

CONTROVERSES CONSTITUTIONNELLES ET ABUS DE DROIT

Par

Laurent Eck

A.T.E.R. à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)

La confrontation de l'abus de droit à la controverse peut sembler paradoxal tant la première notion a elle-même fait l'objet de nombreuses polémiques ! Certains affirmeront qu'inclure un concept discuté dans une discordance ne peut qu'engendrer une nouvelle controverse. La contradiction peut cependant être levée car la rencontre de l'abus et de la controverse en droit constitutionnel modère en réalité le « débat d'idées contradictoires, le dissentiment des juristes sur un point d'interprétation »¹.

A l'heure de l'hybridation des droits et d'un mouvement général de relativité de la norme, on peut s'interroger sur l'opportunité de l'emprunt de la notion d'abus de droit par le droit constitutionnel. En réalité, la démarche ne semble pas hasardeuse tant les multiples controverses qui ont animé le débat constitutionnel aboutissent à la conclusion selon laquelle le texte fondamental d'un Etat est ouvert à un large éventail d'interprétation. En effet, la solution apportée à la question mise en débat dépend, pour une large partie, des préférences épistémologiques du « controversiste ». Dès lors, pourquoi ne pas accepter l'idée toute simple de Voltaire selon laquelle « tout droit poussé trop loin conduit à une injustice » ?

La notion d'abus de droit est souvent absente des textes constitutionnels. Seuls l'abus des libertés figure dans quelques Constitutions sous forme d'interdiction générale² ou spéciale comme dans l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui énonce que « tout citoyen peut parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de **l'abus** de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». L'article 54 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne intégrée dans le traité établissant une Constitution européenne interdit l'abus de droit³. L'idée de la prohibition de l'abus de droit semble cependant bien présente dans l'Esprit du droit et comme l'affirmait Josserand, « le développement pris par la doctrine de l'abus de droit est le triomphe de la technique juridique et ce triomphe est de tous les pays, de tous les siècles, de toutes les civilisations : il correspond à une loi d'évolution fatale, à

¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, P.U.F., 2001, p. 224. Cité par M.-C. STECKEL, *Les moyens de la controverse constitutionnelle*, Atelier « les nouvelles controverses constitutionnelles », Congrès A.F.D.C., Toulouse, 6-7 et 8 juin 2002, p. 1.

² Par exemple, l'article 25 de la Constitution hellénique dispose « les droits de l'homme, en tant qu'individu et en tant que membre du corps social, sont placés sous la garantie de l'Etat, tous les organes de celui-ci étant obligés d'en assurer le libre exercice. La reconnaissance et la protection par la République des droits fondamentaux et imprescriptibles de l'homme visent à la réalisation du progrès social dans la liberté et la justice. **L'exercice abusif d'un droit n'est pas permis**. L'Etat a le droit de la part de tous les citoyens l'accomplissement de leur devoir de solidarité sociale et nationale »

³ L'article 54 énonce : « aucune des dispositions de la présente charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues dans la présente Charte ».

une inéluctable nécessité »⁴. Sans aller aussi loin, il nous semble possible de faire entrer dans le champ d'analyse sur la controverse constitutionnelle une notion qui, bien que sujette à critique, nous paraît réconcilier les différents arguments principalement rencontrés dans le débat entre constitutionnalistes.

Parmi l'ensemble des controverses constitutionnelles, certaines d'entre elles naissent d'une pratique, réalisée par un sujet, relativement au texte constitutionnel. La controverse apparaît lorsqu'une lacune dans la règle constitutionnelle ouvre des possibilités d'interprétation assez différentes et parce que les énoncés juridiques sont incertains. En effet, le texte controversé ne donne pas toutes les réponses aux situations qui peuvent se présenter lors de son application et l'acteur du jeu constitutionnel profite de cet état de fait. La controverse définit alors les champs interprétatifs de la conduite par plusieurs arguments faisant appel à différentes méthodes d'interprétation.

La notion d'abus de droit vient prohiber une conduite qui, *prima facie*, est permise mais qui, *in fine* et toutes choses considérées, s'avère prohibée. Elle peut « saisir » la pratique objet du débat (I). Mais, le concept serait vain s'il ne détenait que pour objet la participation à une discorde. C'est ainsi que nous constaterons que le juge utilise dans son raisonnement l'abus de droit qui sert alors d'outil interprétatif. Il s'agit des fonctions de la notion dans la controverse (II)

I. Confrontation de la notion d'abus de droit à la controverse constitutionnelle

Avant de constater la possibilité pour la notion d'abus de droit de « saisir » les pratiques controversés du droit constitutionnel (B), il nous appartient de présenter rapidement ses contours(A).

A. Présentation de la notion de l'abus de droit

1. Bref historique

L'apparition de la notion d'abus de droit dans l'histoire de la pensée juridique est relativement récente⁵. Les auteurs datent généralement sa naissance doctrinale et jurisprudentielle à la fin du XIX^e siècle. Certains montrent néanmoins que si la notion est assez récente et innovante, l'idée est ancienne⁶ et aurait été établie à l'aide

⁴ L. JOSSERAND, De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, 1927, 2^e éd., 1939, p. 315.

⁵ P. ANCEL, C. DIDRY, L'abus de droit : une notion sans histoire ? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XX^e siècle, L'abus de droit, comparaisons franco-suisse, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2001, p. 51.

⁶ E.H. PERREAU, Origine et développement de la théorie de l'abus de droit, Revue générale du droit, 1913, p. 481.

J. CHARMONT, L'abus de droit, R.T.D.Civ., 1902, p. 113.

RICCOBONO, La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana, B.I.D.R., 1939, p. 1.

de précédents romains⁷. Cependant, la notion d'abus de droit n'a pas été formellement reconnue par le droit romain en raison notamment de l'absence d'existence du concept de droit subjectif⁸.

Il faudra néanmoins attendre la fin du XIX^{ème} siècle pour voir consacrer la doctrine de l'abus de droit par la jurisprudence⁹, sous le coup d'un contexte idéologique, d'une situation économique et sociale en total bouleversement. Le très célèbre arrêt de la Cour de Colmar de 1855 « Daerr »¹⁰, s'agissant d'une affaire de fausse cheminée, érige l'idée d'abus de droit de propriété à défaut de la nommer explicitement. Un courant assez favorable suivra cette ouverture jurisprudentielle¹¹ mais il faudra attendre le fameux arrêt « Clément-Bayard » de 1915¹² pour voir promue explicitement la notion. Les juristes vont suivre cette évolution¹³ et les écrits doctrinaux au tournant du XX^{ème} siècle vont foisonner¹⁴. Une véritable conceptualisation de l'abus de droit va avoir lieu. Aujourd'hui le principe d'interdiction de l'abus de droit a pénétré un grand nombre d'ordres juridiques, au moins dans la partie de leur droit privé¹⁵. Il a également touché divers domaines du

⁷ Pour une démonstration du mal-fondé des thèses qui nient l'existence de l'abus de droit en droit romain classique : U. ELSENER, Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit, Thèse, 2004, Bruylant, p. 188 et s.

V. aussi : M. JOVANOVIĆ, Aequitas and bona fides in the legal practice of ancient Rome and the prohibition of the abuse of rights, Facta Universitatis, Series Law and Politics, vol. 1, n° 7, 2003, p. 763.

⁸ En ce sens : M. VILLEY, Signification philosophique du droit romain, A.P.P., 1981, p. 381 ; La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, A.P.D., 1964.

⁹ Parmi ceux qui admettent que la notion est avant tout une création jurisprudentielle : E. PORCHEROT, De l'abus de droit, Thèse, Dijon, 1901.

¹⁰ Colmar, 2 mai 1855, D.P., 1856, 2, 9.

¹¹ Par ex. : Sedan, 17 décembre 1901, S. 1904, 2, 217, note Appert. Un propriétaire est coupable d'abus de droit pour avoir érigé une cloison pour « donner à la maison voisine un aspect de prison ».

¹² Cette décision a sanctionné un propriétaire voisin d'un terrain d'atterrissage et d'envol de ballons dirigeables, pour avoir planté dans sa propriété des piquets de fer afin d'empêcher l'évolution des ballons.

¹³ P. ANCEL, C. DIDRY, op. cit., p. 55: « En réalité, même si on en découvre quelques traces, c'est la doctrine qui, a en quelque sorte « récupéré » a posteriori les quelques décisions antérieures pour donner l'impression d'un corpus jurisprudentiel préexistant. Ici comme ailleurs, la jurisprudence est très largement le produit d'une construction doctrinale ».

¹⁴ V. notamment parmi une abondante bibliographie :

R. SALEILLES, De l'abus des droits, Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code Civil, Bull. soc. études et législ., 1905, p. 325

J. CHARMONT, L'abus de droit, R.T.D.civ., 1902, p. 113

L. JOSSERAND, De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, 1927, 2^e éd., 1939.

G. RIPERT, Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de monsieur Jossierand, Rev. Crit., 1929, p. 33

L. CAMPION, Théorie de l'abus des droits, 1921.

M. ROTONDI, L'abuso di diritto, thèse, Padova, 1923.

G. MORIN, L'abus des droits, Rev. de métaphysique et de morale, 1929, p. 267 ;

E. PORCHEROT, De l'abus de droit, Dijon, 1902.

L. DE MONTERA, De l'abus des voies de droit, Lyon, 1912.

¹⁵ J. VOYAME, B. COTTIER, B. ROCHA, L'abus de droit en droit comparé, in L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications actuelles, Actes du 19^{ème} colloque de droit européen, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990, p. 23.

Pour un échantillon important de pays : Dir. M. ROTONDI, L'abus de droit, Padova, CEDAM, 1979.

droit français¹⁶. A cet égard, même le droit public, *a priori* réticent a été marqué par la notion¹⁷. Le droit communautaire est également en voie de consacrer l'abus de droit comme principe général¹⁸ et l'abus des libertés est présent dans la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sous forme d'interdiction formelle¹⁹. La théorie de l'abus de droit a ainsi connu un accroissement durable et continu avec un assez grand succès en jurisprudence. Dès lors, pourquoi la controverse constitutionnelle serait-elle totalement hermétique à la notion ?

2. Proposition de définition

Même si l'abus de droit a fait l'objet de multiples débats, les auteurs s'accordent à reconnaître que pour particulariser cette notion, il faut réunir plusieurs éléments constitutifs indispensables. En premier lieu, l'abus de droit ne peut concerner que l'utilisation d'un droit subjectif régulier. En second lieu, l'action qualifiée d'abus doit avoir pour effet de provoquer un dommage. Enfin, il doit exister une limite que l'on peut déceler à l'intérieur du droit exercé et qui permet de critiquer ou d'interdire la conduite envisagée sur le fondement de l'abus de droit.

