

## L'arbitrage du Président de la République

Marie-Anne COHENDET

*Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)*

*« Tout gouvernement qui force les ressorts de sa constitution les brise »*  
Lamartine

RESUME. — L'arbitrage présidentiel est généralement soit absent des constitutions, soit interprété, comme il se doit, comme un pouvoir neutre, modérateur. Il en va ainsi dans notre histoire comme dans la plupart des démocraties contemporaines (1). Sous la V<sup>e</sup> République, la Constitution dispose que le Président est un arbitre et lui attribue des pouvoirs d'arbitrage. Mais nos présidents ont eu une « interprétation » tellement large de cet arbitrage qu'ils l'ont « transformé » en pouvoir de direction. Ils ont manipulé cette notion pour en faire le faux nez de l'arbitraire. Ce schisme entre la norme et le fait est d'autant plus problématique qu'il déséquilibre complètement nos institutions et génère des abus de pouvoirs qui pourraient devenir graves, puisque la politique nationale est dirigée par un homme plus puissant que le Président des États-Unis, mais qui est pratiquement incontrôlable. Ainsi, la notion d'arbitrage présidentiel a été forgée par la doctrine pour limiter les pouvoirs présidentiels, mais, en France surtout, elle a généralement été utilisée par les présidents pour étendre leurs pouvoirs, au point de nier ce qui fait l'essence même de l'arbitrage. Il n'est pas certain que ce soit une notion très utile ni très efficace pour garantir la démocratie.

Mots-clé : arbitrage présidentiel, constitution, démocratie, arbitraire.

« Le Président de la République est un personnage impartial, qui ne se mêle pas de la conjoncture politique et qui ne doit pas s'en mêler. Il est là simplement [...] pour que les pouvoirs publics fonctionnent normalement, régulièrement, comme il est prévu dans la Constitution. Il est un arbitre, il n'a pas à s'occuper de la conjoncture politique, et c'est la raison pour laquelle, entre autres, le Premier ministre et le gouvernement n'ont pas à être responsables devant lui »<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Charles de Gaulle, lorsqu'il présente la Constitution au Comité consultatif constitutionnel le 8 août 1958, cf. Doc. Fr. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958*, vol. II p. 300.

« Il doit être évidemment entendu que l'autorité indivisible de l'État est confiée tout entière au Président par le peuple qui l'a élu, qu'il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire ni judiciaire qui ne puisse être conférée ou maintenue autrement que par lui et qu'il lui appartient d'ajuster le domaine suprême qui lui est propre avec ceux dont il attribue la gestion à d'autres... »<sup>2</sup>.

Ces deux visions du rôle du Président de la République émanent du même homme, le général de Gaulle. Elles concernent la même Constitution, celle de la V<sup>e</sup> République. Cinq années seulement les séparent. Dans la première, l'auteur du discours de Bayeux entend rassurer les membres du Comité consultatif constitutionnel quelques semaines avant l'adoption de la Constitution : l'arbitre qu'il appelait de ses vœux dès 1946 sera un arbitre neutre, au-dessus des partis, et il ne dirigera pas la politique gouvernementale puisque c'est la mission du Premier ministre qu'il ne peut révoquer. Cette conception d'un arbitrage neutre et simplement modérateur a dicté tout le texte et donc toute la cohérence de la Constitution. Dans la seconde, quelques années plus tard, « parce qu'il a pris goût au pouvoir, le Général aspire de plus en plus à un commandement effectif de toute chose. [...] Assuré qu'il est de la confiance des Français, tout ce qui ne facilite pas l'exécution de sa tâche lui paraît gênant ou dérisoire. »<sup>3</sup>. Le Général a oublié une condition majeure de la démocratie dont il soulignait l'importance à Bayeux : la séparation des pouvoirs. La concentration des pouvoirs dans les mains du Président évoque bien davantage la dictature qu'un régime démocratique. Quatre ans plus tard, en 1969, le peuple français rejeta cette vision extensive du pouvoir présidentiel en même temps que son auteur. Cette seconde conception est-elle conciliable avec le texte de la Constitution qui, à l'article 5, définit essentiellement le rôle du Président comme étant celui d'un arbitre ?

Tout dépend de la définition que l'on donne de l'arbitrage et donc de l'arbitre.

Il existe deux acceptions très différentes de l'arbitrage. Dans le *Dictionnaire* de l'Académie française de 1777, l'arbitrage, est « le jugement d'un différend par un arbitre ». Or un arbitre est « Celui que des personnes choisissent de part et d'autre pour terminer un différend ». Mais il est aussi un « maître absolu ». Dans le *Larousse universel du XIX<sup>e</sup> siècle*, par « arbitrage », on entend « juridiction confiée à de simples particuliers nommés arbitres par la volonté des parties ou par la loi pour juger les différends pour lesquels il n'est pas interdit de se compromettre. Par extension, toute décision rendue par un tiers dans un débat qui n'a aucun rapport avec les affaires litigieuses. La détermination doit être soumise à l'arbitrage des gens doctes ». Dans ce dictionnaire aussi, l'arbitre est également défini par ailleurs comme étant le

<sup>2</sup> Charles de Gaulle, *Conférence de presse du 31 janvier 1964*.

<sup>3</sup> M. Debré, il poursuit : « Je ne peux le suivre sur ce terrain et je défends brièvement la répartition des compétences telle que l'a établie la loi fondamentale », *Trois républiques pour une France*, Mémoires, II, 1946-58, p. 408.

« maître souverain, suprême, absolu ». *A priori*, la notion d'arbitre semble donc pouvoir être entendue de deux manières radicalement différentes. Dès lors, chacune des deux conceptions précitées du général de Gaulle paraît être compatible avec la notion d'arbitrage.

Cependant, si l'on s'intéresse à la notion juridique d'arbitrage, cette dualité disparaît.

En effet, dans le sens commun comme dans l'acception juridique de l'arbitrage, cette notion exige toujours au moins la neutralité de l'arbitre qui est nécessairement un tiers, appelé, par les parties généralement, à prendre des décisions qui s'imposent à elles<sup>4</sup> pour trancher leur litige ou surveiller leur compétition, en veillant au respect des règles de droit<sup>5</sup>. Les définitions de l'arbitrage et surtout ses modalités ont pu varier au cours du temps, dans les différents pays, et selon les domaines dans lesquels il a été utilisé. L'arbitrage s'est développé à partir de l'époque des poètes homériques mais surtout à partir de Solon (VI<sup>e</sup> siècle avant J.-C.) pour le règlement des litiges entre particuliers, mais aussi bientôt pour trancher les conflits entre cités, en Grèce ou en Mésopotamie<sup>6</sup>. À partir du XIII<sup>e</sup> siècle, bien avant que Grotius ne développe l'analyse du recours à l'arbitrage en droit international, des belligérants recoururent parfois à des arbitres choisis d'un commun accord par les parties pour mettre fin à leurs litiges<sup>7</sup>. On oppose parfois l'arbitrage sportif à l'arbitrage juridique, cependant ils se rejoignent sur les aspects essentiels. Dans le droit du sport, l'arbitre veille à ce que les joueurs respectent les règles du jeu, il tranche leurs différends en fonction de ces règles, il n'impose pas ses propres règles ou sa façon de jouer aux joueurs. Il doit être neutre par rapport aux parties, il n'est en aucun cas considéré comme le dirigeant d'une des équipes ou de certains joueurs. Dans tous les cas, on retrouve toujours au moins les éléments suivants : un *tiers neutre* par rapport aux *parties* qui tranche leur différend *en statuant conformément au droit*, par une décision qui s'impose à elles (même si elle peut être contestable devant les tribunaux)<sup>8</sup>.

4 L'arbitrage s'oppose à la médiation en ce que la décision de l'arbitre s'impose aux parties, alors qu'elles ont la faculté d'accepter ou non l'arrangement proposé par le médiateur. L'arbitrage s'oppose notamment à la décision juridictionnelle en ce que la décision de l'arbitre ne dispose pas de la force exécutoire.

5 Dans certains cas, les parties peuvent prévoir que leur litige ne sera pas tranché conformément aux règles de droit mais par exemple en vertu de l'équité, mais alors on ne sera plus en présence d'arbitres, mais d'« aimables compositeurs ».

6 Cf. D. Bureau et Ch. Jarosson, « Arbitrage », D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

7 Ainsi « en 1244, l'empereur Frédéric II prit le Parlement de Paris pour arbitre entre lui et le pape Innocent IV. En 1264, Saint Louis fut choisi pour arbitre entre Henri III, roi d'Angleterre, et les barons anglais révoltés », *Larousse universel du XIX<sup>e</sup> siècle*, « Arbitrage ».

8 Dans certains cas, la sentence de l'arbitre est incontestable, dans d'autres, elle peut faire l'objet d'un appel. Les motifs du recours à l'arbitrage ont également varié au cours du temps. Le recours à l'arbitrage a été largement ouvert à la Révolution par les lois des 16-24 août 1790, sans doute notamment pour contourner le conservatisme de la majorité des juges, mais la Cour de cassation condamna la clause prévoyant le recours à l'arbitrage dans les contrats par

En droit constitutionnel plus spécifiquement, la notion d'arbitrage du chef de l'État, Roi ou Président de la République, est parfois présentée comme étant traditionnelle<sup>9</sup>. Le plus souvent, on ne conteste guère que le Président soit un arbitre, car l'article 5 de la Constitution française actuelle lui attribue pour l'essentiel une mission d'arbitre, mais, comme on l'a vu dans les déclarations de de Gaulle, on se demande s'il doit être un arbitre modérateur ou un arbitre au sens de « maître absolu ».

Pour comprendre la notion d'arbitrage présidentiel dans toute son étendue, nous ne nous limiterons pas à l'étude de la V<sup>e</sup> République, car la spécificité de nos institutions sera justement beaucoup plus claire à la lumière d'autres expériences. Il convient aussi de s'interroger au préalable sur la posture que peut adopter le juriste face à une pratique très éloignée du texte constitutionnel. Il existe diverses postures doctrinales sur cette question. Elles reflètent plus largement les diverses conceptions de la norme<sup>10</sup>. Il s'agit évidemment de rechercher la plus grande objectivité, même si la neutralité n'est pas possible, puisque tout acteur doctrinal qui intervient sur le droit constitutionnel agit sur l'objet de sa recherche, le modifie<sup>11</sup>. Par exemple, quand un constitutionnaliste dit : « Oui, le Président de la République a parfaitement le droit de faire ceci ou cela », ou même simplement « il peut faire cela », par le seul label qu'il appose ainsi sur l'acte du Président, ou de n'importe quel acteur, il tend à légitimer cette action. Donc son activité doctrinale n'est pas neutre au sens où elle n'est pas dépourvue d'influence pratique (le Président disposant alors d'une plus grande marge de manœuvre pour appliquer à nouveau la Constitution dans tel ou tel sens). Pasteur nous invitait à avoir le culte de l'esprit critique. Suivant une approche critique, il s'agira ici de chercher à comprendre la raison d'être et l'incidence de la notion d'arbitrage du Président de la République en droit constitutionnel.

La démarche que l'on va avoir sur ce type de sujet dépend bien évidemment de la conception du droit que l'on propose. On peut considérer que le droit, en général, et le droit constitutionnel en particulier, n'est pas une chose inerte, comme la pomme de Newton, mais que c'est un instrument, fait par des hommes, pour des hommes et que c'est donc en tant qu'instrument que l'on doit l'analyser pour voir si cet outil est efficace, s'il fonctionne bien au regard de l'objectif qui lui a été assigné<sup>12</sup>. Cela correspond en partie à une démarche

un arrêt du 10 juil. 1843, en considérant qu'elle pouvait être défavorable à la partie la moins expérimentée. Cf. D. Bureau et Ch. Jarosson, *art. préc.*

<sup>9</sup> Dans le *Dictionnaire de droit constitutionnel* d'Olivier Duhamel et Yves Mény (PUF 1992) Philippe Ardant estime que « la référence à l'arbitrage du chef de l'État est traditionnelle dans les régimes parlementaires ».

<sup>10</sup> Cf. M.-A. Cohendet, « Légitimité, effectivité, validité », *Mélanges P. Avril*, Montchrestien, 2001, p. 201 à 234.

<sup>11</sup> Cf. M.-A. Cohendet, « Science et conscience, de la neutralité à l'objectivité », *Mélanges M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 75 à 89.

<sup>12</sup> Cf. M.-A. Cohendet, « La classification des régimes politiques, un outil pertinent dans une conception instrumentaliste du droit constitutionnel », *Mélanges M. Troper*, Economica, 2006, p. 299 à 314.

très classique, qui est conduite lorsque l'on recherche la *ratio legis* et que l'on observe comment une norme est appliquée. Cette analyse sera donc centrée sur la recherche des ressorts profonds et des conséquences de la notion d'arbitrage. L'observation de cette question en dehors de nos institutions actuelles (I), sera très éclairante pour mieux comprendre le débat français actuel autour de cette norme et de son application (II).

## I. — UN ARBITRAGE GÉNÉRALEMENT ABSENT OU FAIBLE DANS L'HISTOIRE ET À L'ÉTRANGER

Ce débat sur la notion d'arbitrage est en réalité beaucoup plus ancien que notre Constitution. Car l'enjeu de la définition du pouvoir arbitral est la place du chef de l'État – et donc la place des autres pouvoirs, en particulier le gouvernement et le Parlement – dans nos institutions. La définition que l'on donne de l'arbitrage détermine la mission du chef de l'État et donc les instruments dont il peut disposer pour exercer cette mission. Le nombre, l'étendue, les limites de ses pouvoirs dépendent de cette définition. Pour comprendre la notion d'arbitrage du Président de la République dans le droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République, il faut donc remonter le cours de notre histoire et voir aussi en quels termes se pose cette question dans d'autres pays.

### A. — *L'émergence d'un arbitrage neutre en dehors des textes*

Les textes, très nombreux, de notre histoire constitutionnelle, ne consacrent jamais la notion d'arbitrage du Président de la République. Cependant, l'émergence de cette notion en doctrine puis dans les discours présidentiels, a contribué à permettre sa constitutionnalisation sous la V<sup>e</sup> République. Surtout, il convient de voir dans quel objectif et avec quelles conséquences cette notion s'est développée.

Sous l'Ancien Régime, il n'est pas question d'un arbitrage neutre du Roi (si l'on excepte les quelques hypothèses d'arbitrage pour le règlement de conflits armés évoquées ci-dessus). En droit interne, le roi est le souverain, le maître absolu. C'est exclusivement en ce sens et de manière tout à fait marginale qu'il peut être qualifié d'arbitre. Par exemple sous la plume de Bossuet : « Entendez, grands de la terre, instruisez-vous, arbitres du monde »<sup>13</sup>.

À partir du moment où la France se dote de constitutions, et jusqu'à la V<sup>e</sup> République, le chef de l'État n'est jamais qualifié d'arbitre par nos constitutions. Mais la question du rôle du chef de l'État est toujours centrale. Notre histoire peut être divisée en deux grandes périodes d'environ quatre-vingts ans chacune.

<sup>13</sup> *Larousse Universel du XIX<sup>e</sup> siècle, préc.*, « arbitre ».

