



HAL
open science

Regard sceptique sur la nécessité d'élire le chef de l'Etat

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Regard sceptique sur la nécessité d'élire le chef de l'Etat. La puissance de l'élection présidentielle, May 2012, Rennes, France. pp.187-200. halshs-00761115

HAL Id: halshs-00761115

<https://shs.hal.science/halshs-00761115>

Submitted on 30 Mar 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

«Regard sceptique sur la nécessité d'élire le chef de l'Etat»,

Pierre Brunet

Univ. Paris Ouest,

Directeur l'UMR CNRS 7074, Centre de Théorie et Analyse du Droit

Membre de l'IUF

in A.-M. Le Pourhiet (dir.), *La désignation du chef de l'Etat. Regards croisés dans le temps et l'espace*, Fondation Varenne, coll. Colloques & Essais, 2012, p. 187-200.

Si tout le monde semble aujourd'hui d'accord pour dire que l'élection du président de la République au suffrage universel ne sera jamais remise en cause, il n'est toutefois pas interdit de s'interroger sur les raisons d'une telle élection. Celles généralement invoquées sont conceptuelles et historiques.

Par « raisons conceptuelles », je veux désigner ces raisons propres au système de « monarchie républicaine » qu'imaginait De Gaulle et dont on trouve des traces bien avant 1962¹. Ce sont ces raisons qui nous permettent de comprendre que, si l'élection du Président au suffrage universel ne figure pas dans la version initiale du texte de la Constitution de 1958, l'idée en était déjà présente. Ce sont les circonstances liées à l'Union française qui ont conduit à différer sa mise en place².

Les raisons historiques sont liées à l'héritage de De Gaulle lui-même. On explique bien souvent l'avènement de l'élection au suffrage universel direct comme un moyen pour De

¹ « L'esprit de la constitution nouvelle consiste, tout en conservant 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'État élu par la nation, en soit la source et le détenteur » (De Gaulle, Conférence de presse, 1964, in *Discours et messages*, t. IV, Plon, 1970, p. 164). Cette idée est déjà ancienne chez De Gaulle : « A vrai dire, la constitution de 1875 proclame que le Président de la République est le chef du pouvoir exécutif (...) mais nos mœurs, nos traditions politiques (...), en ont fait (...) un personnage représentatif. Il semble bien du reste qu'il n'a pas été autre chose durant cette guerre », (Conférence devant ses camarades prisonniers (1917), in *Lettres notes et carnets*, p. 473) ; et Allocution prononcée devant les comités professionnels du RPF, le 31 août 1948, in *Lettres notes et carnets*, p. 307 : il parle d'un « régime dans lequel le peuple aura institué au-dessus de tout, en toute matière, et notamment en matière sociale et économique, un arbitrage qu'il aura lui-même institué en désignant le chef de l'État, qui, lui, aura la charge, la mission le devoir d'arbitrer au nom du peuple, par dessus tous les intérêts, dans toutes matières, quitte bien entendu à réserver au peuple le jugement en dernier ressort, quand il sera nécessaire de lui demander de trancher ». Ce que, comme cela a été noté maintes fois, Blum avait parfaitement compris après le Discours de Bayeux dans lequel, pourtant, De Gaulle gardait le silence sur ce point, v. « Démocratie ou Monocratie », *Le Populaire*, in *Œuvres de Léon Blum*, 1945-1947, p. 218.

² J.-M. Denquin, *La genèse de la Ve République*, PUF, coll. "Politique d'aujourd'hui", 1988.

Gaule de conférer à ses successeurs une légitimité que l'Histoire ne leur aurait pas donnée et de garantir la durée des institutions de la Cinquième République³.

Si on s'en tenait à ces raisons, l'élection présidentielle apparaîtrait finalement fort peu ou fort mal justifiée. D'une part, les circonstances historiques de pérennisation de la Cinquième République ont bien changé. D'autre part, la conception du pouvoir selon De Gaulle a très largement vécu. On pourrait enfin ajouter que sa conception de l'élection est elle aussi passablement datée. Il voyait cette dernière comme une forme de communion mystique de laquelle devait émerger la figure d'un chef au-dessus de la masse des intérêts corporatistes et des partis qui les incarnent. Or, au risque de le faire se retourner dans sa tombe, force est de reconnaître que là encore les temps ont changé, que l'homme de la Nation élu de la Nation est aujourd'hui d'abord l'homme d'un parti et, pourrait-on ajouter, élu par défaut par une majorité qui s'ignore. On objectera sans difficultés que cette élection continue de passionner les foules, que les électeurs y participent avec ferveur et qu'aucun parti ne rechigne plus à y investir candidats capitaux. L'objection est aussi fondée que pertinente mais la médaille a son revers : bien que ce soit encore au Parlement que s'élabore une politique et que se fasse la loi (même si cette dernière a perdu de sa superbe pour d'autres raisons), cette élection présidentielle a fait passer au second plan les élections législatives dont les électeurs se détournent régulièrement et a nourri un fort sentiment de subordination chez les députés de ce que l'on appelle la « majorité présidentielle ». Sans doute la réforme dite du quinquennat a-t-elle contribué à renforcer cet état de fait. Mais on se fourvoierait en imaginant qu'elle est la cause de cette absence d'équilibre entre Parlement et Président que soulignaient déjà les plus fins observateurs à l'issue de la réforme de 1962⁴.

