



HAL
open science

La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse

Michel Troper

► **To cite this version:**

Michel Troper. La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse. Pouvoirs - Revue française d'études constitutionnelles et politiques, 1987, 41, pp.75-91. halshs-03281100

HAL Id: halshs-03281100

<https://shs.hal.science/halshs-03281100v1>

Submitted on 7 Jul 2021

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.

MICHEL TROPER

La signature des ordonnances

Fonctions d'une controverse

Pendant les semaines et les mois qui ont suivi le changement de majorité, le débat général, engagé bien avant les élections sur la possibilité, l'opportunité ou les conditions constitutionnelles d'une cohabitation, s'est porté sur une question très précise et en apparence très technique, mais dont l'enjeu politique était assez important pour susciter l'intérêt d'un très vaste public : le Président de la République est-il tenu de signer les ordonnances prises par le Gouvernement en exécution d'une loi d'habilitation de l'article 38 ou peut-il au contraire refuser sa signature ?

Il est inutile de rappeler ici les conditions dans lesquelles le Gouvernement a été amené à recourir à cette procédure, comme d'ailleurs de souligner l'enjeu politique de la controverse. Il ne saurait davantage être question, maintenant que plusieurs mois se sont écoulés, de la rouvrir, de choisir l'une des solutions ou d'en proposer une nouvelle. En revanche, il n'est peut-être pas sans intérêt pour ce qu'on pourrait appeler la sociologie constitutionnelle, comme pour la méthodologie du droit constitutionnel — c'est-à-dire de la science du droit constitutionnel — d'examiner non pas la question posée, mais la controverse elle-même.

Si l'on porte sur elle un regard naïf, on ne peut manquer d'être surpris par quelques-uns de ses caractères : bien que les principaux protagonistes fussent à un titre ou à un autre des spécialistes du droit constitutionnel, ils se sont exprimés le plus souvent dans la presse politique, quotidiens ou hebdomadaires, et très rarement dans les revues spécialisées, mais sans renoncer pour autant à leur langage de

spécialistes. Ceci indique bien sûr que cette presse non spécialisée avait une claire conscience de l'enjeu, mais laisse subsister une interrogation sur la véritable fonction de la controverse.

Cela signifie en tout cas qu'il est impossible de délimiter de manière très rigoureuse le corpus et qu'on ne peut prétendre se livrer à une analyse véritablement exhaustive. On devra donc convenir de se borner à quelques articles, publiés entre mars et juillet 1986, dont on admettra, toujours par convention, qu'ils constituent un échantillon représentatif quant aux caractères qu'on se propose d'examiner ici : les modes d'argumentation qu'ils emploient, les présupposés sur lesquels ils se fondent.

I. — LES MODES D'ARGUMENTATION

Dans l'ensemble, c'est d'une argumentation à forme juridique qu'il s'agit. On trouve bien entendu des arguments de type moral — M. Mitterrand ne devrait pas avoir une « lecture présidentiale » de la Constitution, puisque, lorsqu'il était dans l'opposition, il critiquait les comportements qui découlaient d'une telle lecture — ou simplement politique — il aurait tort de s'opposer aux ordonnances, puisque leur contenu est bon —, mais la plupart des juristes évitent de les invoquer et on conviendra ici de les négliger, de même qu'on n'envisagera pas les opinions de politique juridique, celles par lesquelles on suggère par exemple que le Président et le Premier ministre négocient une solution et s'entendent, qu'un référendum soit organisé ou que la Constitution soit révisée sur tel ou tel point.

On se limitera donc aux arguments juridiques, ceux qu'emploient les auteurs pour s'efforcer de montrer qu'il existe actuellement une norme constitutionnelle en vigueur, applicable à cette matière et faute de pouvoir les énumérer, on se bornera aux principaux types. La norme, dont on affirme l'existence, a, comme il est naturel, un contenu très différent selon les auteurs et à cet égard plusieurs thèses sont concevables :

a / Le Président a l'obligation de signer toutes les ordonnances délibérées en conseil des ministres.

b / Il est libre d'accorder ou de refuser à son gré sa signature.

c / Il y a des cas dans lesquels le Président a l'obligation de refuser sa signature, d'autres dans lesquels il a l'obligation de l'accorder (selon par exemple que l'ordonnance est contraire ou conforme à la Constitution).

d / Il y a des cas dans lesquels le Président a l'obligation d'accorder sa signature, d'autres dans lesquels il est libre de l'accorder ou de la refuser. On peut envisager par exemple de distinguer selon qu'on se trouve ou non dans le « domaine réservé ».

e / Il y a des cas dans lesquels le Président a l'obligation de refuser sa signature, par exemple si l'ordonnance est contraire à la Constitution ; d'autres dans lesquels (par exemple si elle est conforme à la Constitution) il reste libre de l'accorder ou de la refuser pour des raisons d'opportunité.

Parmi ces possibilités, seule *e* / ne trouve, parmi les juristes qui participent au débat, aucun partisan déclaré.