### 1. - De la Révolution à la III<sup>e</sup> République

Durant la première période, qui va de la Révolution à la fin du second empire, le chef de l'État, qu'il soit roi, empereur ou président de la République, est le plus souvent le chef du pouvoir exécutif, même s'il n'est plus toujours un maître absolu. Durant les régimes républicains de cette période la question de savoir s'il existe un arbitrage du chef de l'État ne se pose pas, soit parce que l'exécutif est collégial dans le régime directorial (constitutions de 1793 et 1795), soit parce que le Président est le chef de l'exécutif dans un régime présidentiel (II<sup>e</sup> République, 1848). Dès le Consulat et sous les deux Empires, le premier consul devenu empereur était le maître bientôt incontestable de l'exécutif puis de l'ensemble des pouvoirs, donc la question de savoir s'il est un arbitre ne se pose pas non plus, sauf éventuellement à la fin de chacun de ces régimes. Dans les deux cas, les abus auxquels conduit nécessairement la concentration du pouvoir aboutissent à la faillite de ce régime. Aussi les deux Napoléon ont-ils tenté de libéraliser les institutions à la fin de leur règne, mais trop tard. Cependant, ces régimes ont paradoxalement contribué à l'émergence de la notion d'arbitrage du chef de l'État car c'est justement contre l'omnipotence de Napoléon I<sup>er</sup> que Benjamin Constant, en exil, a commencé à élaborer la théorie du pouvoir modérateur. Ce pouvoir neutre, qui doit être confié au roi, est essentiellement un pouvoir d'arbitrage entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Pour lui, le roi ne saurait en aucun cas être titulaire du pouvoir exécutif car ce dernier doit appartenir au ministère responsable devant les Chambres<sup>14</sup>. « Les trois pouvoirs politiques, tels qu'on les a conçus jusqu'ici, le pouvoir exécutif, législatif et judiciaire, sont trois ressorts qui doivent coopérer, chacun dans sa partie, au mouvement général ; mais quand ces ressorts se dérangent et se croisent, s'entrechoquent et s'entravent, il faut une force qui les remette à leur place. Cette force ne peut pas être dans l'un de ces ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres ; il faut qu'elle soit en dehors, qu'elle soit neutre en quelque sorte, pour que son action s'applique, nécessairement partout où il est nécessaire qu'elle soit appliquée, et pour qu'elle soit préservatrice et réparatrice sans être hostile. La monarchie constitutionnelle a ce grand avantage qu'elle crée ce pouvoir neutre dans la personne du Roi »<sup>15</sup>. Ces écrits ont été diffusés sous la Charte de 1814. La question du pouvoir directif ou arbitral du chef de l'État a donc surtout été discutée lors de nos deuxième et troisième régimes monarchiques. Tandis que la Constitution de 1791 n'a pas permis une évolution vers un régime parlementaire, quelques progrès sont faits en ce sens sous les Chartes de 1814

14 Cf. A. Laquièze, « Benjamin Constant, Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France », in O. Cayla et J.-L. Halpérin (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 102-110.

15 B. Constant, *Réflexions sur les constitutions*, éd. mai 1814 (soit avant la Charte, une autre édition parut après la Charte), cité par Claude Reymond, *Œuvres complètes de Benjamin Constant*, en cours de publication chez Niemeyer à Tubingue, série Œuvres, tome VIII, 2, p. 962, v. aussi *Les Principes de politique*, dans le volume *Écrits politiques* de Benjamin Constant, publiés et annotés par Marcel Gauchet, Gallimard (Folio Essais), 1997, p. 324.

et 1830, en particulier sous l'influence de Constant et de Chateaubriand. Ce dernier avait affirmé que « le roi règne et ne gouverne pas » bien avant que cette question ne soit au centre du débat entre Thiers et Guizot. La Charte de 1830 lui permettant encore de révoquer les ministres, Louis Philippe voulut « mener son fiacre » et donc être un monarque qui dirige la politique nationale. Mais, dans ce régime dualiste, il ne put rester le maître de l'exécutif qu'autant qu'il avait la confiance de la Chambre. Tocqueville soulignait déjà que « c'est un axiome établi en Europe qu'un roi constitutionnel ne peut gouverner quand l'opinion des chambres législatives ne concorde pas avec la sienne »<sup>16</sup>. Ainsi, durant ces monarchies, l'idée de pouvoir arbitral fut un des moyens mobilisés pour tenter de réduire la puissance du monarque constitutionnel en nous rapprochant du modèle parlementaire anglais. Cette idée fut ensuite reprise par d'autres auteurs, et en particulier Prévost-Paradol à la fin du Second Empire<sup>17</sup>.

L'ensemble de cette période nous montre que c'est la nature du régime qui détermine la possibilité et l'importance du débat sur l'arbitrage du chef de l'État. La question ne se pose guère dans les régimes autoritaires, puisque le chef de l'exécutif est tout puissant. Elle n'a guère d'intérêt non plus en régime directorial et en régime présidentiel, puisque le directoire ou le Président est considéré comme le chef de l'exécutif et n'a pas besoin de faire figure d'arbitre. En régime parlementaire, cette idée a été développée dans une période de transition à la fois pour réduire les pouvoirs du roi afin qu'il cesse de gouverner à la place des ministres responsables et pour justifier le rôle du roi, qui n'est pas un rôle totalement passif comme celui de la reine d'Angleterre, puisqu'il dispose de compétences arbitrales.

## 2 - Sous les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques

Durant la deuxième grande période de notre histoire, qui va de 1875 à 1958, la question de l'arbitrage présidentiel ne se pose évidemment pas durant le régime fasciste de Vichy. En revanche, sous les régimes parlementaires des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques, cette notion a parfois été invoquée par les présidents eux-mêmes pour expliquer leur rôle. Le Président de ces républiques ne fut pas toujours aussi passif qu'on pourrait le croire. Mac Mahon (Président de 1873 à 1879), puis Millerand (entre 1920 et 1924), et sur bien des points Grévy (entre 1879 et 1887) entendirent au contraire leurs pouvoirs de manière très large<sup>18</sup> (au regard du texte de ces constitutions, et non pas par comparaison avec la V<sup>e</sup> République). La plupart des autres présidents exercèrent une magistrature d'influence, plus ou moins importante en fonction de divers facteurs et en particulier de leur personnalité, de leur popularité et du

16 A. De Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, T. I, I, Ch. VIII, 1<sup>re</sup> éd. 1835, éd. Garnier-Flammarion, 1981, p. 199.

17 Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, 2<sup>e</sup> éd. 1868, 2<sup>e</sup> partie, chap. VI, p. 129 s., spéc. 143, cf. *infra*.

18 Cf. not. M.-A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, Montchrestien Lextenso, 4<sup>e</sup> éd. 2008, p. 231 s et 242 s.

contexte politique. Ceci était très net lors de la composition du gouvernement, leur influence étant alors parfois qualifiée de « pouvoir d'arbitrage ». Ils parvinrent souvent à s'opposer à la nomination du leader de la majorité parlementaire (quand elle existait) comme Premier ministre. Ensuite, il n'était pas rare que le Président s'employât à saper l'autorité d'un Premier ministre capable de lui porter ombrage pour précipiter sa chute afin de remplacer par un homme plus effacé et moins soutenu par les parlementaires<sup>19</sup>. Sous le masque de l'arbitrage, cette influence funeste, initiée par Grévy<sup>20</sup>, priva le Premier Ministre de la légitimité qui fonde le pouvoir gouvernemental. Comme l'usage abusif du droit de dissolution par Mac Mahon avait discrédité cette arme essentielle à leur pouvoir, les gouvernements furent le plus souvent instables. Chronologiquement, ce n'est donc pas la faiblesse des pouvoirs présidentiels qui fut la cause de l'instabilité gouvernementale, mais au contraire les abus de pouvoirs présidentiels. L'idée d'arbitrage était là aussi mobilisée autour de l'enjeu central du rôle du Président. Les monarchistes l'avaient rêvé puissant, les républicains l'avaient rivé à l'impuissance. En effet, tous ses pouvoirs étaient soumis au contreseing des ministres responsables, et ils étaient donc nécessairement formels. La notion d'arbitrage fut à la fois un moyen de limiter et de renforcer les pouvoirs du Président. Un moyen de les limiter lorsque le Président avait une vision trop large de ses pouvoirs. C'est pourquoi Deschanel combattait cette notion qui visait à affaiblir ses pouvoirs « C'est [...] une hérésie constitutionnelle de considérer le Président de la République comme un rouage inerte ou d'assimiler notre Président à un roi constitutionnel. Un chef élu ne peut être, comme un prince héréditaire, l'arbitre impassible des partis, cette conception est contraire au texte et à

19 Sur cette pratique, voir notre « Commentaire de l'article 21 de la Constitution » dans F. Luchaire et G. Conac (dir.), *La Constitution de la V<sup>e</sup> République*, Economica, 2009. « La volonté nationale, [le Président de la III<sup>e</sup> République] la respectait et l'exprimait fidèlement au lendemain des grandes conclusions : c'était toujours au chef du parti victorieux qu'il confiait la mission de former le cabinet. Mais après la chute de ce premier gouvernement, et en dehors de toute majorité homogène et clairement définie, il devenait en effet un "arbitre". Parfois en changeant de pilote, il essayait de reconstituer la majorité ébranlée par surprise ou par maladresse. Mais le plus souvent, il acceptait la majorité nouvelle [...] ; ou bien il essayait de faire une "concentration républicaine", neutre et rassurante ; pour cette opération de soudure, il choisissait dans la collection des présidents (du Conseil) passe-partout, un de ces vieux patrons "blanchis sous le harnais", habiles et madrés, détachés de la vie des partis » *Vincent Auriol, Hier... demain*, 1945, cité par Jean Lacouture, dans *Paroles de présidents*, Dalloz, 2006, p. 4. Notons que sa vision de la soumission du Président à la loi de la majorité semble excessivement optimiste, du moins en ce qui concerne plusieurs présidents.

20 Grévy, qui accéda à la présidence à la suite de Mac Mahon, s'opposa par trois fois à la nomination de Gambetta qui était clairement le leader de la majorité parlementaire. Jaloux de son résidu de pouvoir, Grévy choisit comme président du Conseil (Premier ministre) un homme effacé ou soumis, qui n'avait aucune chance de diriger la majorité. Voir notre commentaire précité de l'article 21 de la Constitution dans F. Luchaire et G. Conac (dir.), *La Constitution de la V<sup>e</sup> République*, Economica, 2009.



l'esprit de notre Constitution »<sup>21</sup>. La notion d'arbitrage du Président est aussi un moyen d'étendre les pouvoirs du Président lorsqu'il devrait se contenter du rôle de la reine d'Angleterre mais qu'il prétend exercer une influence sur la vie politique. « C'est toujours moi que ministres, généraux, officiers, viennent prendre pour avocat de leur cause ; qu'ils me réservent comme arbitre, pour la solution dernière ; et jusque-là qu'ils me laissent en paix »<sup>22</sup>. Par ces propos, Émile Loubet semble ne pas vouloir exercer d'influence, alors qu'il prétend en réalité se réserver le pouvoir de décider en dernier ressort, ce qui est éminemment contestable dans un régime parlementaire (où le pouvoir de décision appartient au seul gouvernement, car lui seul est responsable devant le parlement, donc contrôlable à tout instant, par opposition au Président qui est irresponsable). De même, Vincent Auriol prétendait à tort détenir un pouvoir de direction : « Présider, pour moi est évidemment diriger sans décider... c'est arbitrer »<sup>23</sup>. Déjà, on observe un jeu sur l'ambiguïté de la notion d'arbitrage. La nécessaire neutralité du Président du fait de sa position d'arbitre est particulièrement soulignée quand le Président entend rassurer l'opinion pour lui montrer qu'il n'abusera pas de ses pouvoirs, contrairement à son prédécesseur. Il en fut ainsi quand Gaston Doumergue succéda en 1924 à un Alexandre Millerand qui avait été acculé à la démission pour avoir prétendu diriger la politique nationale. « Respectueux de la Constitution dont je dois être le gardien, je resterai toujours dans le rôle qu'elle m'assigne. Ce rôle exige que je sois au-dessus des partis, afin d'être un arbitre impartial et indiscuté »<sup>24</sup>. Déjà, on croirait entendre les propos du général de Gaulle présentant la Constitution de la V<sup>e</sup> République en 1958. Lorsqu'un Président concevait trop largement sa compétence arbitrale, il pouvait être poussé à la démission (ainsi Mac Mahon, Millerand et indirectement Grévy)<sup>25</sup>. De même, un Président dont la neutralité à l'égard de groupes d'intérêts économiques était mise en cause pouvait être contraint de quitter le pouvoir (comme Jean Casimir-Perier, accusé d'entretenir des rapports trop étroits avec le Comité des forges, groupement patronal qui peut être regardé comme ancêtre de l'UIMM). Il en allait de même si un membre de la famille du Président était corrompu (ainsi du gendre de Jules Grévy lors du scandale des décorations).

21 P. Deschanel (Président sous la III<sup>e</sup> République durant sept mois seulement en 1920 car il est poussé à la démission à la suite de sa chute d'un train), cité par A. Dansette. *Histoire des présidents de la République*, Le livre contemporain, 1960.

22 Émile Loubet, 30 janvier 1902, à Abel Combarieu, cité par J. Lacouture, dans *Paroles de présidents*, Dalloz, 2006, p. 4.

23 Cité par Philippe Ardant, « Arbitrage », dans O. Duhamel et Y. Mény (dir.) *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992. Il fut Président de la IV<sup>e</sup> République entre 1947 et 1953.

24 Gaston Doumergue, *Discours d'investiture, 17 juin 1924*.

25 Sur les 15 Présidents des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques, 10 furent écartés du pouvoir prématurément. Parmi eux, 7 furent acculés à la démission : 2 parce qu'ils ont eu une interprétation trop large de leurs compétences (Mac Mahon et Millerand), 2 pour des faits de corruption les touchant eux-mêmes (ainsi Jean Casimir-Perier) ou leur famille (Jules Grévy à cause de son gendre), 1 pour incapacité (Deschanel) et 2 à cause d'un changement de régime (Lebrun fut écarté par Pétain et Coty par de Gaulle). Les 3 autres moururent durant leur mandat, deux d'entre eux étant assassinés (Sadi Carnot et Paul Doumer).

Rappelons que Jules Grévy avait lui aussi abusé de ses pouvoirs en entendant trop largement ses pouvoirs dans la formation du gouvernement et en prétendant pouvoir diriger la défense et la diplomatie alors que ces secteurs, comme les autres, devaient être dirigés par le seul gouvernement<sup>26</sup>. Notons que si le Premier ministre était alors appelé « Président du Conseil », c'était déjà le Président de la République qui présidait le Conseil des ministres<sup>27</sup>.

Dans l'ensemble de notre histoire, on observe donc que la notion d'arbitrage du chef de l'État a été développée à l'origine en doctrine, pour l'empêcher de diriger la politique nationale à la place du gouvernement responsable, en soulignant qu'un pouvoir arbitral est nécessairement neutre, au-dessus des luttes politiques, tandis que le gouvernement est l'émanation d'une majorité politique. Comme l'a démontré Carlos Pimentel, c'est justement cette distinction entre d'un côté la stabilité de l'État impartial inhérente à la fonction de chef de l'État et d'un autre côté les changements de gouvernements dirigés par le seul le Premier ministre, qui avait permis le développement du pluralisme en Angleterre<sup>28</sup>. Cependant, cette notion a parfois été mobilisée, par certains présidents surtout, pour permettre au chef de l'État de ne pas avoir un rôle totalement passif.

#### B. — *Un arbitrage le plus souvent neutre ou contesté à l'étranger*

L'expérience des autres pays apporte des enseignements concordants et complémentaires. Nous évoquerons seulement des régimes démocratiques, et spécialement ceux qui sont les plus comparables au nôtre, et en particulier les pays de l'U.E. Dans le régime présidentiel des États-Unis, puisque le Président est évidemment le chef de l'exécutif, la notion d'arbitrage est inutile, de même que dans le régime directorial de la Suisse.

Parmi les régimes parlementaires, on distingue entre les régimes parlementaires monoreprésentatifs, à savoir les régimes parlementaires classiques comme la Grande-Bretagne, et les régimes parlementaires bireprésentatifs, dans lesquels le Président de la République est, à l'instar des membres de la

26 « Je ne permets à personne de diriger deux choses : la Guerre et les Affaires extérieures. Pour le reste, je suis très coulant. Mais il ne faut pas qu'on oublie que c'est moi le gouvernement parce que je suis le pouvoir exécutif. Les ministres sont mes commis. S'ils ne marchent pas à ma fantaisie, je les change », Jules Grévy se confiant à un ami, cité par A. Dansette. Soulignons que ce propos sempiternellement cité pour essayer de trouver des racines historiques à la théorie du domaine réservé ne correspond pas du tout à une description objective de la pratique dominante de la III<sup>e</sup> République, où c'était au contraire le Président du Conseil, à savoir le Premier ministre, qui dirigeait ces secteurs comme les autres. Cf. C. Planton, *Le Président de la République dans les régimes parlementaires bireprésentatifs européens*, Thèse, Lyon 2, 2003.

27 Cf. M.-A. Cohendet, « Commentaire de l'article 9 de la Constitution », dans F. Luchaire et G. Conac, *La Constitution de la V<sup>e</sup> République*, 2<sup>e</sup> éd. 2009.

28 C. Pimentel, « Les origines du pluralisme comme phénomène politique », in L. Fontaine (dir), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

première chambre du Parlement, élu au suffrage universel direct, comme en France (régimes souvent qualifiés de semi-présidentiels mais qui restent fondamentalement une sous-catégorie des régimes parlementaires dès lors que le gouvernement y est responsable devant le parlement)<sup>29</sup>. Parmi les 27 pays de l'U.E., on compte 1 régime présidentiel (Chypre) et 26 régimes parlementaires, dont 15 monoreprésentatifs et 11 bireprésentatifs.

