michel Houdiard éditeur, 2006, trad. et intro de Sandrine Baume ; *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, dir. Olivier Beaud, Pasquale Pasquino, LGDJ, éd. Panthéon-Assas, 2007 ; Jacky Hummel, *Carl Schmitt. L'irréductible réalité du politique*, Michalon, coll. Le bien commun, 2005, pp. 63-72 ; Sandrine Baume, *Carl Schmitt, penseur de l'Etat. Genèse d'une doctrine*, Presses de Sciences Po, 2008, pp. 122-144.

<sup>26</sup> Voir en ce sens Isabelle Richir, *Le président de la République et le Conseil constitutionnel*, Thèse Paris X, PUF, 1998. Ou encore, du même auteur, « Le chef de l'Etat et le juge constitutionnel, gardiens de la Constitution », *RDP*, 1999, n°4, p. 1066.

<sup>27</sup> Pierre Avril écrit à ce sujet : « La régulation de cet ordre constitutionnel est assurée par un double système de sanctions. L'un, qui est spécifique, opère sur le mode juridictionnel dans les cas et selon les formes prescrites par le texte dont il régit l'application ; l'autre, que l'on peut qualifier de *droit commun* parce qu'il est d'application générale, repose sur la responsabilité politique, et en dernière instance sur le verdict du suffrage (...) Une telle situation ne fait d'ailleurs que refléter la singularité du droit constitutionnel, qui est issu de leur rencontre : s'il est incontestablement du droit comme le démontre le développement de la justice constitutionnelle, il n'est pas seulement du droit comme le rappellent les conventions de la Constitution », in *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 155.

<sup>28</sup> Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928.

<sup>29</sup> Yves Mény, « Les conventions de la Constitution », *Pouvoirs*, n°50, p. 67. Georges Burdeau parle, pour sa part, de la « substance actuelle de la Constitution », in *Traité de science politique, Tome IV*, Paris, LGDJ, 1987, p. 37.

<sup>30</sup> Franck Moderne, *Réviser la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 9.

de la conception de Rudolf Smend clairement résumée par Franck Moderne<sup>31</sup> : « La Constitution au sens matériel doit être soigneusement séparée de la Constitution au sens formel : elle confère un caractère normatif à certains éléments factuels de la vie constitutionnelle et elle abrite des valeurs et des principes au service de fins politiques intégratrices. » Dès lors que l'on admet l'existence d'un ordre constitutionnel dual, le président de la République est ainsi le gardien de la Constitution matérielle. C'est une de ces raisons qui devait conduire à l'adoption du chef de l'Etat au suffrage universel direct, la réforme de 1962 venant parachever l'édifice constitutionnel de 1958. C'est, du reste, ce qui a motivé la demande en ce sens de François Luchaire lors de l'élaboration de la Constitution de 1958 dans une note adressée à Louis Jacquinot en date du 30 juin 1958<sup>32</sup>. Pourtant, le président, s'il veut protéger l'ordre constitutionnel ne saurait être un acteur partisan. L'élection au suffrage direct avait pour vocation de lui donner, dans une unité mythifiée, ce rôle à part entière et entièrement à part. Le paradoxe est que, si cette réforme était inévitable, ses effets se sont révélés, au fil du temps, contraires à l'objectif premier puisqu'elles ont entraîné une bipolarisation de la vie politique à l'occasion du scrutin présidentiel à l'issue duquel le chef d'un camp politique parvient au pouvoir au détriment d'un autre<sup>33</sup>. La politisation a ainsi engendré une certaine normalisation de la fonction présidentielle, encore renforcée par l'instauration du quinquennat en 2000 et l'inversion du calendrier électoral en 2001, mêlant de la sorte les destins politiques du président de la République et de la représentation nationale. Ainsi que l'exprime l'écrivain Philippe de Saint-Robert, sensible au gaullisme constitutionnel, « après 1965, l'idéal et l'apparence concrète divergent et la vocation de rassembler les Français n'a plus tout à fait le même sens. La démocratie formelle reprend le pas, et le système des partis va reparaitre peu à peu : l'élection du chef de l'Etat au suffrage universel est récupérée, comme on dit, dès la réélection du général de Gaulle en 1965 »<sup>34</sup>.

Poursuivant le raisonnement jusqu'à son terme ultime, Carl Schmitt a dépassé cette dichotomie entre factuel et juridique comme étant insuffisante à rendre compte de la réalité constitutionnelle selon laquelle la Constitution est avant tout constitutive d'une communauté politique. C'est, pour l'auteur allemand, d'abord un fait politique avant que d'être une norme juridique : « Une notion comme la *Constitution* ne peut être dissoute en normes et en normativité. L'unité politique d'un peuple trouve dans la Constitution sa forme concrète d'existence.<sup>35</sup> » Il y a alors lieu de distinguer entre la « Constitution authentique », fruit de la volonté politique du pouvoir constituant, et les « lois constitutionnelles » qui expriment la simple « concrétisation

---

<sup>31</sup> Cf. Franck Moderne, *ibid.*, p. 16 ; Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munchen, Leipzig, 1928.

<sup>32</sup> Il écrit ainsi : « 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 donc 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 (...). On oppose le précédent de 1851, c'est oublier qu'à cette époque l'opinion française n'était pas pour la République. L'expérience de la Constitution de 1875 a montré qu'un président ne procédant pas du suffrage universel s'efface nécessairement devant une Assemblée qui en est issue. L'élection du président de la République au suffrage universel évitera la répétition de cette expérience », in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Volume I : Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V<sup>ème</sup> République, « Note établie par M. François Luchaire pour M. Louis Jacquinot au sujet de la réforme constitutionnelle à l'occasion du Conseil interministériel du 30 juin 1958 », Paris, La Documentation française, 1987, p. 309.

<sup>33</sup> Voir à ce sujet Daniel Bourmaud, « La Constitution de 1958 et les partis politiques : la cage de fer du présidentielisme », in *1958-2008 Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, (dir. Bertrand Mathieu), Paris, Dalloz, AFDC, 2008, pp. 591-597.

<sup>34</sup> Philippe de Saint-Robert, *Le secret des jours. Une chronique sous la V<sup>ème</sup> République*, Paris, Lattès, 1995, p. 61, cité par Michel Clapié, « Le rassemblement dans la pensée gaulliste », *Partis politiques et démocraties*, dir. Christophe Boutin et Frédéric Rouvillois, Paris, F-X de Guibert, 2005, p. 123.

<sup>35</sup> Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1993, p. 259.

normative de la volonté constituante ».<sup>36</sup> Il écrit ainsi : « Le pouvoir constituant est la volonté politique dont le pouvoir ou l'autorité sont en mesure de prendre la décision globale concrète sur le genre et la forme de l'existence politique propre, autrement dit déterminer l'existence de l'unité politique dans son ensemble. C'est des décisions de cette volonté que procède la validité de toutes les prescriptions ultérieures des lois constitutionnelles.<sup>37</sup> » Si l'on applique cette théorie aux institutions actuelles françaises, l'ordre constitutionnel est donc cette « décision politique globale » qui appartient au peuple, sujet du pouvoir constituant et dont le président de la V<sup>ème</sup> République est, par délégation, l'incarnation. Il n'est que de se remémorer les propos du général de Gaulle liant le rôle du président de la République au « destin de la France » et sa conférence de presse du 31 janvier 1964 pour se convaincre de cette proximité : « Le président qui, en cas de péril, doit prendre sur lui de faire tout ce qu'il faut ; le président est évidemment seul à détenir et à déléguer l'autorité de l'Etat (...). L'autorité indivisible de l'Etat est confiée toute entière au président par le peuple qui l'a élu, il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire, qui ne soit conférée et maintenue par lui.<sup>38</sup> » Le président de la République est donc le gardien de la décision politique globale, de la « décision totale ». Evidemment, dans cette conception, le pouvoir constitué ne peut agir que sur les « lois constitutionnelles », c'est-à-dire sur la Constitution formelle, sans s'attaquer au pacte politique fondateur. L'on peut même prévoir, au sein de la Constitution formelle, des clauses d'intangibilité, à l'instar de l'article 89 alinéas 4 et 5 de la Constitution de 1958<sup>39</sup> qui servent justement au respect de la « décision totale ». On sait que cette grille d'analyse fut notamment reprise par Roger Bonnard<sup>40</sup> et, plus récemment, par Olivier Beaud distinguant le pouvoir constituant du pouvoir constitué. On sait que le pouvoir constituant relève du peuple, et de lui seul, tandis que le pouvoir de révision formelle est du ressort des pouvoirs constitués dans le cadre procédural prévu par la Constitution<sup>41</sup>. Nous constatons ici, ainsi que l'a montré l'éminent auteur, que « le pouvoir constituant traduit la tension entre le droit et le fait, entre le droit et la politique »<sup>42</sup>.

Cette conception décisionniste de la Constitution se trouve particulièrement matérialisée au sein de la Constitution de 1958 par son article 16. Cet article sur les pouvoirs de crise, qualifié de manière suggestive de « constitutionnalisation de l'appel du 18 juin », par René Capitant, confie le maintien de l'ordre constitutionnel au président de la République. Dans son Message à la nation du 23 avril 1961, le général de Gaulle introduit significativement son propos : « Devant le malheur qui plane sur la patrie et la menace qui pèse sur la République ». Il le fait de manière exclusive puisque le président de la République ne fait que « consulter » le Premier ministre, les présidents des Assemblées et le Conseil constitutionnel. Ceux-ci donneront donc un avis au chef de l'Etat qui, s'il est obligatoire, ne sera jamais conforme. Par ailleurs, la sauvegarde de l'ordre constitutionnel permet au président de prendre toutes « les mesures exigées par les circonstances » au prix d'une confusion entre les sphères exécutives et législatives. De surcroît, le président décide de la durée pendant laquelle ces pouvoirs exceptionnels devront se déployer, il

<sup>36</sup> Carl Schmitt, *ibid.*, p. 212.

<sup>37</sup> C Schmitt, *ibid.*, pp. 211-212.

<sup>38</sup> Cité par Didier Maus, *Les grands textes de la pratique constitutionnelle de la V<sup>ème</sup> République*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 43.

<sup>39</sup> Article 89 alinéas 4 et 5 : « Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision. »

<sup>40</sup> Roger Bonnard, *Les actes constitutionnels de 1940*, Paris, LGDJ, 1942. L'auteur y distingue entre pouvoir constituant *originnaire* et pouvoir constituant *institué*.

<sup>41</sup> Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, pp. 313-328. Voir aussi « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *Les Petites Affiches*, 31 mars 1993, n°39, p. 15 ; « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », *RFDA*, 1993, p. 1048.

<sup>42</sup> Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 217.

est donc seul juge de leur déclenchement comme de leur terme<sup>43</sup>. Ainsi, « dans les situations limites, l'article 16 devient le bras séculier de l'article 5...Qu'il ait existé chez les constituants la volonté de doter le président de la République de pouvoirs tels qu'il serait obligé d'être la *clef de voûte* de la République paraît une certitude »<sup>44</sup>. Evidemment, cette conception décisionniste n'a pas l'heur de plaire au point de devenir majoritaire tant son auteur s'était compromis dans le régime nazi et qu'elle renferme des dérives potentielles. Ainsi, Serge Arné se montre très critique vis-à-vis de cette conception qui avait été largement reprise par le général de Gaulle, l'assimilant à un bonapartisme nauséabond. Il écrira : « Le président représente seul la nation. Il la guide, c'est-à-dire qu'il lui dit quand et ce qu'elle doit décider, lorsqu'il lui donne la parole. Le reste du temps – soit la plupart du temps – il décide à sa place, il l'engage, se gardant bien de soumettre à son verdict ce qui le gênerait interprétant librement Constitution et lois. Nous trouvons ici l'apport essentiel du bonapartisme. »<sup>45</sup> La pratique gaullienne des institutions a montré que les risques, potentiellement réels que l'auteur dépeint, ont trouvé une contrepartie efficace et démocratique dans l'engagement, à l'époque constant, par le président de sa responsabilité politique devant le peuple. Aussi, la garantie politique de la Constitution suppose-t-elle une adhésion du peuple.

## 2. Une garantie politique de la Constitution supposant l'adhésion populaire

Cette garantie politique n'est viable que si le président de la République et le peuple entretiennent une relation étroite. Dans l'esprit de la V<sup>ème</sup> République, comme l'a montré Anne-Marie Le Pourhiet, il existe un double circuit de légitimité. En effet, selon l'auteur, « le général de Gaulle avait conçu un régime dans lequel le couple légal gouvernement-parlement était complété par un couple de fait président-peuple. Comme le Gouvernement peut engager sa responsabilité sur un projet de loi devant l'Assemblée nationale, en vertu de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution, le général de Gaulle avait pris l'habitude de poser aussi la question de confiance au peuple lors des référendums qu'il organisait (...). Cette pratique est un moyen, pour un président politiquement irresponsable devant le Parlement mais qui déborde cependant largement de ses pouvoirs constitutionnels en gouvernant plutôt qu'en régnant, de compenser cette extension factuelle de ses pouvoirs par une extension parallèle de sa responsabilité »<sup>46</sup>. C'est la raison pour laquelle la garantie politique implique l'adhésion populaire. La légitimité est mobilisée, nouveau point de rencontre entre le droit constitutionnel et la science politique. Chacun connaît l'importance de ce concept de légitimité pour comprendre les ressorts de la V<sup>ème</sup> République. Nous pensons, en effet, avec Olivier Beaud, que « le droit constitutionnel ne saurait se limiter à la conception normative qui est devenue aujourd'hui dominante. A cet égard, le cas de la légitimité – qui revient à se demander pourquoi le pouvoir politique mérite l'obéissance des gouvernés – permet de réintroduire dans le débat constitutionnel la notion de régime politique et de renouer avec la tradition doctrinale consistant à aborder « les questions constitutionnelles (...) en termes de légitimité et d'efficacité » (Denquin, 2003, p. 376). (Et) les fondateurs de la Cinquième

---

<sup>43</sup> De ce point de vue, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, si elle permet une plus grande intervention du Conseil constitutionnel, ne change rien quant à la force de ses avis. Article 16 alinéa 6 : « *Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée* ».

<sup>44</sup> *L'écriture de la Constitution de 1958*, pp. 276-277, cité par Isabelle Richir, *Le président de la République et le Conseil constitutionnel*, thèse Paris X, PUF, 1998, p. 285.

<sup>45</sup> Serge Arné, « L'esprit de la V<sup>ème</sup> République », *RDP*, 1971, p. 698.

<sup>46</sup> Anne-Marie Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, 2008, 2<sup>ème</sup> éd., p. 327.

République ont constamment invoqué la notion de légitimité pour fonder leur prétention à bâtir des institutions nouvelles pour la France »<sup>47</sup>.

On sait que René Capitant a beaucoup insisté sur cette notion d'adhésion des citoyens aux règles non écrites. Ce qui fonde la force normative des dispositions non écrites, matérielles, c'est justement leur acceptation populaire, en particulier en période révolutionnaire. Ainsi, par exemple, pendant les périodes de transition constitutionnelle des régimes politiques, René Capitant nie-t-il la distinction traditionnelle entre *pouvoir de fait* et *pouvoir de droit*, au motif que ce qu'il est couramment dénommée *pouvoir de fait* est dans le même temps un pouvoir de droit puisqu'il a été accepté par le peuple, l'écrit lui manquant mais non la positivité puisque ledit régime déploie ses effets concrètement<sup>48</sup>. Mais c'est tout aussi vrai, pour l'auteur, en période dite normale : « L'idée de droit constitutionnel non écrit s'impose également à l'interprète en période normale, sous l'empire d'une Constitution établie, s'il veut rendre compte des différences profondes qui séparent en général les textes constitutionnels de la réalité politique. »<sup>49</sup>

Si l'adhésion populaire est absolument essentielle à l'assise du pouvoir d'interprétation présidentiel et à la garantie politique subséquente de la Constitution, cette dernière est facilitée par l'accord de la « communauté des interprètes ».

### 3. Une garantie politique de la Constitution facilitée par l'accord de la « communauté des interprètes »

Si l'on suit Carlos-Miguel Pimentel, « le point de départ d'une théorie du droit politique pourrait être l'idée suivante : ce qui constitue le droit, c'est le fait qu'il soit reconnu par les sujets qu'il régit. Une règle, par elle-même, n'est qu'une suite de mots, un simple énoncé : elle n'acquiert une valeur spéciale, une portée collective, que lorsqu'il est reconnu qu'elle vaut pour l'ensemble des sujets de l'Etat (...). Aussi, le droit politique s'intéressera-t-il moins à la décision du juge, prise en elle-même ou au contenu normatif de la loi, qu'à leur reconnaissance par les organes politiques et les sujets de droit. L'exemple des conventions de la Constitution montre à quel point la règle est dépendante de la manière dont elle est reconnue par les organes politiques qui peuvent, le cas échéant, aller jusqu'à en transformer radicalement la signification »<sup>50</sup>. Ce qui vaut pour le juge est

<sup>47</sup> Olivier Beaud, « A la recherche de la légitimité de la V<sup>ème</sup> République », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 154.

<sup>48</sup> Ainsi, pour l'éminent auteur, « Comité exécutif, gouvernement provisoire, conseil des commissaires du peuple ou dictature, quel que soit l'organe de la révolution qui ait pris en mains le gouvernement, le fait qu'il ait imposé son autorité est plus qu'un simple fait, c'est le signe d'une règle positive de compétence constitutionnelle. On parle de pouvoir de fait, mais l'idée de pouvoir dépasse l'idée de puissance d'action physique et désigne un pouvoir de commandement, c'est-à-dire une compétence, et contient par conséquent l'idée de règle. Le pouvoir de fait d'un gouvernement révolutionnaire est donc bien une véritable compétence juridique. Ce qui le distingue seulement de ce qu'on appelle à tort un pouvoir de droit, c'est qu'il n'est pas exprimé sous forme écrite, dans un document constitutionnel promulgué, mais seulement sous forme de reconnaissance générale, d'acceptation active ou résignée des sujets. Mais qu'importe, le texte n'est jamais la règle elle-même, et du moment que la règle existe, que la nation en connaît l'existence et le contenu et en accepte l'application, elle fait partie du droit positif », René Capitant, *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, (textes réunis et présentés par Olivier Beaud), Paris, Panthéon-Assas, 2004, pp. 300-301.