Mais, quelle que soit la norme, dont on affirme l'existence, nul ne peut prétendre qu'elle est clairement énoncée par le texte constitutionnel — si elle l'était, la controverse n'aurait pas d'objet. Aussi, les auteurs doivent-ils chercher à l'établir par l'interprétation. C'est donc principalement, sur les méthodes d'interprétation que doit porter l'examen (1). Bien entendu, il s'agira ici de méthodes d'interprétation *lato sensu* ou principes de la méthode générale d'interprétation, qui ne doivent pas être confondus avec les simples procédés comme le raisonnement par analogie ou *a contrario* (2). On peut distinguer les interprétations sémiotique, génétique, systémique et fonctionnelle (3). Ces méthodes ne sont pas toutes employées dans ce débat.

1 / L'interprétation sémiotique est fondée sur le langage dans lequel est exprimé le texte même ou le fragment de texte à interpréter. La plupart des commentateurs invoquent ainsi, au moins pour les écarter, des arguments tirés de la forme grammaticale de l'article 13.1 : « Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres. »

Pour les uns, le verbe à l'indicatif présent signifie que le Président de la République est investi du pouvoir de signer et par voie de

(1) Principalement, parce qu'il faudrait envisager aussi une question, qui ne relève pas de l'interprétation à proprement parler, celle qui concerne la manière dont la norme constitutionnelle pourrait être exprimée et sanctionnée. Pourtant, comme les auteurs l'abordent rarement, on l'examinera plutôt dans les développements consacrés aux présupposés.

(2) Ce qui veut dire qu'on peut retrouver les divers procédés parmi les diverses méthodes d'interprétation, ainsi le raisonnement par analogie aussi bien parmi les arguments sémiotiques que parmi les arguments systémiques.

(3) Cette distinction est largement inspirée de J. Wroblewski, cf. notamment sur ces questions, *Meaning and truth in judicial decision*, Hensinki, Juridica, 1979.

conséquence de ne pas signer (4) ; on présuppose à l'évidence que la signification de la phrase dépend de la forme grammaticale dans le langage ordinaire, car dans le langage ordinaire, le présent de l'indicatif n'est pas habituellement employé pour énoncer un impératif.

Pour les autres, au contraire, dans le langage juridique, le présent de l'indicatif a valeur d'impératif et en cas de conflit entre le sens du langage ordinaire et celui du langage technique, c'est, comme l'enseigne la doctrine civiliste, ce dernier qui l'emporte. L'article 13 signifie alors que le Président doit signer les ordonnances (5).

Cependant, cette idée est en général prise plus au sérieux par les journalistes et les hommes politiques que par les professeurs de droit, qui estiment le plus souvent soit qu'elle conduit à des conséquences absurdes (6), soit que « les arguments de rédaction sont rarement déterminants » (7), soit même, en s'appuyant sur l'interprétation donnée par le général de Gaulle de l'article 29, à l'indicatif lui aussi, que « l'indicatif ne vaut nullement obligation » (8).

2 / L'interprétation génétique repose sur une connaissance de la volonté réelle de l'auteur du texte. On suppose que cette volonté a été mal exprimée dans le texte même, ambigu ou vague et qu'on peut la connaître à travers les travaux préparatoires. Les spécialistes du droit privé y sont en général hostiles, surtout lorsque la loi à interpréter est ancienne et que le législateur historique n'a guère pu exprimer sa volonté sur une question qu'il ignorait. Il n'en va pas de même en droit public et en droit constitutionnel, les arguments tirés de travaux préparatoires ne sont en général nullement absents du débat.

Pourtant, dans ce cas précis, la plupart des articles étudiés ne se réfèrent pas à ces travaux, sans doute parce qu'il est impossible d'y découvrir la moindre indication d'une volonté du constituant. Cela n'a d'ailleurs rien d'étonnant et on peut penser que s'il avait seulement envisagé la question, il n'aurait pas manqué de choisir une formulation dépourvue d'ambiguïté. Les rares auteurs qui s'y rap-

(4) Maurice Duverger, interrogé par l'AFP, cité par B. Pecquerie, *Le Matin*, 11 avril 1986.

(5) Jacques Larché, *Le Monde*, 29 mars ; Olivier Pignon, *Le Figaro* du 11 avril, citant M. Duverger, dans son livre *Echec au roi*, de 1978.

(6) Ainsi, Olivier Duhamel note que l'article 49.2 est lui aussi rédigé au présent de l'indicatif, et qu'il faudrait comprendre que l'Assemblée nationale doit mettre en cause la responsabilité du Gouvernement, dans *Le Monde* du 12 avril.

(7) Yves Gaudemet, *Le Monde*, 18 avril.

(8) Jacques Rohert, *Le Monde*, 18 avril.

portent écartent donc l'idée d'interpréter le silence du constituant (9).