### 1 - Des textes généralement respectés

Parmi tous *les textes des constitutions* des 25 régimes parlementaires de l'U.E. autres que la France, un seul attribue explicitement un rôle d'arbitre au chef de l'Etat : celui de la monarchie espagnole. Son article 56 constitutionnalise le pouvoir imaginé par Constant : « Le roi est le chef de l'Etat, symbole de son unité et de sa pérennité ; il est l'arbitre et le modérateur du fonctionnement régulier des institutions ; il est le plus haut représentant de l'Etat espagnol dans les relations internationales [...] ». Sinon, deux constitutions font du chef de l'Etat un « régulateur » (Grèce<sup>30</sup>) ou un médiateur (Roumanie). Ainsi, dans la Constitution roumaine, il est prévu que : « Le Président roumain veille au respect de la Constitution et au bon fonctionnement des autorités publiques. *Dans ce but*, le Président exerce la fonction de *médiation* entre les pouvoirs de l'État, ainsi qu'entre l'État et la société » (art. 80 al. 2, souligné par nous). Dans quelques autres cas, les pouvoirs du chef de l'Etat sont assez proches de ceux de notre président, et parfois plus importants, mais il n'est pas qualifié d'arbitre, ni de pouvoir régulateur ou modérateur<sup>31</sup>. Lorsque la constitution n'attribue pas explicitement au Président une mission d'arbitre, une partie de la doctrine qualifie parfois certaines compétences du chef de l'Etat de compétences arbitrales, tandis que d'autres auteurs contestent cette qualification. L'attribution d'un pouvoir d'arbitrage ou de modération au chef de l'Etat est donc très rare, et peut s'observer dans des régimes parlementaires monoreprésentatifs (Espagne, Grèce) ou bireprésentatifs (Roumanie).

Quels sont ces pouvoirs d'arbitrage ? Ce sont pour l'essentiel des pouvoirs qui permettent de débloquer une situation entre le parlement et le gouvernement ou entre les gouvernants et le peuple, comme le droit de dissolution, la nomination du Premier ministre et/ou du gouvernement, la révocation du Premier ministre (très rarement reconnue dans des régimes bireprésentatifs, et jamais en régime monoreprésentatif), le droit de message, le recours au référendum<sup>32</sup>. Ainsi, Constance Grewe et Hélène Ruiz-Fabri observent que

29 Sur ces notions, cf. M.-A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, préc., et « La classification des régimes politiques », *Mél. Michel Troper*, Economica, 2006.

30 Cf. *infra*, II.

31 C. Grewe et H. Ruiz-Fabri, *Droit constitutionnel des pays de l'U.E.*, PUF, 1995, p. 495, *contra*, Horst H. Bahro, « Virtues and Vices of Semi-presidential Government », *Journal of Social Sciences and Philosophy*, Vol. 11, Number 1, March 1999, Sun Yat-Sen Institute for social and philosophy Academia Sinica, Taiwan, p. 56.

32 Voir *infra* la liste de ces pouvoirs sous la V<sup>e</sup> République. (*Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995).

« l'arbitrage peut être cantonné à des attributions clairement identifiées mais il peut aussi avoir une portée plus générale, comme la pratique des messages royaux en Espagne [...]. La dissolution d'une assemblée ou la nomination d'un chef de gouvernement sont également considérées comme des compétences typiquement arbitrales »<sup>33</sup>. Mais des auteurs proposent d'autres qualifications et classements. Ainsi pour Horst H. Bahro, il y a deux grandes catégories de pouvoirs du Président dans les régimes dits « semi-présidentiels » (parlementaires bireprésentatifs). Il regroupe d'un côté les pouvoirs se rattachant au rôle créatif du président, (étant entendu que le Président est en mesure de jouer un rôle créatif quand il est en position de produire une nouvelle situation politique) : la formation du gouvernement, la révocation du gouvernement, la dissolution du parlement, et d'un autre côté les pouvoirs d'interférence qui peuvent en particulier se traduire par un droit de veto et permettent au Président d'intervenir dans le pouvoir législatif, dans la nomination aux emplois importants, de disposer de pouvoirs d'exception et de pouvoirs de crise, d'intervenir dans les domaines de la défense et de la diplomatie, de disposer du droit de grâce, de message, d'accorder des décorations<sup>34</sup>.

On pourrait croire qu'il n'y a pas de différence entre les régimes parlementaires mono- ou bi-représentatifs de ce point de vue, puisque ce type de pouvoir peut être attribué au chef de l'État dans ces différents régimes. En réalité, il existe au contraire une différence très claire entre ces deux catégories de régimes parlementaires. En effet, dans les régimes parlementaires mono-représentatifs, ces pouvoirs ne sont que formellement attribués au chef de l'État, car il ne détient en principe aucun pouvoir de décision sur ses actes, du fait qu'ils sont en principe tous soumis à contreseing et/ou conditionnés par l'intervention d'un autre organe. Au contraire, ce type de pouvoir *peut* être dispensé de contreseing en régime bireprésentatif (puisque la légitimité du Président y est plus forte). Cette *potentialité* n'est pas toujours réalisée dans les régimes bireprésentatifs, mais elle n'existe que dans cette catégorie (du moins de nos jours).

Au sein des régimes parlementaires bireprésentatifs, les pouvoirs présidentiels restent, en principe, soumis à contreseing<sup>35</sup>. Cependant certaines constitutions accordent d'importants pouvoirs dispensés de contreseing au président, comme au Portugal ou en Autriche, tandis que d'autres soumettent pratiquement tous les pouvoirs présidentiels à contreseing, comme en Irlande.

33 C. Grewe et H. Ruiz-Fabri, *Droit constitutionnel des pays de l'U.E.*, PUF, 1995, p. 495.

34 « Virtues and Vices of Semi-presidential Government », *Journal of Social Sciences and Philosophy*, Vol. 11, Number 1, March 1999, Sun Yat-Sen Institute for social and philosophy Academia Sinica, Taiwan, p. 56.

35 Soulignons que les pouvoirs soumis à contreseing dépendent toujours du pouvoir de décision du Premier ministre, ce ne sont pas, en principe, des pouvoirs partagés, contrairement à ce que l'on affirme souvent en France. On ne peut à la rigueur considérer que les pouvoirs présidentiels soumis à contreseing sont des pouvoirs dépendant de l'accord de volonté du Président et du Premier ministre que dans des régimes dualistes, mais la Constitution française ne donne pas au Président le pouvoir de révoquer le Premier ministre, contrairement à ce que la pratique pourrait laisser croire.

La France se trouve dans une situation médiane. Les pouvoirs qui peuvent ainsi être reconnus au président, qui sont plus ou moins discrétionnaires ou conditionnés selon les cas<sup>36</sup>, ne reconnaissent jamais au Président *un pouvoir général de direction de l'exécutif*, ce sont des pouvoirs que l'on peut qualifier d'arbitrage (tels que définis ci-dessus). Du moins au sein de l'U.E. La situation peut être différente dans des régimes dont le caractère démocratique est discutable, comme la Russie ou certains pays d'Afrique (le Président peut alors se voir reconnaître un pouvoir plus ou moins étendu de direction de l'exécutif). Dans toutes les démocraties stabilisées de l'U.E., la constitution dispose toujours que c'est le gouvernement, dirigé par le Premier ministre, qui détermine et conduit la politique de la nation, et non pas le Président (c'est également le cas dans la Constitution actuelle de la France). Les textes établissent donc clairement une distinction entre le pouvoir exécutif qui appartient au gouvernement responsable, et le pouvoir neutre, modérateur ou d'arbitrage, qui peut être plus ou moins largement reconnu au président.

*Dans la pratique*, ces règles constitutionnelles sont en principe respectées<sup>37</sup>, de sorte que c'est toujours le gouvernement dirigé par le Premier ministre, et non pas le président, qui détermine et conduit la politique de la nation, sauf en France hors cohabitation. Ainsi, même quand il est élu directement par le peuple, le Président ne se transforme pas en chef de l'exécutif. L'arbitre ne prétend pas être un « maître absolu », ni même le maître de l'exécutif.

Le Président est-il en fait en mesure d'exercer un pouvoir d'arbitrage important ? Nous avons constaté que le premier élément de réponse à cette question dépend de ses prérogatives constitutionnelles. Il pourra éventuellement exercer un arbitrage fort si la Constitution lui reconnaît des pouvoirs importants dispensés de contreseing. Mais le deuxième élément de réponse à cette question dépend de la combinaison de divers facteurs, en particulier politiques. Deux grands cas de figure peuvent être observés, selon qu'il existe ou non une majorité stable à l'Assemblée.

Premier cas de figure, il existe une majorité stable à la Chambre. Là, il faut distinguer entre deux sous-hypothèses.

Soit la majorité parlementaire est du même bord politique que lui, alors, de deux choses l'une. Ou bien le Président est le leader de cette majorité – ce qui n'existe qu'en France au sein de l'U.E. – et alors le Président est en fait le chef de l'exécutif plutôt qu'un arbitre. Ou bien cette majorité ne le considère pas

<sup>36</sup> Les pouvoirs dispensés de contreseing, appelés « pouvoirs propres » en France, ne sont pas toujours nécessairement discrétionnaires. Ils peuvent être conditionnés, par exemple, par l'exigence d'une proposition d'acte émanant d'un autre organe, ou par des limites relatives aux circonstances (ainsi, le Président français ne peut utiliser le droit de dissolution durant l'application des pouvoirs de crise de l'article 16).

<sup>37</sup> Au moins après une période initiale de flottement durant les premières années du régime, comme on a pu l'observer par exemple en Autriche, au Portugal, en Pologne ou en Roumanie.

comme son chef et alors il est extrêmement affaibli, son pouvoir arbitral est presque nul, comme cela est parfois le cas au Portugal.

Soit la majorité parlementaire est hostile au président, on se trouve donc dans une situation de cohabitation. Le Président est alors bien plus faible que quand il est le leader de la majorité parlementaire, comme nous l'observerons pour la France. Cependant, s'il n'est pas le leader de cette majorité, la cohabitation peut lui permettre de disposer d'un pouvoir de nuisance qui lui donnera une aptitude à exercer un pouvoir arbitral plus grand que s'il partage les vues de la majorité. Dans ces deux derniers cas, le pouvoir arbitral ne sera pas nécessairement neutre politiquement.

Deuxième cas de figure, il n'y a pas de majorité claire. Alors le chef de l'État peut éventuellement exercer un pouvoir d'influence *a priori* plus important, en particulier lors de la formation du gouvernement, tout comme on l'a constaté sous les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques<sup>38</sup>. Ainsi, en période de crise, le président autrichien ou italien, ou même le roi des Belges, peut exercer un rôle de type arbitral non négligeable (alors même que les deux derniers ne sont pas élus directement par le peuple). D'autres éléments du système de variables déterminantes<sup>39</sup> peuvent également permettre au chef de l'État de jouer, en pratique, un rôle d'arbitre ou de pouvoir neutre ou modérateur. Par exemple, l'image que les citoyens se font du rôle du Président joue un rôle déterminant dans sa marge de manœuvre. On a vu un président irlandais être contraint à la démission pour avoir saisi la Cour constitutionnelle (alors que le régime est bireprésentatif), tandis qu'un président italien pouvait critiquer très clairement le gouvernement sans être contraint à la démission (alors que ce régime est monoreprésentatif).

Ainsi, le point commun entre les régimes mono- et bi-représentatifs réside dans le fait que le chef de l'État ne pourra exercer une influence « arbitrale » dans la vie politique et notamment dans la composition du gouvernement que si le contexte politique et/ou d'autres facteurs le lui permettent. Ensuite, l'ampleur des pouvoirs qu'il pourra ainsi exercer dépendra de la constitution. La différence entre les régimes parlementaires mono- et bi-représentatifs réside ici dans le fait que les premiers enferment toujours les pouvoirs d'arbitrage du président dans des limites étroites (puisque ses capacités d'action juridique sont toujours très limitées) tandis que les seconds peuvent, en fonction des dispositions constitutionnelles, reconnaître une marge d'action juridique au Président plus importante pour exercer une mission de type arbitral.

38 Ceci est particulièrement net en Finlande, où le multipartisme est très poussé. Au contraire, la reine d'Angleterre n'a guère la possibilité d'influencer, par exemple, la composition du gouvernement.

39 J'entends par là l'ensemble des éléments juridiques ou extra-juridiques autres que le texte de la Constitution qui, seuls ou combinés, exercent une influence sur le choix de l'interprétation qui sera donnée de la constitution. Par exemple, l'habitude de voir le Président diriger la diplomatie aidera le Président à conserver des pouvoirs importants dans ce domaine même en période de cohabitation. Cf. M.-A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, préc. (pays de l'U.E., et système de variables déterminantes) et « Le système de variables déterminantes », *Mél. Gicquel*, L.G.D.J. 2008, p. 119-134.

Enfin, le Président exerce-t-il ces pouvoirs d'arbitrage de manière neutre ou de manière partisane ? Ce pouvoir d'arbitrage doit être neutre, et il l'est généralement, y compris, le plus souvent, quand le Président est élu directement par le peuple. « L'arbitrage, qui consiste à proposer son propre jugement, suppose par nature une situation de conflit, qui mettrait en l'occurrence en cause le fonctionnement régulier des institutions, et n'a de sens que rendu pas un tiers réputé impartial »<sup>40</sup>. D'une manière générale, une neutralité absolue est illusoire<sup>41</sup>. Et cela, que le Président soit élu ou non directement par le peuple. Cependant, bien des facteurs peuvent inciter ou contraindre le chef de l'État à paraître neutre. Par exemple, dans les pays où les citoyens sont habitués à avoir un Président très neutre, une attitude clairement partisane du Président serait très mal perçue (comme en Irlande). Dès lors, s'il tient à conserver son poste et/ou sa popularité, le Président a bien souvent intérêt à paraître neutre. Là encore, la situation est nuancée. Quel que soit le type de régime, le chef de l'État, roi ou président (élu directement par le peuple ou pas) pourrait *a priori* avoir une attitude plus ou moins partisane. Ainsi, nous avons observé qu'en Italie, les critiques du Président contre le gouvernement peuvent être plus vigoureuses qu'en Irlande. En principe, il n'est pas toléré qu'un roi ait une posture partisane<sup>42</sup>. Quant aux présidents, leur attitude partisane sera *a priori* moins tolérée dans les régimes monoreprésentatifs que dans les régimes bireprésentatifs. Mais cela dépend aussi et parfois surtout d'autres facteurs. Le fait qu'ils soient au départ plutôt des personnalités partisans ou plutôt des hommes de consensus dépend de leur *mode d'élection*. Pas seulement du fait qu'ils soient élus directement ou pas par le peuple. Mais de la majorité requise pour leur élection. Lorsque l'on exige une majorité renforcée pour l'élection du président, il est en principe impossible que le Président soit le leader d'un des deux grands partis du pays. Une majorité renforcée, par exemple des deux tiers<sup>43</sup>, favorise le choix d'un homme de consensus. Réciproquement, le

40 C. Grewe et H. Ruiz-Fabri, *op. préc.* p. 495.

41 « *Although he represents the whole nation, his decisions can polarize the society intentionally or unintentionally. Presidents in semi-presidential systems are political institutions with their own political interests that are often used to safeguard their office. The idea that they would act as a "pouvoir neutre" is an illusion* », (bien qu'il représente l'ensemble de la nation, ses décisions peuvent polariser la société, intentionnellement ou non intentionnellement. Les présidents dans les systèmes semi-présidentiels sont des institutions politiques avec leurs propres intérêts politiques qui sont souvent utilisés pour conserver leurs fonctions (leur poste). L'idée selon laquelle ils pourraient agir comme un « pouvoir neutre » est une illusion). Ernst Veser, dans « Semi-Presidentialism-Duverger's Concept – A New Political System Model », in *Journal of Social Sciences and Philosophy*, Vol. 11, Number 1, March 1999, Sun Yat-Sen Institute for social and philosophy Academia Sinica, Taiwan, p. 56.

42 Cependant, dans des circonstances exceptionnelles un roi peut adopter une posture qui n'est pas neutre. Par exemple, Victor Emmanuel III s'est compromis avec le fascisme, mais les Italiens ont ensuite opté pour une république. Ou encore le roi des Belges a refusé de signer la loi sur l'avortement, mais il a dû renoncer à son trône pendant quelques jours, de sorte que la loi a tout de même été adoptée.