M. MARKOVITCH, La théorie de l'abus des droits en droit comparé, Librairie générale de droit, Paris, 1936.

¹⁶ Par ex.:

A. KISS, L'abus de droit en droit international, Paris, Dalloz, 1952.

S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, L'abus dans les relations de droit privé, Thèse, Bordeaux, 2002.

¹⁷ Cf. notamment : HAURIOU, note ss C.E. 27 février 1903, «Olivier et Zimmermann », S. 1905, 3, 17, Jur. Adm., I, p.552.

E. LAPARRE, La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir, thèse, Paris, 1913, p. 81.

BONNARD, note ss C.E. 29 novembre 1929, «Compagnie des mines de Sigüiri », S. 30, 3, 17.

CHATELAIN, Contribution à l'étude de la notion d'abus des droits dans le contentieux administratif, thèse, Paris, 1945.

G. CORNU, Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public, thèse, 1949, p.151.

L. DUBOUIS, La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative, thèse, Paris, 1962.

R. GOY, L'abus de droit en droit administratif français, R.D.P.1962, p. 5.

E. MARTINEZ USEROS, La doctrina del abuso del derecho y el orden juridico administrativo, Reus, Madrid, 1947.

¹⁸ En ce sens : D. SIMON, Le système juridique communautaire, 3^{ème} éd., P.U.F., 2001. Pour cet auteur, certains principes généraux « ne font l'objet que d'une réception prudente, tout en étant formulés d'une manière qui laisse augurer de leur consécration prochaine, comme par exemple le principe de sanction de l'abus de droit communautaire ».

A. NOBLET, La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire. Contribution à l'étude de l'abus de droit communautaire, Thèse, Rouen, 2004.

F. LAGONDET, L'abus de droit dans le jurisprudence communautaire, J.T.D.E., 2003, n° 95, p.8.

A. KJELLGREN, On the Border of abuse, The Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Other Misuse of Community Law, European Business Law review, 2000, p. 179.

V. KARAYANNIS, L'abus de droit découlant de l'ordre juridique communautaire, C.D.E., 1999, n° 56, p. 521.

M. GESTRI, Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario, Milano, Giuffrè, 2003, 265 p.

¹⁹ Articles 17 de la C.E.D.H et 54 de la C.E.D.F.

¶ Le droit subjectif est la condition préalable et existentielle de la présence d'un abus. Il est généralement décrit comme une prérogative accordée à un individu. Robert Alexy dans sa théorie des droits constitutionnels²⁰ voit dans le droit subjectif un « droit à quelque chose » et donne l'axiome suivant : X a un droit à G contre Y, X étant le détenteur du droit, Y, le destinataire et G l'objet du droit. De manière générale, on admettra que l'abus de droit ne peut qu'« absorber » les droits subjectifs se traduisant par une relation de permission d'agir ou de s'abstenir unissant deux sujets. Cette relation se rencontre dans différentes dispositions constitutionnelles. Par exemple, l'article 12 de la Constitution française énonçant que « le Président de la République peut (...) prononcer la dissolution de l'Assemblée Nationale » confère au Chef de l'Etat une permission de dissoudre exercée contre les députés de l'Assemblée. Certains articles de la Constitution ont pu susciter plus de débat. Il en va ainsi, par exemple, de l'article 13 (« le Président de la République signe les ordonnances ») qui n'identifie pas si le Chef de l'Etat détient une permission. Cette question sera examinée un peu plus loin.

¶ Le deuxième élément de l'abus de droit est le dommage engendré par l'exercice de la permission accordée. Nous avons vu que le droit subjectif est caractérisé par une relation entre un détenteur et un destinataire d'une permission. L'exercice de la permission peut causer un préjudice, généralement, au destinataire. Apparaît toute la subtilité de l'abus de droit que certains ont pu dénoncer à l'instar de Planiol pour qui celui qui use de son droit ne peut faire de tort à personne²¹ de sorte que « le droit cesse où l'abus commence et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit quelconque parce qu'un même acte ne peut pas être tout à la fois conforme et contraire au droit »²².

En réalité, l'abus de droit se distingue de l'acte accompli sans droit (comme ce fut par exemple le cas de l'utilisation de l'article 11 à la place de l'article 89 par le Général de Gaulle). L'abus de droit consiste à agir à l'intérieur de son droit mais de manière contestable²³, entraînant de la sorte un dommage. C'est l'exercice tout à fait régulier d'un droit qui paradoxalement provoquera un dommage. En conséquence, il conviendra de rechercher la présence de l'abus dans la conduite.

¶ Le dépassement des limites internes de la permission a déchiré la doctrine. En effet, à partir de quels critères peut-on admettre qu'une personne a dépassé les limites internes de son droit ? Plus simplement dit, à partir de quel stade l'usage convenable d'un droit devient-il abusif ? L'appréhension des limites internes du droit est envisagée en trois critères. Certains auteurs reconnaissent uniquement la validité du critère subjectif qui se réfère à l'« abuseur ». Ainsi on dira que ce dernier a abusé de son droit si l'on peut déceler une certaine intention de nuire, une absence de mobile légitime ou d'intérêt dans l'exercice du droit. D'autres ont montré la pertinence du critère objectif qui se traduit, par exemple, par un exercice du droit anormal ou un acte excessif. Enfin, des critères mixtes ont été soutenus. L'abus de droit est alors l'acte contraire à la finalité assignée par le créateur du droit, à la finalité sociale du

²⁰ R. ALEXY, A theory of constitutional rights, O.U.P., 2002, p. 111 et s.

²¹ *Neminem laedit que suo jure utitur.*

²² M. PLANIOL, Traité pratique de droit civil, t. 2, L.G.D.J., 1953, n° 909.

²³ En ce sens, par ex. : L. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 333.

F. SHAUER, Can Rights be Abused?, *Philosophical Quarterly*, vol. 31, 1981, p. 225.

droit ou à la morale, en un mot et pour notre étude: à l'esprit de la Constitution²⁴. Par conséquent, une certaine diversité concourt à une impression de flou dans les limites inhérentes à un droit.

Pourtant, il nous semble que ces divers critères peuvent être regroupés en trois propositions. On peut en effet considérer qu'un droit sera dépassé lorsque son exercice s'avère anormal eu égard à ce que l'on pouvait attendre d'un sujet raisonnable ou non malveillant. Une limite sera également franchie lorsque l'acte se trouve disproportionné au regard des intérêts en présence ou au caractère excessif de l'acte. Enfin, une autre limite peut être trouvée dans le détournement des finalités du droit constitutionnel. Il convient de préciser que ces critères sont alternatifs et non cumulatifs. Dès qu'une seule de ces limites est franchie, le dépassement de la conduite convenable peut être discuté sur le fondement de l'abus de droit.

Un abus de droit est donc le dépassement des limites d'une permission d'agir ou de s'abstenir entraînant un préjudice en raison d'une conduite anormale, disproportionnée ou contraire aux finalités de la Constitution.

Cette définition large et théorique de l'abus de droit constitue une base au service de notre réflexion consistant à montrer que la notion peut servir de guide interprétatif lors d'une conduite controversée. Nous illustrerons le propos en prenant l'exemple de la très célèbre controverse sur le refus présidentiel de signer les ordonnances de l'article 38²⁵ de la Constitution.

B. Illustration de la présence des éléments de l'abus de droit dans une controverse

En 1986, François Mitterrand a refusé de signer les ordonnances relatives à des privatisations d'entreprises, à la délimitation des circonscriptions électorales et relatives à l'aménagement du temps de travail en s'appuyant notamment sur l'ambiguïté du premier alinéa de l'article 13 de la Constitution qui énonce que « le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres ». Une vive polémique a partagé les constitutionnalistes sur le sens à donner à cet article. Certains ont montré que l'article 13 doit être interprété comme une compétence liée du Chef de l'Etat imposant dès lors une obligation à sa charge²⁶. D'autres ont insisté sur le caractère libre du droit, accordant de la sorte au Président de la République une permission d'agir ou de s'abstenir²⁷. Enfin, des arguments

²⁴ S. PIERRE-CAPS, L'esprit des Constitutions, Mélanges Pactet, Dalloz, 2003, p. 375.

P. MOUZET, Les manifestations contentieuses de l'« esprit de la Constitution » de 1958, R.D.P., 2004, p. 1243.

²⁵ C. BOYER-MERENTIER, Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, Economica, P.U.A.M., 1996, p. 117 et s.

B. MATHIEU, Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil constitutionnel dans l'édition des ordonnances de l'article 38, R.F.D.A., 1987, p. 700.

²⁶ Y. GAUDEMET, Le Président est tenu de signer, Le Monde, 18 avril 1986.

J. LARCHE, Le Président de la République est tenu de signer les ordonnances, Le Monde, 29 mars 1986.

G. DRAGO, Le Figaro, 16 juillet 1986. L'auteur considère que la conduite du Président est un « abus de pouvoir ».

²⁷ J. ROBERT, M. Mitterrand peut refuser de signer, Le Monde, 18 avril 1986.

mixtes ont été soutenus. De façon générale et selon la lecture de cet article, on a pu considérer que M. Mitterrand devait ou pouvait signer les ordonnances et avait ainsi violé ou respecté la Constitution. Dans cette vision quelque peu dualiste, les auteurs considérant que l'article 13 de la Constitution accorde au Président une permission d'agir ou de s'abstenir disculpent du même coup sa conduite. Rien n'est pourtant moins certain car nous allons constater que même si on analyse le dispositif de l'article 13 comme accordant une permission au Président, la conduite de M. Mitterrand n'en n'est pas moins critiquable, car abusive. Il nous faut cependant rappeler brièvement et de manière non exhaustive les termes du débat ayant fait l'objet de nombreux commentaires doctrinaux.

1. Désaccord sur la condition préalable et postulat de la présence d'une permission

La discorde a porté sur le contenu du droit accordé par l'article 13²⁸.