L'interprétation génétique doit alors s'appuyer sur une tradition antérieure à 1958 : la III^e et la IV^e République connaissaient des techniques analogues à celle des ordonnances et le Président de la République ne disposait évidemment d'aucun droit de veto sur les décrets-lois ou les décrets d'application des lois-cadres. Or, l'article 38 ne fait que reproduire ces techniques. La même solution s'impose donc : le Président de la V^e République n'a aucun droit de veto sur les ordonnances (10). Cependant, les auteurs ne s'attardent pas sur ce type d'arguments, qui repose sur l'idée implicite et difficile à soutenir, surtout pour des auteurs proches des thèses gaullistes, que les pouvoirs du Président de la V^e doivent s'apprécier par analogie avec ceux de la III^e et de la IV^e.

3 / L'interprétation systémique prend en considération d'autres dispositions de la Constitution. On suppose qu'elle forme un tout cohérent et complet et que ses dispositions s'éclairent les unes par les autres. C'est là que s'exercent les arguments du genre *a contrario*, *a fortiori* ou par analogie.

a / On met d'abord en relation l'article 13 avec l'article 10 (*le Président de la République promulgue la loi dans les quinze jours qui suivent la transmission du Gouvernement de la loi définitivement adoptée*) pour faire valoir deux séries d'arguments en sens inverse :

Pour les uns, si le Président a l'obligation et non une simple faculté de promulguer la loi, c'est parce que l'article 10 fixe un délai. *A contrario*, puisque l'article 13 ne fixe aucun délai, c'est qu'il n'impose au Président aucune obligation (11).

Pour les autres, qui entendent raisonner par analogie, les ordonnances interviennent dans des matières législatives et auront d'ailleurs après leur ratification valeur législative. Il faut donc considérer que la signature des ordonnances est un acte de même nature que la promulgation des lois, une simple formalité (12).

Ou encore, les ordonnances sont prises en application d'une loi

(9) Léo Hamon, *La Croix*, 23 avril : « Le silence des travaux préparatoires... pourrait faire penser que la question n'a pas été discutée à l'époque et l'on en déduira que l'article 13 institue pour le Président de la République une prérogative formelle, le Président "signe" comme il "nomme les fonctionnaires", "reçoit les ambassadeurs", etc. Il faut cependant replacer la question dans le cadre général de la Constitution. »

(10) Jean-Richard Sulzer, *Le Figaro*, 22 avril.

(11) M. Duverger, *Le Monde*, 22 mars.

(12) Valéry Giscard d'Estaing cité notamment par Bertrand Pecquerie, dans *Le Matin*, 11 avril.

d'habilitation. Refuser de les signer serait empêcher l'application d'une loi. « Ce serait la naissance d'un véritable droit de veto législatif à l'américaine » (13).

A quoi d'autres encore répondent que même si l'on accepte l'analogie entre la signature des ordonnances et la promulgation des lois, on ne saurait en conclure qu'elles sont soumises à un même régime, car on est ici en présence d'une procédure législative particulière, dérogatoire à la procédure habituelle. Dans le cas habituel, le Président doit promulguer parce qu'il se borne à constater la volonté parlementaire. S'il a un doute sur la constitutionnalité de la loi, il peut saisir le Conseil constitutionnel. Au contraire, les ordonnances ne peuvent être déférées au Conseil constitutionnel entre la délibération du conseil des ministres et la signature. Seul le Président est donc en mesure d'exercer un contrôle de constitutionnalité (14).

b / On met aussi l'article 13 en relation avec l'article 21 et on tire argument cette fois de leur nature réglementaire.

Pour les uns, les ordonnances sont des actes d'exécution de la loi d'habilitation. Elles n'auront valeur législative qu'après leur ratification. Or, l'exécution des lois revient, aux termes de l'article 21 du Premier ministre. D'ailleurs l'article 13 indique bien que « le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres ». La signature est ainsi uniquement destinée à authentifier la délibération, comme du reste celle qui a précédé le dépôt d'un projet de loi. Le Président ne peut donc pas plus s'opposer aux ordonnances qu'aux décrets (15).

Pour les autres, s'il s'agit d'actes d'exécution, ils ne sauraient être assimilés à des décrets en conseil des ministres, parce que la loi d'habilitation n'a pu, en raison de sa généralité, faire l'objet d'un contrôle poussé de la part du Conseil constitutionnel et qu'il convient donc que le Président examine la conformité des ordonnances à la Constitution, à la loi d'habilitation et, le cas échéant, à l'interprétation que le Conseil constitutionnel a pu donner de cette loi.

c / On rapproche encore l'article 13 de l'article 5 : *Le Président de la République veille au respect de la Constitution*, pour soutenir non seulement qu'il est libre de s'opposer aux ordonnances contraires à

(13) Jacques Larché, *Le Monde*, 29 mars.

(14) Olivier Duhamel, *loc. cit.*

(15) *Le Quotidien*, 3 avril, Jacques Larché, *loc. cit.*, Roland Drago, *Le Figaro*, 16 juillet.

la Constitution, mais qu'il est tenu dans ce cas de refuser sa signature (16).