43 C'est la majorité exigée en principe en Italie et en Grèce, mais elle peut être réduite aux tours suivants si aucun candidat ne parvient à réunir autant de voix.

Président peut être nettement affaibli et paraître plus partisan lorsqu'il est élu à la majorité simple, comme dans certains pays d'Asie. Un Président choisi par le peuple à la majorité simple en un seul tour peut ainsi être élu avec seulement 15 à 20 % des voix. Il lui est alors difficile de prétendre imposer son point de vue au motif qu'il représenterait le peuple tout entier. Le choix d'un président élu à la majorité absolue à deux tours, comme en France, favorise *a priori* la désignation d'un homme plus clairement partisan. Cependant, dans tous les pays de l'U.E., à l'exception de la France hors cohabitation, le leader de la majorité parlementaire ne présente jamais sa candidature à la présidence de la République, mais toujours au poste de Premier ministre. On observe ici un effet « boule de neige » : parce que l'essentiel du pouvoir appartient au Premier ministre, et en particulier le pouvoir de diriger la politique nationale, les partis politiques présentent leur leader à ce poste. Dès lors, le Premier ministre dispose d'une légitimité politique de leader de la majorité supérieure à celle du président.

Il ressort de l'ensemble de cette analyse comparative que le chef de l'État peut être regardé comme un arbitre dans divers types de régimes parlementaires, en fonction de plusieurs facteurs. Cependant, cette fonction arbitrale reste, d'une manière générale, extrêmement réduite, en droit comme en fait, dans les régimes parlementaires classiques (monoreprésentatifs). En pratique, même dans les régimes parlementaires bireprésentatifs, même quand le président dispose de pouvoirs d'arbitrage importants et peu ou pas conditionnés, le Président joue pratiquement le même rôle, essentiellement passif, et c'est seulement en cas de crise ou d'instabilité qu'il peut exercer une influence généralement très limitée sur la politique nationale.

## 2 - Une notion parfois contestée

A l'étranger, la tendance à terme est soit à l'affirmation du pouvoir présidentiel qui tend alors à être autoritaire, comme en Russie actuellement, soit au contraire à un effacement du président, dont le rôle politique n'est guère plus important qu'en Angleterre. Et pourtant, contrairement à ce qu'un esprit français est enclin à penser du fait de l'analyse classique des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques, la plupart de ces régimes connaissent une excellente stabilité gouvernementale. Il n'est pas du tout nécessaire d'avoir un président arbitre fort pour connaître une réelle stabilité gouvernementale. Et ces pays ne sont pas moins démocratiques que le nôtre. Dans bien des cas, tout se passe comme si le Premier ministre était élu quasi directement par le peuple (ainsi en Grande-Bretagne ou en Espagne).

Pour la doctrine française, la notion de pouvoir arbitral semble souvent aller de soi<sup>44</sup>. Et pourtant, l'analyse de l'histoire et du droit comparé devrait nous inciter à constater que l'intervention du chef de l'État dans la vie politique au nom de son pouvoir arbitral ou modérateur, loin d'être un élément

<sup>44</sup> Cf. not. Ph. Ardant, « Arbitrage », *Dictionnaire de droit constitutionnel préc.*, p. 40 ; ou C. Grewe et H. Ruiz-Fabri, *Droit constitutionnel des pays de l'U.E.*, préc., p. 495, ou M.-A. Cohendet, *Le Président de la République*, Dalloz, 2002, 2<sup>e</sup> éd. à paraître en 2009.



qui favorise la stabilité politique, est au contraire un élément qui peut déstabiliser le régime. Si le Président de la III<sup>e</sup> République n'avait pas prétendu jouer ce rôle « arbitral », la majorité parlementaire aurait probablement pu se structurer autour d'un premier ministre légitime car leader de la majorité, et puissant car doté d'un droit de dissolution (qui lui avait été indûment confisqué par Mac Mahon). En France, comme à l'étranger, on peut même se demander dans quelle mesure la notion de pouvoir arbitral n'a pas un effet pervers majeur : le chef de l'État observant que son pouvoir est d'autant plus grand que la majorité parlementaire est divisée, il aura naturellement tendance à diviser la majorité pour mieux régner. À moins qu'il parvienne, comme en France, à être le leader incontesté de la majorité parlementaire, ce qui lui permettra d'être plus puissant... sauf en période de cohabitation, où il devient plus faible encore. Ainsi, parce qu'elle a été fondée sur une analyse faussée des causes fondamentales de l'instabilité gouvernementale sous les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques, la V<sup>e</sup> République aurait constitutionnalité le défaut initial de ces régimes, à savoir l'importance excessive du Président au nom du pouvoir arbitral.

En dehors de nos frontières, la notion de pouvoir arbitral du Président est loin d'être aussi largement admise et elle fait parfois l'objet de critiques vigoureuses. Et cela particulièrement sous la plume de collègues allemands, comme Horst Bahro, qui n'ont pas oublié que la Constitution de Weimar est la grand-mère indigne des régimes dits « semi-présidentiels » (parlementaires bireprésentatifs). Ils soulignent que cette notion est loin d'aller de soi dans les régimes parlementaires. « Assez souvent, le Président en régime semi-présidentiel est qualifié de “pouvoir neutre” ou “au-dessus des partis”, comme tous les présidents de ces régimes tendent à se percevoir ou à se caractériser. Cela suggère qu'il peut agir comme un “arbitre” vis-à-vis du Premier ministre et du parlement. Une telle dénomination ne pourrait en aucun cas être mentionnée dans des régimes présidentiels ou parlementaires : le Président en régime présidentiel peut seulement être opposé à la majorité parlementaire, à moins qu'elle soit du même bord que lui ; et en régime parlementaire, le Président élu indirectement esquivera les conflits avec la majorité quelle qu'elle soit. Comme les présidents des régimes semi-présidentiels se qualifient eux-mêmes de “représentant du peuple tout entier”, “gardien de la Constitution”, et autres expressions comparables, ils peuvent l'emporter par ce biais. Mais cette image de neutralité, très proche de la métaphore de l'équilibre des pouvoirs dans le système politique, doit être remise en cause, *a priori*, en ce qu'elle ne correspond pas aux conclusions empiriques. Si un gouvernement, par définition, dépend du parlement, le Président ne peut pas jouer un rôle de réconciliateur tout simplement parce qu'il n'y a pas besoin de réconciliation entre un gouvernement soutenu par [la majorité du] parlement et le parlement lui-même. Si le parlement ne soutient plus le gouvernement, le président du régime semi-présidentiel pourrait tout au plus se mettre du côté du Premier ministre. Dans ce cas, il prendrait sans aucun doute le parti d'un parti, au mépris du principe majoritaire et se placerait au-dessus du parlement, lequel

est supposé refléter la volonté du peuple »<sup>45</sup>. Cet auteur observe ensuite, comme nous l'avons fait ci-dessus, que la situation est différente lorsque la formation du gouvernement est difficile. En cas d'instauration d'un gouvernement présidentiel, à savoir de gouvernement choisi par le Président sans que la confiance explicite du parlement lui soit accordée, il constate une déviation par rapport à la responsabilité du gouvernement devant le parlement. Il observe qu'en cas de grande fragmentation des partis politique, même polarisés, le rôle du Président peut se rapprocher de celui d'un dictateur, comme cela se produisit à la fin de la République de Weimar<sup>46</sup>.

## II. — UN ARBITRAGE ETENDU JUSQU'À SA NEGATION SOUS LA V<sup>e</sup> REPUBLIQUE

Sous la V<sup>e</sup> République, « l'arbitrage » présidentiel est généralement « interprété » comme étant autoritaire, ou directif en fait, alors qu'il est neutre ou modérateur en droit. Le choix des termes directif et modérateur peut se discuter. On entendra ici par directif, ou autoritaire, une conception de l'arbitrage qui se réfère à la notion de souverain, de « maître absolu », et au nom de laquelle le Président aurait un pouvoir de direction des institutions au ou moins de l'exécutif. Par modérateur, ou juridique, on entendra un arbitrage plus neutre qui se rapproche de la théorie du pouvoir neutre ou modérateur esquissé par l'abbé Fauchet au moment de la Révolution<sup>47</sup> et développée ensuite par Constant et Prévost-Paradol.

45 Horst H. Bahro, traduit par nous, texte original : « Quite often, the semi-president is labelled the "neutral power" (*pouvoir neutre*) or he – "above the parties", as all semi-presidents tend to perceive themselves – characterizes himself as such. This suggests that he can act as an "arbiter" *vis-à-vis* prime minister and parliament. Such a denomination can never crop up in either presidential or parliamentary regimes : the president in a presidential regime can only be opposite to the parliamentary majority, unless it is his ; and in parliamentarism, the (indirectly elected) president will dodge conflict with any majority. As semi-presidents call themselves "representative of the whole people", "safeguard of the constitution", and such like, they may carry this bias with them (Junker 1963: 30). But this image of neutrality, very close to the metaphor of a "balance" in the political system, must be called in question *a priori*, that is, independent of empirical findings. If a government, by definition, depends on parliament, the president cannot play a reconciling role simply because there is no need for reconciliation between a government supported by (the majority of) parliament and parliament itself. If parliament no longer supports the government, the semi-president may at best side with the prime minister. In this case he would definitely take the part of one party, contradict the majority principle and put himself over parliament which is supposed to reflect the will of the people. », in « Virtues and Vices of Semi-presidential Government » *Journal of Social Sciences and Philosophy*, Vol. 11, Number 1, March 1999, Sun Yat-Sen Institute for social and philosophy Academia Sinica, Taiwan, p. 6.

46 Cet auteur rappelle que l'article 50 de la Constitution de Weimar imposait le contreseing de tous les actes du président, mais cela n'empêcha pas Hindenburg de donner des ordres dépendant de sa seule volonté et, à la fin, de nommer Hitler chancelier (art. préc. p. 24).

47 Cf. P. Rosanvallon, *La Contre-démocratie, la politique à l'âge de la défiance*, Seuil, 2006.

Bien des débats, sous la V<sup>e</sup> République, sont centrés implicitement ou explicitement autour de l'opposition de ces deux notions opposées de l'arbitrage présidentiel.

Un demi-siècle après l'avènement de la constitution, lors de sa révision, on a cru pouvoir concilier ces deux visions antinomiques de la mission présidentielle en proposant de disposer à l'article 5 de la Constitution que le Président ne serait plus seulement un arbitre, mais en outre le dirigeant de la politique de la nation (aux lieux et place du chef du gouvernement contrôlé par les parlementaires)<sup>48</sup>. Comment peut-on être à la fois un arbitre entre le législatif et le gouvernement (ou entre les gouvernants et le peuple), et le dirigeant du gouvernement ? Le plus surprenant fut que cette incohérence ne semblait pas poser de problème à bien des observateurs, tant elle paraissait être une simple constitutionnalisation de la pratique. On a fort heureusement renoncé pour l'instant à cette réforme dangereuse. Mais il demeure que la pratique est aujourd'hui marquée par une vision partisane et dirigiste de la fonction présidentielle, fort éloignée du texte de la Constitution, selon lequel le rôle du Président de la République n'est certainement pas de diriger le gouvernement, mais d'être essentiellement un arbitre (donc neutre, ou modérateur) (A). Or cet écart entre le fait et la norme pose de réels problèmes (B).

#### A. — *De la manipulation à la négation de l'arbitrage contre le texte*

L'article 5 de la Constitution définit la mission du Président comme étant essentiellement arbitrale :

« 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'État.

Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités. »

Cet article ne confère par lui-même aucun pouvoir au président. Sa raison d'être est d'expliquer la mission présidentielle, donc le sens des pouvoirs conférés au Président dans divers articles de la constitution. Son objet est donc de limiter l'ensemble des pouvoirs du Président par rapport aux objectifs fixés par ce texte. De surcroît ce pouvoir n'est pas dispensé de contreseing, ce qui confirme encore qu'il ne confère, en lui-même, aucun pouvoir au président, il donne simplement un éclairage à l'ensemble de la constitution. Ceci correspond bien à la conception de de Gaulle dans le discours de Bayeux et lors de l'adoption de la Constitution : « Qu'au-dessus des contingences politiques soit établi un arbitrage national qui fasse valoir la continuité au milieu des combinaisons »<sup>49</sup>. Pour cela « le Président de la République [...] est

<sup>48</sup> Rapport du Comité Balladur en ce sens à l'automne 2007, cf. *infra*.

<sup>49</sup> Discours de Bayeux, 16 juin 1946.

essentiellement un arbitre qui a pour mission d'assurer, quoi qu'il arrive, le fonctionnement des pouvoirs publics »<sup>50</sup>.

Le texte de l'article 5 dicte plusieurs interrogations. D'abord, peut-on dissocier les différents alinéas de ce texte, ou doit-on les regrouper ? Chaque phrase correspond à l'un des trois volets de la fonction présidentielle : le Président est celui qui veille, celui qui exerce un arbitrage et celui qui est le garant. Une définition étroite de l'arbitrage présidentiel pourrait limiter sa portée à la deuxième phrase de cet article et donc aux seuls domaines du fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi qu'à la continuité de l'État. Néanmoins, au-delà de cette distinction qui n'est pas sans pertinence, les trois pans de ce triptyque sont indissociables et relèvent fondamentalement de la même notion générale de pouvoir d'arbitrage. Cela résulte très clairement de la finalité de l'arbitrage qui, sur ces points au moins, n'est guère discutée. De Gaulle a été, à juste titre, traumatisé par la remise des pleins pouvoirs à Pétain. Un de ses objectifs majeurs dans cette Constitution est d'éviter que cela puisse se reproduire. C'est pour cela qu'il fait du Président un garant de la constitution<sup>51</sup> et de l'intégrité du territoire. Le début et la fin de l'article 5 indiquent donc les deux objectifs qui justifient le moyen général et central qu'est l'arbitrage du président. Le Président doit être un arbitre pour pouvoir être celui qui veille et qui est le garant<sup>52</sup>.

Cette première interrogation en a généré d'autres, qui sont également liées à la raison d'être et aux limites de l'arbitrage. Si le Président est un arbitre, ne doit-il pas être un *tiers* par rapport aux parties, être *neutre* ? Qui sont les *parties* ? S'agit-il seulement des pouvoirs publics, ou bien aussi du peuple ? Quels sont les *litiges* qu'il doit trancher ? Doit-il les trancher *seulement en appliquant les règles de droit*, ou peut-il statuer en équité, ou en imposant ses conceptions politiques ? Et comment, précisément, peut-il *trancher* ces litiges ? Agit-il en imposant sa décision de manière définitive ou les parties peuvent-elles se pourvoir devant un tribunal suprême ? La réponse à toutes ces questions dépend surtout de la définition que l'on donne d'un arbitre : un maître absolu ou un arbitre juridique.

Il en va de même si l'on s'interroge sur les instruments qui sont mis à la disposition du Président pour exercer sa mission générale d'arbitrage. Ce sont sans aucun doute les pouvoirs propres. Mais ces pouvoirs dispensés de contre-seing peuvent-ils être exercés librement ou seulement conformément aux finalités précisées dans l'article 5 ? Ces instruments sont-ils en outre les pouvoirs soumis à contre-seing ? Et si la réponse est positive, doit-on en déduire

50 Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel, 1960, p. 118.

51 Même s'il n'est pas le seul, notamment du fait de l'existence du Conseil constitutionnel. Sur cette notion, cf. *infra*.

52 Comme nous l'avons vu ci-dessus, ce lien, très clair à l'article 5 de notre Constitution, est encore plus explicite à l'art. 80, al. 2 de la Constitution de la Roumanie : « Le Président roumain veille au respect de la Constitution et au bon fonctionnement des autorités publiques. *Dans ce but*, le Président exerce la fonction de médiation entre les pouvoirs de l'État, ainsi qu'entre l'État et la société », art. 80 al. 2.

qu'ils sont des pouvoirs qui restent formels ou deviennent-ils des pouvoirs partagés avec le Premier ministre ? Cela dépend également de la définition que l'on donne de l'arbitre.

Nous avons constaté que les dictionnaires classiques proposent deux définitions de l'arbitrage. En pratique, le plus souvent, c'est la vision d'un arbitre « maître absolu » qui semble avoir été imposée par nos présidents (1), alors même que selon la Constitution le Président doit être un arbitre au sens juridique du terme, à savoir un pouvoir modérateur (2).