Si l'on interprète les termes de l'article 13 comme une relation d'obligation d'agir, le refus de signer du Président Mitterrand constitue une violation de la Constitution. Les auteurs favorables à cette analyse invoquent plusieurs arguments²⁹. Pour certains, la rédaction de l'article 13 ne révèle aucune ambiguïté puisque en droit, un verbe énoncé à l'indicatif vaut très généralement impératif³⁰. Enfin, plusieurs juristes confrontent la disposition avec d'autres articles de la Constitution pour déduire l'obligation du Chef de l'Etat. Ils invoquent aussi l'esprit de la Constitution dégagé de la volonté du constituant³¹. Ainsi, pour soutenir leur raisonnement, les partisans de l'obligation de signer s'appuient, tout comme leurs contradicteurs, sur les méthodes interprétatives sémiotique, systémique, génétique et fonctionnelle³².

En second lieu, si l'on interprète l'article 13 comme concédant une permission au Président de la République, les auteurs admettent généralement que le refus de

M. DUVERGER, Le Président de la République n'est pas obligé de signer les ordonnances, Le Monde, 22 mars 1986.

²⁸ Certains auteurs soutiennent par ailleurs que la question se pose uniquement en termes politiques : D. GAXIE, Droit et politique dans la polémique sur le refus de signature des ordonnances par le Président de la République, in D. LOCHAK, Les usages sociaux du droit, C.U.R.A.P.P., P.U.F., 1989. A l'inverse, G. BACOT, La signature des ordonnances, R.A., 1986, p. 454. L'auteur souligne que la question est éminemment juridique que les principaux protagonistes s'efforcent de ne pas traiter sur ce plan.

²⁹ Pour un bon résumé des débats : P. BLACHER, A propos de la signature des ordonnances de l'article 38 de la Constitution de 1958 : faculté ou obligation ?, Cahiers des Ecoles Doctorales, Faculté de droit de Montpellier, n° 1 : Les controverses doctrinales, 2000, p. 37.

G. BACOT, La signature des ordonnances, op. cit.

³⁰ En ce sens : Y. GAUDEMET, op. cit.

Pour une argumentation approfondie : M-A. COHENDET, La cohabitation. Leçons d'une expérience, op. cit., p. 172 et s.

³¹ M-A. COHENDET, La cohabitation..., op. cit., p. 190 : « (...) en refusant de signer les ordonnances, le Président de la République a violé les dispositions claires et précises du texte de la Constitution, interprétée dans le sens qu'entendaient lui donner ses rédacteurs en 1958 ».

³² M.C. STECKEL, Les moyens de la controverse constitutionnelle, op. cit.

M. TROPER, La signature des ordonnances, fonction d'une controverse, Pouvoirs, n° 41, 1987

François Mitterrand est constitutionnel. Plusieurs arguments en faveur de la qualification de permission sont mis en avant. C'est ainsi qu'à l'opposé de la thèse adverse, certains prétendent que « l'indicatif utilisé à l'article 13 de la Constitution ne vaut nullement obligation »³³. De même, le précédent de 1960 qui avait vu le Général de Gaulle refuser la convocation d'une session extraordinaire du Parlement appuie l'interprétation présidentialiste de la Constitution. De plus, si l'on compare la lecture de l'article 13 à celle de l'article 10 de la Constitution qui impose au Président de promulguer la loi dans un délai de 15 jours³⁴, on peut déduire de l'absence de délai de la première disposition une permission de s'abstenir au profit du Président de la République³⁵.

Force est par conséquent de constater que la doctrine est partagée sur la question de l'interprétation de l'article 13³⁶. Michel Troper affirme que la question est vaine en l'absence de sens clair et incontestable de l'article et parce qu'aucune juridiction ne détient la compétence de lui donner sa solution interprétative³⁷.

Pour autant, nous pouvons soutenir que même si l'on interprète la conduite présidentielle comme l'usage d'une permission d'agir ou de s'abstenir régulière, elle peut être critiquée à travers le prisme de l'abus de droit. Ainsi, si l'on admet le recours à la notion, l'interprétation de la disposition laissant une faculté d'agir au Chef de l'Etat n'aura nullement comme conséquence de disculper la conduite de François Mitterrand.

Tout en postulant que M. Mitterrand détenait une permission, on peut désormais étudier la présence des critères de l'abus de droit dans la présente affaire.

2. Les éléments de la notion d'abus de droit

a) Le critère du dommage

Le critère du dommage provoqué est, sans conteste, apparent. La procédure des ordonnances se trouve bloquée par ce refus et le gouvernement cohabitationniste de M. Chirac ne peut poursuivre son action dans les domaines que les ordonnances recouvraient et qui avaient été octroyés par le Parlement au moyen d'une loi d'habilitation. Moins qu'un blocage total, c'est plus un retard dans la mise en œuvre de son programme dont a souffert le Gouvernement. En effet, ce dernier a utilisé la voie classique du dépôt d'un projet de loi pour contrer le refus présidentiel. Comme

³³ J. ROBERT, op. cit.

³⁴ L'article 10 alinéa 1 de la Constitution de 1958 dispose : « Le Président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée ».

³⁵ En ce sens : M. DUVERGER, op. cit.

³⁶ A.-M. LE POURHIET, *Ordonnances : signature et nature*, Congrès A.F.D.C., 1999, Aix-Marseille : « Les éléments d'interprétation avancés ont été essentiellement au nombre de huit : l'utilisation par l'article 13 du présent de l'indicatif, l'absence de délai prescrit pour la signature des ordonnances, la comparaison avec la promulgation des lois, la comparaison avec le pouvoir d'exécution des lois, le respect de la volonté parlementaire, le contreséing des ordonnances, la nature de la délibération en conseil des ministres, et le cas d'inconstitutionnalité de l'ordonnance ».

³⁷ M. TROPER, op. cit., p. 75.

le relève Marie-Anne Cohendet, « pour le premier coup d'essai, le retard apporté à l'action du Gouvernement fut minime puisque (...) trois semaines après le veto présidentiel, la loi portant dénationalisation de 65 entreprises entra en vigueur. Les deux autres vetos présidentiels ralentirent bien d'avantage l'action du Gouvernement. (...) Le rétablissement du scrutin uninominal à un tour (...) n'aura été adopté qu'après sept mois de Gouvernement. Mais c'est incontestablement pour son projet sur l'aménagement du temps de travail que le gouvernement dut se montrer le plus patient. (...). Cette fois, ce fut un délai de cinq mois qui sépara le veto présidentiel de l'adoption de la loi, plus de dix mois s'étant écoulés entre la loi d'habilitation et le vote de ce texte »³⁸. Le préjudice semble dès lors bien présent puisque le Gouvernement a été empêché dans la conduite de sa politique qu'il doit mener au nom de l'article 20 de la Constitution³⁹.

Analysons maintenant les limites existant à l'intérieur de la permission accordée et qui permettront de critiquer la conduite présidentielle sur le fondement de l'abus de droit.

b) Le dépassement des limites

¶Le critère de la conduite anormale en raison de l'intention de nuire ou de la malveillance du Président de la République est à discuter. Trois principaux motifs ont été allégués à l'appui du barrage présidentiel. Selon François Mitterrand, les ordonnances sur les privatisations portaient atteinte à l'indépendance nationale. En matière de découpage électoral, le Chef de l'Etat a considéré que seule la voie législative était possible. Et le refus de signer l'ordonnance sur l'aménagement du temps de travail a été motivé sur le fondement de la préservation des acquis sociaux⁴⁰. Cependant, ces motifs sont de pure forme car ce sont des considérations politiques qui semblent avoir motivé le verrouillage des actes du Gouvernement Chirac. Il est en effet aisé de montrer que les arguments du Président de la République ne tiennent pas juridiquement. S'il est bien le garant de l'indépendance

³⁸ M-A. COHENDET, La cohabitation..., op. cit., p. 170-171.

³⁹ Aux termes de l'article 20 de la Constitution, « le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation ».

⁴⁰ Sur les ordonnances de privatisations, le Président François Mitterrand, lors de l'entretien télévisé du 14 juillet 1986, s'exprimait ainsi : « (...) Mais moi, j'ai une responsabilité supplémentaire : je suis non seulement chargé de veiller au respect de la Constitution mais, au regard d'un certain nombre de données qui sont écrites dans la Constitution je dois être le garant de l'indépendance nationale. Je ne peux donc pas accepter que ces biens, ces biens qui appartiennent à la nation – je le répète une fois de plus pour être bien compris – soient vendus de telle sorte que demain alors que l'on fabrique – il s'agit de l'industrie – des objets, des produits, des marchandises nécessaires à l'indépendance nationale on puisse les retrouver dans les mains d'étrangers. (...) Il se trouve que le gouvernement a choisi ce que l'on appelle la voie des ordonnances. Le parlement a voté une loi très courte donnant quelques directions, donnant la liste des 65 entreprises à privatiser. Et puis – on vient de le voir – les règles viennent d'être complétées, précisées sur des points principaux, par le Conseil constitutionnel et interprétés par le Conseil d'Etat. Il va falloir intégrer des observations dans la loi et c'est au Parlement, à l'Assemblée nationale d'abord, qu'il incombe d'intégrer ces observations dans la loi. Cela ne peut pas être simplement la décision du Gouvernement. Et moi personnellement, je n'ai pas à apporter ma caution à l'élaboration de textes qui ne seraient pas passés d'une façon approfondie, car le sujet est très difficile, très complexe et très important. Sur le plan national... : c'est au Parlement de prendre ses responsabilités ».

nationale en vertu de l'article 5 de la Constitution⁴¹, il paraît assez difficile d'affirmer que la privatisation d'entreprises allait y porter atteinte. Par ailleurs, si la Constitution interdit la réglementation, elle n'impose nullement l'unique voie législative classique en matière de découpage électoral et l'article 38 ne fixe aucune limite à la délégation consentie par les parlementaires. Enfin, concernant les acquis sociaux, ce terme vague à interprétation multiple ne figure pas dans le corpus constitutionnel. De surcroît, si l'on peut admettre avec Olivier Duhamel que le Président peut refuser de signer des ordonnances manifestement contraires à la norme fondamentale, la constitutionnalité des trois textes paraissait peu douteuse⁴². En effet, le Conseil constitutionnel s'était déjà, dans les trois cas, prononcé sur la conformité à la Constitution des lois habilitant le Gouvernement à prendre les ordonnances et on pouvait penser qu'il allait être saisi des lois de ratification desdits actes. On peut dès lors rejoindre le propos du Doyen Favoreu selon lequel « même s'il est admis que le Président de la République a un pouvoir discrétionnaire en matière de signature des ordonnances, cela ne signifie pas qu'il puisse refuser de signer pour n'importe quel motif. S'il a un pouvoir discrétionnaire, il peut, en opportunité, estimer qu'il n'a pas à signer : les mesures contenues dans l'ordonnance ne lui semblent pas opportunes ou souhaitables. C'est une décision purement politique qui appelle une responsabilité du même type. Mais le Chef de l'Etat ne peut, pour refuser de signer, invoquer des motifs juridiques en contradiction avec la Constitution ou avec l'interprétation qu'en a donné le Conseil constitutionnel, avec autorité de la chose jugée »⁴³. D'autre part, on remarque que le Président de la République a attendu la dernière minute pour annoncer son veto en Conseil des ministres, paralysant pour l'ordonnance sur l'aménagement du temps de travail les assemblées parlementaires, puisque l'annonce du refus a été faite le jour de la clôture de la session ordinaire du Parlement ce qui l'empêchait de reprendre l'ordonnance sous forme de proposition de loi. Il s'ensuit donc que la conduite du Président apparaît comme ayant été fondée sur des motifs politiques et dans la volonté de nuire au Gouvernement en place⁴⁴. Le critère de l'intention de nuire semble par conséquent rempli.