On serait donc tenté de conclure que cette élection présidentielle est la source de cette puissance dont semble jouir le Président, en ce qu'elle lui confère une légitimité que d'aucuns pourraient juger écrasante. Il est d'ailleurs frappant de constater combien De Gaulle, et ses successeurs ont pu, *a posteriori*, donner raison aux adversaires de l'élection présidentielle qui,

³ C'est ce que contenait le message de De Gaulle au Parlement lu, le 2 octobre 1962, par les président Jacques Chaban-Delmas et Gaston Monnerville : « Il s'agit maintenant de faire en sorte que nos institutions demeurent. C'est dire que, dans l'avenir et à travers les hommes qui passent, l'État doit continuer d'avoir à sa tête un garant effectif du destin de la France et de celui de la République. Or, un tel rôle implique, ici comme ailleurs, pour celui qui doit le tenir, la confiance directe et explicite de l'ensemble des citoyens. Quand sera achevé mon septennat ou s'il advenait que je ne sois plus en mesure de m'acquitter de ma fonction, je suis convaincu que l'investiture populaire sera nécessaire pour donner, quoi qu'il arrive, à ceux qui me succéderont la possibilité et l'obligation de porter la charge suprême, quel qu'en puisse être le poids », reprod. in O. Gohin, *Droit constitutionnel*, Paris, LexisNexis, 2010, p. 736-737.

⁴ v. G. Vedel, « Vers le régime présidentiel ? », *RFSP*, 14e année, n°1, 1964. pp. 20-32.

à la Constituante de 1848, prédisaient que le conflit de légitimités tournerait inévitablement à l'avantage du Président élu⁵ ? C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle semblaient parvenir certains constitutionnalistes une fois adopté ce mode de désignation⁶.

Pourtant, cette thèse – c'est l'élection qui fait la puissance du Président – est battue en brèche par une autre, aujourd'hui largement répandue au sein de la doctrine constitutionnaliste, qui cherche à mettre au jour une nécessité de cette élection eu égard au rôle que joue le Président dans la Constitution actuelle et à la place qu'il y occupe. Selon cette thèse, en effet, la « puissance » du Président ne serait nullement le résultat de son élection au suffrage universel mais c'est l'inverse qui serait vrai : la nature de ses fonctions appellerait un tel mode de désignation, mieux, elle rendrait son élection nécessaire.

Cette seconde thèse est séduisante car elle semble identifier une causalité, un déterminisme qui, loin de s'en tenir aux apparences, serait lié au système constitutionnel lui-même. Cette thèse est encore séduisante en ce qu'elle s'appuie sur des exemples étrangers pour montrer que, même élu au suffrage universel direct, un Président n'est pas nécessairement dominateur. Mais résiste-t-elle à l'examen et renverse-t-elle vraiment la thèse contre laquelle est elle construite ? C'est ce qu'on se propose de vérifier. Pour ce faire, on doit d'abord tenter de clarifier certains termes employés, puis on s'intéressera à l'usage des exemples étrangers.

I. Le pouvoir du Président et son exercice

⁵ Voy. Félix Pyat, *Moniteur*, 6 octobre 1848, p. 2723 : « Un président nommé au suffrage universel direct aura une force immense et presque irrésistible. Une telle élection est un sacre autrement divin que l'huile de Reims et le sang de Saint-Louis... Le président enfin pourra dire à l'Assemblée : "je suis plus que chacun de vous, autant et plus que vous tous... Chacun de vous n'a été élu que par la majorité relative, et moi à la majorité absolue ; vous n'êtes en fait que les neuf centièmes du peuple, je suis à moi seul le peuple entier... je vaudrais à moi seul plus que toute l'Assemblée ; je représente mieux le peuple, je suis plus souverain que vous." ». Ou encore Parieu, *ibid.*, p. 2725 : « Si vous avez un président nommé par la grande majorité des suffrages de la nation..., je crois que, par aucun moyen, si vous lui avez donné cette relation directe, filiale en quelque sorte avec le pays, dans ces conditions-là, vous ne pourrez lui dire avec commandement : Ton mandat est fini... vous ne pourrez annuler l'influence de ce chef... vous arriverez à ce qu'il domine la représentation elle-même ».

⁶ Ainsi, par exemple, Maurice Duverger expliquait : « En démocratie, la souveraineté – c'est-à-dire, le pouvoir de décision suprême – appartient au peuple. Plus on émane directement de lui, plus on a d'autorité » (*Le Monde*, 30 nov. 1965, cité par P. Avril, 1967, p. 411, note 84). Cela étant, Pierre Avril lui-même inscrivait la même idée dans un raisonnement causal : « L'origine d'un pouvoir *détermine nécessairement* sa situation dans la hiérarchie juridique et elle affecte par conséquent l'autorité qui s'attache à ses actes. C'est en vertu de ce principe que fut élaborée la théorie de la supériorité de la loi formelle, et l'on n'est certes pas infidèle à cette inspiration en affirmant que l'élection au suffrage universel du Président de la République fait de lui le chef réel de l'exécutif. Dès lors, il convient d'adopter un principe d'interprétation inverse de celui qui avait dominé les lois de 1875 : les dispositions intéressant le chef de l'État doivent être entendues au sens fort et non plus symboliquement puisque celui-ci tire son autorité directement du peuple » (*Le régime politique de la V^e République*, Paris, LGDJ, 1967, p. 411). Je souligne.