### **1 - Une conception le plus souvent ambiguë ou autoritaire de l'arbitrage dans les faits**

Les quatre cinquièmes du temps, c'est-à-dire tout le temps sauf durant les neuf années de cohabitation, la notion d'arbitrage présidentiel semble avoir été entendue par nos présidents de manière très directive ou, au mieux, de manière ambiguë (a). C'est seulement en période de cohabitation que l'on en vient à une acception de la fonction présidentielle plus proche du texte constitutionnel (b).

#### a) Hors cohabitation : un arbitre directif ou un arbitre et un directeur

Tous nos présidents « se sont plu à se proclamer arbitre lorsqu'il fallait rassurer sur leurs intentions, faire accepter des décisions difficiles, assumer le personnage de Président de tous les Français ». Mais ils ont préféré se qualifier de « guide » (de Gaulle), de « premier responsable national » (Pompidou, Mitterrand), formules qui « dépassent de beaucoup le contenu de l'arbitrage – même dans sa conception la plus extensive –, le Président est le maître de la politique gouvernementale »<sup>53</sup>.

De Gaulle, peut-être pour qu'on lui laisse les coudées franches, se plaisait à dire que ses successeurs n'auraient pas nécessairement la même interprétation de la Constitution que lui. Mais le premier pli qu'il imprima à la pratique de notre Constitution devait marquer très fortement la pratique ultérieure. Contrairement à l'image que peut donner la conférence de presse précitée du 31 janvier 1964, ou contrairement à la pratique actuelle, il ne dirigea pas personnellement tous les domaines. Il dirigeait surtout la défense et la diplomatie. Pour le reste, lorsque ses ministres venaient le consulter afin qu'il tranchât leurs différends, il les renvoyait en leur disant que c'était l'affaire du Premier ministre. Cependant, son interprétation de l'arbitrage présidentiel était déjà tout à fait extensive. Il expliqua en substance qu'arbitrer c'est exercer son autorité, or l'autorité tout entière appartient au « chef » de l'État (qui n'est jamais qualifié ainsi par la constitution). Le chef est celui qui dirige, qui a de l'autorité. Donc arbitrer c'est diriger. Il semble qu'il y ait assimilation, confusion entre l'arbitrage et l'autorité, ou même que la notion d'arbitrage s'efface largement pour faire place à celle d'autorité. Des professeurs de droit, un ancien Président de la République et une partie de la classe politique ne

<sup>53</sup> Ph. Ardant, « Arbitrage », *Dictionnaire constitutionnel* préc., p. 41.

manquèrent pas de s'indigner de cette « interprétation » contraire à la Constitution et à la notion même d'arbitrage. Mais en vain. À partir de la crise de 1962, le combat des parlementaires contre les abus de pouvoirs présidentiels s'étant soldé par une défaite, ils s'inclinèrent le plus souvent et se comportèrent dans bien des cas comme s'ils devaient leur élection au président.

Pompidou n'avait pas la légitimité, à la fois charismatique et traditionnelle, de l'homme du 18 juin. Mais il fut peut-être plus gaulliste que de Gaulle, plus autoritaire dans sa conception de l'arbitrage présidentiel. Il affirma que l'arbitrage du Président ne saurait être entendu au sens de l'arbitrage sportif. Il en appela au *Littre*, pour déclarer que : « L'arbitre est quelqu'un qui dispose de tous les pouvoirs et qui décide souverainement »<sup>54</sup>. Il s'autoproclama « premier responsable national »<sup>55</sup>. Expression qui ne manque pas de sel quand on sait que, justement, le Président de la République est irresponsable. Il y a ici plutôt confusion entre responsabilité et pouvoir. Confusion éminemment problématique dans un régime qui reste fondamentalement parlementaire malgré l'élection directe du Président. Bien plus que de Gaulle, il s'efforça de dominer le Premier ministre, allant jusqu'à révoquer un premier ministre qui venait d'avoir la confiance de l'Assemblée (J. Chaban-Delmas).

Valéry Giscard d'Estaing sembla, lui, un peu gêné par cette vision de l'arbitrage qui heurte si fortement le sens commun. Aussi, dans son discours de Verdun-sur-le-Doubs, à la veille des élections législatives le 27 janvier 1978, il préféra dissocier l'arbitrage de la direction (« responsabilité ») mais sans préciser quel est le fondement textuel de la seconde. « Le Président de la République n'est pas un partisan, il n'est pas un chef de parti. Mais il ne peut pas non plus rester indifférent au sort de la France. Il est à la fois arbitre et responsable. Sa circonscription, c'est la France. Son rôle, c'est la défense des intérêts supérieurs de la nation. [...] comme arbitre, je m'exprimerai avec modération, hors des polémiques et des querelles de personne, mais comme responsable, je vais vous parler du bon choix ». Il eut une pratique plus présidentialisée que Pompidou, allant jusqu'à s'occuper de nominations de sous-préfets. Le Premier ministre Chirac claqua la porte de Matignon, indigné que le Président ne lui laissât pas les moyens d'assumer sa mission.

François Mitterrand, pour sa part, s'installa confortablement dans le vêtement dont on croyait qu'il avait été fait sur mesure pour le général de Gaulle. « Le Président exerce à la fois une fonction d'autorité, notamment dans les domaines désignés par l'article 5 de la Constitution, et une fonction d'arbitrage, de conciliation, de conseil en de multiples circonstances »<sup>56</sup>. Il prétendit que le gouvernement est là pour exécuter la politique définie par le président, alors qu'il avait à juste titre démontré dans le *Coup d'État permanent* que cette interprétation est inacceptable<sup>57</sup>. Il put avoir une pratique

54 G. Pompidou, réponse à G. Altschuler, le 23 sept. 1971, cf. *Entretiens et discours*, t. I, p. 116.

55 Cité par J. Gicquel, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 22<sup>e</sup> éd. 2008, p. 574.

56 Mitterrand, Entretien avec O. Duhamel, *Pouvoirs* n° 45, 1988.

57 Cf. son Interview télévisée du 9 décembre 1981.

encore plus présidentialiste que son prédécesseur, puisqu'il avait été le leader du parti majoritaire à l'Assemblée.

Jacques Chirac revint à une conception relativement plus proche de celle du général de Gaulle au début de la V<sup>e</sup> République. Dès le début de son mandat, il laissa assez largement le gouvernement gouverner, se réservant surtout la direction de la défense et de la diplomatie.

Le Président actuel dépasse tous les sommets de présidentialisme. Caricaturant la veine pompidolienne, il se comporte en « maître absolu » du gouvernement, de la majorité parlementaire, du parti qui l'a porté au pouvoir... aucun secteur d'activité ne semble pouvoir échapper à sa volonté de direction... pas même les médias que l'on croyait devoir être indépendants en démocratie<sup>58</sup>. La notion d'arbitrage semble avoir disparu. Seul reste le pouvoir de direction.

Au motif qu'ils étaient les gardiens de la constitution, nos présidents se crurent autorisés à en devenir les maîtres<sup>59</sup>. Tandis que l'article 5 avait pour objet de limiter leurs pouvoirs, ils se comportèrent comme s'il était un chapeau de prestidigitateur dont, au nom de la théorie des compétences implicites, ils pourraient déduire n'importe quel pouvoir, et en particulier celui de diriger la politique nationale<sup>60</sup>.

Cette libre interprétation de la Constitution par nos présidents, parfois abusivement assimilée à la norme constitutionnelle, ne trouve guère de borne que dans la cohabitation. Lorsque la majorité parlementaire ne vient plus s'incliner devant le président, mais lui rappelle que nous avons une constitution, un texte qu'il conviendrait de respecter, alors le Président ne peut plus interpréter la Constitution selon son bon plaisir, et il est contraint de revenir à une conception plus modérée de l'arbitrage.

b) En période de cohabitation, un pouvoir modérateur partisan

Il a fallu attendre la cohabitation pour redécouvrir que le Président de la République n'est pas le chef de l'exécutif, mais un arbitre. Dans ce contexte politique, la Constitution ne peut plus être bafouée impunément. Les Français découvrent avec un peu d'étonnement que ce n'est pas le Président mais le Premier ministre qui doit diriger l'action du gouvernement (art. 21), et que c'est cet organe collégial qui « détermine et conduit la politique de la nation » (art. 20)<sup>61</sup>. La pratique institutionnelle est beaucoup plus conforme au texte de

58 Dès lors que le Président exige de nommer le Président de France-télévision en particulier.

59 La notion de « gardien de la Constitution » peut être dangereuse, comme on l'a vu sous la plume du théoricien du nazisme, Carl Schmitt, qui entendait sur ce fondement interpréter très largement les pouvoirs du chef de l'État. Kelsen préconisait au contraire que ce gardien soit le juge constitutionnel. Cf. H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ? (citations)* éd. Michel Houdiard (Les sens du droit), 2006 et « Un dialogue de sourds ? » in O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La Controverse sur le gardien de la Constitution et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, Editions Panthéon-Assas, p. 197-207.

60 Dans le même sens, cf. Ph. Ardant, art. préc. à *Pouvoirs*.

61 Cf. M.-A. Cohendet, « Commentaire de l'article 21 de la Constitution », préc.

la Constitution que durant toutes les années précédentes, même si quelques abus de pouvoirs présidentiels persistent<sup>62</sup>.

Entre 1986 et 88 puis entre 1993 et 95, François Mitterrand fut contraint de revenir à un arbitrage modérateur. Il n'était plus question qu'il prétende diriger ni même codiriger l'exécutif. Il profita de l'image de la neutralité conférée par la mission arbitrale pour se placer au-dessus de la mêlée politique : « Je dois veiller à ce que les décisions du gouvernement ou de la majorité ne soient pas attentatoires à ce qu'il y a de sain, de bon et de nécessaire dans l'unité nationale »<sup>63</sup>. Pour autant, l'arbitrage présidentiel n'était certainement pas neutre politiquement. Il s'agissait plutôt d'un contre-pouvoir partisan au sommet. Le Président ne manqua pas une occasion de critiquer la politique gouvernementale et prétendit encore avoir un pouvoir partagé avec le Premier ministre dans le prétendu domaine réservé, alors que ses pouvoirs soumis à contreseing auraient dû être des pouvoirs formels dans ce secteur comme dans les autres. Après ces brèves parenthèses, Jacques Chirac dut cohabiter durant cinq années avec une majorité et un gouvernement socialistes. Certains avaient craint que la cohabitation ne nous renvoie à l'instabilité gouvernementale de la IV<sup>e</sup> République. Le gouvernement de la troisième cohabitation fut au contraire le plus stable, le plus long de toute la V<sup>e</sup> République.

On pourrait croire que l'avènement du quinquennat et l'inversion du calendrier électoral écartent toute hypothèse de nouvelle cohabitation. Ce serait une erreur. Bien qu'improbable, elle n'est pas exclue<sup>64</sup>. Cette expérience constitutionnelle a joué un rôle important. Elle a occupé neuf ans sur les vingt-deux dernières années. Mais surtout, elle a conduit à des remises en cause utiles, en particulier pour la notion d'arbitrage présidentiel. Elle a montré que le retour à une pratique parlementariste dans laquelle le Président est pratiquement un arbitre au sens juridique ne remet en cause ni la stabilité gouvernementale, ni celle du régime. Il n'est pas du tout nécessaire que le Président prétende que l'arbitre est un « maître absolu » et dirige l'exécutif aux lieux et place du gouvernement et en violation de la Constitution pour que nos institutions fonctionnent de manière satisfaisante. Elle a eu quelques inconvénients, sans doute, mais qui trouvaient pratiquement tous leur source dans les quelques abus de pouvoirs persistants du Président<sup>65</sup>. Avant la cohabitation, il semblait évident que le peuple, par le seul fait qu'il n'avait pas fait une révolution contre la pratique présidentialiste, approuvait cette pratique. Or la cohabitation a permis aux différents présidents, alors même

62 M.-A. Cohendet, *La Cohabitation, leçons d'une expérience*, PUF (Recherches politiques), 1993, 343 p.

63 À la Roche de Solutré, le 18 mai 1986.

64 En cas de dissolution, de décès ou destitution du Président par exemple, mais aussi en cas d'élection concomitante d'un président et d'une assemblée de bords opposés. Cela n'est pas inconcevable. On a déjà vu les Portugais élire à quelques semaines d'écart un Président et une majorité parlementaire de bords opposés.

65 Cf. M.-A. Cohendet, *La Cohabitation, op. préc.*



qu'ils venaient d'être battus et que leur côte était au plus bas, de battre tous les records de popularité et d'être aisément réélus.

Certains juristes ont dénoncé cette manipulation de l'arbitrage visant à étendre démesurément les pouvoirs présidentiels, en violation de la Constitution. Ainsi, Philippe Ardant souligne que « tous les présidents ont violé la Constitution dont ils avaient la garde »<sup>66</sup>. D'autres s'inclinent devant cette pratique et quelques-uns l'assimilent à la norme constitutionnelle. Pour des motifs tout à fait différents et quelles que soient par ailleurs leurs opinions. Une des théories très en vogue actuellement est la théorie réaliste de l'interprétation, selon laquelle les termes de la Constitution n'ont pas de sens, ce ne sont qu'une suite de signes, dépourvus de sens et c'est l'interprète qui crée la norme. Donc, quand le Président de la République interprète la Constitution, il crée la norme. Ainsi, l'arbitrage dans notre Constitution serait un arbitrage autoritaire par le seul fait que les présidents l'auraient interprété en ce sens. Du moins en dehors des périodes de cohabitation. On peut au contraire considérer que le texte constitutionnel a généralement du sens, même si ce n'est pas toujours un sens absolument incontestable et que l'on peut déduire ce sens du texte par l'interprétation doctrinale<sup>67</sup>. Dans une démocratie, la constitution est l'expression de la volonté du peuple et, à ce titre, elle devrait être respectée, appliquée. Son objet, sa raison d'être, est de limiter les pouvoirs des gouvernants. Il s'agit de voir si cette norme est respectée. Il est parfaitement compréhensible que les présidents tentent de nous faire croire que leurs pouvoirs sont très supérieurs à ceux que leur accorde la constitution. En revanche, il n'appartient pas nécessairement à la doctrine de s'incliner devant le fait du prince pour accorder le label de « norme constitutionnelle » à ses abus de pouvoirs. Il convient donc ici de rechercher quel est le sens de l'arbitrage présidentiel dans le texte de la Constitution.

## 2 - Un arbitrage modérateur selon la Constitution

Après avoir observé de quelle manière nos présidents successifs ont interprété la notion d'arbitrage présidentiel pour essayer de légitimer leur pratique, il convient de confronter ces faits à la norme constitutionnelle. L'affirmation selon laquelle « L'arbitre est quelqu'un qui dispose de tous les pouvoirs et qui décide souverainement » (Pompidou) est-elle conforme à notre Constitution ? Doit-on considérer que l'arbitre est un maître absolu ou doit-on entendre cet arbitrage au sens juridique ?

Le simple constat que notre Constitution est un texte juridique et non pas un roman ou une œuvre d'un autre style devrait suffire à imposer une interprétation juridique de l'arbitrage. Mais puisque certains auteurs estiment que

66 Ph. Ardant, « L'article 5 et la fonction présidentielle », art. préc. à *Pouvoirs*, p. 51.

67 Sur ces débats, cf. not. M.-A. Cohendet, « Légitimité, effectivité, validité » *Mélanges P. Avril*, préc.

cette notion est ambiguë<sup>68</sup>, et que d'autres affirment que cet arbitrage peut être entendu comme un pouvoir de direction<sup>69</sup>, mettons en œuvre les méthodes traditionnelles d'interprétation pour avoir une vision plus claire de la question.

a) L'interprétation sémiotique

Elle est fondée sur le langage dans lequel est exprimé le texte, et vise à rechercher le sens des termes employés. Quel est le sens du mot « arbitrage » dans l'article 5 ? On a vu dans les dictionnaires que l'arbitre exprime soit l'intervention d'un maître absolu, soit celle d'un tiers qui tranche un conflit entre des parties en statuant par l'application des règles de droit. Approfondissons successivement ces deux sens pour voir s'ils peuvent convenir à notre constitution.