⁴¹ Article 5 de la Constitution de 1958 : « 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 ».

⁴² O. DUHAMEL, *Le Monde*, 12 avril 1986 : « il y aura, dans les ordonnances, des dispositions qui se contenteront de mettre en œuvre les règles fixées par la loi d'habilitation. Ici, la loi votée par le Parlement et contrôlée par le Conseil constitutionnel s'impose à tout le pouvoir exécutif. Si le Gouvernement le respecte strictement, on voit mal comment le Président de la République pourrait, lui, s'affranchir de la loi. Certes, on comprend que cela lui soit désagréable, mais ni plus ni moins que d'avoir promulgué la loi d'habilitation ».

⁴³ L. FAVOREU, *Ordonnances et règlements d'administration publique*, R.F.D.A., 1987, p. 696. Cité par M-A. COHENDET, *La cohabitation...*, op. cit., p. 186 ; p. 171 : « (...) dans chacun de ces cas, le Président de la République a donné l'impression d'exercer un contrôle de constitutionnalité des ordonnances, alors que le motif avancé pour chacun de ces refus était marqué par une méconnaissance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui avait admis le recours aux ordonnances dans ces domaines ».

⁴⁴ Selon D. TURPIN, *La présidence du Conseil des ministres*, R.D.P., 1987, p. 890 : « l'inconstitutionnalité des refus présidentiels était relative à leurs motifs ».

¶ Le blocage présidentiel peut être envisagé sous le joug du critère du détournement des finalités constitutionnelles. Il s'agit de constater que l'article 13 a été détourné des finalités pour lesquelles il a été créé.

Contrairement à la pratique des décrets-lois de la III^{ème} République, la Constitution de 1958 a entendu instituer les délégations législatives. L'article 38 organise une procédure rigoureuse de collaboration entre le Gouvernement et le Parlement et prévoit le contrôle du Conseil d'Etat. Le Conseil constitutionnel peut éventuellement être saisi sur la constitutionnalité des lois d'habilitation et de ratification des ordonnances. La signature du Président de la République sert à authentifier les actes pris par le Gouvernement. Cette authentification semble la finalité de l'article 13. Dans la présente affaire, le Chef de l'Etat devait se soumettre à la volonté générale représentée par les assemblées qui ont souhaité transférer temporairement une partie de leur pouvoir normatif. Le respect de la volonté du Parlement est une des bases du droit constitutionnel et le Constituant de 1958 n'a pas désiré permettre au Président de la République de bloquer la délégation législative accordée au Gouvernement. En revanche, il en aurait été autrement si le Gouvernement n'avait pas respecté les termes de la loi d'habilitation en prenant, par exemple, des ordonnances dans un domaine non consenti par les parlementaires ou en élargissant le domaine de compétence octroyé. De même, le refus du Président serait justifié en cas d'inconstitutionnalité manifeste des actes ce qui ressort de l'esprit de la fonction présidentielle découlant de l'article 5 de la Constitution⁴⁵. Néanmoins, l'affaire montre que la procédure avait été scrupuleusement respectée et la constitutionnalité validée par les juges. Partant, il est possible d'affirmer que la conduite du Président a détourné les finalités de l'article 13 qui ressortent de l'esprit des institutions. En réalité, et comme cela a déjà été démontré⁴⁶, la question de la nature du régime institué par la V^{ème} République rejaillit avec force car l'« esprit de la Constitution » dépendra du rôle que l'on attribue au Président de la République. Malgré tout, l'abstention de signer les ordonnances du Gouvernement Chirac peut être critiquée au moyen du critère du détournement des finalités de la Norme fondamentale.

En résumé, si l'on considère l'article 13 de la Constitution comme accordant une permission, cela ne valide par pour autant le refus de signer du Chef de l'Etat. En effet, il est possible d'admettre, dans la présente affaire, que ce dernier a commis un abus de droit qui ressort du dommage provoqué, de son intention de nuire au Gouvernement et du détournement des finalités de la Constitution. Sauf, bien sûr, à vouloir refuser les présupposés de l'abus de droit, on remarque que la notion met quelque peu de côté les arguments qui ont parfois été qualifiés de « politiques ». Elle offre à l'interprète de cette controverse, des critères assez fiables de qualification et permet un examen critique et renouvelé. La notion atténue la controverse portant sur la qualification du droit obligationnel ou permissif du Président. En effet, alors même que l'on considère le Chef de l'Etat comme titulaire d'une permission, il est possible

⁴⁵Le Conseil constitutionnel semble par ailleurs l'avoir avoué à demi-mot : cf. les décisions du Conseil Constitutionnel des 25-26 Juin 1986 et 1er-2 Juillet 1986.

⁴⁶ A.-M. LE POURHIET, Ordonnances : signature et nature, op. cit.
M.-C. STECKEL, Les moyens de la controverse constitutionnelle, op. cit.

de trouver une situation de compromis dans la controverse en critiquant sa conduite sur la base de l'abus de droit.

Il nous reste désormais à justifier l'approche en abordant les fonctions de la notion d'abus de droit.

II. Fonctions de la notion d'abus de droit dans la controverse constitutionnelle

S'il semble envisageable d'interpréter certaines controverses constitutionnelles à la lumière de la notion d'abus de droit, encore faut-il montrer en quoi et comment elle peut s'avérer utile au droit constitutionnel. En tant qu'illicéité atypique, elle peut être un moyen de sanction des pratiques controversées susceptibles de faire l'objet d'un contentieux (A). Elle constitue tout au moins un outil interprétatif de la controverse (B).

A. Un moyen de sanction des pratiques controversées justiciables ?

De notre point de vue, l'abus de droit a pour fonction d'être une notion utilisée par le juge constitutionnel lorsqu'il est saisi de l'examen de l'utilisation d'une permission faisant l'objet d'une controverse. Cependant, la notion est souvent confondue avec le détournement de procédure. Deux exemples serviront d'illustration à notre propos.

1. Confusion du détournement de procédure et de l'abus de droit

La doctrine admet généralement que le Conseil constitutionnel, comme d'autres juridictions constitutionnelles, peut être amené à examiner les comportements des acteurs du droit constitutionnel sur le fondement de différents types de contrôle. C'est ainsi que l'on reconnaît comme cause d'invalidation des actes déférés devant le Conseil constitutionnel⁴⁷ des moyens tirés de la constitutionnalité interne et externe⁴⁸. Au titre de la constitutionnalité interne, les auteurs s'accordent à montrer que la violation de la Constitution, le détournement de pouvoir et le détournement de procédure sont appréciés par le juge.

On constate donc que l'abus de droit ne semble pas reconnu en tant que moyen de censure d'un acte déféré. Néanmoins, on peut affirmer que cette méconnaissance de la notion s'opère au prix de sa confusion et de son absorption par le détournement de procédure. En effet, ce dernier moyen d'invalidation est souvent défini par la doctrine par le seul critère intentionnel. Ainsi, le Professeur Rousseau énonce, par exemple, que « le Conseil admet et examine les griefs tirés d'un détournement de procédure, c'est-à-dire de l'utilisation d'une procédure à des fins autres que celles

⁴⁷ V. VLODY, Les moyens d'invalidation utilisés par le Conseil constitutionnel, thèse, Université de La Réunion, 2003.

P.-Y. GADHOUM, Les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité, *Rev. adm.*, 2003 (335), p. 494.

⁴⁸ Par ex. : D. ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2001, p. 135 et s.

auxquelles elle doit constitutionnellement servir »⁴⁹. Cependant on remarque que, en plus de la présence de cet élément dans la définition de cette forme d'irrégularité, la doctrine généralement administrativiste ajoute un élément matériel que constitue l'« interversion de procédure »⁵⁰. Ainsi, pour Odent, le détournement de procédure est particularisé quand « l'autorité (...) a cru pouvoir utiliser un texte dans le champ d'application duquel la décision n'entraîne pas »⁵¹. Eisenmann évoque à ce sujet la « conscience et (la) volonté de ne pas suivre la procédure légalement indiquée » par « calcul » et « volonté d'échapper à la procédure normale »⁵². Ainsi, et si l'on adopte cette acception du détournement de procédure caractérisée par la combinaison d'un élément intentionnel et d'un élément matériel, cela laisse la place à la reconnaissance de la notion d'abus de droit. En effet, l'utilisation d'un droit processuel (en toute régularité et sans employer une autre procédure) à des fins autres que celles pour quoi il avait été prévu entre dans le champ définitoire de l'abus de droit et non du détournement de procédure.

En résumé, l'abus de droit n'est pas reconnu par les auteurs comme moyen de contrôle de la constitutionnalité interne du fait de sa confusion avec le détournement de procédure constitutionnel. Si l'on redéfinit cette dernière notion, à l'aide du contentieux administratif, en y intégrant le critère de l'intervention de procédure, le fait d'utiliser un droit processuel dans un autre but que celui pour lequel il avait été prévu entre alors dans le champ définitoire de la notion d'abus de droit.

Cette nouvelle analyse peut être affinée par l'étude de la présence de l'abus dans le raisonnement du juge constitutionnel dans les cas généralement décrits comme étant des « détournements de procédure ». Deux exemples de controverses peuvent illustrer le propos.

2. Exemples d'abus de droit éprouvés par le juge constitutionnel

a) La pratique de la question préalable au Sénat

La première controverse concerne la pratique de la question préalable dite « positive » par le Sénat français en 1995 par laquelle la majorité sénatoriale a voté contre le texte qu'elle soutenait pour accélérer son adoption !