La thèse selon laquelle l'élection du Président serait la conséquence et non la cause de sa puissance est énoncée sous diverses formes. Certains lui confèrent une portée générale voyant dans le cas du Président de la Cinquième République l'illustration d'une règle de technique constitutionnelle⁷, d'autres en limitent la portée au seul cas de la Cinquième République⁸. De même, on se borne parfois à évoquer la puissance du président, ou bien on souligne sa qualité de représentant, ou encore sa double qualité ou son double rôle de chef de l'État et de chef du gouvernement.

La première difficulté que l'on rencontre est donc d'ordre linguistique et conceptuel. Le langage de ce que l'on peut appeler la science du droit constitutionnel se confond souvent avec le discours politique lui-même de sorte qu'on ne saisit pas toujours très bien ce dont on parle. La seconde concerne le mode par lequel on peut saisir l'exercice du pouvoir du Président.

1. Quel « pouvoir » ?

Si la thèse consiste à dire que « le mode de désignation est la conséquence du pouvoir à exercer », encore faut-il précisément identifier ce « pouvoir » qui rendrait nécessaire l'élection du Président ? Or, les partisans de cette thèse ne précisent guère ce qu'ils entendent par « pouvoir ». Ce dernier consiste-t-il dans le droit de dissolution ? Le recours à l'article 16 ? La nomination et révocation du Premier ministre ? Le Président exerce-t-il du pouvoir parce qu'il nomme aux emplois publics ? Parce qu'il signe des traités ? Parce qu'il peut refuser de signer les ordonnances ? Parce qu'il est irresponsable politiquement ? Parce qu'il promulgue la loi ? Parce qu'il a le pouvoir d'appeler le peuple à se prononcer sur une révision

⁷ « L'élection au suffrage universel direct n'est pas une source de légitimité en soi, elle le devient seulement parce qu'elle s'applique à des fonctions dont la nature exige que leurs titulaires soient ainsi désignés. Ce n'est pas parce que le Président de la V^e est élu au suffrage universel direct qu'il joue le rôle que l'on sait, mais c'est parce qu'il joue ce rôle qu'il est élu au suffrage universel (...) Le mode de désignation est la conséquence du pouvoir à exercer, il n'en est pas la cause, et cela est démontré *a contrario* par le fait que les présidents autrichiens ou irlandais ont beau être élus au suffrage universel, leur fonction constitutionnelle n'en reste pas moins effacée. » (P. Avril, *Commentaire*, 1994, n°66, p. 473). Et sous une autre autre forme : « ce n'est pas l'élection qui fait le représentant, c'est la qualité de représentant conférée par la Constitution, qui appelle l'élection en régime de souveraineté nationale » (P. Avril, « Le Président de la République, représentant de la Nation », *Mélanges Loïc Philipp*, 2005, réimp. in P. Avril, *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Préf. A. le Divellec, Ed. Panthéon-Assas, 2010, p. 301, note 39) ; et aussi : « Un mode de désignation n'est retenu ou choisi qu'en fonction du pouvoir qu'il s'agit d'exercer. Il n'en est pas la cause » (Philippe Lauvaux, « Propositions méthodologiques pour la classification des régimes », *Droits*, 2000, p. 112).

⁸ « La révision constitutionnelle de 1962 consacre plus qu'elle n'inaugure cette figure d'un Président tout-puissant, véritable chef de l'exécutif » (Bastien François, *Misère de la V^e*, O. Jacob, 2001, p. 91) ; « ce n'est pas le mode d'élection qui a fait la puissance présidentielle, mais il apparaît au contraire que c'est bien la puissance présidentielle qui a fait le mode d'élection » (G. Carcassonne, *La Constitution*, Seuil, 2000, p. 55. ; éd. 2009, p. 58).

de la Constitution ? Parce qu'il préside le Conseil des Ministres ? Parce qu'il dispose de toutes ces compétences à la fois et de bien d'autres encore ? Parce qu'il est un représentant ? Nul ne le sait précisément. Et nul ne peut le savoir d'ailleurs. Aucun des termes utilisés (« puissance », « représentation », « rôle »...) ne renvoie à une compétence précise ni même à plusieurs.

Et inversement, lorsque son rôle est précisé – représentant, chef de l'État ou de gouvernement voire, chef de l'État et chef de gouvernement, par exemple – on ne comprend pas toujours quelles compétences permettent de lui faire jouer ce rôle et justifieraient que cette qualité lui soit reconnue. À moins que l'on tienne la qualité de représentant ou encore celle de chef de l'État ou/et de chef de gouvernement pour un « pouvoir ». Mais on se heurte alors à une autre difficulté conceptuelle. La représentation politique ne consiste pas en un pouvoir ou une compétence. Un organe n'est pas un représentant par lui-même, s'il l'est, c'est parce qu'il dispose d'une compétence (ou de plusieurs) qui ne peut être justifiée que parce qu'il agit au nom d'un autre et, en droit constitutionnel, au nom d'une entité fictive que l'on appelle la nation ou le peuple⁹. On peut en dire autant de la qualité de chef de l'État ou de chef de gouvernement : quand bien même une constitution attribuerait ce titre à un organe, ce titre n'est pas une compétence en soi mais la justification constitutionnelle d'une compétence.

Autrement dit, la « puissance » du président ou son « rôle » ou même sa qualité de « représentant » sont analysés de façon synthétique : on regroupe, implicitement, sous un même concept, plusieurs fonctions ou compétences. Il n'est pas non plus exclu que l'on ajoute à ces dernières des appréciations moins explicitement juridiques et plus nettement politiques comme lorsqu'on parle de « pouvoir ».