Cependant, d'autres objectent qu'il est inutile que le Président exerce un contrôle au moment de la signature des ordonnances, puisqu'il pouvait très bien après le vote de la loi d'habilitation demander une nouvelle délibération et que le Conseil constitutionnel pouvait être saisi et que tous ceux qui estiment que les ordonnances prises ne respectent pas la loi d'habilitation peuvent former un recours devant le Conseil d'Etat (17).

d / On peut encore mentionner l'interprétation de l'article 13 à la lumière des dispositions relatives au contreseing du Premier ministre ou à l'irresponsabilité du Président de la République (18).

Là encore les arguments sont symétriques. En faveur de la première thèse : dans les cas où le Président ne peut agir sans contreseing, il ne saurait exercer de pouvoir discrétionnaire. En faveur de la seconde : si la Constitution ne dispense pas certains actes du contreseing, c'est seulement pour éviter que le Président de la République ne les accomplisse seul. L'exigence du seing et du contreseing signifie que le consentement des deux autorités est indispensable à l'édition de l'acte. Le Président ne pourrait donc signer des ordonnances que le Premier ministre aurait désapprouvées, mais celui-ci ne peut faire adopter des ordonnances auquel le Président s'oppose.

4 / L'interprétation fonctionnelle vise à attribuer à la règle une fonction objective, qui peut être différente de celle visée par l'auteur. On se demande non pas ce que le constituant a réellement voulu, mais, maintenant que la règle doit être appliquée dans une situation historique différente, quel sens il convient de lui donner si l'on veut obtenir un résultat jugé satisfaisant.

Dans plusieurs pays étrangers, les juges justifient fréquemment leurs interprétations par des arguments de ce type. C'est évidemment plus rare si l'interprète ne peut ouvertement reconnaître qu'il va au-delà de la volonté du législateur. Mais on trouve cependant des arguments qui peuvent être rattachés à l'interprétation fonctionnelle. Ce sont ceux qui ou bien examinent les conséquences de l'adoption d'une interprétation de l'article 13 aux termes de laquelle le refus de signer serait conforme ou contraire à la Constitution, ou bien, ce

(16) Léo Hamon, *loc. cit.* ; Olivier Duhamel, *loc. cit.*

(17) Jacques Larché, *loc. cit.* ; Charles Debbasch, *Le Figaro*, 1^{er} avril.

(18) Yves Gaudemet, *loc. cit.*

qui revient au même, examinent directement les conséquences constitutionnelles d'un refus.

a / Ainsi, certains affirment que si le Président est libre de refuser sa signature, « il peut empêcher le Gouvernement de conduire la politique pour laquelle il a été mandaté » (19), d'autres qu'« il ne s'opposerait pas tant à la volonté du Gouvernement, rédacteur de ces textes, qu'à la volonté du Parlement, exprimée par la loi d'habilitation, de voir le Gouvernement intervenir, pour une période limitée, dans un domaine qui est celui de la loi » (20).

D'autres ajoutent que s'il est vrai que les Présidents de la République ont dans le passé réellement dirigé la politique de la France, c'est qu'ils disposaient d'une majorité favorable à l'Assemblée nationale. Par contre, « aujourd'hui le Président n'a pas cette majorité. Il doit donc laisser jouer librement les mécanismes constitutionnels » (21). Ce qui pourrait signifier qu'ils n'ont pas toujours joué librement.

b / Mais à l'inverse certains, reprenant l'argument systémique, soutiennent que si le Président était tenu de signer, le contrôle de constitutionnalité ne pourrait s'exercer normalement. En effet, si la loi d'habilitation n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel ou si celui-ci l'a estimée conforme à la Constitution, il n'en résulte pas que les ordonnances soient elles-mêmes conformes à la Constitution ou à la loi d'habilitation (22). Si le Président ne peut examiner cette conformité, il est loin d'être certain que le Conseil d'Etat en sera saisi avant qu'elles n'acquiescent valeur législative ou qu'une loi de ratification sera déférée au Conseil constitutionnel. Ces auteurs laissent même entendre que la procédure de l'article 38 n'aurait été choisie par le Gouvernement que dans l'espoir de se soustraire à tout contrôle.

Quant à l'argument selon lequel le Président ne saurait s'opposer à la volonté d'une Assemblée nationale, qui au surplus, est investie d'une légitimité plus fraîche, ces mêmes auteurs font valoir, que, loin de s'y opposer, il fait en sorte qu'elle puisse s'exprimer. La volonté parlementaire n'est en effet nullement paralysée puisque devant le refus présidentiel de signer les ordonnances, le gouvernement les fera adopter par le Parlement selon la procédure législative ordinaire.

(19) Jean Foyer, *Bulletin quotidien*, 11 avril.

(20) Yves Gaudemet, *loc. cit.*

(21) Roland Drago, *loc. cit.*

(22) Jacques Robert : Olivier Duhamel, *loc. cit.*

Une première conclusion paraît se dégager : si les deux thèses s'opposent par leurs contenus, elles ont en réalité beaucoup en commun puisqu'elles emploient des arguments de même nature. Au-delà de ce qui les divise, elles reposent sur des présupposés semblables.