La Haute Assemblée, en accord politique avec le Gouvernement dirigé par Edouard Balladur⁵³, a décidé d'adopter la question préalable sur le projet de loi portant

⁴⁹ ROUSSEAU, Droit du contentieux... op. cit., p. 138.

⁵⁰ G. ISAAC, La procédure administrative non contentieuse, thèse Toulouse, 1969.

⁵¹ R. ODENT, Contentieux administratif, Les cours de droit, 1976, p. 1290.

⁵² Cité par R. GOY, La notion de détournement de procédure, Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, éd. Cujas, 1975, p. 326. L'auteur note par ailleurs, p. 329 que « la substitution d'une procédure à une autre est l'essence même du détournement de procédure. Deux procédures sont supposées : l'une est détournée et l'autre est tournée ou contournée. L'une est utilisée en vue d'atteindre le résultat assigné à l'autre ; la seconde qui peut et doit être suivie, est à tort écartée. L'utilisation d'une procédure à des fins ne relevant d'aucune procédure sort donc de la notion ».

V. aussi : J. REYNAUD, Le détournement de procédure, thèse, Paris, 1950, p. 520 : Le détournement de procédure « se présente comme le fait (...) d'employer pour un motif quelconque une certaine procédure en vue d'atteindre un but que la législation (la Constitution) lui permettait néanmoins d'atteindre mais par une autre procédure ».

⁵³ J-E. GICQUEL, Le Sénat sous la seconde cohabitation, R.D.P., 1996, p. 1069.

habilitation à réformer par voie d'ordonnances la sécurité sociale pour faire face à une obstruction massive de l'opposition. Cette dernière avait, en effet, déposé plus de 2800 amendements dans un but dilatoire. Le Gouvernement estimait, sans tenir compte du dépôt de sous-amendements, à 17 semaines le délai d'examen de la loi si le mécanisme de la question préalable n'avait pas été employé⁵⁴. Malgré tout, il est possible de s'interroger sur la pertinence du procédé consistant à rejeter un texte, non par contestation, mais pour accélérer le processus législatif alors que la question préalable n'a jamais eu cette finalité !

¶ De façon liminaire, on peut remarquer que la question préalable a été exercée régulièrement. En effet, l'article 44 alinéa 3 du règlement du Sénat ne donne pas les raisons pour lesquelles le mécanisme doit être employé. Il indique que la question préalable a pour objet de faire décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la délibération. En dépit du silence textuel, il est tout à fait possible de rattacher à cette pratique les éléments constitutifs de la notion d'abus de droit.

¶ Le caractère dommageable de la conduite est certain car les sénateurs de l'opposition sont empêchés dans l'exercice de leur droit constitutionnel d'améliorer la loi à quoi s'ajoute l'impossibilité de discuter les articles du projet puisque l'examen de la question préalable est antérieur à celui des articles, ce qui entraîne, en cas d'adoption, la disparition de tous les amendements qui y étaient joints. Ainsi, le droit de modifier et de débattre le projet de loi a véritablement été bafoué car la discussion qui n'avait pas eu lieu auparavant fut, de manière radicale, anéantie.

□ Les limites internes du droit telles que nous les avons définies⁵⁵ ont-elles été franchies par l'usage de la question préalable dans ces circonstances ? Nous examinerons successivement les trois critères caractérisant les limites du droit.

¶ L'intention des sénateurs de la majorité est relativement claire : il s'agit d'écourter le débat parlementaire mais peut-on voir dans cette démarche une réelle intention de nuire à l'opposition ? Le Gouvernement, au nom de la majorité sénatoriale, fait valoir dans son mémoire en réplique présenté devant le Conseil constitutionnel que le Sénat avait approuvé en novembre 1995 une déclaration de politique générale sur la réforme de la protection sociale en vertu de l'article 49 alinéa 4 de la Constitution⁵⁶. Il justifie ainsi l'emploi de la question préalable, par le fait que le seul but aurait été de ne pas examiner une nouvelle fois une question qui avait déjà fait l'objet d'un débat. L'argument est évidemment très contestable⁵⁷ et en l'espèce, l'intention des sénateurs ne fait aucun doute. La question préalable a pour but de surmonter les amendements de la minorité et, ainsi, accélérer le débat. Mais, c'est plus dans un souci de soutien au

⁵⁴ Mémoire en réplique du Gouvernement, J.O., 31 décembre 1995, p. 19121.

⁵⁵ Cf. *supra*

⁵⁶ L'article 49 alinéa 4 de la Constitution de 1958 dispose : « Le Premier ministre a la faculté de demander au Sénat l'approbation d'une déclaration de politique générale ».

⁵⁷ J-E. GICQUEL, La lutte contre l'abus du droit d'amendement au Sénat, R.D.P., 1997, p. 1366.

p. 1369 : « approuver un programme au sens de l'article 49-4-C est un élément, approuver le champ d'habilitation des ordonnances en est un autre ; au contraire, dans ce cas, l'examen parlementaire doit être le plus exhaustif possible dans la mesure où la procédure des ordonnances de l'article 38-C provoque ensuite un dessaisissement du Parlement ».

Gouvernement que le Sénat a « décidé de ne pas décider »⁵⁸. Il est ainsi malaisé d'affirmer que la question préalable a été votée dans le seul but de nuire à l'opposition, même si elle avait pour objectif de surmonter son obstruction. Le critère de l'intention de nuire semble par conséquent inopérant.

¶Le critère de la disproportion de l'acte eu égard aux intérêts en présence mérite d'être discuté. Si l'on opère un bilan coûts-avantages de l'action entreprise par la majorité sénatoriale, on ne peut que constater le déséquilibre entre les inconvénients engendrés et le résultat obtenu⁵⁹. La discussion parlementaire s'efface dans le seul but de surmonter une obstruction ce qui paraît assez disproportionné eu égard à l'enjeu. D'aucuns pourront cependant prétendre que « l'usage répété de la question préalable positive n'est pas plus critiquable que celui de la question préalable négative car tous deux portent atteinte au droit d'amendement »⁶⁰. Cette vue est discutable car la question préalable négative a pour fonction de montrer l'opposition au texte. On peut donc mettre en doute les avantages de la question préalable positive par rapport aux dangers, d'un point de vue du débat démocratique, qu'elle est susceptible d'engendrer.

¶Le critère du détournement de la finalité de la question préalable est sans doute le plus stable. Des limites à l'usage de la question préalable ressortent-elle de la finalité de cet instrument et, plus généralement, du texte constitutionnel ?

Les réponses doctrinales semblent avoir évolué. En 1970, Yves Pimont écrivait que la question préalable qui entraîne « la suppression du débat ne vise pas à permettre un vote plus expéditif mais (...) à interdire toute discussion et tout vote »⁶¹. Avec l'apparition dans la pratique parlementaire de la question préalable dite positive, la doctrine va prendre en compte la nouveauté. Ludovic Fondraz dans un article consacré au sujet englobe la fonction primaire du procédé et celle de soutien au Gouvernement par une accélération de la procédure législative⁶². Pour autant, cette évolution ne constitue-t-elle pas un abus des possibilités d'exercice de la question préalable ? La réponse s'avère nuancée en raison des circonstances qui viennent atténuer la qualification de la pratique en 1995.

⁵⁸ Selon l'expression de D. MAUS, Le processus législatif sous la Vème République, notes de cours polycopiées, 1987-1988, p. 74. Cité par L. FONDRAZ, La question préalable au Sénat, R.F.D.C., 1998, p. 71.

⁵⁹ J-E. GICQUEL, La lutte..., op. cit., p. 1372 : Certes, l'opposition a déposé, dans un but dilatoire, des milliers d'amendements mais « les contre-mesures employées s'avèrent quelque peu radicales puisque la discussion parlementaire n'encourt plus le risque d'être dénaturée dans la mesure où elle fut en fait quasiment supprimée. On passe ainsi d'une altération de la discussion parlementaire à son élimination ; le progrès est assez réduit et on peut même, à la limite, considérer que le remède est en pratique plus nocif que le virus ».

⁶⁰ L. FONDRAZ, op. cit., p. 85. Dans le même sens : L. FAVOREU, L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, op. cit., p. 697.

⁶¹ Y. PIMONT, op. cit., p. 355.

⁶² L. FONDRAZ, op. cit., p. 72 : « L'emprise progressive de la logique majoritaire sur les débats de la Haute Assemblée est la source d'une évolution inattendue de la question préalable. En effet, lorsque le Gouvernement est en harmonie politique avec la majorité du Sénat, l'adoption d'une question préalable devient, pour cette majorité, le moyen d'accélérer la procédure législative en rejetant purement et simplement le texte, et d'épargner ainsi au Gouvernement les vicissitudes d'un débat qui s'annonce difficile ».

A juste raison, la question préalable positive a été qualifiée de « 49-3 sénatorial »⁶³ puisqu'elle a les mêmes effets que l'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur un texte de loi devant l'Assemblée nationale à ceci près que les Sénateurs ne disposent pas de la possibilité de déposer une motion de censure pour renverser le Gouvernement. Cependant, force est de remarquer que les constituants n'ont pas souhaité instituer le mécanisme de l'article 49 alinéa 3 devant le Sénat en raison notamment du bicamérisme inégalitaire agencé par la Constitution de 1958. Par conséquent, le droit d'amendement reconnu par une disposition constitutionnelle - contrairement à la question préalable qui détient une valeur règlementaire⁶⁴ - ne peut être méconnu par la majorité sénatoriale. La Constitution a voulu permettre le débat d'idées devant la Chambre de réflexion sans qu'un mécanisme radical vienne y mettre un terme.

En outre, on retient que l'esprit originel de la question préalable est de rejeter un texte pour des motifs d'opportunité ce qui constitue une manifestation de la souveraineté du Parlement. La question préalable n'a donc pas pour vocation initiale de faire accélérer le débat parlementaire (comme l'est par exemple celle de la procédure du vote sans débat⁶⁵). Même si l'article 44 alinéa 3 du règlement du Sénat est silencieux sur les raisons motivant l'adoption de ce mécanisme, on peut déduire de l'esprit de la norme fondamentale que la pratique recensée constitue un détournement des finalités de la question préalable.