Une analyse attentive des dictionnaires montre très clairement que l'arbitre entendu comme « maître absolu » n'est employé que très rarement et dans les contextes suivants, très particuliers. « Cette expression se dit surtout de Dieu : *le seigneur est l'arbitre du monde, Dieu est l'arbitre de nos destinées* »<sup>70</sup>. Même si l'un de nos présidents a été surnommé « Dieu » pour sa propension à se faire le grand juge du bien et du mal<sup>71</sup>, on ne voit vraiment pas ce qu'une conception religieuse du pouvoir viendrait faire dans la constitution d'un État laïc et démocratique. Dans le domaine politique, cette vision de l'arbitrage a parfois été employée pour évoquer les pouvoirs du chef de l'État, mais seulement sous la plume des théoriciens de l'absolutisme, comme Bossuet ou Napoléon<sup>72</sup>. Dans la mesure où notre Constitution établit une république démocratique (art. 1), et non pas une monarchie absolue ou un empire, il n'est pas possible non plus que le sens du mot arbitre à l'article 5 consacre le pouvoir souverain du président. Une interprétation de l'arbitrage comme pouvoir souverain est tout simplement inconciliable avec l'article 3 de la constitution, aux termes duquel « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ».

En réalité, lorsque Pompidou affirme que « L'arbitre est quelqu'un qui dispose de tous les pouvoirs et qui décide souverainement » il évoque l'étendue du pouvoir de décision de l'arbitre entendu au sens juridique. Or le problème est que cet arbitre-là ne peut jamais être le dirigeant des parties entre lesquelles il doit trancher un litige. Lorsque, sous l'Ancien Régime, un chef d'État était appelé à trancher un conflit entre des belligérants, il était toujours

68 Ph. Ardant, dans son art. préc. dans le *Dictionnaire constitutionnel*, évoque l'ambiguïté de cette notion et souligne que cette ambiguïté a joué en faveur des présidents.

69 Cette affirmation, assez fréquente, est généralement basée sur une simple description de la pratique et non pas sur une analyse du texte constitutionnel. Simplement, certains auteurs ont tendance à assimiler la pratique à la norme constitutionnelle, ce qui est contestable.

70 Napoléon : « Dans la grande cause dont je me voyais le chef et l'arbitre, deux systèmes se présentaient à suivre » *Larousse universel du XIX<sup>e</sup> siècle* préc.

71 François Mitterrand. Ainsi durant la cohabitation le 18 mai 1986, il se fait le juge de ce qui est bon et sain (cf. *infra*).

72 Cf. *supra* I. Son expression « Oh, Rois, vous êtes des dieux », fait le lien entre ces deux premiers contextes.

extérieur au litige. L'arbitre au sens juridique est toujours un tiers par rapport aux parties. Il est nécessairement neutre. Sauf à commettre une grave faute de raisonnement, on ne saurait prétendre que « l'arbitrage » évoqué à l'article 5 confère au Président le pouvoir de diriger les pouvoirs publics ou même simplement l'exécutif. Car s'il dirigeait ces pouvoirs, il serait le chef de l'une des parties au litige et donc il ne pourrait plus être qualifié d'arbitre car il ne serait plus extérieur par rapport au litige. En effet, le chef de l'exécutif ne peut être un arbitre qui tranche les conflits entre l'exécutif et le législatif. Celui qui prétend diriger l'ensemble des gouvernants ne saurait arbitrer un conflit entre les gouvernants et le peuple. Or la Constitution lui reconnaît des pouvoirs d'arbitrage justement pour qu'il puisse être un pouvoir neutre, extérieur aux gouvernants et qu'il puisse à ce titre en appeler au peuple, au parlement ou aux juges pour trancher définitivement d'éventuels litiges. Si la Constitution lui reconnaît ces pouvoirs, c'est notamment pour qu'il veille au respect de la constitution, et non pas pour qu'il puisse dicter sa politique au gouvernement. Ni pour qu'il puisse violer la Constitution en dictant ses propres règles aux autres gouvernants. La situation est toute différente pour le Premier ministre lorsqu'il tranche un conflit entre les ministres, car il est qualifié par la Constitution de chef du gouvernement et qu'il ne tranche pas entre l'exécutif et d'autres pouvoirs, mais à l'intérieur de l'exécutif, entre deux ministres qui sont responsables l'un et l'autre devant le parlement et à ce titre relativement autonomes. Benjamin Constant l'a clairement démontré. Toute la notion d'arbitrage au sens juridique et dans la théorie constitutionnelle initiée par Constant est fondée sur la distinction entre le pouvoir exécutif, qui doit être indépendant du chef de l'État, et le pouvoir arbitral qui, lui, appartient au chef de l'État. L'affirmation selon laquelle le Président est un « maître absolu » et/ou doit diriger l'exécutif parce qu'il est un arbitre est donc un véritable contresens. Ce n'est pas la déduction du sens des termes de l'article 5. Cette conclusion de l'analyse sémiotique de l'article 5 est confortée par les autres méthodes d'analyse.

b) L'interprétation téléologique ou finaliste

Nous allons rechercher la *ratio legis* de la norme, la raison d'être de l'arbitrage du Président de la République. On constate que l'arbitrage, tel qu'il est conçu en 1958, est justement mis en œuvre, conçu, pensé, perçu dès le discours de Bayeux, comme étant un mécanisme fondamental pour empêcher la confiscation de la souveraineté du peuple par les parlementaires. Et cela par opposition aux républiques précédentes. L'arbitrage du Président est fait pour que personne ne puisse s'emparer de la souveraineté du peuple. Donc interpréter cet arbitrage comme transférant la souveraineté au Président est totalement aux antipodes de cette conception initiale de protection de la souveraineté du peuple. Si le Président était souverain à la place du peuple, s'il était un maître absolu, alors notre Constitution ne serait plus démocratique. Comme Philippe Ardant l'a parfaitement démontré, la finalité de l'article 5,

c'est de délimiter, donc de limiter, la fonction présidentielle<sup>73</sup>. Ce n'est certainement pas de mettre à la disposition du chef de l'État une sorte de chapeau de prestidigitateur dont il allait sortir des compétences et des pouvoirs, selon son bon plaisir.

c) L'interprétation génétique

La conférence de presse du 31 janvier 1964 nous incite à penser que le Général entendait bien être un maître souverain et non pas cet arbitre sportif, juridique, auquel tout le monde pense spontanément. Et pourtant, nous avons constaté qu'il a insisté sur la neutralité de l'arbitrage présidentiel devant le Comité consultatif constitutionnel le 8 août 1958. Et ce n'est pas une déclaration isolée. Au contraire, elle est pleinement confortée par bien d'autres déclarations du Général et des autres géniteurs (rédacteurs et non pas auteurs) de la Constitution : « C'est donc pour le peuple [...] qu'il existe, au-dessus des luttes politiques, un arbitre national, [...] chargé d'assurer le fonctionnement régulier des institutions, ayant le droit de recourir au jugement du peuple souverain, répondant, en cas d'extrême péril, de l'indépendance, de l'honneur, de l'intégrité de la France et du salut de la République.[...] Qu'il existe un gouvernement qui soit fait pour gouverner [...]. Qu'il existe un Parlement destiné à représenter la volonté politique de la nation, à voter les lois, à contrôler l'exécutif [...]. Telle est la structure équilibrée que doit revêtir le pouvoir. [...] Voilà, Français, Françaises, de quoi s'inspire et en quoi consiste la Constitution qui sera le 28 septembre soumise à vos suffrages »<sup>74</sup>.

De surcroît, elle correspond pleinement au sens de l'arbitrage présidentiel tel qu'il était entendu à l'époque, à savoir une magistrature d'influence et en aucun cas le pouvoir directif d'un maître absolu.

Parce qu'ils ont été soigneusement maintenus dans l'ombre durant près de trente ans, on croyait que les travaux préparatoires étaient ambigus sur ce point. Il n'en est rien. Ils sont au contraire parfaitement clairs. Chaque fois que la notion d'arbitrage présidentiel y est évoquée, c'est soit pour bien distinguer entre d'une part le chef de l'exécutif qui est le chef du gouvernement, à savoir le Premier ministre, et d'autre part le Président, qui est un arbitre ; soit pour expliquer la raison d'être des pouvoirs propres accordés au Président : des pouvoirs d'arbitrage et non pas des pouvoirs de direction de l'exécutif<sup>75</sup>. L'analyse des autres articles de la Constitution confirme cette conclusion.

73 Ph. Ardant, « L'article 5 et la fonction présidentielle », *Pouvoirs*, n° 41, 1987.

74 De Gaulle, *Discours place de la République* le 4 sept. 1958.

75 Cf. Doc. Fr. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958*, T. I, p. 246, 257, 518, 522. Les travaux préparatoires n'ont pas la même valeur que ceux d'une loi, puisque, ici, l'auteur juridique de la constitution est le peuple et non pas les parlementaires ou les autres géniteurs qui débattent du texte avant son adoption. Cependant, ils sont parfaitement utiles pour éclairer l'opinion de l'interprète sur le sens qu'avait la notion d'arbitrage au moment où la Constitution a été adoptée, et surtout sur la conception de l'arbitrage qui a été présentée au peuple par les hommes politiques qui avaient participé à ces travaux, et donc en fonction de laquelle le peuple a voté pour la Constitution.

## d) L'interprétation systémique

Ce mode d'interprétation permet de voir comment un article doit être interprété au regard des autres articles du même texte, ou d'autres textes ou de l'ensemble des principes. Les présidents ont souvent prétendu que cette Constitution est obscure, confuse, ambiguë, mal rédigée. Certes, si l'on interprète l'arbitrage comme étant un pouvoir de direction, alors notre Constitution est curieuse et incohérente. Mais sitôt que l'on interprète l'arbitrage présidentiel comme étant l'arbitrage neutre d'un tiers, un pouvoir modérateur et non pas un pouvoir directeur, alors toute la Constitution s'éclaire, elle devient limpide, lumineuse, parfaitement cohérente.

Cette conception d'un arbitrage neutre et modérateur, au sens juridique, était évidente pour les premiers observateurs de notre constitution. Mais ensuite, c'est la pratique présidentialiste contraire au texte qui a donné l'impression que la Constitution était ambiguë. « La Constitution de 1958 organise un système parlementaire rationalisé, fonctionnant sous le contrôle d'un président-arbitre, qui détient, certes, de considérables attributions, mais ne semble devoir s'en servir, tout au moins à la lecture du texte, qu'en cas de circonstances exceptionnelles ou de fonctionnement défectueux des institutions. Dans la vie courante, l'essentiel de l'autorité paraît sortir d'un dialogue entre le gouvernement, dont l'action est dirigée par le Premier ministre, et le parlement. Or, en fait, nous sommes dotés d'un régime dans lequel tout s'organise autour de la volonté du chef de l'État »<sup>76</sup>. Les présidents se sont efforcés de nous convaincre de l'ambiguïté d'un texte qui était pourtant très clair, pour essayer de légitimer leurs abus de pouvoirs<sup>77</sup>.

Lorsque survint la première cohabitation, en 1986, pour des personnes qui n'avaient connu que la pratique présidentialiste, il était saisissant de voir combien la notion d'arbitrage modérateur redonnait tous son sens à la constitution, et en particulier expliquait les pouvoirs du président. On redécouvrit l'éclairage essentiel fourni par Michel Debré : « [...] Le Président de la République comme il se doit, n'a pas d'autre pouvoir que celui de solliciter un autre pouvoir : il sollicite le Parlement, il sollicite le Conseil constitutionnel, il sollicite le suffrage universel. Mais cette possibilité de solliciter est fondamentale »<sup>78</sup>. Ainsi le pouvoir de l'arbitre est très limité. Et ce n'est certainement pas le pouvoir d'imposer souverainement sa décision comme l'a prétendu Pompidou. L'arbitrage présidentiel tel qu'il est conçu par l'ensemble de la Constitution de la V<sup>e</sup> République correspond parfaitement au pouvoir neutre, modérateur, dessiné par Benjamin puis par Prévost-Paradol. « Placé au-dessus des partis, n'ayant rien à espérer ni rien à craindre de leurs rivalités et de leurs vicissitudes, son unique intérêt, comme son premier devoir, est d'observer avec vigilance le jeu de la machine politique afin d'y prévenir tout grave désordre... Ce surveillant général de l'État doit rester l'arbitre des partis

<sup>76</sup> A. Hauriou, *Préface* à la thèse de Jean Gicquel, *Essai sur la pratique de la V<sup>e</sup> République, bilan d'un septennat*, L.G.D.J., 1968, p. I.

<sup>77</sup> Cf. not. Ph. Ardant, art. préc. dans *Pouvoirs*.

<sup>78</sup> M. Debré, *Discours au Conseil d'État* le 27 août 1958.

et n'appartenir à aucun. [...] Il ne perdra jamais de vue la nation, juge définitif des majorités et des ministères, et, au moindre soupçon d'un dissentiment entre l'opinion et le pouvoir, il enverra les partis en présence se pourvoir devant ce tribunal suprême afin qu'une prompt décision dissipe toute incertitude »<sup>79</sup>. On retrouve ici la raison d'être de l'arbitrage présidentiel sous la V<sup>e</sup> République et la définition des moyens et des limites de ce pouvoir. L'arbitre est évidemment *neutre, extérieur au pouvoir* et aux partis (parties). L'arbitrage ne concerne pas seulement les relations entre gouvernement et parlement, mais plus largement les *relations entre l'opinion et le pouvoir* (ce qui correspond bien à la vision gaullienne, et ce qui confirme que l'arbitre est extérieur au pouvoir). De plus, il ne *tranche pas* définitivement lui-même, il intervient pour permettre au peuple, seul souverain, de trancher définitivement la question, et c'est pourquoi il dispose du droit de dissolution. Enfin, on observe une distinction fondamentale entre les *moyens de cet arbitrage* : en principe, au quotidien un simple pouvoir de *surveillance* générale et, en cas de doute, *l'intervention active* de l'arbitre pour solliciter le jugement définitif du peuple. Dans le discours de Bayeux, en 1946, de Gaulle appelait de ses vœux un « arbitrage national » et le limitait à un rôle de « conseil » en temps normal et à la faculté de recourir à la dissolution dans les périodes de « confusion ». Or l'article 19 de notre Constitution reprend exactement ce principe : les pouvoirs présidentiels sont en principe *soumis à contreseing*, ce ne sont donc pas des pouvoirs de décision ni de direction de l'exécutif, puisque ce sont logiquement des compétences formelles en régime parlementaires, ce sont seulement des pouvoirs de *surveillance*. Ainsi, le pouvoir de signature du chef de l'État sur ces articles a pour finalité, et pour unique finalité, de permettre au Président de surveiller le fonctionnement de l'État (notamment en présidant formellement le Conseil des ministres et en signant les nominations, et les actes qui y sont délibérés<sup>80</sup>, en signant les convocations du Parlement en session extraordinaire etc...). Les pouvoirs soumis à contreseing, ne sont pas des pouvoirs partagés avec le Premier ministre, sans quoi cela signifierait qu'il n'est plus un arbitre mais une partie de l'exécutif. Même s'ils ne lui confèrent pas plus de pouvoirs qu'à un notaire, ils sont cependant utiles dans sa mission d'arbitrage, car ils lui permettent de veiller en temps normal à ce que chacun respecte la constitution.

79 Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, 2<sup>e</sup> éd. 1868, 2<sup>e</sup> partie, chap. VI, p. 129 et s. et Roland Drago observe le caractère significatif et curieux de certains des développements situés dans ce chapitre intitulé « Du chef suprême du pouvoir exécutif et des difficultés particulières soit à la forme monarchique soit à la forme républicaine ». Cela peut s'expliquer par la volonté de réduire les pouvoirs de celui qui se dit chef de l'exécutif à un simple pouvoir arbitral (puisqu'il qualifie le chef de l'État d'arbitre, spéc. p. 146) afin que le Premier ministre soit le véritable chef de l'exécutif, comme le préconisait B. Constant (cf. *supra*). À moins que la notion d'arbitrage vise, comme dans les discours des chefs d'État, à étendre leurs pouvoirs, sous couvert de neutralité.

80 Cf. M.-A. Cohendet, « Commentaire de l'article 9 de la Constitution », dans F. Luchaire et G. Conac, *La Constitution de la Ve République*, nouvelle édition à paraître en 2009.