Cela ne veut pas dire que la « puissance » du président se confonde nécessairement avec ce qu'il est convenu d'appeler, depuis l'expérience Sarkozy, son « hyper-puissance » pour désigner par là cette situation dans laquelle le Président semble avoir absorbé la fonction du Premier Ministre¹⁰. Et d'ailleurs, cette « hyper puissance » n'a rien à voir avec le mode de

⁹ Je me permets de renvoyer à P. Brunet, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris-Bruxelles-Rouen, LGDJ-Bruylant-Presses Universitaires de Rouen, 2004, p. 315 s.

¹⁰ « La pratique de l'exécutif depuis l'entrée en fonction du Président de la République marque une inflexion, sans doute une rupture, une mutation qui vient de ce que j'appelle l'"omni-présidence". Et lorsqu'il ne s'exprime pas – cela peut lui arriver – ce n'est pas vous qui intervenez, monsieur le Premier ministre, c'est le secrétaire général de l'Élysée qui annonce le calendrier. Ce sont des conseillers présidentiels qui donnent le contenu des réformes. Au point que, sans vous faire offense, la question se pose de savoir quelle est exactement la tâche qui vous revient », François Hollande, AN, séance du mardi 3 juillet 2007 (discours prononcé à l'Assemblée nationale en réponse à la déclaration de politique générale du Premier ministre), <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2006-2007-extra/20071001.asp>. (consulté le 29 juin 2012).

désignation lui-même et la thèse que l'on examine ne revient pas à dire que l'élection est rendue nécessaire par la faculté du Président à absorber la fonction du Premier ministre ou à cumuler la Présidence avec une telle fonction.

Cela nous permet cependant de constater que le concept de puissance ou celui de pouvoir sont loin d'être juridiquement définis, alors que la thèse défendue – c'est la puissance (ou le pouvoir) qui justifie l'élection et non l'inverse – se veut une thèse juridique ou du moins à « connotation juridique » : d'une part, elle est principalement soutenue par des constitutionnalistes ou dans le cadre d'analyses de droit constitutionnel ; d'autre part, elle laisse clairement entendre que ce n'est pas l'élection (les faits) mais la constitution (le droit) qui détermine la puissance du président et donc le choix de son mode de désignation.

Cette absence de définition conduit d'ailleurs à affaiblir l'inversion des causalités à laquelle prétend la thèse examinée. En effet, lorsque hier comme aujourd'hui, que ce soit pour le déplorer, s'en féliciter ou le constater, on affirme que l'élection au suffrage universel confère au Président une autorité, un pouvoir, une puissance..., on le fait sans viser une prérogative constitutionnelle spécifique. Le concept de « pouvoir » ou d'« autorité » reste donc assez vague parce que l'appréciation est largement politique. Cela ne signifie pas du tout que la thèse soit plus convaincante. Simplement, la puissance des uns n'est pas celle des autres et souligner ce point permet de comprendre que la thèse selon laquelle « c'est la puissance qui fait l'élection » n'est pas réellement l'inverse de la thèse selon laquelle « l'élection fait la puissance » : les deux thèses ne portant pas sur le même objet, elle ne peuvent donc pas se contredire.

En outre, on procède à cette synthèse en se fondant sur une pratique des pouvoirs présidentiels qui est très largement dépendante de certaines périodes cruciales. Ainsi, on ne peut exclure que la pratique de la cohabitation soit apparue comme révélatrice de la puissance présidentielle car c'est précisément en se fondant sur son origine élective, ce lien direct avec le peuple, qu'une telle pratique a pu être justifiée. Sans cette élection, il eut été bien délicat à François Mitterrand ou Jacques Chirac de prétendre se maintenir au pouvoir. De même, et inversement, c'est peu de temps après la réforme de 1962 que l'élection a pu apparaître à certains comme la cause de la puissance présidentielle¹¹. L'anachronisme est donc, dans les deux cas, aussi évident qu'inévitable. Si le rôle que l'on prête ou attribue au Président est d'être le chef de l'exécutif avant d'être le chef de l'État, il faut reconnaître qu'il ne le joue que

¹¹ Le changement d'opinion ou d'analyse de Pierre Avril semble à cet égard assez symptomatique.

depuis 1962 voire un peu après. De même, si l'on veut dire qu'il est élu *parce qu'il est un représentant* en vertu des pouvoirs que lui confère la constitution (et non qu'il est un représentant parce qu'il a été élu par le peuple), il faudrait alors identifier quels pouvoirs, fonctions, compétences, permettraient, dès 1958, de le qualifier de représentant. Or, rien n'est jamais précisé et il semble bel et bien que cette thèse – les pouvoirs du Président appellent son élection – ne soit apparue qu'après cette même élection.

Enfin, il y a encore une ultime difficulté : la thèse est-elle généralisable ou universalisable ? Peut-on considérer que, dans tous les cas, le choix du mode de désignation est fonction du pouvoir qu'il s'agit d'exercer ? Comment expliquer, eu égard à la puissance que devaient exercer les juges, que l'on ait choisi de les faire élire en 1791 ? Peut-on expliquer, par la nature de ses fonctions, l'élection du Président de la République en 1848 ? Est-ce parce que le mode de désignation est fonction du pouvoir qu'il s'agit d'exercer que, dans la plupart des systèmes politiques, les juges constitutionnels sont majoritairement choisis par des organes politiques et jamais élus par le peuple ? Il semble bien difficile de répondre à ces questions par la seule affirmation que la puissance, le pouvoir, la fonction – les termes sont ici synonymes – détermine(nt) le mode de désignation de celui qui l'exerce.