Très intéressante est ici l'étude de la décision du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1995⁶⁶. Les juges semblent en effet examiner la conduite des sénateurs de la majorité sous le prisme implicite de l'abus de droit. Ils motivent ainsi leur point de vue :

« Considérant (...) que le texte ainsi adopté a été transmis au Sénat où un **nombre élevé d'amendements, soit plus de 2800**, ont été déposés ; que le lendemain du jour où la discussion générale s'est ouverte, à l'issue d'une réunion de la commission des affaires sociales, le président de ladite commission a déposé, au nom de celle-ci, **une question préalable dans des conditions qui faisaient clairement apparaître que son vote était souhaité non pas pour marquer une opposition de fond au texte, mais pour mettre fin au débat ouvert au Sénat en vue d'accélérer la procédure d'adoption de ce texte par le Parlement** (...) »

Considérant que **le bon déroulement du débat démocratique et, partant, le bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels**, supposent que soit pleinement respecté le droit d'amendement conféré aux parlementaires par l'article 44 de la Constitution, et que, parlementaires comme Gouvernement puissent utiliser sans entrave les procédures mises à leur disposition à ces fins ;

⁶³ J.-E. GICQUEL, *La lutte...*, op. cit., p. 1371.

⁶⁴ Car la question préalable est règlementée dans les règlements d'Assemblée et parce que « les règlements des Assemblées parlementaires n'ont pas valeur constitutionnelle ». Conseil constitutionnel, 22 juillet 1980, n° 80-117 D.C., Protection des matières nucléaires, R.J.C. p. 81.

⁶⁵ Le vote sans débat est prévu aux articles 47 ter à 47 quinquies et 47 septies à 47 nonies du règlement du Sénat.

⁶⁶ C.C. 95-370 D.C. 30 décembre 1995, Rec. p. 269 ; R.J.C. I-650.

Considérant que cette double exigence implique qu'il ne soit pas fait **un usage manifestement excessif de ces droits** ;

Considérant que **dans les conditions où elle est intervenue**, l'adoption de la question n'entache pas d'inconstitutionnalité la loi déferée... »⁶⁷.

Cette décision est riche d'enseignements. On remarque tout d'abord que le Conseil constitutionnel n'invalide pas l'usage fait par le Sénat de la question préalable en raison « des conditions où elle est intervenue ». Néanmoins, il serait faux d'affirmer que le juge ne considère pas la question préalable positive comme abusive⁶⁸. Dans le but d'assurer un bon déroulement du débat démocratique et, conséquemment, un bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels, le juge met en balance le droit d'amendement des sénateurs de l'opposition (qui ont subi le préjudice) et les procédures mises à la disposition des sénateurs de la majorité et du Gouvernement (ici le mécanisme de la question préalable). Or, il considère que le droit d'amendement et la question préalable ne doivent pas être exercés de manière excessive en raison des deux finalités que constituent le bon déroulement du débat démocratique et le bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels (« considérant que cette double exigence implique qu'il ne soit pas fait un usage excessif de ces droits »). C'est ainsi que « l'utilisation de la question préalable positive a été approuvée en 1995, par le Conseil constitutionnel uniquement en raison de « l'usage manifestement excessif du droit d'amendement » constaté au Sénat. Sans cette obstruction, il y a fort à penser que le juge aurait sanctionné la volonté de la majorité sénatoriale d'accélérer de cette façon l'adoption de la loi d'habilitation »⁶⁹.

Ainsi, la présente décision est très intéressante pour notre démonstration car on y décèle une ébauche de la notion d'abus de droit. De façon prétorienne, les Sages affirment que les détenteurs du pouvoir constitutionnel ne doivent pas faire « un usage manifestement excessif » de leurs droits ; or, cette périphrase apparaît fortement renvoyer à la notion d'abus de droit. Si l'excès peut être un critère de la notion (en l'espèce, par exemple, le droit d'amendement a été exercé de façon quantitativement excessive), de manière plus générale, l'abus de droit est parfois défini par l'usage excessif d'un droit. De même, le Conseil constitutionnel enrichit la démonstration en utilisant comme critère de l'abus de droit la notion de détournement des finalités. L'usage excessif (que l'on peut renommer « abusif ») commence lorsque une double exigence (ou finalité) n'est pas respectée par l'utilisateur du droit. Il s'agit du bon déroulement du débat démocratique qui implique le bon fonctionnement des pouvoirs publics. Autrement dit, l'exercice d'un droit ne doit pas franchir les limites internes particularisées par cette double finalité faute de quoi un abus de droit serait établi en raison du détournement des finalités découlant de l'ordre constitutionnel. Par conséquent, le juge « se risque » à établir des limites dans un droit qui formellement n'en possède pas. Une esquisse de l'abus de droit est posé même si on peut regretter que le juge ne l'ait pas sanctionné en raison

⁶⁷ C'est nous qui soulignons.

⁶⁸ En sens inverse : L. FONDRAZ, *op. cit.*, p. 86 : « Depuis cette décision, la question préalable positive paraît solidement implantée dans le champs parlementaire (...) ».

⁶⁹ J-E. GICQUEL, *La lutte...*, *op. cit.*, p. 1369.

de la commission d'un abus de droit d'amendement antérieur⁷⁰. A mots couverts, le Conseil constitutionnel paraît admettre, dans sa décision du 30 décembre 1995, sa future compétence à sanctionner des abus en cas de récidive et en l'absence de faits atténuants.

En résumé, la question préalable positive au Sénat constitue une bonne démonstration de la particularité de l'abus de droit, ici exercé par la majorité contre la minorité parlementaire. Tout démontre que l'abus est susceptible de couvrir cette pratique. Le Conseil constitutionnel n'a pas entendu se risquer à la sanctionner sur ce fondement en raisons de circonstances venant atténuer la qualification, mais il montre des signes d'acceptation de cette notion. L'abus de droit s'avère être une notion opératoire pour particulariser de telles pratiques dans les relations entre la majorité et l'opposition parlementaires.

b) La pratique du droit de dissolution en Allemagne

Une seconde illustration peut être trouvée dans l'usage du droit de dissolution allemand en 1983. Il n'a pas été censuré par la Cour constitutionnelle allemande mais elle utilise la notion dans son raisonnement.

La Loi fondamentale prévoit deux hypothèses de dissolution prononcées par le Président fédéral. Le premier cas, régi par l'article 63 alinéa 4 de la Constitution allemande, est celui dans lequel aucun candidat à la Chancellerie a été élu à la majorité absolue par le Bundestag⁷¹. La seconde hypothèse, réglementée à l'article 68 alinéa 1 de la Loi fondamentale allemande, prévoit la cas où le Chancelier fédéral ne recueille pas la majorité absolue des voix du Bundestag lors du vote sur une question de confiance et demande alors au Président de dissoudre le Bundestag. Ainsi, l'article 68 de la Loi fondamentale énonce que « si une motion de confiance proposée par le Chancelier fédéral n'obtient pas l'approbation de la majorité des membres du Bundestag, le Président fédéral peut, sur proposition du Chancelier fédéral, dissoudre le Bundestag dans les vingt et un jours. Le droit de dissolution s'éteint dès que le Bundestag a élu un autre Chancelier fédéral à la majorité de ses membres. Quarante-huit heures doivent s'écouler entre le dépôt de la motion et le vote ». Ce

⁷⁰ Sur la question, le Professeur Rousseau regrette que « la bonne marche des institutions parlementaires soit une marche au pas gouvernemental, et le Conseil pourrait intervenir, sans doute avec prudence, pour rétablir un meilleur équilibre des pouvoirs dans la fabrication de la loi » in D. ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, op. cit., p. 143.

⁷¹ En vertu de l'article 63 de la Loi fondamentale :

« (1) Le Chancelier fédéral est élu sans débat par le Bundestag sur proposition du Président de la République fédérale.

(2) Est élu le candidat qui obtient la majorité des voix des membres du Bundestag. Le candidat élu doit être nommé par le Président de la République fédérale.

(3) Si le candidat proposé n'est pas élu, le Bundestag peut élire le Chancelier fédéral à la majorité absolue de ses membres dans les quatorze jours qui suivent le scrutin.

(4) Si l'élection ne peut se faire dans ce délai, il est procédé immédiatement à un nouveau tour de scrutin dans lequel est élu le candidat obtenant le plus grand nombre de voix. Si ce candidat obtient la majorité des voix du Bundestag, le Président de la République fédérale doit le nommer dans les sept jours qui suivent l'élection. S'il ne réunit pas cette majorité, le Président de la République fédérale est dans l'obligation de le nommer dans les sept jours ou de dissoudre le Bundestag. »

dernier type de dissolution a fait l'objet de pratiques abusives dans la mesure où il a été employé afin de provoquer des élections anticipées de la chambre des députés⁷². En 1983, pour légitimer et régulariser sa fonction, le Chancelier Helmut Kohl, nouvellement élu suite à une motion de censure constructive décida de se présenter au verdict des électeurs en utilisant l'article 68 de la Loi fondamentale. Le Chancelier a ainsi posé la question de confiance en demandant à ses alliés politiques du Bundestag de ne pas la voter, renversant artificiellement le Gouvernement et provoquant de la sorte une dissolution anticipée de la Chambre. Le débat fut houleux et médiatisé et un vif dialogue entre les hommes politiques s'engagea à propos de la constitutionnalité de la procédure employée⁷³. Le Président de la fédération, M. Carstens, au départ réticent, décida d'exercer son droit de dissolution le 6 janvier 1983. Le Tribunal constitutionnel fédéral, saisi de la constitutionnalité de cet usage rendit un arrêt de conformité le 16 février et de nouvelles élections sont venues renforcer la coalition de droite le 6 mars 1983. Au regard de ces différents éléments, il convient d'examiner la pertinence de la qualification d'abus de droit sur la pratique recensée.

Il ne fait, en premier lieu, aucun doute que le droit de dissolution aux mains du Président constitue une permission d'agir. Il a « simplement la faculté de prononcer la dissolution ; il peut refuser et suggérer, par exemple, que le Bundestag se prononce sur l'élection d'un nouveau Chancelier »⁷⁴. En outre, ce droit a été exercé ici de

⁷² Pour une approche très complète de la question : Ph. LAUVAUX, J. ZILLER, Trente-cinq ans de parlementarisme rationalisé en République fédérale allemande : un Bilan, R.D.P., 1985, p. 1023.