En revanche, c'est seulement dans des circonstances particulières que le chef de l'État peut *intervenir activement, par ses pouvoirs propres*, qui lui permettent seulement, pour l'essentiel, de faire appel, directement ou indirectement au seul souverain qu'est le peuple (ou au juge). Ici, le Président a un pouvoir de décision mais ce n'est en aucun cas un pouvoir souverain ni absolu. Pratiquement tous les pouvoirs propres du Président qui sont ses moyens d'action comme arbitre, lui permettent seulement de solliciter un autre pouvoir ou de prendre une décision qui peut être contestée par un autre pouvoir, le peuple (référendum art. 11, et droit de dissolution, art. 12), le Parlement (nomination du Premier ministre, art. 8 al. 1<sup>81</sup> mais sans avoir le droit de le révoquer, messages, art. 18<sup>82</sup>), le juge (saisine du Conseil constitutionnel art. 54 et 61). Seuls les pouvoirs de nomination des membres du Conseil constitutionnel<sup>83</sup> (art. 56) et les pouvoirs de crise de l'article 16 lui permettent de décider lui-même définitivement.

La cohérence de la Constitution est retrouvée : les pouvoirs soumis à contreseing permettent à l'arbitre une surveillance quotidienne du bon fonctionnement des pouvoirs publics, du respect de la Constitution et de nos engagements internationaux, et ses pouvoirs propres lui permettent d'intervenir activement en cas de problèmes ou dans des circonstances particulières, presque toujours pour permettre à un autre pouvoir de trancher définitivement. Le Président ne saurait arbitrer entre les pouvoirs publics pour leur imposer son bon plaisir, mais seulement pour les contraindre au respect de la Constitution auquel il doit veiller. Dès lors que ces pouvoirs sont des pouvoirs d'arbitrage, qui devraient être neutres, ils doivent être utilisés de manière neutre. Par exemple, le Président ne devrait pas recourir au droit de dissolution uniquement si cela l'amuse ou pour favoriser ses amis politiques, mais seulement pour résoudre une crise entre les gouvernants ou entre les gouvernants et le peuple.

Ainsi, l'article 5 éclaire le sens des autres articles de la Constitution et notamment les articles 20 et 21 qui attribuent au seul gouvernement dirigé par le Premier ministre le pouvoir de déterminer et conduire la politique de la nation. Réciproquement, le sens de l'article 5 est parfaitement clair à la lumière des autres articles qui organisent les instruments et les limites de l'arbitrage présidentiel. Il y a une cohérence parfaite entre la raison d'être de la mission

81 Cette désignation se fait sous le contrôle du parlement puisque les parlementaires sont libres de renverser le gouvernement.

82 Par l'article 18, il exerce essentiellement un rôle de conseil. L'avenir nous dira comment ce droit de message, qui peut désormais être exprimé non plus seulement par écrit, mais aussi oralement devant les Chambres, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, va fonctionner. On peut craindre que le Président ne tente de l'utiliser pour donner des directives aux parlementaires, ce qui serait contraire à la mission d'arbitre qui lui est conférée par l'article 5.

83 Notons qu'avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, même cette nomination sera soumise au contrôle d'une commission parlementaire (même si l'on peut regretter qu'il s'agisse d'un contrôle excessivement réduit puisque c'est un simple veto à la majorité des 3/5èmes dans une commission où la majorité généralement dirigée en fait par le Président sera évidemment majoritaire).

présidentielle, son domaine, qui est très restreint, ses instruments, et les conséquences que cette interprétation implique sur toute la répartition des pouvoirs entre l'ensemble des organes constitutionnels : président, gouvernement, parlement, conseil constitutionnel. Toutes les méthodes d'interprétation convergent dans ce sens (y compris l'interprétation fonctionnelle que nous verrons plus bas) : le Président est, selon la Constitution, un arbitre au sens juridique, un pouvoir modérateur, et certainement pas un dirigeant de l'exécutif qui statue souverainement.

Soyons clairs : hors cohabitation, sous couvert d'interprétation, la notion d'arbitrage est manipulée, déformée, niée, au point n'être plus que le faux nez de l'arbitraire<sup>84</sup>.

### B. — *Les motifs et les conséquences de cet écart*

Il est établi que les présidents violent la Constitution en prétendant pouvoir diriger l'exécutif au nom d'une interprétation spirituelle ou autoritaire de l'arbitrage. Mais on pourrait se dire que cette interprétation est peut-être utile ou souhaitable. Il convient donc de vérifier que les raisons de cette interprétation (1) ne l'emportent pas sur ses inconvénients (2).

#### 1 - Les raisons de l'écart entre la norme et les faits

Parmi les raisons qui permettent de comprendre cet écart entre l'arbitrage tel qu'il est prévu par la Constitution et l'arbitrage tel qu'il est appliqué en fait, il convient de distinguer entre les raisons évoquées, et les raisons plus objectivement observées.

##### a) Les raisons invoquées

Plusieurs d'entre elles méritent une analyse assez longue, qui a été faite ailleurs, et qu'il convient seulement de résumer ici<sup>85</sup>.

D'abord, on invoqua *la nature ou l'esprit du régime*. Pompidou aimait à dire que notre Constitution est « bâtarde »<sup>86</sup> puisqu'elle ne serait bien sûr pas un

84 En effet, le gouvernement par le Président se fait selon le bon plaisir du Président et certainement pas conformément à la norme constitutionnelle. Or on constate que le pouvoir arbitraire est défini depuis longtemps dans un sens qui correspond à cette pratique : *Dictionnaire* de l'Académie française, 1777, arbitraire : « qui dépend de la volonté de chaque personne, du choix de chaque personne. [...]. Se dit ordinairement de ce qu'il dépend de la volonté des juges de prononcer, de statuer [...]. On appelle *pouvoir arbitraire*, un pouvoir absolu qui n'a pour règle que la volonté du souverain. Il ne se dit qu'en mauvaise part ». Or Georges Pompidou a bien évoqué un pouvoir de décision absolu, et l'interprétation de la *Constitution* par le Président sur ce point dépend bien de la volonté du Président et non pas de la norme constitutionnelle.

85 Cf. M.-A. Cohendet, *Le Président de la République*, et *La Cohabitation*, op. préc.

86 Notons que Mitterrand a affirmé, lui aussi, que notre Constitution établissait un « régime bâtard » pour défendre une vision extensive de ses pouvoirs (cité dans *Valeurs actuelles*, 24



régime présidentiel (dès lors qu'il existe un gouvernement responsable devant le parlement) mais pas non plus un régime parlementaire (du fait de l'élection directe du président, ce qui est éminemment contestable dès lors que la Constitution organise la responsabilité du gouvernement devant le parlement)<sup>87</sup>. Ainsi, en affirmant que notre régime n'est pas parlementaire, on prétendait le faire échapper aux principes d'interprétation du régime parlementaire, et en particulier au principe selon lequel le Président ne peut pas diriger l'exécutif dans ce type de régime (puisqu'il n'est pas responsable, donc pas contrôlable). Mais l'argument ne tient pas, car Maurice Duverger lui-même admettait que les régimes qu'il qualifiait de « semi-présidentiels » sont en réalité une sous-catégorie des régimes parlementaires<sup>88</sup>. Le droit comparé nous l'a montré : l'élection du Président au suffrage universel direct ne suffit en aucun cas à transformer un arbitre en capitaine. Au contraire, dans tous les autres pays qui ont le même régime que nous au sein de l'U.E., c'est le Premier ministre qui dirige la politique nationale, et non le Président<sup>89</sup>.

On en appela aussi à l'esprit de la constitution, qui serait d'assurer la suprématie du président. Mais nous avons constaté que cet esprit était fort différent en 1958, où chacun reconnaissait que l'arbitrage présidentiel n'impliquait aucunement la direction de l'exécutif. Mitterrand le rappelait en ces termes : « Je compte bien rester sept ans président, quitte à jouer les arbitres, dans l'esprit original de la Constitution »<sup>90</sup>.

Ensuite, de manière cumulative ou alternative, on invoqua l'argument du *changement de norme*. Une large partie de la doctrine considère encore que la réforme de 1962, instaurant l'élection directe du président, a modifié radicalement la Constitution et en particulier le sens de l'arbitrage. Dès lors, l'interprétation génétique serait dénuée de pertinence. L'arbitrage modérateur, juridique, se serait mué en un arbitrage de type « pouvoir absolu ». Dès lors que le Président de la République est l'élu de tous les Français, n'est-il pas normal que l'on réinterprète toute la Constitution et qu'il devienne le chef de

mars 1986, p. 18), alors même qu'il avait justement qualifié la V<sup>e</sup> République de régime parlementaire en 1964 (*Quest. Or. Ass. Nat.*, 14 avril 1964, J.O. du 25, où il soulignait qu'en vertu de l'article 20 de la Constitution c'est le gouvernement, responsable devant le Parlement, qui détermine et conduit la politique de la nation).

87 Sur la classification des régimes, cf. *supra*, I.

88 Cf. *supra*. Certes, la V<sup>e</sup> République est un régime bi-représentatif (dans lequel le président, comme les membres de la 1<sup>re</sup> chambre, est élu directement par le peuple), c'est son point commun avec les États-Unis. Mais c'est aussi un régime parlementaire, du fait de la responsabilité du gouvernement devant le parlement. Dans la classification des régimes, il ne faut pas avoir une seule entrée comme on le fait classiquement mais deux, deux critères fondamentaux : la légitimité (l'élection directe ou non du chef de l'État) et la responsabilité (du gouvernement devant le parlement) pour connaître les pouvoirs dont peut disposer le chef de l'État dans les démocraties occidentales contemporaines. Sur la nature de notre régime et sur les conséquences de sa qualification sur son interprétation, cf. M.-A. Cohendet, « La classification des régimes », *Mélanges Troper*, préc.

89 Cf. *supra*, I, et M.-A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, op. préc.

90 Mitterrand, cité par Sylvie Brossolette, avril 1981, cité par J. Lacouture, op. préc.

l'exécutif ? Ces dernières années, certains prétendent aussi que le quinquennat et l'inversion du calendrier auraient changé la nature de la mission présidentielle. Une même réponse peut être apportée à ces deux objections parallèles. Elle est très simple. Dans un État de droit doté d'une constitution écrite, on ne peut admettre de révision implicite, supputée. Si l'on veut réviser la répartition des compétences, puisque nous sommes en démocratie, demandons au peuple de le faire explicitement. Une tentative de révision en ce sens a été esquissée, mais elle a fort heureusement été écartée, comme nous le verrons plus bas. Cependant, on peut d'ores et déjà constater que quand le comité Balladur a proposé de réviser les articles 5, 20 et 21 de la Constitution pour qu'elle établisse que le Président est à la fois un arbitre et un chef de l'exécutif (à la place du Premier ministre réduit au rang d'exécutant), cela signifiait bien, *a contrario*, que ce comité reconnaissait que la Constitution n'accorde pas au Président le droit de diriger la politique gouvernementale, que son pouvoir d'arbitrage ne peut pas être regardé comme un pouvoir directif.

La théorie du changement de norme constitutionnelle peut aussi être fondée sur une identification ou pour le moins un mélange entre la pratique, les faits, et la norme. Il en allait ainsi pour de Gaulle, pour lequel « Une constitution, c'est un esprit, des institutions et une pratique »<sup>91</sup>. Il en va ainsi aussi pour une partie de la doctrine qui entend le régime politique au sens large, comme étant le résultat concret de l'application du texte constitutionnel. Il semble plus rigoureux de parler de régime au sens strict pour désigner les institutions établies par le texte constitutionnel et de parler de système politique pour décrire l'application faite du texte en pratique<sup>92</sup>. Enfin, cette appréciation peut résulter de la théorie réaliste de l'interprétation, dont l'inconvénient majeur est de légitimer des violations de la Constitution. On peut au contraire observer que au cours de la V<sup>e</sup> République, ce qui a changé au gré du temps, c'est la pratique, les faits, l'application de la Constitution et non pas la norme elle-même<sup>93</sup>. Selon le texte, le Président a toujours été et est toujours un arbitre au sens juridique, et non pas un dirigeant.

La thèse de la coutume se rattache également à l'hypothèse d'un changement de norme. Une pratique généralisée, constante depuis une longue durée, et unanimement considérée comme étant la seule véritable norme (l'arbitrage comme pouvoir absolu) aurait modifié la norme constitutionnelle (l'arbitrage comme pouvoir modérateur). Cette thèse fut avancée avec beaucoup d'intérêt, en particulier par Jean Gicquel, en 1968<sup>94</sup>. Mais le manque d'unanimité puis la

91 Conférence de presse du 31 janvier 1964. C'est également la conception de Jean Gicquel.

92 À l'instar d'Olivier Duhamel, nous entendons ici le régime au sens strict, comme étant la norme constitutionnelle contenue dans la constitution, et nous désignons par système politique la pratique résultant de l'interprétation de la norme (cf. notre *Droit constitutionnel* préc. et O. Duhamel, « Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel », *Mélanges Duverger*, PUF, 1987, p. 581-590).

93 Précisons que certains actes d'application de la Constitution constituent en eux-mêmes une norme, par exemple la signature d'un décret, mais il s'agit ici de souligner que ces actes d'application ne modifient pas la norme qu'ils appliquent, à savoir la Constitution.

94 Cf. *Thèse* préc. en 1968.

cohabitation ont été des arguments très forts pour réfuter cette argumentation, et Pierre Avril a proposé la notion de convention de la constitution qui semble plus aisément admissible dans un état de droit dont la constitution écrite ne prévoit pas la possibilité de coutumes constitutionnelles, particulièrement *contra legem*<sup>95</sup>.

Parmi les raisons invoquées, il y a enfin les *impératifs de l'interprétation fonctionnelle*. Elle consiste à se détacher des intentions des rédacteurs, notamment en considérant que les temps ont changé, pour rechercher comment, aujourd'hui, il faut appliquer un texte, comment il faut l'interpréter pour qu'il donne des résultats satisfaisants. Des arguments importants peuvent être invoqués.

En premier lieu, on pourrait se dire qu'il faut retenir l'interprétation autoritaire de l'arbitrage parce qu'elle garantirait la stabilité gouvernementale. Il semblait communément admis sous la V<sup>e</sup> République que la surpuissance du Président permettrait d'assurer la stabilité gouvernementale et, au-delà, la stabilité et l'efficacité du régime. On a notamment cru qu'il était nécessaire de reconnaître au Président la faculté de révoquer le Premier ministre pour atteindre ces objectifs. Mais tous ces arguments sont battus en brèche par l'expérience empirique. La cohabitation a montré que nos institutions fonctionnent très bien sans que l'arbitrage présidentiel soit entendu comme un pouvoir souverain, et que la stabilité gouvernementale est plus grande pendant les périodes de cohabitation que quand le Président dirige l'exécutif (5 ans sous la troisième cohabitation, contre seulement 18 mois en moyenne sur l'ensemble de la V<sup>e</sup> République<sup>96</sup>). L'étude des autres pays de l'U.E. montre que les régimes parlementaires monoreprésentatifs peuvent connaître une stabilité gouvernementale très supérieure à celle de la V<sup>e</sup> République hors cohabitation<sup>97</sup>. Et le fait que le Président ne dirige pas la politique nationale dans tous les régimes parlementaires bireprésentatifs de l'U.E. autres que la France ne conduit pas du tout, à lui seul, à une moins grande stabilité gouvernementale qu'en France. Au contraire, l'analyse de l'arbitrage dans notre

95 Plus précisément *contra constitutionem*. Cf. M.-A. Cohendet, *La Cohabitation*, op. préc.

96 Puisque nous avons eu 33 gouvernements en 50 ans. Il serait tentant de considérer que la stabilité gouvernementale doit en réalité s'apprécier au regard du nombre de présidents, puisque ce sont les présidents qui, bien souvent, dirigent en fait la politique gouvernementale. Cependant, cela n'aurait pas de sens car, même si l'on voulait ainsi s'en tenir seulement aux faits, en oubliant la norme constitutionnelle (art. 20 et 21), on constate que certains présidents dirigent surtout le « domaine réservé », laissant le Premier ministre diriger les autres secteurs pour l'essentiel (de Gaulle et J. Chirac) tandis que d'autres ont dirigé plus directement tous les secteurs, mais certains de manière étroite et d'autres avec plus de distance. Et surtout, il faudrait mettre de côté les neuf années de cohabitation que l'on ne pourrait pas prendre en compte. Il serait donc faux de prétendre que la V<sup>e</sup> République a connu une grande stabilité gouvernementale du seul fait que nous avons eu seulement six présidents de la République en cinquante ans.