2. Quel « exercice » ?

Par ailleurs, en admettant que l'on se fonde sur la nature des pouvoirs attribués par la Constitution ou du pouvoir qu'il s'agit d'exercer, comment appréhender l'exercice de ce pouvoir ? Doit-on se reporter au texte de la Constitution en adoptant une conception statique de cette dernière, en examinant les pouvoirs *in vitro* ?

C'est ce que l'on fait lorsque, par exemple, on justifie l'élection du président par la qualité de représentant que la Constitution lui confère. Toutefois, comme on ne peut se fonder sur une disposition formelle du texte car aucune ne le désigne expressément comme représentant, on doit inférer cette qualité des diverses attributions qui lui sont reconnues au titre II, parmi lesquelles figure notamment le pouvoir reconnu à l'article 5 qui en fait le garant de l'indépendance nationale et de la continuité de l'État, de sorte qu'il répondrait tant de la France que de la République¹². Mais le concept de représentation que l'on utilise pour conclure que ces dispositions font du Président un représentant n'est pas le même que celui avec lequel on décrirait, par exemple, que les députés sont les représentants de la nation.

¹² P. Avril, « Le Président de la République, représentant de la Nation », *art. cit.* qui cite alors Charles de Gaulle, *Discours et messages*, t. IV, Plon, p. 21.

L'argument ne permet finalement guère de justifier l'élection du Président : il existe de nombreux chefs d'État qui servent de représentant à leur État et qui, pour autant, ne sont pas élus directement par le peuple. Mieux, on pourrait presque se fonder sur ces exemples, ou sur les dispositions de la Constitution, pour considérer que le Président ne doit surtout pas être élu afin de ne pas confondre sa fonction de représentant iconique avec celle des représentants censés vouloir politiquement et juridiquement pour la Nation¹³. Enfin, l'argument selon lequel le Président est un représentant en vertu de l'article 5 est contredit par un autre au terme duquel, en dépit de l'importance des prérogatives reconnues au Président, aucune ne lui confère un pouvoir de vouloir tel qu'il puisse être réputé détenir ou posséder une qualité de représentant du souverain : l'article 52 ne peut être détaché de l'article 53 lequel rattache à la loi tous les traités importants ; des pouvoirs prétendument « propres » de l'article 19, on fera remarquer que ceux qui sont effectivement utilisés (8 al. 1, 11, 12, 54 et 56) ne donnent en réalité au Président qu'un pouvoir de « solliciter un autre pouvoir » et donc de décider qui aura le pouvoir de vouloir (mais jamais lui)¹⁴ ; quant à l'article 5, il permet de justifier l'impartialité du Président mais ne permet en aucun cas de voir, à travers la mission de régulation des pouvoirs publics qu'il lui attribue, le peuple dans l'exercice de sa souveraineté...

Par ailleurs, le risque d'une description de la Constitution *in vitro* est de décrire un texte et non une pratique, des significations « sur le papier » et non des actions. Or, la thèse examinée semble bel et bien vouloir mettre au jour une vérité des institutions, une nécessité s'imposant aux constituants et non seulement une intention.

Afin d'éviter de s'exposer au risque d'une description d'un texte détaché de ses usages, on pourrait se fonder sur la réalité de la constitution, en adoptant une conception dynamique qui s'attacherait au pouvoir réellement exercé par les organes constitutionnels, à la Constitution *in vivo* ? On considèrera alors que ce sont les pouvoirs réellement exercés ou les pouvoirs

¹³ C'est en un sens l'argument de Félix Moreau en 1901 qui écarte toute élection populaire du Président au motif qu'il est nécessairement représentatif en vertu de sa fonction politique – celle d'incarner l'unité de la nation. Et parce qu'il est censé exercer cette fonction, il ne doit pas être élu par le peuple, car s'il était élu, il ne pourrait se résigner au « rôle discret » d'arbitre : « Représentatif, il l'est presque trop. Quelle figure feront les Chambres, élues membre à membre par des groupes restreints d'électeurs, en face du président acclamé par la voix unique et formidable du peuple entier ? Qu'arrivera-t-il s'il n'est pas d'accord avec elles ? Comment choisir entre deux organes de la représentation, ou plutôt comment ne pas choisir celui que la nation entière a élu ? Pense-t-on à la ressource d'une dissolution ? Mais comment laisser aux mains du Président une arme aussi terrible ? Comment espérer qu'il s'en serve avec l'impartialité nécessaire ? Comment concevoir que la nation se déjuge en lui donnant tort ? Et quelle situation si elle lui donne tort ? Tout cela est évidemment trop dangereux. » (« Régime parlementaire et principe représentatif », *RPP*, 1901, p. 340), v. aussi, du même, *Pour le régime parlementaire*, Paris, A. Fontemoing, 1903, p. 111 s.