II. — LES PRÉSUPPOSÉS

1 / Il est clair que les partisans des deux thèses se divisent en raison de présupposés idéologiques et même proprement politiques. La controverse oppose avant tout ceux qui soutiennent l'actuelle majorité parlementaire et ceux qui sont proches de l'opposition. Au-delà de cette constatation évidente, qui ressort notamment des affinités des journaux dans lesquels s'expriment les uns et les autres, on pourrait être tenté de rechercher un lien avec des positions constitutionnalistes : présidentialistes contre parlementaristes. Mais à vrai dire, une telle recherche ne conduirait pas loin. On ne pourrait, en effet, pas entendre par « présidentialiste » un partisan du régime présidentiel et par « parlementariste » un partisan du régime parlementaire, ne serait-ce qu'en raison du fait que parmi les tenants de la thèse que le Président est tenu de signer, il y a des partisans du régime présidentiel. Les « présidentialistes » seraient donc simplement les partisans de la thèse favorable à la conduite de l'actuel Président de la République et le terme de « parlementaristes » désignerait leurs adversaires, même s'ils ne sont pas favorables au Parlement, mais au gouvernement. On aurait donc là non une explication des positions, mais seulement une terminologie pour les désigner.

On recherchera donc, au-delà des présupposés propres à chaque camp, ceux qui sont communs à tous les protagonistes et qui expliquent à la fois que la controverse peut avoir lieu et le terrain sur lequel elle se déroule. Ces présupposés sont eux-mêmes méthodologiques et idéologiques.

2 / Une première série de présupposés méthodologiques forme une véritable théorie de l'interprétation analogue à celle de la doctrine du droit civil.

L'argumentation des constitutionnalistes, comme celle des civilistes, est fondée sur l'idée que la question posée peut être résolue par l'application d'une norme cachée dans le texte. Il s'agirait seulement de la découvrir en interprétant ce texte au moyen de certaines méthodes. Ces méthodes seraient-elles mêmes connaissables, car ce seraient celles du juge, qu'il suffirait de copier. Cette idée apparaît

tout à fait déraisonnable, particulièrement lorsqu'elle est ainsi transposée au droit constitutionnel.

a / On peut d'abord critiquer l'idée que le juriste de doctrine doit interpréter un texte par les méthodes dites d'interprétation judiciaire. Ces méthodes sont en effet celles par lesquelles les juges justifient d'ordinaire les interprétations qu'ils donnent, mais pas nécessairement celles par lesquelles ils y sont effectivement parvenus. Il est en réalité parfaitement concevable — et très fréquent en pratique — que les juges, au terme d'un raisonnement donné, adoptent une interprétation, qu'ils justifient ensuite au moyen d'un autre raisonnement.

Pour un juriste de doctrine, employer ces méthodes signifie donc en premier lieu prendre au sérieux cette justification et donc confondre mode de justification et mode de production de l'interprétation.

b / On peut contester aussi le second présupposé, qu'il existe un sens véritable du texte, accessible à la connaissance. Tout d'abord, la théorie du droit a clairement établi que le sens peut être déterminé seulement par l'interprétation, qui est une fonction de la volonté et non de la connaissance (23).

On objectera peut-être que, lorsqu'on affirme que l'interprétation est une fonction de la volonté, on vise seulement l'interprétation *authentique*, celle qui émane d'un organe spécialement habilité par l'ordre juridique, alors qu'il s'agit ici de l'interprétation *de doctrine*, dite aussi *scientifique*, qui, elle, est bien une fonction de la connaissance. Il est cependant clair que l'interprétation *scientifique* est ainsi qualifiée en raison non de sa source, la doctrine, mais de la manière dont elle procède : elle consiste non pas à déterminer la signification du texte, mais à en découvrir toutes les significations possibles, entre lesquelles il ne lui appartient pas de choisir. Ainsi, ceux qui, comme les avocats, développent une argumentation dans le but d'établir qu'il existe pour un texte donné une signification et une seule, ne se livrent pas à une activité de connaissance ; comme les organes de l'interprétation authentique, ils exercent des choix et expriment des préférences.

c / Cette idée, sous-jacente à tous les modes d'interprétation, sauf à l'interprétation fonctionnelle, que rechercher la signification du

(23) Cf. notamment Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. franç. de la 2^e éd. par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962 ; Kelsen, sur ce point ne fait d'ailleurs que prolonger la tradition des réalistes américains ; cf. Françoise Michaut, *L'école de la sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain*, Thèse, Paris X-Nanterre, 1985, éd. Université de Lille III.