⁷³ Extraits issus de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 16 février 1983. Cité in Ph. LAUVAUX, J. ZILLER, op. cit., p. 1054 : Le Chancelier s'exprima ainsi : « (...) Je sais qu'un débat public s'est élevé à propos des conditions d'application de l'article 68 de la Loi fondamentale ainsi que sur les autres voies permettant une dissolution du Bundestag en cours de législature. Après avoir examinés tous les principaux points de vue, et après des consultations et des discussions avec les présidents des partis et groupes parlementaires représentés au Bundestag, j'en suis arrivé à la conviction que la voie que j'ai choisie est en accord avec la Constitution. (...) Lorsqu'on élève à l'encontre de la voie que j'ai choisie pour des élections anticipées le reproche que la Constitution est manipulée, il s'agit d'un reproche sans le moindre fondement. Depuis mon élection comme Chancelier de la République fédérale d'Allemagne, je vous ai clairement fait connaître mon intention, ainsi qu'à l'opinion publique allemande. J'ai évité tout ce qui pourrait avoir un caractère artificiel ou de manipulation. Le grief de manipulation serait déjà plus justifié si j'avais choisi la voie d'une démission selon l'article 63 de la Loi fondamentale. L'article 63 exige plusieurs scrutins sans résultat avant que ne soit ouverte la voie pour de nouvelles élections. Dans la situation actuelle, personne ne serait convaincu par l'usage d'une telle procédure, en vue de conduire le Président fédéral à dissoudre le Bundestag. J'estime que la voie que j'ai choisie pour la dissolution du Bundestag est convaincante et sans objection du point de vue constitutionnel ». Pour le compte de l'opposition, l'ancien Chancelier Brandt répondit : « Ceci n'est pas, Monsieur le Chancelier fédéral (...) la même situation qu'il y a dix ans (...) Le Gouvernement était alors en situation de « patt » (...). Cette fois, nous avons affaire à une autre situation en ce qui concerne son point de départ (...) La question qui se pose ici (...) est de savoir si vraiment la limitation dans le temps du mandat d'un gouvernement par un accord de coalition et des déclarations de groupes parlementaires le complétant, peut suffire (...) à permettre la dissolution du Bundestag (...) Des motifs politiques pour la limitation d'un mandat gouvernemental dans le temps et son renouvellement par des élections sont aussi imaginables pour d'autres cas dans l'avenir. Or, nous ne pouvons pas vouloir que n'importe quel gouvernement, avec n'importe quelle majorité du moment, puisse choisir lui-même le moment qui lui paraît opportun pour des élections anticipées, au lieu d'accomplir ses tâches dans le délai constitutionnel de quatre ans et de se présenter ensuite aux suffrages des électeurs : c'est là la raison d'être de la règle constitutionnelle »

⁷⁴ M. FROMONT, A. RIEG, Introduction eu droit allemand (République fédérale), t. II, Ed. Cujas, 1984, p. 56.

manière régulière puisque rien n'interdisait au Président fédéral de dissoudre le Bundestag. De prime abord, le Chancelier semble donc « dans son droit ».

¶ Le dommage à l'encontre des électeurs a été le principal argument des auteurs de la saisine de la cour constitutionnelle. Ceux-ci invoquaient, à l'appui de leur recours, l'article 39 alinéa 1 de la Loi fondamentale qui fixe à quatre ans la durée du mandat des députés et, par déduction, la violation, par les pouvoirs publics, du choix souverain des électeurs lors de leur vote⁷⁵.

¶ Le critère intentionnel doit être, à juste raison, approfondi. Celui-ci a été invoqué par le Président fédéral dans une allocution radio-télévisée pour justifier sa décision de dissoudre. Le Chef de l'Etat allemand a ainsi affirmé : « (...) je veux établir clairement que je n'aurais pas dissous le Bundestag si j'avais été persuadé qu'une majorité parlementaire cherchait ainsi à se procurer une position avantageuse aux élections au détriment des intérêts de la minorité. (...) Le choix de la date ne semblait pas pouvoir alors, pas plus qu'aujourd'hui, être dicté par des considérations de tactique électorale⁷⁶. Le tribunal de Karlsruhe vient confirmer le postulat présidentiel en énonçant que « la question de savoir si la décision du Chancelier fédéral était déterminée par d'autres raisons n'est pas pertinente. L'article 68 de la Loi fondamentale n'exige aucunement, à côté de conditions formelles et matérielles de la dissolution, une condition négative supplémentaire, qui serait l'absence d'autres buts, lesquels pris séparément ne pourraient être admis par la Constitution comme motifs d'une dissolution ⁷⁷. En conséquence, on se rend compte qu'il est bien difficile d'affirmer l'existence d'un abus de droit en raison de l'intention de nuire malaisée à prouver.

¶ Les finalités de l'article 68 peuvent être discutées.

En premier lieu, les finalités de l'article 68 sont parfaitement exposées par le juge constitutionnel allemand qui rappelle dans sa décision que « le Chancelier fédéral qui recherche la dissolution du Bundestag conformément à la procédure de l'article 68 de la Loi fondamentale ne doit pouvoir engager celle-ci que dans le cas où il n'a plus la garantie politique de pouvoir continuer à gouverner. Les rapports de force politiques au Bundestag doivent limiter ou paralyser ses possibilités d'action à un point tel qu'il ne soit plus en mesure de poursuivre une politique soutenue par la confiance de la majorité. Il s'agit là d'un critère matériel non écrit de la situation visée à l'article 68, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale. Une interprétation de l'article 68 tendant à autoriser un Chancelier fédéral dont la majorité au Bundestag ne fait pas de doute, à se faire refuser la confiance au moment paraissant opportun, dans le but de faire dissoudre le Bundestag, ne serait pas conforme à cet article. De même, la difficulté particulière des tâches à résoudre durant une législature en cours ne

V. aussi : R. ARNOLD, L'élection et les compétences du Président fédéral allemand, R.D.P., 1995, p. 303.

⁷⁵ Cet argument peut être contesté car la dissolution provoquée redonnait la parole aux électeurs mais ce fait n'invalide cependant pas les principes selon lesquels les élections doivent avoir lieu à intervalles réguliers et connus par avance et que l'on ne doit pas remettre en cause le vote des électeurs.

⁷⁶ Extrait issu de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 16 février 1983. Cité in Ph. LAUVAUX, J. ZILLER, op. cit., p. 1055.

⁷⁷ Ibid., p. 1056.

permet pas non plus la dissolution »⁷⁸. Au regard de ce rappel des finalités intrinsèques de l'article 68, le Tribunal constitutionnel aurait pu conclure à l'invalidité de la pratique mais il a préféré confirmer les arguments du Président⁷⁹ et, partant, du Chancelier selon lesquels il ne disposait plus d'une majorité au Bundestag. En effet, le juge constitutionnel admet du bout des lèvres la version gouvernementale quand il affirme qu'« il est plausible que le Chancelier ait eu le sentiment (...) qu'une politique soutenue par une majorité durable au Bundestag n'était plus raisonnablement possible (...) » mais refusant, en quelque sorte une forme de contrôle d'opportunité, il énonce que si « cette appréciation peut être mise en doute ou même rejetée dans le cadre du débat politique (...) on ne peut toutefois la contester sur le plan de la règle constitutionnelle ». En fin de compte, le juge avalise l'argument du Chancelier et refuse de constater que les députés de la coalition n'ont pas voté la confiance au Gouvernement dans le simple but de provoquer des élections anticipées. En bref, il semble assez surprenant que le tribunal constitutionnel ait refusé de constater le détournement des finalités intrinsèques de l'article 68 en raison du refus artificiel de la question de confiance par la majorité soutenant le Chancelier en place.

En second lieu, la cour rejette le critère du détournement des finalités voulues par le Constituant. Paradoxalement, tout en affirmant qu'« il est aisé de déduire de la genèse de l'article 68 de la Loi fondamentale que le Constituant a tenté d'établir par cette disposition des limitations à la dissolution anticipée du Bundestag » et que le rédacteur de la Constitution a voulu édifier « une disposition qui, par son contenu particulier, par la participation du Chancelier fédéral, du Président fédéral et du Bundestag, avec des influences réciproques et les obligations de contrôle qui en découlent, garantisse une certaine sécurité contre les abus », le tribunal constate que les travaux préparatoires ne montrent pas que « le Constituant entendait réserver la possibilité d'une dissolution par la voie de l'article 68 de la Loi fondamentale au seul Chancelier minoritaire ».

Dès lors, la décision du juge constitutionnel peut paraître à bien des égards assez surprenante et parfois équivoque. A l'instar de Michel Fromont, on peut soutenir que les juges « ont manqué d'audace en matière de fonctionnement des pouvoirs publics »⁸⁰ car, tout en interprétant la Constitution de manière favorable à la qualification de l'abus de droit, ils n'ont pas voulu invalider l'action

⁷⁸ Ibid., p. 1057.

⁷⁹ Dans son intervention radio-télévisée le Président affirmait : « Les objections relatives à la procédure suivie ne me semblent pas pertinentes. En premier lieu, le Président de la fédération ne peut pas déterminer les raisons pour lesquelles chaque député a refusé la confiance au Chancelier fédéral. Je m'en tiens au raison qui ont été exposées publiquement. Selon celles-ci, les partis de la coalition n'ont donné, dès le début au nouveau gouvernement, qu'un mandat limité dans son objet et dans le temps. Ils ont affirmé qu'ils voulaient tout d'abord adopter le budget et quelques lois s'y rattachant, puis provoquer des élections anticipées. (...) Le porte-parole du groupe F.D.P. a déclaré que le capital de confiance accordé pour la réalisation du programme établi ensemble était désormais épuisé. Lors des entretiens que nous avons eus il y a deux jours, les partis de la coalition m'ont confirmé expressément leur position. Ce sont des faits que je ne peux pas négliger. J'ai la conviction qu'il n'existe plus de majorité parlementaire capable de soutenir un gouvernement. »

⁸⁰ M. FROMONT, Le parlementarisme allemand de 1981 à 1983 : crise et mutation, R.D.P., 1983, p. 958.

gouvernementale⁸¹. Pour Mary Lovik, le tribunal constitutionnel fédéral n'a pas souhaité ternir la crédibilité des plus hauts organes gouvernementaux⁸² ce qu'aurait indubitablement provoqué, aux yeux de l'opinion publique, la qualification d'abus de droit. En résumé, on remarque que la notion d'abus du droit de dissolution peut être mise à l'index. Parce que la confiance est rejetée artificiellement par la majorité des membres du Bundestag et parce que le droit de dissolution est exercé en vue de provoquer des élections plus précoces (et non pour résoudre une crise institutionnelle), les limites internes de l'article 68 de la loi fondamentale ont été dépassées. Le Président de la fédération aurait dû refuser son exercice dans ces circonstances précises et indiquer que seule la voie de la révision de la Loi fondamentale était possible.