<sup>49</sup> René Capitant, *ibid.*, p. 301.

<sup>50</sup> Carlos-Miguel Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum*, n°1, *Le droit politique*, Revue internationale de droit politique. Dominique Rousseau ne dit pas autre chose en déniaut au Conseil constitutionnel le monopole de l'interprétation dans la mesure où l'on est en présence d'une pluralité d'acteurs. Ecoutons-le : « Dans ce marché d'offre de sens, la concurrence que se livrent ici les producteurs pour imposer leur opinion n'est jamais égale dans la mesure où chacun dispose d'une autorité différente liée à sa position, autorité et position pouvant au demeurant changer selon les conjonctures politiques et juridiques à la formation desquelles elles participent », « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, pp. 5-22.

donc tout aussi opératoire pour un interprète non juridictionnel comme le président de la République<sup>51</sup>.

Cette contrainte de la réception de l'interprétation naissant de la pluralité des interprètes n'échappe pas au président de la République. L'interprétation, même si l'on se situe dans un cadre réaliste<sup>52</sup>, et quelle que soit la qualité des interprètes (juridictionnel, politique), n'est jamais totalement libre car il y a toujours de multiples interprètes potentiels qui enserrent celui qui se livre à une interprétation dans un réseau de contraintes, ainsi que les travaux de Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzczak l'ont montrés<sup>53</sup>.

C'est ici, plus encore qu'ailleurs, que le droit constitutionnel s'apparente à un droit politique, c'est-à-dire un droit au sein duquel les acteurs politiques jouent un rôle décisif. C'est tout l'intérêt de la transcription en droit français des *conventions de la Constitution*. D'origine britannique et mises en exergue par Dicey, on sait que Pierre Avril a beaucoup contribué à leur réception en France<sup>54</sup> en distinguant dans une typologie désormais fameuse les conventions fondatrices, interprétatives et créatrices<sup>55</sup>. Georges Burdeau rappelle que, selon les auteurs anglais à l'origine de la notion de « conventions de la Constitution », il y a un accord de volonté, souvent tacite, entre les pouvoirs publics qui portent sur des normes constitutionnelles et sur leur conduite, parmi plusieurs possibles, face à ces normes.<sup>56</sup> C'est aussi ce que soutiennent Jean et Jean-Eric Gicquel : « Au terme d'une négociation politique, une convention (ou un contrat) régit les rapports entre les pouvoirs publics (...). Il suit de là que la Constitution est façonnée par ceux qui ont en charge de l'appliquer, à la manière de l'orchestration d'une œuvre musicale. »<sup>57</sup>. Leur principale caractéristique réside dans l'accord entre les pouvoirs publics dans leur majorité, sinon dans leur totalité. Yves Mény affirme ainsi : « Il faut un consentement explicite ou tacite du plus grand nombre des parties concernées, sans que l'unanimité soit exigée ou indispensable. Des opinions dissidentes peuvent toujours se manifester, mais elles n'empêchent pas la naissance ou le maintien d'une convention. Autrement dit, la convention constitutionnelle ne peut résulter du

---

<sup>51</sup> Voir en ce sens Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 124-125 : « La pratique fournit en matière constitutionnelle l'équivalent ordinaire de la jurisprudence, car c'est à travers l'application que se révèle la signification des textes et qu'il est possible d'appréhender le droit positif. Contrairement à une idée reçue, la pratique des acteurs politiques n'est pas indifférente au droit puisqu'elle concerne l'exercice, par les organes que la Constitution a établis, des compétences et des prérogatives dont elle les a investis ».

<sup>52</sup> Voir notamment Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994.

<sup>53</sup> Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzczak, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, LGDJ, 2000.

<sup>54</sup> Pierre Avril, « En transposant librement la formule dans l'univers conceptuel du constitutionnalisme français, on définira les conventions comme les règles non écrites portant sur la manière dont les pouvoirs juridiques attribués par la Constitution doivent être exercés, conformément aux principes et convictions politiques actuellement reconnus, « Les conventions de la Constitution », *RFDC*, 1993, n° 14, p. 333.

<sup>55</sup> Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 127 : « la convention fondatrice : dans les cas de compromis dilatoire (...), la force du précédent résulte de toute manifestation du suffrage universel qui tranche ou confirme. Cette décision s'impose unilatéralement et elle ouvre la voie aux décisions d'application prises conformément à elle par les acteurs politiques. La convention interprétative : liée à la convention fondatrice le cas échéant, elle s'établit à travers l'application et la force du précédent s'y exprime directement sous la forme d'une jurisprudence bénéficiant de la présomption de conformité à la Constitution, au point qu'elle finit par s'identifier à celle-ci en rejetant les interprétations concurrentes dans le néant. La convention créatrice : l'élément décisif, ici, n'est plus la force du précédent, mais l'acquiescement des acteurs, car sa formation est plus explicitement autonome par rapport au texte dont elle ne détermine pas la signification mais que ces acteurs complètent ou altèrent d'un commun accord. Elle met en évidence l'autre source d'effectivité des conventions ».

<sup>56</sup> Georges Burdeau, *Traité de science politique*, Tome IV, Paris, LGDJ, 1987, p. 37.

<sup>57</sup> Jean et Jean-Eric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 2009, 23<sup>ème</sup> éd., p. 184.

coup de force d'un seul acteur imposant une interprétation que les autres partenaires seraient dans l'incapacité de contester. Le caractère unilatéral de la pratique instaurée interdit qu'il y ait convention, c'est-à-dire consensus, contrat. »<sup>58</sup>

À partir de là, la distinction des conventions d'avec les coutumes n'est pas des plus aisées. Dans les faits, les deux critères traditionnels, matériel et psychologique, de la coutume sont généralement présents s'agissant des conventions, une fois celles-ci consolidées. On notera toutefois que certains auteurs, à l'instar de Yves Mény ou Pierre Avril, considèrent que l'élément psychologique prime pour les conventions au point que l'on puisse même se passer du critère matériel. Pour le premier, « 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 »<sup>59</sup>. Quant au second, il soutient que le nombre de précédents est tout simplement indifférent à la naissance d'une convention constitutionnelle.<sup>60</sup> A l'inverse, le doyen Vedel, à propos de la révision constitutionnelle de 1962 par le truchement de l'article 11, affirmera que l'on se trouve en présence d'une coutume constitutionnelle sans aucun précédent : « Les électeurs ont été irrégulièrement consultés, mais ils ont voté librement et en pleine lumière. Il est tout de même difficile de ne pas retrouver là cette *opinio juris* ou, si l'on préfère, ce consensus qui est le véritable fondement de la coutume et dont la pratique n'est en fin de compte que l'expression. »<sup>61</sup> Il n'est donc pas évident de trouver des critères exclusifs en la matière. Jean et Jean-Eric Gicquel distinguent, quant à eux, les coutumes comme expression de règles juridiques et les conventions constitutionnelles comme expression de « règles politiques »<sup>62</sup>. C'est sûrement cette distinction qui est la plus opérationnelle et nous pensons avec Félicien Lemaire que ces conventions peuvent s'analyser comme une sorte de « constitution des pouvoirs publics »<sup>63</sup>. Toutefois, nous n'en tirons pas les mêmes conclusions. Cet auteur, en effet, déduit du fait que les conventions sont des « normes d'habilitation qui confèrent aux pouvoirs publics une certaine marge de pouvoir discrétionnaire dans le choix de leur conduite »<sup>64</sup> que le peuple ne saurait intervenir pour les valider : « Il y a convention constitutionnelle lorsque les pouvoirs publics, le plus souvent par un accord non formel, s'entendent sur une lecture déterminée du dispositif constitutionnel, de laquelle ils infèrent, dans l'usage de leurs prérogatives, une conduite constitutionnelle qu'ils jugent obligatoire pour eux-mêmes, à la différence des coutumes qui, reposant sur un accord plus global, sont considérées obligatoires non pas tant par les organes constitutionnels que par le peuple, souverain suprême. »<sup>65</sup> Nous pensons, au contraire, que, si les conventions ne font intervenir au départ que les pouvoirs publics dans leurs rapports mutuels (et c'est bien indépassable puisqu'il faut bien appliquer concrètement les normes constitutionnelles, ce qui ne peut résulter que d'une action *a priori* des seuls pouvoirs publics), leur maintien en vigueur, en revanche, n'est rendu possible que par l'assentiment populaire. Bien sûr, il ne s'agit pas de nier les difficultés pour mesurer cet assentiment populaire. En ce sens, Jacques Chevallier écrira que « justifier les pratiques décidées par les organes constitués par l'assentiment implicite de la nation relève dans ces conditions d'une large utopie ou d'une certaine hypocrisie »<sup>66</sup>. Ou encore Félicien Lemaire qui considère qu'il « n'est guère assuré, même dans un pays démocratique, que le contrôle de

<sup>58</sup> Yves Mény, « Les conventions de la Constitution », *Pouvoirs*, n°50, 1989, PUF, p. 60.

<sup>59</sup> Yves Mény, *ibid.*, p. 55.

<sup>60</sup> Pierre Avril, « Application de la notion de convention de la Constitution à quelques problèmes constitutionnels », *Mélanges Jacques Velu*, Bruylant, 1992, p. 292.

<sup>61</sup> Georges Vedel, *Le Monde*, 22-23 décembre 1968, « Le droit par la coutume ».

<sup>62</sup> Jean et Jean-Eric Gicquel, *ibid.*, pp. 170-172.

<sup>63</sup> Félicien Lemaire, « Les conventions de la Constitution dans le système juridique français », *RFDC*, 1998, n°35, p. 468.

<sup>64</sup> Félicien Lemaire, *ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 470.

<sup>66</sup> Jacques Chevallier, « La coutume et le droit constitutionnel », *RDP*, 1970, n°6, p. 1375.

l'opinion publique peu avertie des mécanismes constitutionnels existants entre les pouvoirs publics soit en mesure d'approuver ou de désapprouver implicitement des évolutions constitutionnelles souvent empreintes d'une grande technicité »<sup>67</sup>. Pour nous, au contraire, s'il peut être admis effectivement que le peuple ne se prononce pas forcément sur chaque convention constitutionnelle prise isolément, leur configuration, au service d'une lecture générale des textes, peut faire l'objet d'une validation populaire.

Si l'article 5 permet de procéder à des interprétations constituantes sous la V<sup>ème</sup> République, c'est parce qu'au-delà de cette garantie politique de l'ordre constitutionnel, sa rédaction même permet d'asseoir son autonomie, voire son autosuffisance, par rapport aux autres dispositions constitutionnelles.

### B. *Le caractère autonome de l'article 5 de la Constitution*

Nous formulons ici l'hypothèse que l'article 5 de la Constitution du 4 octobre 1958 présente une texture particulière qui le rend fondamentalement différent des autres dispositions constitutionnelles. Plus précisément, la rédaction du texte laisse place à une texture très ouverte en ayant recours à des termes d'une grande plasticité et aux contours incertains. Même si, dans une vision restrictive, que nous n'avons pas adoptée, on soutient que le pouvoir d'interprétation déduit de l'article 5 est circonscrit au « fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat », le champ est si vaste qu'il couvre tout le spectre des mécanismes institutionnels, en particulier s'agissant de ceux qui font intervenir le président de la République puisque le Conseil constitutionnel est incompétent en la matière. Et que dire, si l'on s'inscrit dans une vision plus large, de la tâche présidentielle consistant à « veiller au respect de la Constitution » ? On passe alors aisément, comme nous croyons l'avoir montré, à une habilitation généralisée d'interprétation constitutionnelle. Le président Ardant soutient ainsi que « le président définit lui-même ce que lui commande la Constitution »<sup>68</sup> tandis que « le Conseil applique ce que lui commande cette même Constitution »<sup>69</sup>.

C'est dans cette large acception des termes que réside toute la marge d'interprétation du président de la République. De ce point de vue, la célèbre conférence de presse du 31 janvier 1964 tire les conclusions de cette capacité étendue d'interprétation présidentielle. Selon le général de Gaulle, « 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 par lui, enfin (qu')il lui appartient d'ajuster le domaine suprême qui lui est propre avec ceux dont il attribue la gestion à d'autres »<sup>70</sup>. On ne saurait être plus clair. Autrement dit, cet article 5 habilite constitutionnellement le président de la République à donner sa « lecture » du régime, selon le mot de Jacques Robert, à façonner son orientation générale.

De surcroît, la rédaction même de l'article 5 de la Constitution met bien en exergue le fait qu'il s'agit d'une interprétation large, là où, *a contrario*, le Conseil constitutionnel se voit enserrer dans des compétences d'attribution relativement strictes. Il s'agit d'une interprétation strictement

---

<sup>67</sup> Félicien Lemaire, *ibid.*, p. 466.

<sup>68</sup> Cité par Isabelle Richir, *Le président de la République et le Conseil constitutionnel*, Thèse Paris X, Paris, PUF, 1998, p. 217.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> Didier Maus, *Les grands textes de la pratique constitutionnelle de la V<sup>ème</sup> République.*, Paris, La Documentation française, 1998.

juridique tandis que celle du président est une interprétation globalisante<sup>71</sup>. Raphaël Romi plaide d'ailleurs avec netteté en faveur d'une forme de supériorité de l'interprétation présidentielle sur celle émise par le Conseil constitutionnel, thèse à laquelle nous adhérons pleinement : « Au total, (...) si le Conseil constitutionnel dispose d'une autorité potentiellement suffisante - si l'on peut dire - pour assurer un contrôle des (et donc imposer des limites aux) interprétations présidentielles, le faible champ de sa compétence lui interdit de jouer à part entière le rôle d'interprète autorisé de la Constitution. Si l'on préfère, là où le Conseil fait silence, et même, parfois, malgré ses interprétations, l'autorité *interprétative* du président paraît mieux assurée, confortée par l'article 5 de la Constitution. »<sup>72</sup>

En outre, l'article 5 est le seul article régissant une institution politique qui ne renvoie à aucune autre. Son autonomie provient ainsi de son caractère autosuffisant. En effet, contrairement aux autres institutions politiques (Gouvernement, Parlement), l'article 5 ne vise pas des destinataires précis, ou plutôt à l'inverse s'adresse à la nation entière. Il surplombe les autres dispositions constitutionnelles<sup>73</sup>. Il est significatif de constater, en effet, que chaque compétence attribuée à une institution politique n'est jamais globalisante, intégrale, autosuffisante. Il s'agit soit de mises en réseaux, de dispositions renvoyant à d'autres dispositions mais qui ne pourraient s'actualiser seules, soit de dispositions ne traitant que de l'organisation et du fonctionnement de ladite institution.

Ainsi, pour la première catégorie et pour ne retenir que quelques exemples, lorsque le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation en vertu de l'article 20 de la Constitution, il n'y est autorisé qu'en contrepartie d'une responsabilité politique devant l'Assemblée nationale évoquée dans ledit article et développée à l'article 49, ce qui n'est d'ailleurs que la transcription de la forme parlementaire du régime. Il est également significatif que le titre V soit explicitement intitulé : « Des rapports entre le Parlement et le Gouvernement ». Pour la seconde catégorie, il suffit de procéder à la lecture attentive des titres III et IV de la Constitution, respectivement consacrés au Gouvernement et au Parlement, pour constater qu'il s'agit de prévoir le fonctionnement de ces institutions, titres qui portent ainsi sur des considérations organiques ou procédurales. On y prévoit par exemple les attributions du Premier ministre et du Gouvernement aux articles 20 et 21, la procédure du contreséing à l'article 22, ou encore le régime des incompatibilités à l'article 23. Quant au Parlement, on trouve aux articles 24 à 33, la

---

<sup>71</sup> Nous entendons par « interprétation globalisante » ce que d'aucuns appellent une « interprétation politique » en la distinguant de « l'interprétation juridique ». Nous préférons ce terme en ce que ladite distinction ne nous semble pas très convaincante. En effet, comme l'écrit Raphaël Romi, il y a quelque artificialité à différencier interprétation *politique* et interprétation *juridique* de la Constitution et, partant, il en relativise la portée : « l'application de la Constitution suppose que le président commette une interprétation juridique des dispositions utilisées : que cette interprétation se solde ou soit commandée par une lecture politique est incontestable, voire inévitable ; le fait n'en est pas moins là : le président peut dire à l'intérieur de certaines limites le Droit », in Raphaël Romi, « Le président de la République, interprète de la Constitution », *RDP*, 1987, n°5, pp. 1265 et 1268.

<sup>72</sup> Raphaël Romi, *ibid.*, p. 1287.

<sup>73</sup> Marie-Anne Cohendet ne dit pas autre chose relativement à l'autonomie de l'article 5 mais en tire des conclusions radicalement différentes : « Ainsi, l'article 5 éclaire le sens des autres articles de la Constitution et notamment les articles 20 et 21 qui attribuent au seul gouvernement dirigé par le Premier ministre le pouvoir de déterminer et conduire la politique de la nation. Réciproquement, le sens de l'article 5 est parfaitement clair à la lumière des autres articles qui organisent les instruments et les limites de l'arbitrage présidentiel. Il y a une cohérence parfaite entre la raison d'être de la mission présidentielle, son domaine, qui est très restreint, ses instruments, et les conséquences que cette interprétation implique sur toute la répartition des pouvoirs entre l'ensemble des organes constitutionnels : Président, Gouvernement, Parlement, Conseil constitutionnel. Toutes les méthodes d'interprétation convergent dans ce sens (...) : le Président est, selon la Constitution, un arbitre au sens juridique, un pouvoir modérateur, et certainement pas un dirigeant de l'exécutif qui statue souverainement », *APD*, 2009, n°52, *L'arbitrage*, pp. 45-46.

composition des chambres, leurs attributions générales ainsi que le régime des immunités et des sessions parlementaires, ordinaires, extraordinaires et de plein droit.