¹⁴ v. G. Carcassonne, *La Constitution*, *op. cit.*, §133.

réellement attribués par la constitution qui justifient le choix d'un mode de désignation plutôt qu'un autre. Mais on se heurtera à une nouvelle difficulté : comment savoir à l'avance que telle compétence confère une puissance telle qu'elle justifie une élection ? En effet, sauf à imaginer que les dispositions constitutionnelles ont un sens clair, littéral, accessible, immuable, bref, que ce sont des mécanismes qui se mettent en œuvre indépendamment de la personnalité de ceux qui les utilisent et des situations concrètes qu'ils peuvent rencontrer, il est bien difficile de raisonner a priori et d'affirmer à l'avance que telle compétence justifie telle mode de désignation. Autrement dit, si elle veut effectivement être réaliste, la thèse doit adopter le présupposé fort peu réaliste que le pouvoir réellement exercé est (ou sera) identique au pouvoir textuellement attribué, qu'il sera exercé comme la Constitution le dit ou, mieux encore qu'il suffit à une Constitution d'attribuer une compétence, un pouvoir, une fonction, pour que son titulaire l'exerce, en quelque sorte, mécaniquement.

On pourrait enfin être tenté de récuser cette alternative (la constitution comme texte ou comme pratique) au nom d'une autre conception de la constitution – et du droit en général – selon laquelle toute pratique constitutionnelle qui s'éloigne des règles posées ne mérite pas d'être prise en compte en ce qu'elle n'est plus conforme à la Constitution. Cela ne servirait cependant guère mieux la thèse selon laquelle l'élection est le résultat du pouvoir conféré et non sa cause et ce serait introduire un profond changement dans la modalité du discours qu'adopte cette première thèse, laquelle semble bel et bien se situer sur un terrain descriptif. Ce n'est au demeurant pas le moindre de ses attraits que de prétendre renverser une sorte de causalité apparente, de faire fond sur un ensemble de connaissances présumées – une expertise – pour montrer combien les apparences sont souvent trompeuses.

Sa force de séduction lui vient en outre de ce que cette thèse s'appuie sur des expériences étrangères qui permettraient d'en vérifier le bien fondé.

Examinons maintenant d'un peu plus près les éléments de comparaison avancés.

II. Pertinence des exemples étrangers ?

Sont généralement invoqués le cas de l'Autriche, de la Finlande, de l'Irlande et du Portugal. On pourrait aussi ajouter l'Islande. Autant de situations où l'élu du suffrage universel ne semble pas répondre à l'idée que l'on se fait d'un Président puissant.

On serait tout d'abord tenté de voir, dans la convocation des exemples étrangers, une contradiction de la thèse initiale : si l'élection est la conséquence de pouvoirs importants, on pourrait s'attendre à ce que des présidents élus jouent tous un rôle de premier plan. Cette

contradiction n'est cependant qu'apparente. Ces exemples servent à montrer qu'un président peut être élu sans que son élection ne lui confère une puissance particulière¹⁵. Ils viennent donc conforter la thèse selon laquelle « l'élection ne fait pas la puissance ». Soit. Mais on ne nous dit pas pour autant pourquoi, dans ces systèmes, le Président est élu ni à quelle nécessité répond son élection. Assurément, ces situations méritent examen.

On peut ainsi distinguer le cas de l'Islande dont la Constitution attribue le pouvoir législatif « conjointement » au Président et au Parlement¹⁶, le premier disposant du pouvoir de dissoudre le second¹⁷ mais aussi de soumettre des projets de loi¹⁸ et d'empêcher une loi¹⁹.

Dans ces conditions, l'élection du Président n'est pas la répétition ou l'imitation symbolique d'une onction divine ou d'un héritage dynastique. Elle est le seul moyen disponible pour désigner les deux composantes de l'organe législatif dans un système démocratique où la souveraineté appartient au peuple. Si le Président est une portion de l'organe législatif, il peut paraître « logique » de le faire élire par le peuple comme on le fait habituellement pour l'assemblée législative et on ne voit pas bien quel autre mode de désignation pourrait être retenu. On serait tenté de voir là l'existence d'une contrainte institutionnelle forte.

En revanche, que ce soit en Autriche ou en Finlande, on peut douter que le Président y soit pensé comme un organe « puissant » ou que son élection soit elle-même justifiée par la « nature » des pouvoirs qui lui sont conférés. Dans ces deux cas, le Président dispose certes du pouvoir de sanctionner la loi²⁰ ou de dissoudre le Parlement²¹. Mais en réalité le Président a

¹⁵ « Le mode de désignation est la conséquence du pouvoir à exercer, il n'en est pas la cause, et cela est démontré *a contrario* par le fait que les présidents autrichiens ou irlandais ont beau être élus au suffrage universel, leur fonction constitutionnelle n'en reste pas moins effacée », P. Avril, *Commentaire, art. cit.*

¹⁶ Const. de l'Islande, Article 2 : « Althingi and the President of Iceland jointly exercise legislative power [L'Althing et le Président de l'Islande exercent conjointement le pouvoir législatif] ». Je cite d'après la version disponible de la Constitution telle qu'elle figure sur le site officiel. Je n'ai pas réussi à me procurer la version de juillet 2011. Si mon propos n'est donc peut-être plus actuel, il n'est pas pour autant erroné mais purement historique.

¹⁷ Const. de l'Islande, art. 24.

¹⁸ Const. de l'Islande, art. 25.

¹⁹ Const. de l'Islande, art. 26.