Par conséquent, il nous semble que l'abus de droit peut constituer une bonne technique de résolution d'une controverse. Ces deux exemples montrent que les éléments de la notion ont été repris par le juge constitutionnel qui utilisera, par ailleurs, à l'appui de sa recherche, les techniques de contrôle telles que la recherche de l'intérêt général⁸³ ou la proportionnalité⁸⁴... L'abus de droit peut, sans conteste, constituer un moyen d'invalidation utilisé par le juge de la Constitution au même titre, par exemple, que le détournement de procédure, défini autrement, ou le détournement de pouvoir.

L'abus de droit est également un outil interprétatif de la controverse constitutionnelle.

B. Un outil interprétatif de la controverse constitutionnelle

Notion contestée, l'abus de droit est un outil aux mains du juge ou de la doctrine pour interpréter une conduite controversée du droit constitutionnel. En ce sens, il est un principe d'autocorrection du droit qui nous paraît réconcilier les principaux arguments apparaissant lors d'une controverse.

Selon Philippe Durand, « l'abus de droit présente des affinités avec la bête du Gévaudan : il existe puisque des gens dignes de foi l'ont rencontré mais, en dépit de ces témoignages sérieux, il demeure difficile d'avoir une idée exacte sur ce à quoi il ressemble précisément »⁸⁵. La théorie de l'abus de droit a elle-même fait l'objet de multiples controverses car elle condamne une action essentiellement sur le fondement de son illégitimité⁸⁶. Dans cette perspective, il existe à côté de la

⁸¹ En ce sens : D.P. KOMMERS, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Duke University Press, Durham and London, 1989, p. 129.

⁸² M. LOVIK, The Constitutional Court Reviews the Early Dissolution of the West German Parliament, *Hastings International and Comparative Law Review*, 1983, p. 116.

⁸³ G. MERLAND, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, L.G.D.J., 2004.

⁸⁴ V. GOESSEL-LE BIHAN, Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, R.F.D.C., 1997, p. 227.

⁸⁵ P. DURAND, L'abus de droit : bête du Gévaudan ou Frankenstein ?, *Rev. Adm.*, n° 334, juillet 2003, p. 378.

⁸⁶ En ce sens : F. OST, Droit et intérêt, vol. 2, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 1990, p. 141.

Constitution et de la jurisprudence d'autres sources du droit que les interprètes sont amenés à révéler sur la base de règles essentiellement préexistantes. La reconnaissance de l'abus dépendra donc des présupposés méthodologiques de son observateur. Par exemple, pour le positivisme normativiste, la conduite abusive ne peut être réprimandée sans fondement normatif. C'est en ce sens que « le positivisme pour qui la maxime « tout ce qui n'est pas interdit est permis » est intrinsèquement liée à la définition même du droit et assure la complétude du système juridique (...)»⁸⁷. En outre, une certaine jurisprudence semble prendre en considération la notion en droit constitutionnel. La théorie de l'abus de droit a été construite sur une base essentiellement jurisprudentielle. Le droit de propriété, que le Code civil présentait comme absolu, s'est vu limité sur des fondements très lointains d'une règle valide. La cour d'appel de Colmar dans son arrêt du 2 mai 1855 consacrait, pour ainsi dire, une forme de réalisme juridique lié au droit naturel : « les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui »⁸⁸. L'effectivité⁸⁹ de l'abus en droit constitutionnel semble dès lors pouvoir être prise en compte dans la mesure où les juges utilisent la notion dans leur raisonnement⁹⁰. Ainsi, « La règle ne constitue plus une justification de la décision dans la mesure où elle ne s'impose pas a priori au décideur, tout au plus représentera-t-elle une prédiction de la future décision... Ce n'est plus la décision qui dérive de la règle, mais celle-ci de celle-là »⁹¹.

De plus, l'analyse sera complétée par des considérations qui peuvent tirer avantage des raisonnements du droit naturel. Les règles fondamentales telles que la bonne foi, l'équité, les principes juridiques fondamentaux, la coutume, l'usage social, l'égalité, la liberté, la morale... tiennent une place particulière. C'est aussi très souvent à l'idée de justice, perçue sous ses deux aspects commutative et distributive qu'il sera fait référence⁹². Dès lors et comme l'explique Husson, « prétendre qu'on abuse d'un droit, c'est simplement prétendre qu'un acte, en lui-même conforme au droit de l'individu qui l'accomplit, est, dans les circonstances où il est accompli, en désaccord avec la règle sociale prise dans son ensemble (...). C'est tout simplement reconnaître que le même acte concret se trouve être conforme au Droit sous un aspect et contraire

⁸⁷ O. CAYLA, Le coup d'Etat de droit ?, Le débat, mai-août 1998, p. 108.

⁸⁸ C.A. Comar, 2 mai 1855, Dalloz, 1856.2.9. Cité in S. MORACCHINI-ZEINDENBERG, op. cit., p. 102.

⁸⁹ C. MINCKE, Effets, effectivité, efficience et efficacité en droit : le pôle réaliste de l'effectivité, R.I.E.J., 1990, p. 126.

⁹⁰ M. TROPER, Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique, Revue internationale de philosophie, 1981, p. 520.

⁹¹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 377.

⁹² X. DIJON, Droit naturel. Les questions du droit, t. 1, P.U.F., 1998, p. 420 : « (...) la catégorie de l'abus accompagne celle du droit, non pas pour sanctionner les atteintes portées soit à la justice commutative (...), soit à la justice sociale (...), mais pour s'introduire à l'intérieur du droit lui-même (« abus de droit ») afin d'y corriger le déséquilibre dont avait bénéficié une forme de justice au détriment de l'autre. (...) En réalité, les deux sortes de justice s'occupent et de l'équilibre et (donc) des plateaux. (...) la dualité de leurs « faces » appelle elle-même un équilibre plus fondamental, sanctionné par la dénonciation de l'abus. Car finalement la justice implique, par sa définition même, l'unicité de sa balance ».

sous un autre, qu'il est conforme à un droit, abstraitement défini, mais contraire à un autre droit, abstraitement défini aussi, dont les exigences le condamnent »⁹³.

L'abus de droit semble réconcilier les arguments généralement rencontrés lors d'une controverse pour les dépasser au moyen d'une notion qui se veut plus juridique que politique. Il est un principe interprétatif pour prendre part à la controverse aux moyens de critères généralement rencontrés lors de celle-ci⁹⁴.

A cet égard, l'abus de droit constitue un principe au sens de Dworkin c'est-à-dire « un standard qu'il faut appliquer, non pas parce qu'il assurera la survenue ou la protection d'une situation économique, politique ou sociale jugée désirable, mais parce qu'il est une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale »⁹⁵. Il constitue un instrument souple laissant au juge et au « controversiste » une grande marge de souplesse permettant d'équilibrer équité et sécurité juridique. Il est à ce titre un moyen de sanction ou de critique subsidiaire dans les « cas difficiles » de controverses portant sur l'exercice d'une permission.

En outre, il a déjà été montré que la controverse est inhérente au droit en raison de l'indétermination des énoncés juridiques⁹⁶. Mais, peut-être plus qu'ailleurs, le droit de la Constitution se prête à interprétation et à débat à cause des dispositions souvent vagues et concises du texte constitutionnel. En réalité la controverse portera le plus souvent sur ce qu'il est possible de nommer une lacune de la Constitution. La lacune est « une absence de proposition normative au sein d'un système normatif. Concept de genre, l'absence d'une proposition normative désigne l'état d'un système normatif qui ne contient pas de proposition définissant le statut déontique d'un cas déterminé par certaines propriétés »⁹⁷. Ici, la permission accordée à un titulaire peut être considérée comme incomplète ou défailante et les interprètes authentiques ou scientifiques du droit vont venir combler la lacune généralement au moyen d'une controverse.

Nous avons vu que, paradoxalement, l'abus de droit vient sanctionner une conduite qui, *prima facie*, est permise mais qui, finalement et toutes choses considérées, s'avère prohibée. Une certaine restriction dans l'application de la règle de permission est déterminée par le principe qui constitue la portée justificative de cette même règle⁹⁸. Autrement dit, l'acte ne va pas à l'encontre de la règle sur lequel il se fonde mais du principe qui sous-tend cette règle ou à d'autres principes du système. Les critères de l'abus de droit ont ainsi une fonction de régulation de la conduite. En ce sens la

⁹³ L. HUSSON, Etudes sur la pensée juridique. Les transformations de la responsabilité, P.U.F., Paris, 1947, p. 244.

⁹⁴ Il a été écrit que la controverse est ouverte à différentes interprétations. Par exemple, les méthodes sémiotique, systémique, génétique et fonctionnelle dégagées par Michel Troper pour caractériser les arguments rencontrés lors de la controverse sur la signature des ordonnances font elles-mêmes appel à des principes.

⁹⁵ R. DWORKIN, Prendre les droits au sérieux, P.U.F., 1995, p. 80. Cité par M.-C. STECKEL, Les moyens de la controverse constitutionnelle, op. cit.

⁹⁶ Cf. rapport de l'atelier « les nouvelles controverses constitutionnelles », Vème congrès français de droit constitutionnel, Toulouse, 6, 7 et 8 juin 2002.

⁹⁷ Ph. GERARD, Droit, égalité et idéologie, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 1981, p. 177.

⁹⁸ Sur la question : M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, Illicitos atipicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley et la desviacion del poder, Trotta, Madrid, 2000, p. 59.

technique de l'abus constitue un mécanisme d'autocorrection du droit car elle vient combler les lacunes pour lesquelles le droit positif n'est pas en mesure d'apporter de réponses.

Conclusion :

Philippe Jestaz affirmait que « la controverse existe toujours : il en ira ainsi par nature même, tant qu'il y aura des juristes »⁹⁹. Nous espérons au terme de cette étude ne pas susciter trop de controverses et avoir montré que la théorie de l'abus de droit peut s'immiscer dans certains débats du droit constitutionnel. Si l'abus de droit était pour Josserand « une théorie vivante et mouvante d'une très grande plasticité, un instrument de progrès, un procédé d'adaptation du droit aux besoins sociaux »¹⁰⁰, elle constitue, de notre point de vue, un outil utile à la doctrine et aux juges, protagonistes de la controverse constitutionnelle.

⁹⁹ Ph. JESTAZ, *Déclin de la doctrine*, Droits, n° 20, 1994, p. 91.

¹⁰⁰ L. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 336.