Enfin, l'article 5 prévoit à la charge du président une obligation de résultat en des termes larges (« veiller au respect de la Constitution ; assurer, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs public ainsi que la continuité de l'Etat ; être garant de l'indépendance de la nation, de l'intégrité du territoire et du respect es traités ») mais ne renferme aucune obligation de moyens. Bien sûr, le président dispose de pouvoirs, dont certains sont parfois dits *propres* par certains auteurs, donc de pouvoirs constitutionnels énumérés dans le texte de 1958, lesquels constituent autant de moyens mis à sa disposition. Il demeure que l'obligation générale de résultat à la charge du président lui permet d'user desdits moyens comme il l'entend, ces derniers se traduisant, bien souvent, par des *facultés* avant que d'être des *obligations*. Le président de la République *peut* dissoudre l'Assemblée nationale ; il *peut* organiser un référendum ; il *peut* signer des décrets et des ordonnances ; il *peut* adresser des Messages au Parlement ou venir s'exprimer devant le Congrès depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 ; il *peut* convoquer une session extraordinaire ; il *peut* saisir le Conseil constitutionnel... Bref, il *peut tout* mais n'est pratiquement *obligé à rien*. On retrouve ici la mission présidentielle de solliciter mise en exergue par Michel Debré lors de sa présentation de la Constitution de 1958 devant le Conseil d'Etat : « 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 Comité (sic) constitutionnel ; il sollicite le suffrage universel. Mais cette possibilité de solliciter est fondamentale. »<sup>74</sup>

Cette autosuffisance de l'article 5 s'explique par le fait que, loin de régir les rapports présidentiels avec d'autres institutions, l'article 5 renferme tout l'esprit du régime<sup>75</sup>. Il n'est donc pas à appréhender dans ses relations avec les autres articles mais il symbolise un principe directeur d'interprétation de l'ensemble de la Constitution, une grille de lecture du texte de 1958. C'est pourquoi on peut penser qu'il trouve dans l'article 16 sur les pouvoirs exceptionnels son pendant naturel : il s'agira alors de permettre au président de la République de continuer à remplir sa mission en disposant des armes nécessaires à la conduite de cette délicate entreprise. Ainsi, partageons-nous l'analyse de Michèle Voisset quand elle écrit que « ce qui constitue précisément l'originalité de l'article 16 par rapport à la théorie générale des pouvoirs de crise, ce sont ses

---

<sup>74</sup> Michel Debré, Discours devant le Conseil d'Etat le 17 août 1958, *Constitution française du 4 octobre 1958*, Paris, La Documentation française, coll. Documents d'études n°1.04, 2008, p. 29.

<sup>75</sup> « Le terme d'esprit est bien sûr susceptible de nombreuses acceptions : c'est d'ailleurs ce qui rend la remarque aussi énigmatique. Pourtant, on devine rapidement où de Gaulle, familier de la pensée classique, a dû puiser son inspiration : dans une terminologie qui remonte à *L'Esprit des lois* et, au-delà, au *Traité des Loix* de Jean Domat, à qui Montesquieu emprunta le titre de son ouvrage. Dans cette littérature, le terme d'« esprit » a une signification précise : c'est, explique Littré, ce d'après quoi on se dirige ; ce qui en fait un synonyme de « principe » : « ce qui fait la vie d'un Etat. Le gouvernement est frappé dans son principe ». Domat, quant à lui, rapprochait l'esprit de l'*intention* de l'auteur de la règle, et de l'*objectif* visé à travers elle. En ce sens, qui est celui qu'utilise de Gaulle, l'esprit apparaît donc comme *l'idée directrice, le principe moteur, animateur et organisateur d'une règle ou d'un système* (...) L'esprit n'est donc pas, ou pas forcément, un mythe, contrairement à ce que pourrait affirmer une pensée ultra-positiviste, pour qui la règle n'existe qu'à travers les interprétations successives qui en sont proposées. Parler d'un tel « esprit » ne relève pas non plus d'un anthropomorphisme naïf, qui consisterait à prêter une « âme » à une règle de droit, comme si elle était un être vivant. En l'occurrence, l'esprit ne participe pas de la règle : il n'est pas « en elle », puisqu'il lui est imposé par celui qui l'a faite, et il lui demeure donc « extérieur », même s'il en est indissociable, la règle ayant été conçue, créée en fonction de cet esprit. Pour ce qui est de la V<sup>ème</sup> République, le général de Gaulle affirmait que « son esprit procède de la nécessité d'assurer aux pouvoirs publics l'efficacité, la stabilité et la responsabilité dont ils manquaient organiquement sous la III<sup>ème</sup> et la IV<sup>ème</sup> République », et qu'il « *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 », Frédéric Rouvillois, *Droit constitutionnel, Tome 2 La V<sup>ème</sup> République*, Flammarion, coll. Champs Université, 2009, 3<sup>ème</sup> éd., pp. 9-10 et 13.

fondements doctrinaux (Il s'agit de) faire en sorte que l'article 5 s'applique même lorsque les circonstances ne permettent pas de le faire par les moyens ordinaires »<sup>76</sup>. S'il existe deux articles distincts, c'est parce qu'ils correspondent à deux configurations éloignées mais l'esprit qui a présidé à leur rédaction est le même. Il s'agit d'adapter les pouvoirs présidentiels afin que le chef de l'Etat garantisse, quelles que soient les circonstances, l'ordre constitutionnel. La parenté dans les termes utilisés n'est évidemment pas le fruit d'un quelconque hasard. Ainsi que l'expriment Thierry S. Renoux et Michel de Villiers, « un autre rapprochement avec l'article 16 de la Constitution, rédigé en ses premières lignes en des termes presque identiques à ceux de l'article 5 de la Constitution, souligne la gradation des responsabilités présidentielles, qui peuvent aller jusqu'à la prise en charge totale de l'Etat en temps de crise »<sup>77</sup>. Ses actions se feront à l'aune des objectifs généraux qui lui sont assignés par l'article 5. C'est une raison supplémentaire, et non des moindres, qui explique que l'article 5 ne peut s'appréhender que de manière indépendante. Il constitue ainsi une clause transversale guidant l'action présidentielle dans chaque application du texte constitutionnel. En dépit des circonstances, le président répond de la France et de la République, en vertu de l'habilitation générale des articles 5 et 16. Cette considération est limpide dans les propos du général de Gaulle tenus à l'occasion de son discours du 20 septembre 1962<sup>78</sup>.

Ces deux conditions permissives des interprétations présidentielles constituantes étant réunies, l'article 5 peut constituer le support d'une production normative.

•••••

## II. L'article 5 de la Constitution de 1958, support d'une production normative

« Les règles non écrites concourent à l'adaptation de la pratique constitutionnelle à la volonté populaire telle qu'elle se manifeste à travers les élections. Les aménagements dérogatoires au texte répondent à une normativité politique (qualifiée de *moralité constitutionnelle* par la doctrine britannique) qui découle tout simplement du principe démocratique et qui fait prévaloir l'esprit général du système, tel qu'il fonctionne actuellement, sur la lettre particulière du texte qui l'a institué »<sup>79</sup>. Si l'on s'inscrit dans les propos de Pierre Avril, l'article 5 constitue un des instruments essentiels de cette normativité. Celle-ci se traduit par des mutations constitutionnelles, lesquelles s'opèrent au service de la lecture présidentialisée, c'est-à-dire principalement au service de la fonction présidentielle telle que définie par le général de Gaulle. (A). Dès lors, on peut

<sup>76</sup> Michèle Voisset, *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, LGDJ, 1969, pp. 362 et 367. Citée par Bruno Pays, *L'article 5 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Thèse, 1987, p. 199.

<sup>77</sup> Thierry S. Renoux et Michel de Villiers, *Code constitutionnel*, Paris, Litec, 2004, p. 347.

<sup>78</sup> Charles de Gaulle : « 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. Bref, il répond de la République. Pour porter ces responsabilités suprêmes, il faut au chef de l'Etat des moyens qui soient adéquats. La Constitution les lui donne. C'est lui qui désigne les ministres et, d'abord, choisit le Premier. C'est lui qui réunit et préside leurs Conseils. C'est lui qui, sur leur rapport, prend, sous forme de décrets ou d'ordonnances, toutes les décisions importantes de l'Etat. C'est lui qui nomme les fonctionnaires, les officiers, les magistrats. Dans les domaines essentiels de la politique extérieure et de la sécurité nationale, il est tenu à une action directe, puisqu'en vertu de la Constitution il négocie et conclut les traités, puisqu'il est le chef des armées, puisqu'il préside à la défense. Par-dessus tout, s'il arrive que la patrie et la République soient immédiatement en danger, alors le président se trouve investi en personne de tous les devoirs et de tous les droits que comporte le salut public », *Discours et Messages, Tome IV*, Paris, Plon, 1970, p. 21.

<sup>79</sup> Pierre Avril, « Le statut des normes constitutionnelles non écrites », in *Les règles et principes non écrits en droit public*, (dir. Pierre Avril et Michel Verpeaux), Paris, éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 84.

légitimement s'interroger sur la place de ces mutations dans l'ordre positif. Nous nous attarderons ainsi sur la place éminente du droit constitutionnel non écrit (B).

*A. Les mutations constitutionnelles sous la V<sup>ème</sup> République au service de la lecture présidentialisée des institutions*

Comme le souligne Franck Moderne, « la notion de mutation constitutionnelle évoque une modification de la Constitution, mais une modification informelle. Elle est le résultat de la pratique constitutionnelle, qui impose aux textes les transformations nécessaires qui adaptent la situation constitutionnelle à la loi fondamentale »<sup>80</sup>.

On a pu reprocher aux mutations constitutionnelles de constituer des modifications informelles de la norme suprême non organisées par celles-ci. Elles constitueraient une absurdité juridique, dans notre pays de droit écrit au sein duquel la tendance doctrinale majoritaire adhère au postulat selon lequel la normativité est intrinsèquement liée à des dispositions expressément formulées, en même temps qu'un déni démocratique puisque ne résultant pas d'une révision constitutionnelle *stricto sensu*. Certes. Mais c'est justement dans ces caractéristiques de non formalisation que réside l'intérêt des mutations. Elles sont indispensables dans notre système constitutionnel pour deux raisons majeures.

La première réside dans l'absolue nécessité d'explicitier le texte constitutionnel qui, par essence, ne peut tout prévoir et qui même d'une certaine façon, tient sa force de sa brièveté. Comme le résume Franck Moderne, une Constitution « n'est pas juridiquement autosuffisante. Elle nécessite pour entrer en vigueur des éléments non formellement *normativisés*. Parmi ces éléments non *normativisés* figure la coutume constitutionnelle qui permet une adaptation du texte constitutionnel à la dynamique sociale et institutionnelle »<sup>81</sup>. Ainsi, Olivier Beaud explique-t-il « le paradoxe de la V<sup>ème</sup> République », à savoir la permanence des institutions en même temps que leur malléabilité par l'existence de ces « changements constitutionnels » comme il les qualifie lui-même. En effet, à refuser semblables « changements »<sup>82</sup>, il serait obligatoire de procéder à des révisions formelles incessantes, ce qui non seulement est impraticable mais pas nécessairement souhaitable. En effet, si un minimum de révision est indispensable au maintien d'une certaine stabilité constitutionnelle, trop de révisions tendent à l'affaiblir inéluctablement. Le révisionnisme ne doit pas se muer en « révisionnisme ».

La deuxième raison, *a priori* paradoxale, tient au fait que le pouvoir d'interprétation du président de la République, même quand il débouche sur une mutation, permet d'assurer une certaine continuité constitutionnelle par-delà le régime présent. Ainsi, la pratique présidentialisée des institutions de la V<sup>ème</sup> République n'est-elle pas isolée. Au contraire, elle puise ses racines dans une histoire constitutionnelle aux traits césaristes marqués et aux termes de laquelle le recours à un pouvoir fort et unificateur est relativement constant. De la même manière, la mutation résultant de l'émergence du « bloc de constitutionnalité » permet d'englober notre histoire politico-constitutionnelle dans notre système de références présent. Les présidents de la République successifs, suite à la décision de 1971, ont entériné cette évolution du régime au point de réclamer concurremment avec le Conseil constitutionnel la compétence d'assurer le maintien

---

<sup>80</sup> Franck Moderne, *Réviser la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 39.

<sup>81</sup> Franck Moderne, *ibid.*, p. 42.

<sup>82</sup> Olivier Beaud, « Les mutations de la V<sup>ème</sup> République, ou comment se modifie une Constitution écrite », *RDP*, 2001, n°99, p. 27.

et la garantie de cet héritage qui va des Lumières et de la Révolution jusqu'au Préambule de 1946 en passant par les principes tirés de la législation centrale de la III<sup>ème</sup> République.

Sous la V<sup>ème</sup> République, la conférence de presse du général de Gaulle du 31 janvier 1964 renferme à nos yeux une mutation constitutionnelle caractérisée. En effet, le président de Gaulle consacre le principe de l'unité du pouvoir exécutif, le « chef de gouvernement » n'est alors que le premier des ministres. En bref, le président donne les impulsions politiques fondamentales en même temps qu'il assure la continuité de l'Etat. Or, cette conception maximaliste de l'unité de l'exécutif avec une marge de manœuvre moindre laissée au Premier ministre et une responsabilité politique gouvernementale tendant à s'exercer d'abord devant le président de la République (tendances qui ne feront qu'être consolidées par la suite) n'est pas compatible avec le caractère parlementaire du régime tel qu'il fut proclamé en 1958 par Michel Debré comme par le général de Gaulle lui-même<sup>83</sup>, et *a fortiori* tel qu'il résulte du cadre présidentiel à l'élaboration de la Constitution fixé par la loi constitutionnelle du 3 juin 1958. C'est pourtant cette conception qui imprimera toute sa marque au régime. Cette célèbre conférence de presse constitue la première formalisation intellectuelle d'ensemble de la logique désormais présidentialisante des institutions, à la suite de l'élection du président au suffrage universel. Jean et Jean-Eric Gicquel ont parlé de « la Constitution de 1964 » ou de « la Constitution présidentialisante »<sup>84</sup>. A partir de 1962, et de façon notable sous le président Pompidou, le présidentielisme s'installera comme le corollaire de l'élection du chef de l'Etat au suffrage universel et de l'interprétation présidentialisante de la Constitution, telle que cette dernière fût formalisée à l'occasion de cette conférence de presse. Un des instruments du présidentielisme réside dans la convocation et la présidence par le chef de l'Etat de conseils restreints, dans des domaines relevant des attributions gouvernementales ainsi que l'indiquent MM Tricot, Hadas-Lebel et Kessler. Ont ainsi été traités lors de ces Conseils des sujets aussi différents que l'éducation nationale, les orientations budgétaires, la réforme de la police, l'urbanisme parisien...<sup>85</sup>. On pense ici également comme techniques d'intervention présidentielles aux célèbres lettres-directives du président Giscard d'Estaing<sup>86</sup>. Est-il encore besoin de rappeler le pouvoir d'évocation présidentiel sur nombre de dossiers, plus ou moins significatifs selon les cas, et les interventions tout azimuts des présidents pour les compositions gouvernementales et les remaniements ministériels en dépit de la lettre de l'article 8 de la Constitution, tout comme la « dyarchie hiérarchisée »<sup>87</sup> entre le chef de l'Etat et le Premier ministre ?

En somme, comme l'écrit Pierre Avril, certaines normes non écrites peuvent s'analyser comme « une sorte de directive d'interprétation, dont l'objet n'est pas seulement de guider la lecture de la Constitution dans son ensemble en déterminant la portée de dispositions ambiguës, tel l'arbitrage de l'article 5 de la Constitution, mais encore de justifier les innovations insolites lorsqu'elles apparaissent si peu compatibles avec la lettre du texte qu'elles révisent implicitement.

---

<sup>83</sup> Devant le Comité consultatif constitutionnel, le 8 août 1958, le général de Gaulle soutient en effet : « Le président de la République 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. », *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958*, vol. 2, p. 300.

<sup>84</sup> Jean et Jean-Eric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 2009, 23<sup>ème</sup> éd., p. 494.

<sup>85</sup> MM Tricot, Hadas-Lebel et Kessler, *Les institutions politiques françaises*, Paris, Presses de Sciences Po, 1995, p. 277.

<sup>86</sup> Voir à ce sujet Maurice Gaillard, *Les directives présidentielles*, Presses universitaires de Lyon, 1979.

<sup>87</sup> Jean Massot, *Chef de l'Etat et chef du Gouvernement. La dyarchie hiérarchisée*, (préface de Pierre Avril), Paris, La Documentation française, coll. Les Etudes de la Documentation française, 2008, 223 p.

Dans une espèce de *second moment constituant*, c'est *l'esprit* qui se concrétise à travers ces règles, parallèlement aux déclarations qui l'expriment sur le mode systématique, telle la conférence de presse du 31 janvier 1964 »<sup>88</sup>.

Cette orientation présidentialiste puisera sa source dans les faits dans les prémisses du régime, à l'occasion de la question algérienne. Elle trouvera son instrument à travers l'utilisation gaullienne de ses pouvoirs constitutionnels centraux que sont le référendum ainsi que le recours, en 1961, à l'article 16 relatif aux pouvoirs de crise. Ce sera le cas lors du référendum du 8 janvier 1961 sur le principe de l'autodétermination de l'Algérie, lequel autorise par ailleurs le Gouvernement à prévoir l'organisation des pouvoirs publics par décrets. Il sera adopté par les Français à 75%. A cette occasion, le général de Gaulle sera on ne peut plus explicite quant à son engagement personnel, posant une véritable question de confiance au peuple deux jours avant le scrutin<sup>89</sup>. Ce sera encore le cas avec la consultation référendaire du 8 avril 1962 à la faveur duquel les Français votent à 91% les accords d'Evian en date du 18 mars. L'Algérie sera alors indépendante, et signe réitéré des temps césaristes, le référendum donne également pouvoir au général de Gaulle pour prendre « toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à l'application des accords » par ordonnances ou décrets en Conseil des ministres.