²⁰ Const. de Finlande, art. 77 - Sanction de la loi : Une loi adoptée par le Parlement doit être sanctionnée par le Président de la République. Le Président de la République doit prendre sa décision sur la sanction dans les trois mois qui suivent l'envoi de la loi au Président de la République pour sanction de sa part. Le Président de la République peut demander à la Cour suprême ou à la Cour administrative suprême un avis sur la loi. Une loi n'ayant pas obtenu la sanction du Président de la République est renvoyée pour examen au Parlement. *La loi entre en vigueur, même sans sanction, si le Parlement l'adopte une nouvelle fois sans changements sur le fond. Si la loi n'est pas adoptée une nouvelle fois par le Parlement, elle est considérée comme non avenue.* Je souligne.

²¹ Const. de l'Autriche, art. 29

toujours été pensé d'abord et avant tout comme un chef d'État aux compétences modestes²² et non comme un chef de gouvernement ni comme un colégislateur. C'est en effet ce qui explique qu'en Autriche, le Président est susceptible d'être destitué par référendum, sur demande de l'Assemblée fédérale²³ et qu'il ne puisse agir que dans le cadre limité que lui ouvre le gouvernement²⁴, ou qu'en Finlande, il ne dispose nullement du pouvoir de participer à la formation du gouvernement²⁵. Dans ces cas, l'élection n'est nullement la contrepartie d'une participation à la fonction législative mais elle est le substitut sécularisé d'une onction divine ou d'un sacre mystique. Elle répond non à une nécessité institutionnelle mais une nécessité symbolique et il y a fort à parier qu'on pourrait s'en passer sans mettre en péril l'équilibre des institutions.

Inversement, on peut sérieusement douter que, même élu, le chef de l'État puisse se prévaloir de son élection pour réclamer une extension de ses pouvoirs ou tenter de jouer un rôle plus important que celui qu'on lui reconnaît initialement.

Reste le cas du Portugal qui semble à tout point de vue confirmer la thèse examinée : le Président y est doté de pouvoirs aussi nombreux que politiquement puissants²⁶ et pourtant on sait que sa fonction est celle d'un modérateur, d'un pouvoir aussi neutre que possible. Mais justement, le Portugal fait figure d'exception : le chef de l'État avait toutes les raisons de devenir un chef de l'exécutif à la française et il le serait assurément devenu si les partis politiques n'avaient pas réussi à s'entendre pour neutraliser la portée de son élection au suffrage universel et si cette élection n'avait pas été initialement pensée comme « non

²² v. J. Husa, *Nordic Reflections on Constitutional Law. A comparative Nordic perspective*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002 ; H. Schäffer, « Il modello di governo austriaco », in S. Gambino (a cura di), *Democrazia e forme di governo*, Maggioli, Rimini, 1997, p. 168 ; F. Koja, « La posizione giuridica e politica del Presidente della Repubblica federale austriaca », in L. Pegoraro (a cura di), *Glossario di diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, p. 75 ; E. Ferioli, « La “funzione di governo” nelle revisioni costituzionali degli ordinamenti europei », *Percorsi costituzionali*, 2/3.2011, p. 111.

²³ Const Autriche. Art. 60 (6) Avant l'expiration de son mandat, le président fédéral peut être destitué par référendum. Le référendum aura lieu sur demande de l'Assemblée fédérale. Le chancelier fédéral convoque l'Assemblée fédérale à cette fin si le Conseil national a voté une telle demande. Ce vote du Conseil national requiert la présence d'au moins la moitié de ses membres et une majorité des deux tiers des suffrages exprimés. Une telle décision du Conseil national empêche le président de poursuivre l'exercice de ses fonctions. Le refus de la destitution par référendum équivaut à une réélection et entraîne la dissolution du Conseil national (paragraphe 1 de l'article 29). Dans ce cas aussi, la durée totale du mandat du président fédéral ne pourra excéder douze ans.

²⁴ Const. Autriche, Article 67 (1) : Sauf disposition contraire de la Constitution, tous les actes du président fédéral s'accomplissent sur proposition du gouvernement fédéral ou d'un ministre fédéral habilité à cette fin par le gouvernement fédéral. La loi stipule dans quelle mesure le gouvernement fédéral ou le ministre fédéral compétent est lui-même lié par des propositions d'autres organes.

²⁵ Const. Finlande, Article 61 - Formation du gouvernement : Le Parlement élit le Premier ministre, qui est nommé par le Président de la République pour cette fonction. Les autres ministres sont nommés par le Président de la République, sur proposition de la personne élue Premier ministre.

²⁶ V. Const. du Portugal, art. 133 à 136.

politique » ou devant ne pas acquérir de signification politique²⁷. On peut donc certes tenter d'expliquer son élection par l'importance de ses compétences ou la nature de ses fonctions telles qu'elles avaient été pensées initialement. Mais y verra-t-on une contrainte institutionnelle ? Certainement pas. On mesure combien, dans une telle configuration, l'élection détermine de façon décisive l'interprétation que les acteurs peuvent faire des compétences attribuées par le texte de la Constitution. En l'espèce, la volonté des partis – couronnée de succès – de neutraliser la portée de cette élection pour affaiblir la fonction présidentielle démontre *a contrario* l'importance que peut jouer une élection au suffrage universel lorsqu'elle sert à désigner un organe doté de telles compétences.

Autrement dit, cette rapide comparaison des situations permet de comprendre qu'il y a des cas où l'élection du président résulte d'une contrainte institutionnelle – l'Islande par exemple –, d'autres dans lesquels elle est un substitut à une forme de désignation monarchique, d'onction ou de sacre et d'autres, enfin, où elle a vocation à conférer à celui qui sera élu une légitimité puissante susceptible de justifier l'exercice de compétences elles-mêmes politiquement déterminantes.