texte, c'est retrouver la volonté profonde de son auteur — en l'occurrence celle du constituant —, est du reste proprement étrange. Il est d'abord extrêmement difficile de déterminer qui est ce constituant. Si, comme il convient, on entend par là l'auteur de l'acte normateur, celui qui a joué un rôle décisionnel dans son édicition, qui a manifesté sa volonté que la Constitution soit faite, alors il faut considérer que le constituant est un organe complexe, composé de deux organes partiels l'un qui a soumis le projet au référendum, l'autre qui l'a adopté. Découvrir la signification du texte, ce serait donc découvrir si les individus qui ont ainsi exprimé leur volonté en 1958, ont voulu que le Président soit tenu de signer les ordonnances. Il est infiniment peu probable évidemment qu'ils aient jamais envisagé la question et à supposer qu'ils l'aient envisagée, il n'est guère plus probable qu'ils aient tous voulu la même chose. Mais, même si l'on parvenait à identifier de manière incontestable les auteurs de la Constitution et si l'on admettait qu'ils avaient une volonté commune, on ne pourrait la rechercher à travers le texte, qu'en supposant qu'il existe entre eux un rapport tel que, malgré son obscurité, le texte contient des signes de la volonté cachée du constituant. Celui-ci avait une volonté claire, mais il n'a pas su l'exprimer clairement. Tout repose donc sur le présupposé qu'il faut obéir à un constituant mythique à la fois infiniment lucide et excessivement maladroit.

d / On peut alors se rabattre sur l'idée qu'il peut y avoir un sens objectif, indépendant de la volonté réelle, historique, du constituant. Cette idée pourrait alors être exprimée sous la forme suivante : le constituant n'a sans doute rien voulu sur le point précis qui nous occupe ; cependant, le système politique ne peut fonctionner de manière satisfaisante que si tous acceptent de se soumettre à des règles, dont l'existence peut être établie par des procédés connus, employés de bonne foi.

Le présupposé de la vérité objective du sens n'est d'ailleurs nullement indépendant du précédent, celui d'une création de la norme par le constituant. Car l'interprétation est nécessairement rétroactive : on doit toujours admettre que le texte qu'on interprète possédait son sens *ab initio*, c'est-à-dire au jour où le constituant a statué. La seule différence est que dans le cas précédent, on présupposait une volonté claire et précise, mais mal exprimée, tandis qu'on vise ici la création d'une norme vague, dont le contenu pourra être déterminé selon les besoins.

Cela étant, la controverse porte seulement en réalité sur la bonne foi dans la recherche des règles nécessaires au bon fonctionnement du

système. Autrement dit, la preuve de l'existence d'une norme juridique est subordonnée à un critère essentiellement moral et le présupposé méthodologique rejoint le présupposé idéologique.

3 / D'autres présupposés méthodologiques sont relatifs au rôle de la controverse. Ils sont également dérivés du droit privé, bien que la spécificité du droit constitutionnel devrait logiquement interdire qu'on les y transpose.

a / On peut estimer que si l'interprétation — et en général l'activité de juger — n'est pas une fonction de la connaissance, elle n'est cependant pas étrangère à tout raisonnement. Elle obéit à une logique, mais cette logique est non formelle. Elle ne vise pas à convaincre, mais à persuader (24). La justification des décisions judiciaires serait précisément la mise en œuvre des moyens propres à persuader du bien-fondé des sentences. Il ne serait alors nullement illégitime pour les juristes qui n'exercent pas de fonctions judiciaires, les avocats par exemple, de reproduire les méthodes d'interprétation invoquées par les juges pour justifier leurs décisions, même si l'interprétation de la loi a été en réalité obtenue par d'autres moyens, parce que eux aussi doivent chercher à persuader et que pour y parvenir, il est naturel et efficace d'employer les arguments tenus pour corrects par ceux auxquels on s'adresse. Il n'y aurait donc rien d'étonnant que les constitutionnalistes reproduisent à leur tour ces méthodes d'interprétations et les présupposés qui les sous-tendent.

Il existe pourtant entre la controverse constitutionnelle et le débat judiciaire deux différences capitales.

La première est que la controverse judiciaire est finalement tranchée par une décision, de sorte que les propositions qui ont été énoncées sont susceptibles d'être vraies ou fausses et que leur validité peut être appréciée de la même manière que celle des propositions scientifiques : elles peuvent être considérées comme des prédictions de la décision judiciaire et de sa motivation. Elles sont vraies si la prédiction se réalise et fausses dans le cas contraire. Dans le cas présent, la controverse ne s'achève pas de cette manière, puisque aucune décision comparable à une décision judiciaire n'intervient. La conduite du Président de la République, qui a effectivement refusé de signer certaines ordonnances, n'est évidemment pas une décision de ce genre, puisque la question était de savoir si en refusant il violait ou non la Constitution et que son refus n'a pas réellement mis fin à la

(24) Cf. les travaux de Ch. Perelman.

controverse. C'est donc à tort que les constitutionnalistes présupposent à défaut d'une vérité du sens, au moins la possibilité d'un raisonnement objectivement valide.

La seconde différence est qu'il n'y a pas ici de juge à persuader. Même en admettant que le Conseil constitutionnel ou le Conseil d'Etat puissent un jour se prononcer, le discours ne peut s'adresser à eux. Le destinataire réel, qui n'est ni le Président de la République, ni les juges, ne peut donc être que l'opinion publique, ce qui ressort du reste clairement du fait qu'il est principalement véhiculé par la presse non spécialisée.

b / On présuppose encore que la proposition normative que l'on formule au terme du processus d'interprétation n'est pas une norme juridique comme les autres.