Mais l'empreinte présidentialiste du régime n'a pu être durable que grâce à l'élection présidentielle par l'ensemble des citoyens français. Avec celle-ci, en effet, le président peut cumuler ses attributions constitutionnelles, déjà considérables, avec des attributions politiques substantielles, naissant de la concordance de vues entre ce dernier et les parlementaires, ce qui donnera naissance au fameux fait majoritaire, sans interruption, quoiqu'à des degrés divers, jusqu'en 1986. Il est à relever que la Constitution de 1958, inspirée par le discours de Bayeux de 1946, semblait porter en elle-même, comme une conséquence inéluctable, l'élection du président par tous les Français. Ce fut en tout cas le présage du commissaire du gouvernement Léon Blum qui écrit : « 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 sera le chef effectif du Gouvernement et de l'Administration, 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-vis du Parlement. J'ajoute que, pour le chef de l'exécutif ainsi conçu, l'élargissement du collège électoral ne saurait suffire. Toute souveraineté émanant nécessairement du peuple, il faudrait descendre jusqu'à la source de la souveraineté, c'est-à-dire remettre l'élection du chef de l'exécutif au suffrage universel. Là est la conclusion logique du système. »<sup>90</sup> Là encore, c'est la voie du référendum qui sera choisie et le peuple français approuvera cette réforme le 28 octobre 1962 à 61,7% des suffrages et une abstention alors relativement élevée de 27,7%. Comme à l'accoutumée, le général de Gaulle engagera sa responsabilité politique devant le peuple à l'occasion de l'allocution du 18 octobre 1962<sup>91</sup>. Entre temps, l'opposition, épaulée par le centre et les Indépendants, renverse le

---

<sup>88</sup> Pierre Avril, « Le statut des normes constitutionnelles non écrites », *Les règles et principes non écrits en droit public* (dir. Pierre Avril et Michel Verpeaux), Paris, Panthéon-Assas, 2000, p. 82.

<sup>89</sup> « Françaises, Français, vous le savez, c'est à moi que vous allez répondre. Depuis plus de vingt années, les événements ont voulu que je serve de guide au pays dans les crises graves que nous avons vécues. Voici que de nouveau mon devoir et ma fonction m'ont amené à choisir la route. Comme la partie est vraiment dure, il me faut, pour la mener à bien, une adhésion nationale, autrement dit une majorité qui soit en proportion de l'enjeu. Mais aussi j'ai besoin, oui, j'ai besoin de savoir ce qu'il en est dans les esprits et dans les cœurs. C'est pourquoi je me tourne vers vous par-dessus tous les intermédiaires. En vérité – qui ne le sait – l'affaire est entre chacune de vous, chacun de vous et moi-même. Tout est simple et clair », cité par Jean-Jacques Chevaller, Guy Carcassonne et Olivier Duhamel, *La V<sup>ème</sup> République 1958-2004*, Paris, Armand Colin, 2004, p. 73.

<sup>90</sup> *Le Populaire*, 21 juin 1946.

<sup>91</sup> « Si votre réponse est *Non*, comme le voudraient les anciens partis afin de rétablir leur régime de malheur, ainsi que tous les factieux pour se lancer dans la subversion, ou même si la majorité des *Oui* est faible, médiocre,

Gouvernement Pompidou le 5 octobre, lequel sera reconduit après que la dissolution de l'Assemblée nationale par le général de Gaulle lui ait permis de se faire confirmer par le peuple sa politique comme le recours contesté à l'article 11 comme voie de révision constitutionnelle, en lieu et place de l'article 89.

Comme nous l'avons évoqué plus haut, cette mutation n'a pu être actualisée qu'en raison d'une pratique présidentielle corroborée par les autres acteurs constitutionnels et validée par le peuple souverain. En toute hypothèse, cette configuration des conventions constitutionnelles au profit d'une orientation présidentialisante du régime de la V<sup>ème</sup> République a été acceptée par le Gouvernement et par le Parlement et même, concernant les acteurs non politiques, par les autorités juridictionnelles.

### 1. *Une acceptation gouvernementale*

Nul besoin de revenir ici sur ce qui a été démontré à de nombreuses reprises. La soumission systématique de l'ensemble des Premiers ministres, exceptés, quoi qu'avec des tempéraments, en période de cohabitation, par rapport aux présidents est symptomatique d'une pratique présidentialisante des institutions qui se justifie aussi par la nécessité d'assurer l'unité de l'exécutif<sup>92</sup>.

Nous nous attarderons plus longuement sur la soumission du Parlement, plus inattendue par rapport à ce que l'on aurait pu attendre en termes de logique institutionnelle. Nous verrons toutefois, en faisant un détour par la science politique, que cette paradoxale docilité du Parlement s'explique par le ralliement des forces politiques, qui en constituent l'ossature, à la logique présidentialisante.

### 2. *Une acceptation parlementaire*

Bien entendu, l'interprétation présidentialisante des institutions réduit d'autant les pouvoirs du Parlement puisque l'impulsion politique essentielle vient du président de la République, sur lequel il n'a pas de prises. Mais, si la pratique présidentialisante a pu s'installer, c'est bien que le Parlement l'a cautionnée. Autrement dit, si le Parlement se vit lui-même comme une victime, il s'agit d'une victime consentante. Bernard Chantebout explique ainsi : « L'Assemblée nationale, cependant, eût pu s'opposer à l'action du président et à cette dérive progressive des institutions : en votant contre le Gouvernement une motion de censure motivée par le fait qu'il manifestait une trop grande complaisance à l'égard du chef de l'Etat, elle aurait en fait obligé celui-ci à relever le défi, c'est-à-dire à la dissoudre et en appeler à l'arbitrage populaire pour trancher le conflit : si le peuple, renvoyant siéger la même majorité, avait désavoué le président, celui-ci eût du s'incliner. Le Parlement n'était donc pas désarmé face au chef de l'Etat : la mise en jeu de la responsabilité gouvernementale lui permettait d'enclencher le processus d'une mise en cause de la responsabilité

---

aléatoire, il est bien évident que ma tâche sera terminée aussitôt et sans retour. Car que pourrais-je faire ensuite sans la confiance chaleureuse de la nation ? Mais si, comme je l'espère, comme je le crois, comme j'en suis sûr, vous me répondez *Oui* une fois de plus et en masse, alors me voilà confirmé dans la charge que je porte ! Voilà le pays fixé, la République assurée et l'horizon dégagé. Voilà le monde décidément certain du grand avenir de la France », Cité par Véronique Alibert-Fabre, « La pensée constitutionnelle du général de Gaulle à l'épreuve des circonstances », *RFSP*, 1990, n°5, p. 711.

<sup>92</sup> Voir à ce sujet : Jean-Jacques Chevallier, Guy Carcassonne, Olivier Duhamel, *Histoire de la V<sup>ème</sup> République (1958-2009)*, Paris, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2009 ; Jean Massot, *Chef de l'Etat et chef de gouvernement. La dyarchie hiérarchisée*, Paris, La Documentation française, 2008, 224 p. ; Raphaëlle Bacqué, *L'enfer de Matignon*, Paris, Albin Michel, 2008, 318 p. ; Jean-Louis Andréani, *Bail précaire à Matignon*, Paris, éd. Jacob-Duvernoy, 255 p. ; Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, pp. 99-104.

du président de la République devant le peuple. »<sup>93</sup> On sait que cela ne se produisit qu'une seule fois pour l'heure.

Si le Parlement s'est montré, au final, assez sensible à la présidentialisation du régime, c'est bien parce que ses membres ne se déterminent pas par logique institutionnelle mais bien plutôt par positionnement politique, et c'est donc d'abord par ce que les principaux partis politiques, qui en forment l'ossature, s'y étaient préalablement ralliés.

### Une adhésion naturelle des gaullistes aux ressorts de la V<sup>ème</sup> République

C'est assurément le cas, pour grande partie, de la part des gaullistes de l'UNR puis de l'UDR et du RPR. Les choses sont plus compliquées depuis la naissance de l'UMP en 2002 puisqu'elle a vocation à rassembler toute la droite, à l'exception mesurée de son aile centriste restée pour partie autonome. Il faut néanmoins garder à l'esprit que des débats constitutionnels, depuis les origines de la V<sup>ème</sup> République, ont traversé la famille gaulliste, comme le rappelle fort pertinemment Daniel-Charles Badache<sup>94</sup> en évoquant les « hiatus intragaulliens » en la matière. En bref, on peut dire que si les débats ont toujours été présents dans la famille gaulliste, notamment après le départ du général de Gaulle, aucune solution alternative au système de la V<sup>ème</sup> République n'a jamais obtenu de majorité, loin s'en faut. Cette situation n'a rien de surprenant contrairement à l'acceptation de la pratique présidentialiste des institutions par la gauche et par le centre.

### Un ralliement de la gauche à la logique présidentialiste

*A priori*, il n'était pas incongru de penser que les socialistes, emmenés par l'auteur du *Coup d'Etat permanent*<sup>95</sup>, éprouveraient des difficultés à épouser harmonieusement les institutions de la V<sup>ème</sup> République, et particulièrement le rôle et la place du chef de l'Etat, incarnation du « pouvoir personnel ». Pourtant, ce ne fut pas le cas dans l'exercice du pouvoir à partir de 1981, et loin s'en faut à l'observation de la pratique constitutionnelle de François Mitterrand. Ainsi, n'est-il pas inutile de s'interroger sur les soubassements d'un tel revirement, qui trouvent leurs fondements

---

<sup>93</sup> Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, Armand Colin, 2000, p. 421.

<sup>94</sup> Daniel-Charles Badache, « Les positions institutionnelles des gaullistes depuis 1959 », *RFSP*, 1984, n°4, pp. 844-860. Mentionnons également les partisans d'une évolution plus profonde du régime, à l'instar notamment d'Achille Peretti. L'ancien maire de Neuilly et vice-président de l'Assemblée nationale souhaitait l'instauration d'un régime présidentiel « à la française », allant jusqu'à déposer deux propositions de loi constitutionnelle en 1966 et 1973 en ce sens, lesquelles prévoyaient toutefois le maintien des mécanismes spécifiques de la V<sup>ème</sup> République que sont la technique référendaire et le droit de dissolution dans les mains du chef de l'Etat. Il sera suivi par Albin Chalandon qui, lui, souhaitait même la disparition du droit de dissolution. Nul besoin, en outre, d'insister ici sur la différence de conceptions du rôle du chef de l'Etat entre le général de Gaulle et Michel Debré, lequel restait attaché au parlementarisme, fût-il rationalisé. Il faut également citer les réticences de Jacques Soustelle (*L'espérance trahie*, Paris, éd. de l'Alma, 1962). Dans le sens contraire, le passage de Jacques Chaban Delmas à Matignon peut s'analyser comme la tentative d'instaurer, sinon un régime parlementaire, à tout le moins une parlementarisation plus forte du régime en donnant un poids sensiblement plus important au Premier ministre. Mais cette entreprise s'arrêta aussi rapidement que celles esquissées par les partisans du régime présidentiel. Enfin, ce sera sous la présidence pompidolienne que sera organisée la première tentative pour faire adopter le quinquennat présidentiel dont on ne peut pas dire qu'il s'inscrit dans l'orthodoxie gaulliste. C'est justement pour cela que nombre de « barons » du gaullisme se sont systématiquement prononcés contre ce projet, de Christian Fouchet à Maurice Couve de Murville en passant par Michel Debré, qui, au nom d'une paternité incontestée, savait combien une telle réforme bouleverserait l'économie générale des institutions de la V<sup>ème</sup> République. A ce propos, il écrira : « La France a tant besoin de stabilité qu'il me paraît vain de chercher à retrancher une ou deux années. J'ajoute qu'il est bon que le mandat du président soit plus long que celui de l'Assemblée : il donne au président ce sens de l'autorité supérieure qui est indispensable à l'exercice de sa fonction » (Michel Debré, *Au service de la Nation*, Stock, 1963, p. 202).

<sup>95</sup> François Mitterrand, *Le Coup d'Etat permanent*, Paris, Plon, 1964.

dans des facteurs plus politiques que strictement constitutionnels. Nous expliquons cette évolution, sans prétendre nullement à l'exhaustivité, par cinq raisons majeures.

La première raison que nous serions tentés de consacrer comme la cause explicative centrale réside dans le mode d'accession au pouvoir des socialistes. En effet, après vingt-trois années d'opposition, c'est par le truchement de l'élection présidentielle que les socialistes sont parvenus à conquérir le pouvoir. L'évolution de leurs conceptions constitutionnelles eût été probablement sensiblement différente si les socialistes, et avec eux toute la gauche d'alors, avaient remporté les élections législatives en 1978. D'après les propos du président Giscard d'Estaing tenus à Verdun-sur-le-Doubs le 27 janvier 1978 sur le rôle, très effacé, qu'il se serait assigné dans une telle hypothèse, le passage à une lecture parlementaire du régime aurait sans nul doute été consacré. En revanche, l'arrivée de la gauche au pouvoir grâce à l'élection présidentielle a entériné la lecture présidentialisée des institutions<sup>96</sup>. Cette logique inhérente à la V<sup>ème</sup> République a tellement bien été intériorisée par les socialistes que, plus tard, c'est le Premier ministre socialiste de cohabitation, Lionel Jospin, qui a demandé au président gaullo-pompidolien, Jacques Chirac, d'inverser le calendrier électoral en 2001 afin que l'élection présidentielle précède les élections législatives<sup>97</sup>. En toute hypothèse, si les électeurs ont choisi la gauche pour la première fois en 1981, l'aggiornamento socialiste en matière institutionnelle puise ses racines dans un temps beaucoup plus lointain tant il est vrai que les socialistes, en particulier François Mitterrand, qui ne l'était d'ailleurs pas encore, avaient compris, dès 1962, que c'est autour du Chef de l'Etat que tout

---

<sup>96</sup> Et ce car, d'une part, ce faisant, les socialistes ont accepté de fait, et donc forcément légitimé, le rôle structurant de l'élection présidentielle dans la vie politique française, c'est-à-dire *in fine* du chef de l'Etat comme rouage institutionnel essentiel. D'autre part, du point de vue politique, en mêlant la victoire présidentielle à une dissolution immédiate de l'Assemblée nationale, en 1981 comme en 1988, afin d'obtenir une majorité parlementaire conforme à l'orientation du nouveau président, les socialistes ont parachevé ce fait désormais incontournable sous la V<sup>ème</sup> République selon lequel c'est l'élection présidentielle qui crée les dynamiques politiques et qui oriente les politiques menées.

<sup>97</sup> A ce propos, on peut soutenir avec Bruno Dugeron la proposition suivante : « Au lieu de s'attacher à défendre son bilan au travers d'élections législatives qui auraient normalement dû précéder l'élection présidentielle, l'ancien Premier ministre s'est pleinement inscrit dans la logique présidentialisée, prenant le risque d'être désavoué lors du premier scrutin (Bruno Dugeron, « La cohabitation et ses faux semblants », *RDP*, 2004, n°1, p. 85). Ce qu'il advint d'ailleurs. Il faut dire que Lionel Jospin était convaincu depuis longtemps, et au-delà de son cas personnel, que l'élection présidentielle constituait de façon irréversible la matrice de la V<sup>ème</sup> République : « Tout le monde admet qu'un élément décisif ne sera jamais remis en cause : l'élection du président au suffrage universel » (Lionel Jospin, *Le Monde*, 10 avril 1985) ou encore, reconnaissant que la réforme de 1962 a finalement servi la gauche : « La Constitution de 1958 a aidé deux fois la gauche : pour la conquête du pouvoir, pour sa conservation. L'élection au suffrage universel du président de la République a simplifié la tâche de la gauche » (Lionel Jospin, *L'invention du possible*, Flammarion, 1991, p. 58). Dans le même ouvrage, il précise qu'il serait favorable, si les institutions devaient être réformées, à un passage au régime présidentiel comme étant « la seule voie possible », mais à condition d'être un régime présidentiel « à la française », c'est-à-dire que le président « garderait le pouvoir de dissolution, pour éviter les blocages » (Lionel Jospin, *ibid.*, p. 79). Il semble définitivement converti à la vertu, ou en tout cas à la nécessité, du primat présidentialisé avec la campagne présidentielle de 2002 à l'occasion de laquelle il affirmera : « Le président, qui a défini dans la campagne de grandes orientations, doit en garantir la mise en œuvre et aider, appuyer le Gouvernement dans sa tâche » (Lionel Jospin, *Le Monde*, 2 mars 2002). Ou encore, significativement, dans le *Nouvel Observateur* du 18 avril 2002 : « Il y a un président. Il y a un Premier ministre. L'un est élu. L'autre est désigné ». D'ailleurs, le journaliste François Bazin semble confirmer cette approche du leader socialiste : « Pour Jospin, le président actif est un président qui s'engage. C'est au fond un président de législature qui, dans l'idéal, ne devrait avoir, durant ces cinq ans, qu'un seul Premier ministre. A sa manière, Jospin résout ainsi une double question. Celle de la crédibilité des promesses électorales et donc du combat politique en faisant du chef de l'Etat l'acteur principal de son quinquennat. Celle aussi de la dyarchie au sommet de l'Etat en faisant du Premier ministre, au mieux le premier des ministres, au pis un simple ministre chargé des relations avec la majorité parlementaire » (*Le Nouvel Observateur*, 28 février 2002). Enfin, sa démission de Matignon le soir même du premier tour de l'élection présidentielle de 2002 montre qu'il « n'a pas fait prévaloir la logique parlementaire des institutions mais bien leur logique présidentielle » (Bernard Rullier, « Le Parlement sous la onzième législature », *RFDC*, 2002, n°55, p. 606).

se jouait dans les institutions nouvelles et que ce contexte institutionnel commandait à la gauche de prendre acte de cette situation et, dès lors, de participer à l'élection suprême<sup>98</sup>.

La deuxième raison réside dans la volonté des socialistes de durer au pouvoir, ce que d'aucuns croyaient exclus, parlant d'une « expérience » qui ne tiendrait même pas le temps de la mandature. De ce fait, il n'est pas surprenant que les socialistes se soient glissés aussi facilement dans des institutions qui, par leur solidité comme leur souplesse, leur permettaient de mener à bien les réformes, et constituaient finalement le cadre au sein duquel il leur était devenu possible d'acquérir une culture du gouvernement dont ils ne disposaient pas, pour la plupart d'entre eux, en 1981. En outre, la relative indiscipline des élus de gauche, en particulier des communistes alliés dans une aventure qu'ils ne dominaient plus, l'instabilité naissant pour partie d'une insatisfaction chronique de la gauche française par rapport à ses propres réalisations, oscillant toujours entre l'aspiration révolutionnaire et la tentation du pouvoir concret, se sont trouvées canalisées par des institutions qui reposent pour beaucoup sur un homme à la tête de l'Etat. François Mitterrand, au moins durant son premier septennat, étant *de facto* le leader incontesté du parti majoritaire, les mécanismes de la V<sup>ème</sup> République ont permis de rationaliser une gauche historiquement prompte à l'instabilité politique ; on comprend dès lors que le président de la République et le parti majoritaire ne furent pas désireux de mettre un terme prématuré à la réalisation de leur programme et de le sacrifier comme jadis sur l'autel de débats constitutionnels alors relayés au second plan.