En définitive, dire que le mode de désignation d'un organe dépend de la nature des pouvoirs qui lui sont confiés par la Constitution est moins faux que peu instructif. Pour revenir au cas français, il est certain que ce n'est pas l'élection du Président qui lui a conféré les pouvoirs prévus par la Constitution. Mais il n'est pas non plus douteux que l'élection au suffrage universel lui confère un pouvoir considérable en ce qu'elle lui permet de confondre ou de cumuler le rôle de chef d'État et de chef de gouvernement, sans que sa responsabilité politique ne puisse jamais être mise en cause par le Parlement, ou encore de se fonder sur cette élection pour se réclamer d'une légitimité politique supérieure à celle des députés en se présentant comme l'élu de la Nation quand les députés ne seraient que les élus de leur circonscription. Reste que ce pouvoir n'est pas inscrit en tant que tel dans la Constitution, il est même à peine descriptible comme tel à partir de ses dispositions. Il ne résulte pas non plus de cette seule élection au suffrage universel mais de la signification que les partis politiques

²⁷ L'affaire est connue : lors de la première élection de 1976, les partis de gauche ont refusé de présenter un candidat et ils s'étaient entendus avec ceux de droite pour faire du président un pur modérateur. Le Général Ramalho Eanes est élu Président de la République (27 juin 1976). La gauche gagne les législatives et le président se trouve contraint d'appeler Mário Soares pour former le gouvernement. Certes, ce même président a tenté de sortir du rôle de pur modérateur mais il n'a jamais réussi et, une fois élu Président en 1986, Soares a définitivement scellé les choses (notamment en renonçant à utiliser le veto). V. aussi D. Rousseau, « La primauté présidentielle dans le nouveau régime politique portugais : mythe ou réalité ? », *RDP*, n°5, 1980, p. 1330 s. ; R. Garnier, *Un modèle européen de démocratie : le cas portugais*, Paris, LGDJ, 2005 et la contribution d'Oscar Ferreira, « L'élection au suffrage direct du Président au Portugal : renforcer et contenir le pouvoir modérateur en République (1911-2011) » dans ce volume.

lui ont conféré, laquelle n'est pas tout à fait indépendante de la conception de l'élection présidentielle que craignaient les républicains de 1848 et que De Gaulle a très largement consacrée.

En effet, en France, l'élection présidentielle a toujours été pensée comme une élection concurrente de l'élection législative, servant à désigner un représentant susceptible d'incarner l'unité nationale et la volonté générale à la place du Parlement. C'est que, au contraire de ce qui se passait sous Weimar où il était admis que « le Reichstag représentait la pluralité des intérêts et des confusions politiques tandis que le Reichspräsident incarnait l'unité de l'Empire de l'État et de la Nation »²⁸, nous vivons aussi, en dépit de l'élection présidentielle, et pour des raisons historiques difficilement surmontables, avec l'idée que le Parlement représente l'unité de la Nation. Autrement dit, contrairement aux intentions de De Gaulle peut-être, l'élection présidentielle, combinée à la rationalisation du parlementarisme, a certes fortement atténué la prépondérance du Parlement mais il paraît douteux qu'elle ait réussi à faire de ce dernier un organe de représentation des intérêts de la société. De sorte que, depuis la réforme de 1962, la question de la qualité de représentant (de la Nation) du Président fait figure d'épine dans le pied des constitutionnalistes. Il paraît difficile de ne pas céder aux apparences, voire au discours officiel, qui veut que le Président représente la France, à l'étranger notamment. Mais dans le même temps, on peut difficilement renoncer à voir le Parlement comme un représentant pour la bonne raison que c'est lui, et lui seul, qui fait les lois. Dans une République unitaire, centralisée, et fondée sur une solide expérience monarchique, la figure d'un chef d'État représentant de la Nation pourrait sembler plus que nécessaire. Mais on ne peut oublier que cette République n'est sortie de la monarchie que par une Révolution qui a coupé quelques têtes et, si l'on peut se permettre, tranché dans le vif plusieurs questions elles aussi épineuses.

En définitive, la thèse selon laquelle c'est le pouvoir ou la compétence qui détermine le mode de désignation (et non l'inverse) ressemble fort à ce que l'on appelle en anglais « a rule of thumb » et qui n'a en réalité rien d'une règle. Derrière son apparence descriptive, cette « règle » dissimule un conseil, une recommandation, une prescription ; elle n'a d'autre autorité que celle que l'on veut bien reconnaître à celui qui l'énonce ; elle peut à peine se réclamer de l'expérience pour démontrer quoi que ce soit. Elle conduit inévitablement à se

²⁸ v. J. Schulze, « La position du Président du Reich dans l'Allemagne de Weimar », *Mélanges Duverger*, PUF, 1987, p. 437-443, ici p. 439 ; v. aussi la contribution de Jacky Hummel, « Les figures weimariennes d'un "monarque parlementaire élu". Sur la désignation populaire du Président du Reich (1919-1933) ».

poser la question non plus de la nécessité institutionnelle de cette élection mais des avantages politiques qu'on en tire ou en attend et des coûts qu'elle peut induire. C'est une autre affaire²⁹.

²⁹ On se permet de renvoyer à P. Brunet et A. Le Pillouer, « Pour en finir avec l'élection présidentielle », *La Vie des Idées*, 4 oct. 2011 disponible à l'adresse : <http://www.laviedesidees.fr/Pour-en-finir-avec-l-election>.