Les juristes disent que le Président de la République « doit » ou « peut refuser de » signer les ordonnances. Ils semblent admettre que cette obligation ou cette faculté sont de nature juridique, et que le Président de la République, qui par exemple refuserait de signer alors qu'il y est tenu, violerait la Constitution. Certains n'hésitent pas à l'écrire (25), mais personne, semble-t-il, ne va jusqu'à suggérer de le traduire en Haute Cour en cas de refus ou seulement que l'ordonnance dépourvue de la signature présidentielle serait néanmoins valable.

Dans le langage ordinaire des juristes, une norme juridique est ou bien celle qui est posée conformément à une autre norme, elle-même juridique, ou bien celle qui prescrit une conduite en attachant à la conduite contraire certaines conséquences. La norme dont les constitutionnalistes affirment l'existence ne correspond ni à l'une ni à l'autre définition. D'un côté, il n'existe aucune norme juridique supérieure à la Constitution, qui permette d'affirmer que la norme constitutionnelle est bien une norme juridique. De l'autre, la norme, selon laquelle le Président serait tenu de signer ou au contraire libre de ne pas signer, n'attache aucune conséquence à la conduite contraire. Ce qui signifie qu'en réalité, les juristes présupposent que la norme, dont ils affirment l'existence, est seulement une norme de la morale politique.

Enfin, les arguments des uns et des autres sont fondés sur un certain nombre de présupposés idéologiques. Par « présupposés idéologiques », on entendra ici non pas toutes les valeurs auxquelles

(25) Roland Drago, dans *Le Figaro*, 16 juillet.

adhèrent implicitement les protagonistes, mais seulement celles qui se rattachent à une idéologie spécifiquement juridique, c'est-à-dire qui ont pour objet le droit lui-même. Professer une idéologie juridique, c'est adhérer à des valeurs qui peuvent s'exprimer à travers les normes d'un droit positif donné — comme par exemple la propriété et la sûreté — ou bien à travers sa structure — ainsi, l'idée que la liberté peut se réaliser par la hiérarchie des normes.

1 / On notera d'abord que, contrairement à toute attente, on ne rencontre que rarement un argument tiré de la théorie démocratique.

Il est rare chez les partisans de la thèse de l'obligation de signer, qui l'énoncent ainsi : la majorité parlementaire et le Gouvernement expriment mieux que le Président la volonté du peuple, puisqu'on est au lendemain des élections législatives, alors que l'élection du Président remonte elle à 1981 (26).

Il est plus rare encore chez ceux qui adhèrent à la thèse du pouvoir discrétionnaire, qui ne peuvent certes se prévaloir d'une investiture récente, mais qui pourraient malgré tout soutenir que le Président a été lui aussi élu pour sept ans sur la base d'un programme et que, malgré l'élection législative, il doit donc, pour se conformer à son mandat, utiliser les prérogatives que lui confère la Constitution pour s'efforcer, non d'en achever l'exécution, ce qui serait impossible, mais au moins d'empêcher que le Gouvernement ne revienne sur l'essentiel de ce qui en a déjà été réalisé. Ils pourraient encore souligner — mais c'est paradoxalement un journal proche de la majorité, qui le fait — que les électeurs ont souhaité le partage du pouvoir, puisqu'« ils avaient la possibilité soit de reconduire une majorité socialiste, soit de faire un triomphe à M. Barre : deux directions qu'ils ont explicitement condamnées... le corps électoral a voté pour les cohabitants de la droite, sans écarter les fidèles du Président parce qu'il voulait que l'alternance politique, économique et sociale se produise à un rythme convenable et non brutal » (27). D'où il paraît résulter que le Président a son mot à dire sur les ordonnances.

On pourrait songer à expliquer ces réticences par la volonté de cantonner le débat au terrain proprement juridique, mais il ne manque pas d'exemples de discussions dans lesquelles sont échangés des arguments proprement politiques (28). Il faut en réalité constater qu'ils reposeraient sur cette idée que la réalisation du programme du

(26) Olivier Pognon, dans *Le Figaro*, 11 avril, Jean Foyer, 3-4 mai.

(27) P. G. dans *Le Quotidien*, 12 juin.

(28) Qu'on songe par exemple aux débats récurrents sur le référendum ou sur le mode de scrutin.

Gouvernement est légitime parce qu'il a été clairement approuvé par les électeurs, ce qui pourrait conduire à cette idée symétrique que ce qui n'a pas fait l'objet d'une approbation claire ne bénéficie pas de la même légitimité. Ils se fonderaient en d'autres termes sur une théorie de la démocratie, sensiblement différente de la théorie représentative, que nul, à gauche comme à droite, ne tient à remettre en cause.

2 / En deuxième lieu, les auteurs, faute de parvenir à une conclusion de fond, susceptible de s'imposer avec certitude, recherchent une procédure propre à permettre une solution incontestable. Certains suggèrent que le Président et le Premier ministre négocient un accord. D'autres, imaginent l'organisation d'un référendum. D'autres encore, les plus nombreux, mettent leur confiance dans les juges, le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel.