La troisième raison que nous pouvons avancer réside dans le fait que la V<sup>ème</sup> République est finalement très compatible avec l'action politique des socialistes, en tout cas de ceux que l'on qualifiait à l'instar de François Mitterrand, ou plus encore de Jean-Pierre Chevènement, de

---

<sup>98</sup> C'est ainsi que, dès 1965, un an à peine après la publication du *Coup d'Etat permanent*, François Mitterrand avait déjà pris soin de prendre date en mettant le général de Gaulle en ballottage, loin des scrupules de certains compagnons de route à l'instar d'un Pierre Mendès-France, viscéralement attaché à une conception représentative et parlementaire. Car se présenter à une élection revient, bon gré mal gré, à en accepter la légitimité. Du reste, les propositions institutionnelles du candidat Mitterrand en 1965 se résumaient prioritairement à la suppression de l'article 16 sur les pouvoirs de crise. Si ce n'est pas négligeable, on conviendra que le révisionnisme constitutionnel se trouve déjà limité et que l'économie générale des institutions n'en aurait pas été pour autant bouleversée. Sa campagne de 1974 marquera encore davantage l'acceptation du fait présidentiel. Elle sera en effet pour lui l'occasion d'afficher la suprématie présidentielle au travers de déclarations on ne peut plus nettes (« Si je suis élu, je ferai d'abord ce qui dépendra de moi. Ce sera de nommer le premier ministre, un homme en qui j'aurai une confiance amicale et la certitude d'une compétence, en même temps que l'exacte longueur d'onde », *RTL*, le 16 avril 1974 ; « Le Gouvernement sera formé à l'image de la majorité présidentielle », *Le Monde*, 2 mai 1974). Comme l'écrira Olivier Duhamel, « le pouvoir gouvernemental procède donc du président de la République, avec pour seul tempérament son origine parlementaire. La logique n'est pas celle d'un régime présidentiel, elle relève plutôt d'un orléanisme présidentialisé dans lequel le président domine exécutif et législatif. A la concession parlementaire près, c'est l'esprit du discours de Bayeux (...). M. Mitterrand se conforme donc au schéma fondamental de la V<sup>ème</sup> République, subi par le général de Gaulle à son corps défendant et consciemment repris par Georges Pompidou. Le président de la République est l'élu d'une majorité présidentielle à partir de laquelle se crée ou s'élargit la majorité parlementaire. De ce fait et à cette fin, il faut que le président de la République soit le premier dans l'Etat » (Olivier Duhamel, *La gauche et la Vème République*, Paris, PUF, 1980, pp. 279-280). Ensuite, les 110 propositions du candidat Mitterrand en 1981 confirmeront cette validation de la lettre comme de l'esprit de la Constitution puisque les réformes proposées se cantonnent à l'instauration du quinquennat (on sait que même le président Pompidou, de filiation gaulliste, l'avait proposé), à une réforme du Conseil supérieur de la magistrature, dont on conviendra qu'il n'a que peu de lien avec les institutions politiques *stricto sensu*, à l'instauration de la représentation proportionnelle, qui n'est pas du ressort constitutionnel à proprement parler, et à la limitation du recours au vote bloqué, qui est plus affaire de pratique constitutionnelle que de révision formelle. Une fois de plus, ces réformes ne sont pas nécessairement anodines mais elles ne nous semblent nullement remettre en cause l'essence des institutions et, surtout, ne concernent ni le champ d'action ni la puissance présidentiels, le quinquennat étant présenté comme un moyen de renforcer le rôle politique du président avec des soutiens populaires plus rapprochés.

« première gauche ». En effet, ce courant de pensée insiste sur le rôle premier de l'Etat, sa nécessaire autorité, son indispensable unité et son corollaire qu'est l'indivisibilité, sa responsabilité quant à l'impulsion des grands choix, des orientations fondamentales... Il s'inscrit dans une tradition française qui veut, de Colbert à Bonaparte, que l'impulsion vienne d'en haut<sup>99</sup>. Bref, il nous semble que, sans bien évidemment comparer le contenu des politiques menées, le modèle constitutionnel gaulliste, dirigiste, jacobin, et donc forcément incarné de manière unitaire, en l'occurrence par le président de la République, pouvait constituer un cadre propice au développement d'une certaine culture politique ayant tendance à transcender les clivages partisans traditionnels, ce « modèle politique français » décrit Pierre Rosanvallon<sup>100</sup>.

La quatrième raison que nous voudrions mettre en lumière a été révélée par Hugues Portelli<sup>101</sup>. L'auteur explique que le parti socialiste a connu lui-même en son sein « une évolution présidentialisante ». En effet, « de 1971 à 1983, c'est à une pénétration progressive des pratiques et des mœurs de la Cinquième République que l'on a assisté au sein du Parti socialiste (avec) un processus de présidentialisation du parti autour de son leader ». Et l'auteur d'insister sur le fait que, dès l'arrivée de François Mitterrand au parti socialiste en 1971, l'échéance présidentielle devient le centre autour duquel gravite l'activité du parti. Par ailleurs, la structuration du parti en courants renforce encore cette logique présidentialisante interne, l'ambition ultime d'un courant, sa raison d'être étant d'être en capacité le moment venu de présenter un « candidat à la candidature » avant que les instances dirigeantes, puis l'ensemble des militants depuis 1995, ne choisissent le candidat finalement retenu. Ce mode opératoire explique d'ailleurs, outre les distinctions idéologiques certaines, l'enracinement du clivage entre rocardiens et mitterrandistes, les deux courants étant dirigés par les deux hommes susceptibles d'être « présidentiables »<sup>102</sup>.

Enfin, la cinquième raison réside dans le rapport de forces qui existait alors entre les deux principaux partis de la gauche qu'étaient le parti socialiste et le parti communiste. Il se trouve que François Mitterrand a compris tout l'intérêt que cette élection allait revêtir pour les socialistes, laquelle pouvait leur permettre de dépasser significativement leur allié. « Il est vraisemblable, en

---

<sup>99</sup> Pour ce qui concerne singulièrement la gauche, elle n'a pas su ou pu nouer des relations solides avec les syndicats. Le socialisme démocratique à la française est bien éloigné du modèle social-démocrate nord européen. Il s'ensuit que l'action politique est systématiquement autonomisée (la Charte d'Amiens de 1906 ayant consacré la séparation stricte des sphères syndicale et politique) et, d'une certaine manière, valorisée, considérée comme supérieure. La négociation, le dialogue social sont toujours suspectés de ne pas parvenir à incarner l'intérêt général dont l'aboutissement serait du seul ressort du politique.

<sup>100</sup> Pierre Rosanvallon, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 2004.

<sup>101</sup> Hugues Portelli, « L'intégration du Parti socialiste à la Cinquième République », *RFSP*, 1984, n°4-5, pp. 816-827.

<sup>102</sup> L'auteur en conclut justement que la pratique constitutionnelle du président Mitterrand en France ne pouvait être que conforme à la pratique politique du Premier Secrétaire qu'il fut au sein du parti. Ainsi, le parti socialiste s'est-il « inséré dans les institutions sans trop de difficultés (...) tout d'abord en acceptant son statut de parti du président puis, lors du Congrès de Bourg-en-Bresse en 1983, l'alignement complet du parti sur la ligne gouvernementale ». L'on sait en effet que François Mitterrand, choisissant le respect des engagements européens et l'assainissement des finances publiques, avait alors décidé de réorienter profondément sa politique économique et sociale, la relance laissant place à la rigueur, période qualifiée de « parenthèse » par le Premier Secrétaire d'alors, Lionel Jospin, qui ne se refermera en fait jamais puisqu'elle ne faisait que correspondre à l'acceptation officielle par les socialistes de l'économie de marché. C'est du reste ce que confirment Gérard Grunberg et Alain Bergounioux : « Après 1971, le Premier Secrétaire engagea progressivement le parti dans la logique de la V<sup>ème</sup> République. Il poursuivit deux objectifs parallèles : d'une part, élargir l'autonomie du candidat par rapport aux partis qui le soutenaient et, d'autre part, poser les bases du futur pouvoir en réduisant au minimum les velléités révisionnistes de la gauche en matière institutionnelle, donc en défendant les armes données par la Constitution au pouvoir exécutif. Pour cela, il lui fallait expliciter la logique du suffrage universel en tirant toutes les conséquences », in Alain Bergounioux et Gérard Grunberg, *L'ambition et le remords. Les socialistes français et le pouvoir (1905-2005)*, Paris, Fayard, 2005, p. 247.

effet, que l'acceptation au moins tacite de la logique présidentielle a été facilitée, au sein du Parti socialiste, par la prise de conscience de l'arme qu'elle représentait dans le face-à-face avec le Parti communiste.»<sup>103</sup> A partir de la rupture du Programme commun en 1977, et en vérité de l'inversion des potentiels électoraux des deux partis, les socialistes ont ainsi accepté la logique présidentielle qui, dans ce nouveau contexte, ne pouvait que les servir tandis que les communistes, dans une démarche logiquement inverse, savaient que la dynamique présidentiale ne jouerait pas en leur faveur<sup>104</sup>.

Il semble que les cinq facteurs que nous venons d'évoquer sont structurants de l'évolution de la famille socialiste dans son appréhension des institutions. Paradoxalement, l'alternance tant redoutée par certains pour la survie du régime a finalement consolidé le régime au point de parvenir à un quasi consensus institutionnel et, en tout cas, à valider notre hypothèse selon laquelle la logique présidentiale des institutions, à force de pratiques convergentes, est devenue consubstantielle au système politico-constitutionnel de la V<sup>ème</sup> République.

Pour ce qui est du Parti communiste, son ralliement à la V<sup>ème</sup> République n'était pas acquis d'avance. Il finira toutefois par l'accepter car, au fond, c'est la condition *sine qua non* pour ceux qui veulent jouer un rôle de premier plan dans la vie politique. En juin 1981, Georges Marchais expliquera ainsi à ses troupes «le mécanisme institutionnel qui pousse à une marginalisation de toutes les forces politiques qui n'apparaissent pas comme les mieux placées

---

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 251.

<sup>104</sup> La rupture de 1977 a ainsi porté sur les questions institutionnelles comme le résume Olivier Duhamel : « Les communistes veulent le gouvernement anticipé des partis. Les socialistes veulent un gouvernement détaché des partis. Les communistes veulent que le programme décide et que le gouvernement applique. Les socialistes veulent que le programme inspire et que le gouvernement choisisse. Le Parti communiste veut imposer son pouvoir avant les élections, car il craint qu'il lui échappe. Le Parti socialiste veut limiter les concessions avant les élections, car il sait qu'il aura le pouvoir après » (Olivier Duhamel, *ibid.*, p. 412). L'Histoire aura voulu que cette rupture entraîne la défaite de la gauche aux élections législatives de 1978 et lui offre la victoire en 1981 lors d'une élection présidentielle qui accentuera *de facto*, s'il en était besoin, l'adhésion présidentiale des socialistes. Le candidat Mitterrand, à trois jours du scrutin, exprimera avec force cette adhésion, lorsque l'on interroge sur un accord avec le parti communiste : « Vous vous trompez d'élection. Il s'agit d'élire un président de la République. Il ne s'agit pas, pour l'instant, de constituer un Gouvernement sur la base d'une nouvelle majorité (...). J'ai personnellement le sentiment qu' élu président de la République, la majorité se formera le 10 mai » (*Le Monde*, 7 mai 1981). Le nouveau Premier Secrétaire du Parti socialiste, Lionel Jospin, s'appuiera sur la notion de « majorité présidentielle » dans ses discussions avec les communistes dans la perspective d'une alliance aux élections législatives pour mieux les contraindre : « François Mitterrand a fait des propositions qui ont été approuvées par le pays et qui sont pour nous la base de toute discussion. Pour les appliquer, il faudra un engagement très ferme de solidarité » (*Le poing et la rose, spécial Responsables*, n°84, 6 juin 1981, p. 2). Une fois au pouvoir, il confirmera encore cette interprétation présidentiale, qui s'impose à toute la majorité, c'est-à-dire aux communistes et aux radicaux de gauche en affirmant : « 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 » (*Le Monde*, 2 juillet 1981). Cette logique présidentiale appliquée aux rapports internes de la majorité explique la dédramatisation par le président du départ des communistes du Gouvernement en 1984, prévenant par anticipation au sujet de l'union de la gauche (*Libération*, 10 mai 1983) : « Qu'elle se détruise elle-même, je n'y pourrai rien, mais je le déplorerai. Le pays n'en sera pas moins gouverné, n'en doutez pas le moins du monde ». Enfin, à partir de la fin du premier septennat mitterrandien, les socialistes assument pleinement et collectivement l'inclinaison présidentiale des institutions et la reprennent à leur compte, y voyant le seul moyen de remporter l'élection présidentielle de 1988. Le texte unanime du Congrès de Lille en avril 1987 proclame : « Il nous faut nous appuyer d'abord sur la dynamique présidentielle, car, si nous gagnons l'élection présidentielle dans un rassemblement qui transgresse, dans ce moment politique, les frontières habituelles des électors et des partis, alors il sera possible d'utiliser la percée de la présidentielle pour rebâtir une majorité de progrès pour gouverner. Le Parti socialiste, pour sa part, pense qu'il conviendra de s'appuyer sur sa victoire présidentielle pour rassembler dans le pays les forces politiques capables de conduire à l'Assemblée une majorité de progrès autour des socialistes, avec le président de la République ».

pour figurer au second tour de cette élection »<sup>105</sup>. Toutefois, cette adhésion se fera par étapes et au prix, à l'origine de sa conversion, d'un distinguo entre la lettre de la Constitution, acceptable, et sa pratique gaullienne, insupportable. C'est ce que fait remarquer Jean Baudouin : « De manière allusive en 1964, de manière beaucoup plus transparente à partir des années 1966-1967, il établit une dissociation capitale entre la lettre originale de la Constitution et son expérimentation ultérieure. Il finit, en effet, par tolérer la première sous réserve d'un inventaire scrupuleux destiné à l'expurger de toutes ses croissances bonapartistes et présidentielles. »<sup>106</sup> Et ce même auteur de poursuivre en expliquant que le révisionnisme constitutionnel du PCF se traduira par une volonté de parlementarisation du régime, qu'il ne s'agit toutefois plus de rejeter en bloc, notamment dans son programme de 1971 (« Changer de cap »). L'auteur écrit explicitement : « La philosophie est claire. Il s'agit de déplacer le siège vital du système de la présidence vers le duo Gouvernement-Parlement uni comme la lèvre aux dents par un contrat de législature. Et de dépouiller la fonction présidentielle de la majorité de ses pouvoirs propres : abrogation de l'article 16, moralisation du référendum, limitation de la dissolution au seul cas de l'adoption d'une motion de censure, retour à la stricte application de l'article 20. »<sup>107</sup> C'est finalement, et *a priori* paradoxalement, avec l'élection présidentielle de 1981 que les communistes accepteront le fait présidentiel, enserrés par la stratégie mitterrandienne qui ne leur laissait plus beaucoup le choix. Il était en effet difficile de partager la victoire avec le Parti socialiste et de ne pas reconnaître la force de l'élection qui avait conduit la gauche au pouvoir après vingt-trois ans d'opposition. Georges Marchais se plie ainsi à la fois à la Constitution dans sa lettre mais aussi dans son esprit. Pour lui désormais, « la Constitution existe, elle a été ratifiée par le peuple français et nous devons aujourd'hui la respecter telle qu'elle est (...) Vous savez comme moi qu'un article de la Constitution, l'article 20 dit que...Mais il y a, il est vrai, ce que l'on appelle « le domaine réservé », c'est-à-dire les problèmes de la défense, il y a aussi l'article 15, le président de la République est le chef des armées »<sup>108</sup>.

### L'acceptation de la logique présidentieliste par le centre

Là encore, le centre n'est pas *a priori* très compatible avec les logiques de la Constitution de 1958. Comme le remarque Serge Sur, « les institutions de la V<sup>ème</sup> République ont représenté, représentent encore, une rupture avec une forme de parlementarisme qui était l'expression d'un centrisme institutionnel : prépondérance du régime représentatif, confiscation du jeu politique au profit des groupes parlementaires entre eux, complexité et obscurité de leurs rapports, ententes et mésententes biaisées, duplicité et complicité, bref les « poisons et délices » du système vigoureusement dénoncés par de Gaulle »<sup>109</sup>. Concrètement, les centristes, force diffuse oscillant entre la droite et la gauche, n'ont pu trouver leur espace politique dans un système où la bipolarisation – même si elle s'est plutôt traduite par un « quadrille bipolaire » (Jean-Luc Parodi) – est devenue la règle du fait des modes de scrutin et de la structuration de la vie politique autour de l'élection présidentielle au suffrage universel. En outre, le centre souffre d'un éclatement du fait de son peu d'homogénéité politique qui le conduit à faire des choix variés et qui explique les stratégies différenciées, entre autonomie et volonté de peser au sein de coalitions. C'est bien toujours l'analyse de Serge Sur lorsqu'il décrit le centre comme « un regroupement hétérogène de formations qui ne sont pas poussées à l'union par leur proximité idéologique, mais contraintes par un certain équilibre des forces politiques, comme par leur incapacité à être majoritaires

---

<sup>105</sup> Georges Marchais, *L'Humanité*, 29 juin 1981.

<sup>106</sup> Jean Baudouin, « L'assimilation relative de la Constitution de 1958 par le parti communiste français », *RFSP*, 1984, n°34, p. 804.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 805.

<sup>108</sup> Georges Marchais, *Le Monde*, 22 novembre 1983.

<sup>109</sup> Serge Sur, « La V<sup>ème</sup> République et le centrisme », *RDP*, 1983, n°1, p. 23.

chacune par elles-mêmes ».<sup>110</sup> Finalement, à l'instar de ce qui se produisit pour la gauche, c'est l'élection présidentielle qui permettra aux centristes de trouver un souffle nouveau et d'accepter pleinement la logique présidentialisante des institutions. C'est d'abord le cas en 1969 où Alain Poher fera à un moment figure de favori, ce qui sera finalement vite démenti par l'ascension de Georges Pompidou. Toutefois, le départ du général de Gaulle a libéré les énergies centristes qui veulent désormais compter. Ce sera donc ensuite l'élection présidentielle de 1974 qui fournira l'occasion d'accepter pleinement les ressorts du régime, au point que Valéry Giscard d'Estaing sera le premier président à qualifier la V<sup>ème</sup> République de « régime présidentialisant ». Son deuxième Premier ministre, Raymond Barre, d'obédience centriste, a conforté cette interprétation présidentialisante, étant très attaché au gaullisme constitutionnel<sup>111</sup>. Néanmoins, le présidentialisant giscardien semble s'éloigner des conceptions gaulliennes par l'absence d'usage référendaire, le développement du rôle du Conseil constitutionnel et des contre-pouvoirs, l'amélioration des rapports avec le Sénat. En outre, malgré la création de l'Union pour la démocratie française (UDF) en 1978, la reconquête de l'Élysée par Valéry Giscard d'Estaing a buté sur la résurgence de la bipolarisation, ladite UDF n'étant qu'une confédération de partis, moins prompte à l'unité idéologique que ne le furent le Parti socialiste ou le mouvement gaulliste. Ainsi, l'élection de 1981 a-t-elle finalement ramené la V<sup>ème</sup> République à sa bipolarisation naturelle, faisant alterner depuis socialistes et héritiers du gaullisme, les centristes participant aux gouvernements des deux rives en fonction de leurs affinités.

Mais l'acceptation de la pratique présidentialisante des institutions n'aurait pas été parfaite si les institutions juridictionnelles elles-mêmes ne s'étaient pas livrées à pareille attitude.

### 3. Une acceptation par les institutions juridictionnelles

Cette consolidation s'observe à l'examen de quelques arrêts et décisions pour lesquels il convient de rappeler la substance, dont le moins que l'on puisse dire est qu'ils n'ont pas entravé le président dans son entreprise présidentialisante. La puissance présidentielle sous la V<sup>ème</sup> République se trouve confortée par la théorie persistante des « actes de gouvernement » qui, par définition, échappent au contrôle juridictionnel, en raison des considérations politiques dont ils procèdent. C'est particulièrement vrai en matière diplomatique. A titre illustratif, relevons que le Conseil d'Etat rejette systématiquement les recours fondés sur l'absence d'autorisation parlementaire de ratification ou d'approbation dès lors qu'elle n'est pas obligatoire (CE, 3 mars 1961, *Société André*), imité en cela par l'ordre judiciaire (CA Paris, 18 juin 1968, *Klarsfeld/Office franco-allemand*). Par ailleurs, s'agissant des accords en forme simplifiée, le Conseil d'Etat considère que leur ratification peut être constituée par la simple signature du décret de publication au Journal officiel (CE, 13 juillet 1965, *Société Navigator*). Jean-Paul Payre affirme ainsi que « la jurisprudence tant administrative que judiciaire a en quelque sorte avalisé les pouvoirs discrétionnaires du président de la République en matière diplomatique ».<sup>112</sup> La théorie des actes de gouvernement trouve également son terrain de prédilection au sujet des pouvoirs de crise présidentiels.<sup>113</sup> Rappelons, en l'espèce, le célèbre arrêt *Rubin de Servens*, rendu par le Conseil d'Etat le 2 mars 1962, qui confirme la liberté d'appréciation du président de la République dans le cadre de la mise en œuvre

<sup>110</sup> Serge Sur, « L'assimilation progressive par les centristes », *RFSP*, 1984, n°4, p. 829. Cette hétérogénéité explique, par exemple, leur dispersion lors de l'élection présidentielle de 1965, tiraillés entre ceux qui demeuraient fidèles au général de Gaulle, ceux qui souhaitaient à l'opposé se rapprocher de François Mitterrand, et enfin ceux qui pensaient qu'ils devaient créer un espace politique autonome dépassant la droite et la gauche. On notera que ces débats vieux de quarante ans sont d'une brûlante actualité.

<sup>111</sup> Par conséquent, l'électorat centriste s'est rapproché pour un temps de l'électorat gaulliste, au point qu'ils « tendent à devenir interchangeable en fonction des circonstances. Il (l'électorat centriste) paraît favorable à une pratique institutionnelle et à une logique politique qui permettent le présidentialisant, Serge Sur, *ibid.*, p. 834

<sup>112</sup> Jean-Paul Payre, « Pouvoirs discrétionnaires et compétences liées du président de la République », *RDJ*, 1981, n°6, p. 1637.

<sup>113</sup> Voir Michèle Voisset, *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, LGDJ, 1969.

de l'article 16 ainsi que pour les décisions qu'il est amené à prendre sur son fondement.<sup>114</sup> En effet, la Haute juridiction ne saurait contrôler la décision de recourir à l'article 16 dans la mesure où il s'agit d'un « acte de gouvernement ». Quant aux actes pris sur ce fondement, ils ne sont pas soumis au contrôle du Conseil d'Etat dès lors qu'ils interviennent dans le champ de l'article 34, pour des raisons d'incompétence *rationae materiae* de celui-ci. Et pour ceux de l'article 37, soit du domaine réglementaire, l'appréciation ne porte logiquement que sur leur légalité et non sur leur opportunité. Quant au Conseil constitutionnel, s'il émet obligatoirement un avis sur la décision présidentielle de mettre en œuvre l'article 16, il ne s'agit nullement d'un avis conforme qui contraindrait le président. Louis Favoreu et Loïc Philip sont catégoriques en la matière : « En vérité, l'article 16 ne prévoit pas que le Conseil est chargé de vérifier la réunion des conditions exigées. »<sup>115</sup> Conformément à l'article 53 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, l'avis rendu le 23 avril 1961, à l'occasion de la mise en œuvre de l'article 16 par le général de Gaulle suite aux manœuvres des putschistes d'Alger, a été publié et motivé. Selon Raphaël Romi, il « a souscrit à une interprétation extensive de l'article 16 selon laquelle il suffisait que les pouvoirs publics « ne puissent exercer normalement leurs activités » pour que le président puisse faire usage de l'article 16 dès lors qu'à ce « dysfonctionnement » s'ajoutent « les menaces graves et immédiates » mentionnées »<sup>116</sup>. Signalons que pour certains auteurs, au premier rang desquels le doyen Vedel, les consultations du président doivent être considérées comme non obligatoires en cas de force majeure<sup>117</sup>. Mais il faut bien noter avec Jean Lamarque que l'on « peut penser qu'il y aurait là un moyen de contrôle assez efficace : il est bien certain qu'en passant outre un avis défavorable du Conseil constitutionnel, le président de la République affaiblirait dangereusement sa fonction »<sup>118</sup>, ce qui n'empêche qu'il ne le lie pas en droit pur. S'agissant des mesures prises dans le cadre des pouvoirs exceptionnels, la plupart des auteurs leur reconnaissent un affranchissement quasi-total de contrôle de la part du Conseil, à l'instar de Maurice Duverger pour qui celui-ci « pourra seulement vérifier si elles ne dépassent pas les prérogatives reconnues au président. Mais celles-ci sont si larges et leurs limites si faibles que ce contrôle de constitutionnalité est de faible portée »<sup>119</sup>. Enfin, le président de l'Assemblée nationale a saisi le Conseil d'une demande d'avis le 14 septembre 1961 quant à la recevabilité d'une motion de censure durant l'application de l'article 16, pour laquelle le Conseil s'est déclaré incompétent en raison de sa compétence d'attribution<sup>120</sup>.

Par ailleurs, on sait que l'avis défavorable et non publié du Conseil, en date du 1<sup>er</sup> octobre 1962, relatif à l'usage de l'article 11 pour réviser la Constitution n'a pas été suivi par le général de Gaulle, ni en 1962 ni en 1969. Parmi les autres « actes de gouvernement » dans l'ordre interne intéressant directement le président, il y a lieu de citer les décrets portant convocation ou clôture des sessions extraordinaires ou prononçant la dissolution de l'Assemblée nationale (CE, 20 février 1989, *Allain*) ; les décrets de promulgation des lois (CE, 3 novembre 1933, *Desreumeaux*) ; les décisions de nomination des membres du Conseil constitutionnel (CE, 9 avril 1999, *Mme Ba*)

<sup>114</sup> « Considérant que cette décision présente le caractère d'un acte de gouvernement dont il n'appartient pas au Conseil d'Etat ni d'apprécier la légalité ni de contrôler la durée d'application, que ladite décision a eu pour effet d'habiliter le président de la République à prendre toutes les mesures exigées par les circonstances qui l'ont motivée, et notamment, à exercer dans les matières énumérées à l'article 34 de la Constitution le pouvoir législatif et dans les matières prévues à l'article 37 le pouvoir réglementaire ».

<sup>115</sup> Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 1999, p. 130.

<sup>116</sup> Raphaël Romi, « Le président de la République, interprète de la Constitution », *RDP*, 1987, n°5, p. 1284.

<sup>117</sup> Georges Vedel : « On observera qu'il peut paraître assez paradoxal, après avoir invoqué un état de désorganisation totale du pays, de supposer que le président de la République puisse paisiblement consulter le Premier ministre, les présidents des Assemblées et le Conseil constitutionnel, mais il faut supposer que si les consultations devaient avoir lieu, la force majeure dispenserait de leur accomplissement. », *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1960-1961, p. 860.

<sup>118</sup> Jean Lamarque, « L'article 16 », *RDP*, 1961, p. 613.

<sup>119</sup> Maurice Duverger, *Institutions politiques*, 1966, p. 533, cité par Louis Favoreu et Loïc Philip, *ibid.*, p. 135.

<sup>120</sup> « Aucune des dispositions précitées de la Constitution, non plus d'ailleurs que l'article 16, ne donne compétence au Conseil constitutionnel pour se prononcer en l'espèce ».

ainsi que tous les actes relatifs aux rapports d'ordre constitutionnel entre le président et le Gouvernement comme la constitution et la fin des fonctions de celui-ci, les initiatives ou les blocages constitutionnels. En outre, dans sa décision du 6 novembre 1962, suite à sa saisine par le président du Sénat, Gaston Monnerville, hostile à la politique gaulliste, le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois référendaires<sup>121</sup>. Mieux encore, suite aux interventions tardives du général de Gaulle dans la campagne des élections législatives de 1967 et aux requêtes déposées par les candidats battus qui y décelaient une explication à leur défaite, le Conseil constitutionnel d'est déclaré incompétent, dans la mesure où, ce faisant, il aurait été amené à remettre en cause le principe d'irresponsabilité du chef de l'Etat (CC, 29 juin 1967, *Deschizeaux*). Relevons également que le droit de grâce présidentiel, pouvoir régalien par excellence, rappelé à l'article 17 de la Constitution de 1958, ne peut faire l'objet d'un contrôle du Conseil d'Etat (CE, 28 mars 1947, *Gombert*). Enfin, dans le domaine décrétable, le Premier ministre détient la compétence de principe pour le pouvoir réglementaire général mais, au cas où le président signe des décrets alors même qu'ils n'ont pas été soumis au Conseil des ministres, leur irrégularité se trouve couverte dès lors que le Premier ministre a lui-même opposé sa signature, car ils seront considérés comme des actes ayant été pris dès l'origine par l'autorité compétente qu'est ce dernier (CE, 27 avril 1962, *Sicard* et CE, 10 février 1965, *Pontillon*, pour les décrets individuels). Et l'on sait également, depuis l'arrêt Meyet du 10 septembre 1992 que le président signe régulièrement les « décrets délibérés en Conseil des ministres » que leur délibération en Conseil soit imposée par les textes ou relève de considérations d'opportunité politique, ce qui amplifie considérablement les pouvoirs du président en ce que, par ailleurs, il préside le Conseil des ministres au titre de l'article 9 de la Constitution. L'exception notoire à cet accompagnement de la logique présidentialisée par les juridictions suprêmes réside dans l'arrêt du Conseil d'Etat *Canal, Robin et Godot* du 19 octobre 1962. On sait en effet que l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin prise sur le fondement de la loi référendaire du 8 avril 1962 a créé la Cour militaire de justice dont les décisions sont insusceptibles de recours et qui prévoit une procédure dérogatoire. Or, comme le résume Stéphane Caporal, « le Conseil d'Etat annule l'ordonnance au motif qu'une telle juridiction d'exception ne pouvait pas être créée sur le fondement de la loi référendaire eu égard à l'importance et à la gravité des atteintes portées aux principes généraux du droit pénal ». <sup>122</sup> Le Conseil est particulièrement explicite<sup>123</sup>. Le courroux que cette position du Conseil d'Etat a provoqué chez le général de Gaulle, au point d'envisager une réforme de celui-ci, montre s'il en était besoin, combien le président d'alors était peu accoutumé aux censures juridictionnelles de ses interprétations constitutionnelles, non plus que ses successeurs.

Aussi, n'est-t-il n'est pas inintéressant de se demander quelles sont les raisons qui président à l'observation par les pouvoirs publics, dans une unanimité presque parfaite, de ces conventions constitutionnelles. Félicien Lemaire se réfère à Michel Troper<sup>124</sup> et met en exergue le fait que, pour ce dernier, « ce qui commande le comportement des acteurs politiques, c'est en vérité la nécessité inhérente au système constitutionnel et politique. C'est l'analyse rationnelle du

<sup>121</sup> « Il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ».

<sup>122</sup> Stéphane Caporal, *Histoire des institutions publiques de 1789 à nos jours*, Hachette, 2005, p. 85.

<sup>123</sup> « Ce texte a eu pour objet, non d'habiliter le président à exercer le pouvoir législatif lui-même, mais a seulement de l'autoriser à user exceptionnellement, dans le cadre et les limites qui y sont précisées, de son pouvoir réglementaire, pour prendre, par ordonnances, des mesures qui normalement relèvent du domaine de la loi ; qu'il suit de là que l'ordonnance attaquée du 1<sup>er</sup> juin 1962 (...) conserve le caractère d'un acte administratif et est susceptible, comme tel, d'être déférée au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir ».

<sup>124</sup> Michel Troper, « Nécessité fait loi », *Mélanges Charlier*, éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 309.

système qui impose tel comportement plutôt que tel autre »<sup>125</sup>. C'est pour nous une explication séduisante pour inscrire les conventions de la Constitution dans le système juridique de la V<sup>ème</sup> République. Et de rappeler que Jennings, dès 1959 dans le cadre britannique, a soutenu que « les précédents créent les conventions parce qu'ils ont des raisons de nature générale qui les lient aux conditions politiques existantes et parce qu'ils sont généralement reconnus comme étant une adaptation sensible des règles conventionnelles existantes pour réconcilier avec les conditions politiques changeantes ou déjà changées »<sup>126</sup>. On peut citer par ailleurs le souhait légitime des différents acteurs constitutionnels de préserver une certaine harmonie institutionnelle ce qui nécessite de s'accorder sur l'essentiel.

Mais l'élément essentiel, à nos yeux, reste que le peuple lui-même ayant validé la configuration des conventions constitutionnelles, qui s'est opérée au fil des ans sous la V<sup>ème</sup> République au profit d'une lecture présidentialisante des institutions, aucun acteur constitutionnel n'a intérêt à ne pas les respecter sous peine d'apparaître, le cas échéant, comme « un triste sire ».

On peut retenir, à titre illustratif, de cette validation populaire des interprétations présidentielles : le référendum constituant de l'article 11 et la pratique présidentielle de François Mitterrand pendant la première cohabitation.

Concernant l'article 11, Michel Troper se réfère opportunément à Alain Peyrefitte tout à fait éclairant : « Alain Peyrefitte, dans ses souvenirs sur de Gaulle, rapporte un propos tenu par de Broglie au Conseil des ministres du 19 septembre 1962, à propos de la révision de la Constitution par la voie de l'article 11 : *personne n'a parlé du pouvoir d'interprétation de la Constitution par le président de la République. C'est un pouvoir fondamental et, au moins implicitement, inclus dans la Constitution. C'est justement dans les cas où les juristes sont divisés entre eux que le président de la République doit user de ce pouvoir. Il a les moyens de le faire en appelant au peuple souverain, suivant le droit qui lui est expressément reconnu. Il constate les discussions entre les juristes. Il donne son sentiment, et le peuple tranche* »<sup>127</sup>. Cette réforme de 1962, opérée par le truchement de l'article 11, constitue en effet l'exemple topique d'interprétation présidentielle allant dans le sens de la logique présidentialisante et ayant reçu un soutien du peuple. Ainsi, le général de Gaulle a-t-il pris soin de préciser au cours de sa conférence de presse du 14 janvier 1963 que « en consacrant le principe et les conditions d'emploi du référendum, tout le monde sait que notre pays a tranché les controverses qui s'étaient présentées ». C'est aussi l'avis du doyen Vedel qui voit dans l'utilisation de l'article 11 comme mode de révision de la loi fondamentale une « coutume constitutionnelle »<sup>128</sup> alors même qu'il n'y eût aucun précédent. Il ajoutera explicitement « 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 raisonner ainsi.* »<sup>129</sup> Pour certains, ce n'était au contraire nullement une coutume constitutionnelle car, si le peuple avait validé le recours à l'article 11 en matière constitutionnelle en 1962, il avait décidé du contraire en 1969. Ainsi pour

---

<sup>125</sup> Félicien Lemaire, *ibid.*, p. 459.

<sup>126</sup> *The cabinet government*, Cambridge, 1959, p.8, cité par Bruno Uwanno, *Les conventions de la Constitution en Grande-Bretagne*, thèse Nanterre, 1982, p. 305.

<sup>127</sup> Cité par Michel Troper, « L'interprétation constitutionnelle », in *L'interprétation constitutionnelle* (dir Ferdinand Mélin-Soucramanien), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 17. C'est nous qui soulignons.

<sup>128</sup> Georges Vedel, « Le droit par la coutume », *Le Monde*, 22-23 décembre 1968.

<sup>129</sup> Pourtant, il est à noter que le doyen Vedel n'était *a priori* pas très convaincu par la notion de coutume constitutionnelle. Il écrira en 1949 qu'une telle notion reviendrait à « *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* », in *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 1949, p. 121. C'est nous qui soulignons.