Ainsi, Jacques Larché suggère que le Conseil d'Etat soit saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision du Président de la République de refuser sa signature et il estime que dans ce cas, la Haute Juridiction administrative pourrait admettre que cette décision ne présente pas le caractère d'un acte de gouvernement et se déclarer compétente (29).

D'autres, attendent une prise de position du Conseil constitutionnel. Il pourrait être saisi en consultation par le Président de la République, ou être appelé à examiner la conformité à la Constitution d'une disposition adoptée par le Parlement à la suite du blocage d'une ordonnance par le Président (30). On a aussi imaginé d'insérer dans la loi d'habilitation un article ainsi rédigé : « Les ordonnances prises en application de la présente loi seront signées et publiées telles qu'elles auront été délibérées en Conseil des ministres. » L'opposition ne manquerait pas de saisir de cette disposition le Conseil constitutionnel, qui statuerait définitivement (31).

Les raisons de cette confiance dans le juge sont de deux ordres.

Les premières tiennent évidemment à l'impartialité qu'on lui prête. Les autres, moins apparentes, se rapportent à l'idéologie de l'Etat de droit. Selon l'opinion commune, le juge dit le droit, de sorte que s'il se prononce, c'est la preuve qu'il existait une norme juridique, antérieure à sa décision. Celle-ci présente alors un double caractère : elle est une décision, puisqu'elle tranche la controverse ;

(29) *Le Monde*, 29 mars.

(30) Léo Hamon, précité.

(31) Pierre Ferrari, dans *Le Républicain lorrain*, 25 avril.

mais elle n'est pas tout à fait une décision puisqu'elle consiste dans la constatation d'une norme juridique préexistante. On présuppose que le système juridique est complet, c'est-à-dire qu'il ne comporte aucune lacune, puisqu'il contient nécessairement une norme applicable à n'importe quelle situation. On postule que le juge est capable de la découvrir et que cette norme est bonne.

3 / On trouve, enfin, implicite dans les deux argumentations opposées, une même conception de l'obligation constitutionnelle. L'interprétation présuppose, on l'a vu, soit une volonté mythique du constituant, soit une vérité objective du sens, indépendante de cette volonté et non moins mythique (32). Même s'il ne s'agissait pas de mythes, il resterait encore la question du fondement du caractère obligatoire de cette norme constitutionnelle qu'on prétend ainsi découvrir. Pour quelles raisons faudrait-il se conformer à la volonté présumée du constituant, c'est-à-dire d'hommes mal déterminés et dont un grand nombre a disparu depuis longtemps ?

Il n'existe aucune réponse proprement juridique à cette question. On ne peut trouver aucun fondement juridique à l'obligation d'obéir à la Constitution, puisque au-dessus d'elle, il n'y a aucune norme juridique positive, qui imposerait de lui obéir. La réponse ne peut alors être qu'extra- ou méta-juridique : il faut se conformer à la Constitution, parce qu'elle exprime la volonté du peuple souverain ou parce qu'elle constitue la règle du jeu politique, sans laquelle il se réduirait à un pur rapport de forces. Et se conformer à la Constitution, lorsqu'il n'existe aucun juge compétent pour déterminer le contenu de cette obligation, signifie seulement l'appliquer de bonne foi. C'est donc tout simplement une obligation morale, qui est présupposée par le type d'argumentation employé : avoir une conduite politique bonne ou juste, c'est appliquer la Constitution de bonne foi. C'est le principe de bonne foi qui commande d'avoir une conduite conforme à la Constitution et qui permet en outre de déterminer quelle est cette conduite.

On peut alors comprendre deux caractères, apparemment antinomiques de cette controverse : elle se déroule dans la presse non spécialisée, mais dans un langage de spécialistes. S'il s'agit non de la démonstration qu'il existe une norme juridique valide, au sens habituel de cette expression, mais seulement d'un discours visant à persuader que si le Président appliquait de bonne foi la Constitution, il agirait de telle ou telle manière, alors le destinataire n'en est évidem-

(32) Cf. les § c / et d /.

ment pas la communauté des juristes, mais l'opinion publique. Cependant, ce résultat ne peut être obtenu que si aucun doute n'est possible sur la bonne foi de l'auteur de ce discours. Il lui faut apparaître impartial et objectif, ce qui lui interdit non seulement, bien évidemment, d'indiquer une préférence politique, mais même d'invoquer ouvertement un principe moral, car la science seule est objective. Ainsi, la technicité du langage n'est nullement le moyen indispensable à une démonstration. Comme le titre universitaire sous la signature, elle a seulement pour fonction d'attester la scientificité et l'objectivité de l'argumentation.

RÉSUMÉ. — *L'une des principales questions constitutionnelles de la cohabitation est celle de savoir si le Président de la République est tenu de signer les ordonnances prises par le Gouvernement en vertu d'une loi d'habilitation de l'article 38. Elle a donné lieu à une large controverse. L'article a pour objet d'en examiner les procédés d'argumentation et les présupposés implicites.*