Roger-Gérard Schwartzberg, « le *Non* de 1969 efface le *Oui* de 1962. Par leurs résultats contradictoires, ces deux précédents s'entre-annulent. Ce qui interdit désormais d'invoquer une coutume qui rendrait licite le référendum de révision directement soumis aux électeurs »<sup>130</sup>. Mais nous croyons au contraire que la coutume s'est effectivement fondée comme l'illustre la prise de position de François Mitterrand, pourtant peu suspect d'une passion surdimensionnée pour le général de Gaulle, lequel admet ce fait : « L'usage établi et approuvé par le peuple peut désormais être considéré comme l'une des voies de révision, concurremment avec l'article 89. »<sup>131</sup> Il est significatif que le président Mitterrand s'appuie justement sur la validation populaire pour asseoir l'existence d'un deuxième mode de révision<sup>132</sup>. En toute hypothèse, devrait-on considérer, si l'on n'adhère pas à cela, que toutes les élections présidentielles depuis 1965 sont entachées d'inconstitutionnalité ? Par ailleurs, on ne peut qu'être en accord avec la position défendue par le doyen Vedel pour des considérations démocratiques. En effet, le fait d'un passage obligé par les deux chambres en vertu de l'article 89 de la Constitution, conduirait à rejeter toutes les réformes dont ne voudrait pas le Sénat, alors même que le peuple les souhaiterait<sup>133</sup>.

Autre exemple de validation par le peuple des interprétations présidentielles : la réélection de François Mitterrand en 1988 suite à la première cohabitation. On sait, en effet, que le président Mitterrand n'est pas resté « inerte » conformément à ce qu'il avait annoncé. Or, cette attitude n'a pas été sanctionnée, tant s'en faut, par le peuple qui semble avoir été sensible au fait que la fonction présidentielle n'ait pas été altérée, même s'ils souhaitaient incontestablement en 1986 une autre politique. Ce qui permet à Gérard Conac de dire en termes explicites que « le peuple français ayant élu le 8 mai 1988 le président sortant, a d'ailleurs légitimé d'un même coup ses interprétations constitutionnelles et ses comportements pendant les deux dernières années de son premier septennat »<sup>134</sup>. C'est d'ailleurs la conclusion que François Mitterrand en tirera telle qu'il l'exprime dans sa *Lettre à tous les Français* en 1988 : « J'achève un septennat qui, pour la première fois dans l'histoire de la V<sup>ème</sup> République, a connu l'alternance, c'est-à-dire le changement de majorité parlementaire et ce, à deux reprises, dont l'une en 1986 aurait pu déboucher sur une crise grave. 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 ».

S'il nous semble difficilement contestable qu'il existe des modifications informelles de la Constitution qui peuvent bouleverser le droit positif, l'interrogation peut, dès lors, porter sur la valeur de ce droit constitutionnel non écrit.

---

<sup>130</sup> Roger-Gérard Schwartzberg, *Le Monde*, 29-30 octobre 1972.

<sup>131</sup> François Mitterrand, Entretien avec Olivier Duhamel, *Pouvoirs*, 1988, n°45, p. 13.

<sup>132</sup> Pierre Avril écrit : « Toutes les controverses constitutionnelles de la V<sup>ème</sup> République illustrent la force du précédent comme facteur de légitimation, car on constate que les pratiques initialement dénoncées comme autant de violations ont fini par s'imposer et qu'elles s'identifient désormais à la Constitution elle-même. Cette étonnante métamorphose peut s'analyser rétrospectivement en termes de perception intellectuelle, comme un changement de paradigme (...) mais il s'explique aussi empiriquement en termes de comportements », *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 126.

<sup>133</sup> Ainsi, selon Michel Troper, « le recours à l'article 11 en 1962 présente bien toutes les caractères d'une interprétation authentique : l'attribution de la signification est une décision, elle n'est pas susceptible d'être contestée et réformée et doit être tenue pour valide puisque l'ordre juridique lui fait produire des effets. Ces effets sont eux-mêmes de deux sortes. En premier lieu, sur le fondement de la décision et de l'interprétation qui la justifie, des normes juridiques sont produites, notamment l'adoption de la loi constitutionnelle, puis l'élection effective de plusieurs présidents de la République (...). Le second type d'effets est que cette interprétation s'incorpore au texte et sert de fondement à des interprétations ultérieures », « L'interprétation constitutionnelle », in *L'interprétation constitutionnelle*, (dir. Ferdinand Mélin-Soucramanien), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 18.

<sup>134</sup> Gérard Conac, *Le droit constitutionnel de la cohabitation*, (dir. François Luchaire et Gérard Conac), Paris, Economica, 1989, p. 19.

## B. La place éminente du droit constitutionnel non écrit dans l'ordre positif

Pierre Avril l'exprime clairement au sujet de la V<sup>ème</sup> République : « Le général de Gaulle a démontré que tout n'était pas juridique dans ce qu'il appelait *Constitution*, et que le plus intéressant était peut-être ce qui, justement, n'était pas juridique, car c'était ce qui commandait l'interprétation du droit. Telle est la leçon paradoxale qui a tellement fait souffrir les juristes, mais que l'expérience a finalement ratifiée. Ses 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. Cette incorporation de la lecture gaullienne du texte de 1958 au droit positif, massive dans l'opinion, plus nuancée de la part d'une doctrine qui ne lui ménagera pas ses critiques, est, depuis l'alternance de 1981, devenue quasi unanime dans le monde politique. »<sup>135</sup> Toutefois, Pierre Avril ne reconnaît pas au président de la République un pouvoir d'interprétation constitutionnelle semblable à celui du Conseil constitutionnel<sup>136</sup>. Mais, ce qui est significatif, c'est qu'il considère, en dépit de ce postulat, que « à travers les précédents qui en résultent (de l'interprétation présidentielle) et de la pratique qu'ils instituent, de telles interprétations définissent cependant la Constitution *autant, sinon plus* que les interprétations authentiques du Conseil constitutionnel »<sup>137</sup>.

La place respective du droit constitutionnel écrit et non-écrit est une question délicate ; elle dépend de leur validation, des rapports de force... Écoutons Carlos-Miguel Pimentel : « Du point de vue du droit politique, il n'y a pas de hiérarchie univoque entre les règles de droit : tout dépendra de la place respective accordée au droit écrit et au droit non-écrit par la reconnaissance. Tantôt la valeur juridique de la coutume résultera de la Constitution, tantôt la coutume pourra prendre la loi, voire la Constitution même pour objet. Ainsi, comme l'a fait remarquer Serge Sur pour le droit international, la règle écrite et la coutume sont susceptibles de se régir l'une l'autre (...). Ainsi, plutôt que de droit écrit et de droit non-écrit, peut-être serait-il préférable de parler d'un droit fixe et d'un droit mouvant : la Constitution et le droit strict, de ce point de vue, ont un statut comparable, puisque tous deux prétendent formaliser une règle indépendamment de sa pratique. L'interprétation de la Constitution par les organes politiques, de même que les conventions de la Constitution, relèvent en revanche du droit vivant, c'est-à-dire d'un droit qui n'a pas d'existence en dehors de la manière dont il est reçu par la reconnaissance collective. C'est avant tout ce droit, fait d'usages, d'interprétations, d'héritages historiques et de filiations conceptuelles, de conflits surmontés et de divergences possibles, que le droit politique se donnera pour objet de mieux comprendre, et à son tour, de *faire reconnaître*. »<sup>138</sup>

<sup>135</sup> Pierre Avril, « De Gaulle, interprète de la Constitution. Une paradoxale leçon de droit constitutionnel », in *De Gaulle en son siècle, tome 2 : La République*, Paris, La Documentation française-Plon, 1992, p. 172.

<sup>136</sup> Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 71 : « Le pouvoir d'interprétation du président de la République n'est évidemment pas identique à celui du Conseil constitutionnel (...). Il ne s'agit donc plus ici d'interprétations de même nature que celles auxquelles procède le Conseil constitutionnel lorsqu'en déterminant la signification d'une disposition il dit *le droit de la Constitution* parce que le président de la République n'est pas habilité à énoncer des normes générales dotées de cette autorité ».

<sup>137</sup> Pierre Avril, *ibid.*, pp. 71-72. C'est nous qui soulignons.

<sup>138</sup> Carlos-Miguel Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum*, n°1, 2008, *Le droit politique*, Revue internationale de droit politique, [www.juspoliticum.com](http://www.juspoliticum.com). René Capitant ne dit d'ailleurs pas autre chose en rejetant l'amalgame qui rejaillit naturellement entre coutume et tradition, voire immobilisme et droit figé : « Mais le meilleur signe que la coutume ne contient pas en elle cette idée de tradition et s'absorbe toute entière dans l'opposition au droit écrit, c'est qu'on affirme tout aussi généralement qu'elle est susceptible de se modifier, que même on vante sa souplesse en face de la rigidité du droit écrit. N'est-ce pas qu'elle est capable de modifier les usages et non de les consacrer seulement ? N'est-ce pas qu'elle englobe tout le droit non écrit, novateur aussi bien que traditionnel, ou, pour être plus précis, tout le

Nous avons constaté plus haut que la conférence de presse du 31 janvier 1964 constituait une mutation constitutionnelle en consacrant une lecture présidentialisante du régime de la V<sup>ème</sup> République. Cette lecture attribue donc un rôle central au chef de l'Etat que certains auteurs ont qualifié d'arbitrage actif<sup>139</sup>. Or, si l'on regarde de près les pratiques constitutionnelles des présidents successifs, elles ont toutes, à des titres et selon des modalités diverses, revêtu les oripeaux du présidentielisme, ce à quoi les autres acteurs politiques n'ont majoritairement rien trouvé à redire. Il nous semble que la preuve intangible de ce primat présidentialisant, outre les instruments que nous avons pu évoquer plus haut, réside dans les périodes cohabitationnistes. En effet, contrairement à ce qui est parfois affirmé, conformément à une certaine logique *a priori*, les coexistences institutionnelles tendent paradoxalement à renforcer les ressorts présidentialisants du régime de la V<sup>ème</sup> République. Afin d'adhérer, comme c'est notre cas, à cet axiome apparemment contradictoire selon lequel la cohabitation, qui marque l'affaiblissement politique du président de la République du fait du défaut soudain de majorité parlementaire, met en exergue dans le même temps la logique présidentialisante des institutions, il faut accepter le postulat que la cohabitation est « une notion construite en référence au présidentielisme (...) et que cohabitation et présidentielisme sont les deux faces d'une même médaille »<sup>140</sup>. En effet, c'est parce qu'un consensus, assis sur une pratique constitutionnelle de plus de cinquante ans, s'est dégagé au profit d'une interprétation présidentialisante des institutions que la cohabitation apparaît comme concept. Ainsi, « ce ne sont pas deux notions qui s'excluraient mutuellement, mais bien plutôt deux moments distincts d'une même réalité, celle de la présidentialisant du système politique »<sup>141</sup>. En ce sens, le « présidentielisme minoritaire » constitue une oxymore tout à fait éclairante. Dans cet esprit, la cohabitation ne peut être appréhendée que comme une transition avant des jours meilleurs, soit le retour à la normale constitutionnelle, à savoir la pratique présidentialisante des institutions. On se trouve ainsi dans un entre-deux, analysé comme une pathologie systémique qui ne mérite pas d'être pensé en tant que tel, mais exige simplement de rechercher la voie permettant, dans ces circonstances politiques singulières, de ne pas altérer la lettre et, peut-être surtout, l'esprit du système constitutionnel.

D'aucuns ont même pu penser que la cohabitation, non seulement révélait la logique intrinsèque à la V<sup>ème</sup> République de présidentielisme, mais encore la renforçait. Ceci car les Premiers ministres en cohabitation n'ont pas intérêt à affaiblir la fonction présidentielle dès lors qu'ils ont tous, plus ou moins secrètement, convoité cette fonction pour eux-mêmes à l'issue de leur propre période cohabitationniste. C'est l'opinion de Pierre Avril selon qui la cohabitation « confirme cette logique institutionnelle (présidentialisante) par cet autre fait que la conquête de l'Élysée reste l'objectif des leaders de la majorité parlementaire, à commencer par le Premier ministre qui, pour ce motif, se garde d'affaiblir la fonction présidentielle qu'il ambitionne

---

droit positif non écrit, car la notion de coutume se distingue de celle de droit naturel. Dans le cadre du droit positif, par conséquent, coutume et droit écrit sont seuls en présence et chacun englobe tout ce qui n'est pas l'autre », « La coutume constitutionnelle », *Gaz. Pal.*, 21 février 1930, réée. *RDP*, 1929, pp. 959-970 et *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, (textes réunis et présentés par Olivier Beaud), Paris, Panthéon-Assas, 2004, p. 283. C'est aussi la pensée de Georg Jellinek pour lequel, « une norme vaut lorsqu'elle possède la capacité d'agir de manière motivante, de déterminer la volonté. Cette capacité naît de la conviction, qui ne peut pas être plus avant déduite, que nous sommes obligés de le suivre. La positivité du droit repose donc, en dernière analyse, sur la conviction de sa validité. C'est sur la base de cet élément purement subjectif que s'édifie l'ordre juridique dans son ensemble », cité par Olivier Jouanjan, « Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'œuvre de Georg Jellinek », *La Constitution et le temps* (dir. Alexandre Viala), Lyon, L'Hermès, 2003, p. 199.

<sup>139</sup> Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, pp. 136-137 : « La convention sur l'arbitrage actif du président de la République, consacrée et complétée par l'élection populaire décidée en 1962, oriente ainsi les comportements, à la fois positivement en déplaçant les enjeux, et négativement en dissuadant les pratiques susceptibles de la remettre en cause ».

<sup>140</sup> Bruno Dageron, « La cohabitation et ses faux semblants », *RDP*, 2004, n°1, p. 67.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 74.

d'occuper et qui, même dans ce cas de figure, reste la clef de voûte de la V<sup>ème</sup> République »<sup>142</sup>. Il appliquera cette théorie à la première cohabitation et en vérifiera le caractère opératoire<sup>143</sup>.

Par ailleurs, il existe une sorte de sacralisation de la fonction présidentielle que l'on doit à l'élection au suffrage universel direct du président de la République et à la marque d'exception que le général de Gaulle avait imprimée à celle-ci, imité en cela par tous ses successeurs. Guy Carcassonne synthétise bien notre propos lorsqu'il écrit que si le président de cohabitation « n'a pas grand-chose de commun avec celui qui, dans la majorité de sa pleine fonction, peut imposer sa volonté à qui l'accepte, l'enseignement à tirer est celui de l'éclipse occasionnelle de la primauté du Président, non de l'éclipse de la primauté de l'élection présidentielle. Cette dernière, au contraire, apparaît encore plus clairement en période de cohabitation qu'à tout autre moment, comme l'échéance unique et attendue d'une remise en ordre et d'un nouveau départ »<sup>144</sup>. Eric Desmons évoque dans la même veine « le syndrome de l'obsession présidentielle »<sup>145</sup>, tant, en France, toute carrière politique de haut niveau, trouve son plein épanouissement et son complet déploiement dans l'accession à la magistrature suprême.

De fait, contrairement à ce que l'on pourrait penser instinctivement, les périodes de coexistence institutionnelle ne se traduisent pas par une réelle parlementarisation du régime, même si ce propos mérite d'être nuancé s'agissant de la troisième cohabitation pour maintes raisons, mais, bien plutôt, par une présidentialisation de la fonction de Premier ministre, instaurant une espèce de « présidence parallèle » à Matignon, selon le mot de Daniel Bourmaud<sup>146</sup>. Ceci s'observe dans le renforcement du parti majoritaire, voire de la coalition toute entière, derrière le Premier ministre à la faveur d'une personnalisation du pouvoir aux termes de laquelle le Premier ministre, en contact quotidien au sommet de l'Etat avec son principal opposant, va imposer ses choix à la majorité parlementaire avec une facilité redoublée. Les conquêtes du Premier ministre servent moins à réorienter la nature du régime, dont la cohabitation ne constitue qu'une parenthèse pathologique, qu'à donner au chef de Gouvernement les ressources nécessaires (même si, à ce jour, toujours insuffisantes) à la conquête de l'Elysée. Bref, c'est tout le régime qui se trouve balisé, une nouvelle fois, par la logique présidentialiste.

On le constate donc bien, la logique présidentialiste l'emporte sur la lettre parlementaire. Autrement dit, la disposition purement matérielle peut faire échec à une disposition écrite, formelle, en raison de l'interprétation qui est produite. Au fond, comme l'écrit Henri Battifol, « l'interprétation dégage le droit positif dans la mesure où elle énonce des solutions en puissance

---

<sup>142</sup> Pierre Avril, « La nature de la V<sup>ème</sup> République », in *La V<sup>ème</sup> République, Permanence et mutations*, Cahiers Français, n°300, janvier-février 2001, p. 6.

<sup>143</sup> « De la fixation de l'ordre du jour du Conseil des ministres à la convocation d'une session extraordinaire, en passant par le refus de la signature des ordonnances ou des nominations, c'est l'interprétation présidentielle qui a prévalu, ce qui est d'autant plus remarquable que cette interprétation avait été en son temps largement controversée (là où la plupart des lecteurs voyait des compétences liées, le pouvoir discrétionnaire l'avait emporté). Peu importe, ici encore, que les circonstances et les arrière-pensées aient pu expliquer cette acceptation, et que la substance des attributions se fut amenuisée en fait, ce qui doit être retenu est que l'application des textes relatifs aux prérogatives présidentielles n'ait pas été remise en cause », Pierre Avril, « Dérogation à la dérogation » in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 276.

<sup>144</sup> Guy Carcassonne, « La primauté de l'élection présidentielle. Rapports entre les consultations populaires. La leçon des résultats » in *La France présidentielle, l'influence du suffrage universel sur la vie politique*, Paris, Presses de Sciences Po, 1995, p. 44.

<sup>145</sup> Eric Desmons, « L'exécutif sous la V<sup>ème</sup> République, le président de la République et le Premier ministre en représentation », *RDJ*, 1998, p. 1578.

<sup>146</sup> Daniel Bourmaud, « Les V<sup>èmes</sup> Républiques : monarchie, dyarchie, polyarchie. Variations autour du pouvoir sous la V<sup>ème</sup> République », *Pouvoirs* n°99, 2001, p. 7.

immédiate d'application »<sup>147</sup>. Ce qui compte est donc moins le support que l'effectivité. Ainsi, partageons-nous pleinement les propos de Pierre Avril quand il écrit significativement : « Par *norme constitutionnelle*, on entend ici la norme effective, c'est-à-dire celle qui s'impose aux comportements. Subjectivement reconnue par ceux qui sont chargés de l'appliquer, elle se constate objectivement à travers l'application qui en est faite. Or, l'expérience révèle que la norme qui est effectivement appliquée ne résulte pas nécessairement de la *lettre* du texte qui est censé la contenir.<sup>148</sup> »

Cela dit, si Pierre Avril théorise l'existence d'une normativité politique par l'effectivité des règles non écrites, dites « règles politiques », il ne leur attribue pas pour autant une valeur juridique<sup>149</sup>. Or, on est en droit de se demander, en se plaçant sur le terrain de la validité et non plus seulement de l'effectivité, si ces dernières ne peuvent pas être revêtues du sceau de la validité juridique, c'est-à-dire devenir de véritables règles juridiques. Là où nous ne souscrivons donc pas pleinement à la démarche de l'auteur, c'est lorsqu'il déduit de cette dualité de l'ordre constitutionnel, et de cette distinction subséquente entre normes juridiques et normes politiques, le fait que ces dernières sont nécessairement inférieures aux premières<sup>150</sup>. Ainsi, après plus de cinquante de pratique constitutionnelle de la V<sup>ème</sup> République, le prisme présidentieliste du régime n'est-il pas plus prégnant que la répartition des domaines des articles 34 et 37 ? Cette même répartition ne pourrait-elle pas être considérée comme moins fondamentale, et moins révocable (la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut d'ailleurs être évolutive) que la révocation du Premier ministre et du Gouvernement par le président de la République ? Autrement dit, si rien ne permet d'afficher la supériorité formelle du droit constitutionnel non écrit, il n'en va de même

---

<sup>147</sup> Henri Battifol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, p. 116.

<sup>148</sup> Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 27.

<sup>149</sup> « La démonstration ménage la possibilité de règles non écrites, mais elle incite à ne pas minimiser l'importance des dispositions écrites qui fondent le contrôle juridictionnel : ce sont ces dispositions dont le respect doit être assuré par le juge constitutionnel, et *ce sont elles qui demeurent juridiquement valides* », *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 145. C'est nous qui soulignons.

<sup>150</sup> Notons toutefois que l'auteur établit une distinction entre le prisme contentieux et l'ordre constitutionnel dans son ensemble. Il écrit, en effet, significativement : « D'un point de vue strictement positiviste, les conventions sont extérieures à l'ordre juridique de la Constitution : elles relèvent de la catégorie des pratiques politiques que la juridiction constitutionnelle n'a pas à connaître et encore moins à reconnaître (...). En revanche, si l'on quitte le point de vue contentieux pour considérer l'ordre constitutionnel dans son ensemble, on observe que les conventions ne sont pas extérieures au droit, puisqu'elles conditionnent son application en déterminant la manière dont les pouvoirs qu'il attribue doivent être exercés. Dans un univers qui reconnaît la valeur du droit et où les acteurs doivent justifier l'application qu'ils en font, l'argumentation juridique est indissociable du débat qui se déroule devant l'opinion et sous le contrôle de la doctrine, avant d'être arbitré par les électeurs. La seule différence entre les normes juridiques et les normes conventionnelles est que ces dernières échappent au contrôle juridictionnel pour des raisons finalement plus techniques que substantielles : cette différence, apparemment de nature, n'est-elle pas plutôt une différence de degré ? A la dichotomie rigoureuse qu'impose le positivisme contentieux, l'ordre constitutionnel oppose l'image d'une continuité, au sein de laquelle la juridicité est modulée, notamment en fonction de l'étendue du caractère décisionnaire qui s'attache aux normes. A mesure que cet élément discrétionnaire s'accuse, et c'est le cas d'un grand nombre de dispositions concernant les rapports des pouvoirs publics, la force et la précision de l'obligation juridique cède sous le poids de la responsabilité politique. », Pierre Avril, « Les conventions de la Constitution », *RFDC*, 1993, n°14, pp. 338-340.

d'un point de vue substantiel<sup>151</sup>. Carl Schmitt avait fait la même remarque au sujet de la Constitution de Weimar<sup>152</sup>.

On pourrait objecter qu'il existe une remise en cause de la suprématie de la Constitution dans la mesure où le droit non écrit résultant de son application peut parfois prendre le dessus sur l'élément formel. Nous ne partageons pas cet avis dans la mesure où cette reconstruction de la Constitution formelle par les éléments matériels reçoit l'adhésion du peuple, c'est-à-dire du pouvoir souverain. Cette adaptation qui en résulte est une actualisation de l'acte constituant par le pouvoir constituant. Du reste, Pierre Avril considère que « dans tous les cas, le droit constitutionnel y rencontre sa source, qui est initialement la volonté du souverain, c'est-à-dire du peuple, car cette volonté s'exprime ensuite par l'organe de ses représentants que la décision constituante a investis de la capacité de vouloir au nom de la nation. Les organes représentatifs établis par la Constitution se trouvent par conséquent de plain-pied avec le droit qu'ils appliquent et créent à la fois. Ce rappel ne se borne pas à une simple affirmation théorique dès lors que l'on souligne que les représentants sont responsables devant le peuple et que la responsabilité, comme l'écrit Denis Baranger, est *une épreuve permanente de légitimité* indissociable de la représentation. À défaut de ce corollaire, la représentation se dégrade en usurpation, mais, combiné avec lui, l'exercice du gouvernement responsable prolonge et actualise la décision souveraine par une espèce de *plébiscite de tous les jours* périodiquement sanctionné par le suffrage universel »<sup>153</sup>.

On peut expliquer cette place importante du droit constitutionnel non écrit si l'on s'inscrit dans la pensée de René Capitant qui mêle les notions de coutume et de Constitution écrite, au lieu de les opposer. Ainsi, pour l'auteur, « le domaine du droit constitutionnel conserve à la coutume une place éminente. Si le corps même de notre droit est aujourd'hui écrit, à la tête de l'édifice juridique, la coutume subsiste ; dans la pyramide juridique, les degrés supérieurs sont coutumiers ; notre droit, tout écrit qu'il soit, a pourtant toujours sa source et son fondement dans la coutume, car la notion de Constitution est tout imprégnée de la notion de coutume »<sup>154</sup>. L'éminent juriste poursuit sa réflexion et consacre la supériorité du droit coutumier sur le droit écrit<sup>155</sup>. Cette idée est séduisante et présente l'intérêt de donner une assise à la force des

---

<sup>151</sup> Selon Jellinek, « l'évolution des Constitutions nous livre l'important enseignement (...) que les règles de droit sont incapables de maîtriser effectivement la distribution du pouvoir politique. Les forces politiques réelles se meuvent d'après leurs propres lois, qui agissent indépendamment de toute forme juridique », cité par Olivier Jouanjan, *ibid.*, p. 198. Et Olivier Jouanjan de conclure : « C'est pourquoi, comme on l'a vu, il ne s'agit pas seulement d'une « simple *inadéquation* entre la norme et la vie ». Il s'agit d'une transformation de la norme par la vie », p. 199.

<sup>152</sup> Pour l'auteur en effet, on ne saurait confondre « un article comme *Le Reich allemand est une République* (art. 1) avec des dispositions de détail comme *Il convient de garantir à chaque fonctionnaire l'accès à son dossier personnel* (art. 129) », Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, Léviathan, 1993, p. 158.

<sup>153</sup> Pierre Avril, *ibid.*, p. 162.

<sup>154</sup> René Capitant, « La coutume constitutionnelle », *Gaz. Pal.*, 21 février 1930, rééd *RDJ* 1979, p. 959-970 et *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, (textes réunis et présentés par Olivier Beaud), Paris, Panthéon-Assas, 2004, p. 285.

<sup>155</sup> René Capitant : *ibid.*, p. 292 : « Si l'on prend en considération la véritable notion de Constitution, si l'on parle de force et non pas de forme constitutionnelle, si la constitutionnalité d'une règle réside non dans la procédure de sa création mais dans le degré qu'elle occupe dans la pyramide juridique (...), alors la notion de coutume constitutionnelle cesse d'être contradictoire ; je peux même dire que la coutume est essentiellement constituante et que la Constitution, dans ses degrés supérieurs, est nécessairement coutumière. Or, qu'est-ce que la coutume, sinon les règles directement posées par la nation, non écrites, c'est-à-dire écrites dans la pensée et la conscience des individus qui composent le groupe social, connues pour cette raison sans être publiées, obéies sans être imposées ? Qu'est-ce que la coutume sinon la conscience et la volonté nationales ? Et si la nation est souveraine, si elle est le constituant suprême, et si tous les autres pouvoirs sont nécessairement constitués par elle, n'est-ce pas la coutume, par quoi elle s'exprime, qui est à la base de tout ordre juridique ? La source de toute Constitution n'est-elle pas nécessairement coutumière ? Ainsi, la force constituante de la coutume n'est qu'un aspect de la souveraineté nationale ».

interprétations présidentielles globalisantes<sup>156</sup>. La logique présidentialiste, cette « souveraineté présidentielle »<sup>157</sup> pour reprendre l'expression d'Olivier Beaud, n'est valide, comme il a été vu plus haut, que dans la mesure où elle se trouve entérinée par le peuple souverain, constituant suprême.

•••••

En dépit des propositions du Comité Balladur<sup>158</sup>, la donne institutionnelle n'a pas changé concernant les articles 5 et 20 de la Constitution. En refusant cette révision, le constituant a choisi de maintenir les équilibres généraux au sein de l'exécutif français sous la V<sup>ème</sup> République<sup>159</sup>, et ce en dépit de la pratique actuelle qui tend selon nous, et d'autres avant nous, à

---

<sup>156</sup> Au-delà du cas des interprétations présidentielles qui nous occupent ici, notons que cette grille de lecture permet, par exemple, de montrer en quoi, sous la V<sup>ème</sup> République, la juridiction administrative ne pouvait être supprimée malgré ses fondements juridiques de rang uniquement législatif avant les décisions du Conseil constitutionnel lui assurant une assise constitutionnelle (dans une décision du 22 juillet 1980 dite *Lois de validation*, le Conseil constitutionnel a consacré un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel les juridictions administratives sont indépendantes en se fondant sur la loi du 24 mai 1872. La décision du 23 janvier 1987, dite *Conseil de la concurrence*, dégage un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel « relèvent de la compétence des juridictions administratives l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »). C'est l'illustration même, à notre sens, d'un droit non écrit qui peut dépasser la lettre du droit écrit.

<sup>157</sup> Olivier Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle. A propos d'un ouvrage récent », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc6/beaud.htm>.

<sup>158</sup> Propositions du Comité Balladur relatifs aux articles 5 et 20 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. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités. *Il définit la politique de la nation* ». *Le Gouvernement conduit la politique de la nation*. Il dispose à cet effet de l'administration et de la force armée. Il est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50 », in *Une V<sup>ème</sup> République plus démocratique*, Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>ème</sup> République, Paris, La Documentation française, 2007. (C'est nous qui soulignons). Comme le montre Jean-Philippe Derosier, ces propositions avaient le mérite d'une certaine cohérence. En effet, « afin de régulariser ce décalage entre la norme et sa mise en œuvre, il y avait deux possibilités : soit interdire clairement, fermement et définitivement au président de la République de déterminer la politique nationale, soit au contraire régulariser la situation actuelle et lui attribuer constitutionnellement cette compétence. La première solution aurait eu le mérite (s'il s'agit d'un mérite) de réduire le pouvoir présidentiel, mais il aurait fallu, en plus d'une réforme constitutionnelle, modifier tant l'esprit des futurs présidents que celui des Français eux-mêmes, ainsi que les méthodes de la campagne présidentielle. Les premiers ne sont certainement pas disposés à renoncer aux prérogatives dont ils peuvent bénéficier suite à leur élection, mais un strict encadrement constitutionnel pourrait les y contraindre. En revanche, les deuxièmes ne comprendront pas qu'une personne, qu'ils ont élue suite à une campagne électorale pendant laquelle elle leur a montré ce qu'elle pouvait faire pour améliorer la situation politique nationale, ne soit pas en mesure, juridiquement, de tenir ses engagements. Ainsi, parce que la possibilité donnée à une institution élue au suffrage universel direct – le président de la République – de fixer des orientations à une institution nommée – le Gouvernement – n'a rien de choquant tant d'un point de vue politique que d'un point de vue juridique, le Comité avait préféré l'autre solution : aligner le droit sur la pratique actuelle », « La place du président de la République français au sein des institutions de la V<sup>ème</sup> République », *La Costituzione francese – La Constitution française, Atti del Convegno biennale dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato*, Bari 22-23 maggio 2008, Giappichelli, Torino, 2009, Vol. 2.

<sup>159</sup> La répartition des rôles entre président de la République et Premier ministre a été mise en exergue par Georges Burdeau dans son célèbre article publié à la *Revue française de science politique* en 1959 : « La Constitution de 1958 échappe au dilemme en faisant, à chacun des deux pouvoirs, sa place selon une hiérarchie qu'elle définit elle-même. Elle organise l'exercice de la fonction politique sur deux plans : l'un où se révèle le

une « primoministéralisation » de la fonction présidentielle<sup>160</sup>. Il reste que, malgré l'ampleur de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, ces développements ne se trouvent en rien modifiés ni altérés par celle-ci. Si le pouvoir d'Etat tend à se réduire à peau de chagrin, c'est bien d'abord à cause de la politisation de la fonction présidentielle, amorcée dès 1962 et corroborée par la réforme du quinquennat et le calendrier électoral<sup>161</sup>.

S'il est acquis que l'article 5 de la Constitution du 4 octobre 1958 fonde une habilitation générale au profit du président de la République pour interpréter le texte constitutionnel et, plus largement, ce que nous appelons avec le doyen Favoreu, le « bloc de constitutionnalité », il est possible de puiser dans cet article fécond la source d'interprétations constituantes qui, par le truchement de mutations constitutionnelles, viennent modifier en profondeur et durablement. Le pouvoir constituant dérivé n'a ainsi plus de prise sur cet état de fait, l'interprétation ayant façonné le texte constitutionnel, l'ayant, en quelque sorte, reconstruit. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'un malaise se fait jour dans les institutions de la V<sup>ème</sup> République aujourd'hui. En effet, cette omnipotence présidentielle n'avait de sens, dans l'équilibre institutionnel initial, que parce qu'existaient un septennat et une fonction présidentielle déconnectée des enjeux du quotidien. Le quinquennat, la politisation de l'Elysée et l'abandon subséquent du « pouvoir d'Etat », cher à Georges Burdeau et Jean-Louis Quermonne, rendent plus criante la disjonction entre pouvoir et responsabilité, lesquels, on le sait depuis Léo Hamon, doivent être intimement imbriqués si l'on veut affermir et faire perdurer la démocratie.

---

pouvoir d'Etat, l'autre où intervient le pouvoir démocratique. Le premier c'est le plan des options irréversibles, celui où se décide l'avenir de la collectivité. C'est le plan où, tel le 18 juin, s'inscrivent les dates fatidiques ; celui où il ne s'agit plus de trouver des solutions de compromis pour concilier au jour le jour des intérêts contradictoires, mais de statuer durablement pour la nation entière. Bref, c'est le plan où se situe l'Histoire et, dans l'Histoire, le destin de la France. Au plan du pouvoir démocratique se déroule la vie quotidienne. Alors les intérêts s'affrontent ; classes et familles spirituelles font entendre leurs exigences ; les partis élaborent les programmes, encadrent les forces, accusent les antagonismes de telle sorte que, sur les problèmes de l'heure, la volonté populaire puisse se prononcer. Par le processus démocratique, la collectivité s'affirme dans sa réalité bigarrée et ses soucis de tous les jours, mais non pas dans cette unité et cette abnégation que l'Histoire exige des peuples qui la font. », in « La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », *RFSP*, 1959, n°1, pp. 89-90. Cette distinction a été reprise et prolongée par Jean-Louis Quermonne, « La notion de pouvoir d'Etat et le pouvoir présidentiel sous la V<sup>ème</sup> République », *Itinéraires, Mélanges Léo Hamon*, 1983, p. 549 ; « Georges Burdeau et le pouvoir d'Etat », *Le pouvoir et l'Etat dans l'œuvre de Georges Burdeau*, Economica-PUAM, 1993.

<sup>160</sup> Voir en ce sens Stéphane Caporal : « Le peuple, un souverain sous contrôle », Communication au Congrès de l'AFDC, Paris, 2008, *Politeia*, n°16, *La réforme des institutions françaises (II)*, p. 555 : « L'hypertrophie de la fonction présidentielle s'accompagne d'un renforcement de son caractère partisan en raison de la coïncidence des élections présidentielle et parlementaires et de l'importance du parti, d'abord pour la campagne électorale et ensuite pour le soutien au président élu. L'actuel président gouverne à l'américaine, entouré de ses conseillers, mais eu égard au maintien de la responsabilité gouvernementale et de la dissolution, la V<sup>ème</sup> République tient à la fois du régime américain et d'un régime dans lequel le chef de l'Etat s'accapare la fonction primo-ministérielle en s'affirmant comme le leader effectif de la majorité parlementaire. Il doit alors se rapprocher des parlementaires et le souhait de s'adresser directement à eux évoque au moins autant la déclaration de politique générale que le discours sur l'état de l'Union ».

<sup>161</sup> Voir en ce sens Jean-Louis Quermonne, « Jacques Chirac a fini par faire approuver par référendum, avec beaucoup d'abstentions, l'institution du quinquennat. L'effet pervers ne s'est pas fait attendre. Car non seulement il porte une responsabilité dans le traumatisme de l'élection présidentielle de 2002, mais en rapprochant l'élection présidentielle des aléas de la politique politicienne, il a dénaturé le rôle et la mission du président de la V<sup>ème</sup> République, tels que définis à l'article 5 de la Constitution de 1958, sans avoir eu pour corollaire d'organiser la mise en jeu de sa responsabilité. Or, dès avant cette réforme, le refus de démissionner du président Chirac après la dissolution manquée de 1997 avait témoigné des dysfonctionnements du régime. Le même comportement, contraire à celui du général de Gaulle en 1969, à la suite du malheureux référendum européen de 2005 et l'imbroglio qui conduisit peu après l'hôte de l'Elysée, à l'occasion de la crise du CPE, à promulguer une loi en priant l'administration de ne pas l'appliquer, m'amena à dénoncer à la Documentation française une crise de régime », in « A la recherche du pouvoir d'Etat disparu », 1958-2008 : Cinquantième anniversaire de la Constitution française, (dir. Bertrand Mathieu), Paris, Dalloz, AFDC, 2008, p. 61.