97 Au Luxembourg, la durée de vie des gouvernements atteint facilement 7 ans et en Suède, le plus parlementariste des pays de l'U.E., la durée de vie moyenne des gouvernements est de 5 ans et demi, alors qu'elle est de 18 mois en France.

histoire a montré que quand le Président voulait exercer un pouvoir directif ou même seulement un pouvoir arbitral prononcé, cela renforçait l'instabilité gouvernementale car cela empêchait la majorité de se regrouper autour d'un Premier ministre légitime et doté du droit de dissolution. Quant à la double responsabilité du gouvernement devant le parlement et le Président (à savoir le dualisme), l'histoire a clairement montré que c'est un facteur important d'instabilité et non pas de stabilité gouvernementale<sup>98</sup>. Par ailleurs, on pourrait être tenté de croire qu'une présidence directive permet d'assurer une plus grande efficacité du pouvoir. Le Président actuel n'a-t-il pas été efficace durant la crise financière de 2008 ? Il est aisé de répondre que Gordon Brown, Premier ministre d'un régime parlementaire classique, a été au moins aussi efficace, tout en étant, lui, contrôlé par le parlement.

Il n'est donc pas exact d'affirmer qu'il serait nécessaire de réinterpréter l'arbitrage présidentiel en un pouvoir de direction pour assurer la stabilité gouvernementale.

En second lieu on pourrait retenir l'interprétation fonctionnelle au motif que le peuple voudrait absolument que ce soit le président, et non pas le Premier ministre, qui dirige la politique nationale. Quand on voit la popularité de l'élection présidentielle, comment ne pas penser que les Français souhaitent tous que le Président dirige toutes les affaires de la nation ? Il serait très imprudent de tirer des conclusions aussi hâtives. De même, il ne serait pas raisonnable de considérer que puisque les Français ont réélu de Gaulle Président un an après la fameuse conférence de presse du 31 janvier 1964, cela montrerait qu'ils ont adhéré à une vision autoritaire de l'arbitrage. On pourrait en effet répondre que le référendum de 1969 établit le contraire. Et surtout, les cohabitations ont permis aux présidents qui ne dirigeaient plus l'exécutif et qui se comportaient essentiellement en arbitres d'obtenir des cotes de popularité extraordinaires. Les Français se sont très vite adaptés à ce changement et ils semblent l'avoir approuvé. Les présidents qui avaient joué un rôle d'arbitre et non pas un rôle de dirigeant furent réélus : ainsi Mitterrand après la première cohabitation, et J. Chirac après la troisième<sup>99</sup>. Au contraire, les présidents qui avaient toujours dirigé la politique nationale furent écartés du pouvoir à la suite d'un plébiscite (de Gaulle) ou ne furent pas réélus (V. Giscard d'Estaing en 1981, J. Chirac en 2007). Souvenons-nous, avec Tocqueville, que « la volonté nationale est un des mots dont les intrigants de tous les temps et les despotes de tous les âges ont le plus largement abusé. [...] il y en a même qui l'ont découverte toute formulée dans le silence des peuples, et qui ont pensé que du *fait* de l'obéissance naissait pour eux le *droit* du commandement »<sup>100</sup>.

98 Ce fut particulièrement net durant le régime dualiste ou orléaniste que nous avons connu sous la Charte de 1830, où l'instabilité ministérielle était très grande.

99 A l'issue de la 2<sup>e</sup> cohabitation, Mitterrand, malade, ne se représenta pas.

100 A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, vol. I, I, IV, 1<sup>re</sup> éd 1835 (souligné par nous).

## b) Les raisons observées

L'étude de tous les régimes parlementaires bi-représentatifs de l'U.E. nous incite à nous demander pourquoi la France est le seul dont le Président de la République dirige la politique nationale, tandis qu'ailleurs il est un arbitre, généralement très passif, et c'est le Premier ministre qui dirige l'exécutif.

Il semble que c'est surtout la combinaison de plusieurs facteurs qui explique l'originalité française. Le facteur le plus important est que notre Président dispose d'un droit de dissolution pratiquement discrétionnaire, qui, ailleurs est généralement attribué au Premier ministre. Il y a de rares cas dans lesquels ce droit est attribué au président, mais alors il est généralement enfermé dans des conditions strictes ou bien il est combiné avec un scrutin à la proportionnelle pour les législatives, comme au Portugal. De sorte que le droit de dissolution est bien moins redoutable pour les parlementaires<sup>101</sup>. En outre, les habitudes mentales (*habitus*) créées par les précédents gaulliens ont exercé une grande influence sur l'image de la norme constitutionnelle<sup>102</sup>. C'est donc essentiellement la combinaison de ces quatre facteurs, élection directe du Président par le peuple, droit de dissolution présidentiel quasi discrétionnaire, scrutin majoritaire aux élections législatives et *habitus*, qui a permis, en fait, aux présidents d'imposer une vision éminemment contestable de l'arbitrage présidentiel. Des raisons supplémentaires ont renforcé cette tendance<sup>103</sup>, notamment le fait qu'une grande partie de la doctrine et de la classe politique ait renoncé à dénoncer les violations de la constitution<sup>104</sup>.

La neutralité inhérente à l'idée même d'arbitrage (du moins en dehors de ses versions spirituelle et autoritaire) disparaît assez tôt sous la V<sup>e</sup> République. Elle était pourtant essentielle dans la pensée de de Gaulle. Comme le préconisait Benjamin Constant, il souhaite que l'arbitre soit en dehors des partis. Et c'est d'ailleurs par cette nécessité de garantir l'indépendance du chef de l'État par rapport aux partis qu'il justifia le changement de mode d'élection du Président en 1962 : « Quand je ne serai plus là, il faudra un chef de l'État en dehors des partis et qui ne soit pas lié à une majorité parlementaire »<sup>105</sup>. En 1966, il affirme que ce qui est essentiel, dans nos institutions, c'est qu'une majorité la plus large possible se réunisse autour du Président de la

101 En effet, s'il y a un faible changement dans l'opinion, une dissolution aura peu de conséquences sur la composition de l'Assemblée si le scrutin est la proportionnelle, alors qu'il pourra avoir des conséquences beaucoup plus importantes avec le scrutin majoritaire (du fait de l'effet déformant de ce mode de scrutin). Cf. O. Duhamel, *Les Logiques cachées de la Constitution de la Cinquième République*, rapport au colloque AFSP, Paris, 8-9 mars 1984, dans O. Duhamel et J.-L. Parodi (dir.), *La Constitution de la cinquième République*, Presses de la FNSP, 1985 540 p., et 2<sup>e</sup> éd. 1988, 550 p. On peut craindre que cette tendance présidentialisante soit aggravée par la révision du 23 juillet 2008, cf. notre *Droit constitutionnel*.

102 Cf. M.-A. Cohendet, « Cohabitation et Constitution », *Pouvoirs* n° 91, 1999, p. 33 à 57.

103 Notamment le fait que le Président préside le Conseil des ministres, comme l'a souligné Jean-Claude Colliard, ou la rationalisation du parlementarisme sous la V<sup>e</sup> République, comme l'a démontré Bastien François, not. dans *Le Régime politique de la V<sup>e</sup> République*, éd. La découverte, 2008, ou *Misère de la V<sup>e</sup> République*, Denoël, 2001.

104 Cf. notre *op. préc.*, *Le Président de la République*.

105 Cité par A. Passeron, *De Gaulle parle*, 1962-66, Fayard 1966, p. 134

République<sup>106</sup>. Dès lors, le gouvernement, procédant du Président, devra mettre en œuvre la politique approuvée par le peuple lors de l'élection présidentielle<sup>107</sup>. Cette conception contraire à la Constitution se fonde donc sur la soumission de la majorité parlementaire au président. Un an plus tôt, il s'était indigné de la déviation partisane de l'élection présidentielle : « J'ai proposé au pays de faire la Constitution de 1958 dans l'intention de mettre un terme au régime des partis. C'est dans cet esprit que la Constitution a été faite, et c'est dans cet esprit que je l'ai proposée au Peuple qui l'a approuvée... Alors, si les partis se réemparent des institutions, de la République, de l'État, alors évidemment, rien ne vaut plus ! On a fait des confessionnaux, c'est pour tâcher de repousser le diable ! Mais si le diable est dans le confessionnal, alors cela change tout ! Or ce qui est en train d'être essayé, c'est, par le détour de l'élection du Président de la République au suffrage universel, de rendre l'État à la discrétion des partis »<sup>108</sup>. L'homme qui se voulait au-dessus des partis disposait de son propre parti, qui soutenait seulement les candidats soumis au Général. Cependant, au fil des présidences, les liens entre le parti majoritaire et le Président furent de plus en plus forts. Surtout à partir de la présidence de Mitterrand, et en dehors des périodes de cohabitation. Aujourd'hui, cette fusion entre la direction du parti majoritaire et la présidence de la République atteint des sommets. Le Président ose même organiser des réunions partisans à l'Élysée. Or nous avons constaté que dans les autres régimes parlementaires bireprésentatifs de l'U.E. la majorité parlementaire ne regarde jamais le chef de l'État comme son leader, de sorte qu'il ne peut pas cumuler sa légitimité arbitrale avec la légitimité de leader de la majorité, qui appartient toujours au Premier ministre. En France, bien plus encore sous la V<sup>e</sup> que sous la III<sup>e</sup> République, nos présidents veillent à avoir un Premier ministre aussi falot que possible afin qu'il ne puisse en aucun cas risquer de leur porter ombrage. Cela renforce évidemment le déséquilibre de nos institutions au détriment du gouvernement et surtout du parlement. Car ce dernier perd la clef de son pouvoir : la faculté de renverser le chef de l'exécutif s'il ne respecte pas la volonté populaire.

## **2 - Les effets de cet écart : le déséquilibre dangereux entre légitimité, responsabilité et pouvoir**

« C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites »<sup>109</sup>. L'ineffectivité de notre Constitution tient à ce que le Président puisse abuser de son pouvoir sans trouver de limites (à l'exception de la cohabitation, devenue très impro-

106 Cf sa *Conférence de presse du 21 février 1966*.

107 Ce souhait était déjà formulé dans le discours de Bayeux, mais de Gaulle avait au contraire souligné en 1958 que le gouvernement ne dépend pas du Président.

108 *Interview radiotélévisée* du 13 décembre 1965.

109 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. IV.

bable)<sup>110</sup>. Montesquieu démontre que si l'on veut que la liberté soit garantie, il faut que « par la disposition des choses » (à savoir par l'organisation institutionnelle établie par la Constitution) « le pouvoir arrête le pouvoir »<sup>111</sup>. Le problème fondamental de cette pratique extensive de l'arbitrage réside justement dans le fait que le pouvoir n'arrête pas suffisamment le pouvoir.

Les abus de pouvoirs présidentiels qui se traduisent par un détournement de la notion d'arbitrage présidentiel sont à la fois une cause et une conséquence d'un déséquilibre fondamental entre légitimité, responsabilité et pouvoir.

Ce déséquilibre peut être observé d'une part à l'intérieur de chacun des pouvoirs. Le Président dispose en fait de pouvoirs très importants, mais il est politiquement irresponsable (c'est-à-dire irrévocable en cours de mandat pour des causes politiques, à l'exception d'hypothèses extrêmement marginales<sup>112</sup>). En dehors des périodes de cohabitation, nous avons constaté que le Président tire sa force du fait qu'il cumule, en fait, sa légitimité d'arbitre et la légitimité de leader de la majorité. Sa légitimité et ses pouvoirs de fait sont donc démesurés par rapport à sa responsabilité qui est quasi nulle. Le Président est très puissant et pratiquement incontrôlable. En cela, notamment, il se distingue très nettement du Président des États-Unis, dont les pouvoirs sont beaucoup plus restreints (puisqu'il ne peut pas dissoudre l'Assemblée ni se servir du gouvernement pour diriger le travail législatif<sup>113</sup>). Si l'on ne tolère pas – en dehors de nos frontières – dans les démocraties contemporaines que ce soit le chef de l'État qui dirige la politique, c'est tout simplement parce qu'il n'est pas responsable, parce qu'il ne peut pas être contrôlé et sanctionné à tout instant, contrairement au gouvernement. Un pouvoir qui n'est pas contrôlable à tout instant est, par essence, dangereux. Il peut abuser de ses pouvoirs, donc violer la Constitution dont il devrait garantir le respect, puisque son pouvoir ne rencontre pas de limites. Le Premier ministre, lui, dispose, en droit, de pouvoirs très importants, puisqu'il est le chef du gouvernement, lequel détermine et conduit la politique de la nation. Mais il lui manque les deux armes qui font la force tout chef de gouvernement en régime parlementaire : la légitimité de chef de la majorité (confisquée par le Président) et le droit de

110 C'est pourquoi la cohabitation a été une formidable leçon sur la relativité de l'effectivité des normes constitutionnelles, cf. notre thèse *L'Épreuve de la cohabitation (mars 1986-mai 1988)*, Lyon, 1991, 1008 p.

111 *Ibid.*

112 La responsabilité politique a des causes politiques et des conséquences politiques (la révocation en cours de mandat). La révision constitutionnelle du 23 février 2007 a conduit, en réalité, à une réduction de la responsabilité du président. Le principe de l'irresponsabilité du Président pour les actes accomplis en cette qualité est réaffirmé et étendu (art. 67 C.) et le Président ne peut être destitué qu'en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » (art. 68 C.), ce qui ne correspond pas à une responsabilité politique. La procédure prévue rend cette destitution hautement hypothétique. D'autant que la loi organique prévue par l'article 68 n'a toujours pas été adoptée ! (cf. H. Portelli).

113 Cf. M.-A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, spéc. Sur la cohabitation et sur les États-Unis, et Horst H. Bahro, art. préc. p. 7.

dissolution (attribué au Président par la constitution). Dès lors, sa responsabilité est tout à fait excessive voire largement dénuée d'objet par rapport à sa légitimité et ses pouvoirs de fait. Quant au parlement, sa légitimité de représentant de la nation est concurrencée par celle du président<sup>114</sup>, sa responsabilité devant le peuple *via* le droit de dissolution est très importante<sup>115</sup>, et ses pouvoirs sont très réduits car concurrencés par d'autres instances (Union européenne, collectivités locales) et surtout dirigés à la baguette par un Premier ministre qui est aux ordres du Président (même si la révision du 23 juillet 2008 devrait alléger cette autorité).

Ce déséquilibre à l'intérieur de chaque organe se double d'un déséquilibre entre les organes. Le parlement peut être dissous par le président, mais il ne peut rien contre le Président (hors l'hypothèse très marginale de la destitution). Le Président peut dicter sa volonté au Premier ministre désarmé car lui seul dispose du droit de dissolution. L'Assemblée peut renverser le gouvernement, mais le véritable chef de l'exécutif en fait, le président, est intouchable. Ainsi, l'Assemblée perd son pouvoir essentiel de contrôler et si nécessaire renverser le chef de l'exécutif (puisque c'est devenu, en fait, le président, le Premier ministre n'étant plus que son second). Cependant, il reste un garde-fou : la cohabitation (même si elle est devenue très hypothétique). Donc dans l'état actuel de notre droit, si la majorité se rebelle contre l'autoritarisme du président, elle risque une dissolution tandis que le Président est assuré de rester en place. Mais si le Président perd la majorité aux élections qui suivent la dissolution, comme en 1997, (ou même si la majorité est de son bord mais ne le reconnaît plus comme son chef à la suite des élections qui suivent la dissolution) alors le Président perd la faculté de diriger la politique nationale, puisque l'on en revient au texte de la constitution.

Et c'est bien pour cela que la révision de la Constitution proposée par le comité Balladur et visant à prévoir que le Président définit la politique de la nation aurait été très dangereuse : elle aurait supprimé ce garde-fou. En cas de crise, dès lors que la Constitution aurait prévu que c'est le Président qui définit la politique nationale, et non plus le Premier ministre responsable devant le parlement, le Président aurait eu la possibilité de dicter sa volonté aux parlementaires même si la majorité de l'Assemblée lui avait été hostile (car il aurait pu invoquer son droit de définir la politique nationale). Notre Président aurait été surpuissant (comme l'était Poutine à la présidence de la Russie ou comme dans certains pays d'Afrique), et cela risquait de favoriser encore bien davantage une pratique autoritaire du pouvoir.

Quelle sera l'issue de ces abus de pouvoirs ? Il est fort possible que, le pouvoir présidentiel ne trouvant pas de limites, il continue à se traduire par

114 Même si elle reste d'une nature différente puisque le Président est élu, en droit, pour être un arbitre, et si le parlement, par définition, incarne la diversité des points de vue politique, par opposition au président.

115 5 assemblées sur 13 ont été dissoutes sous la V<sup>e</sup> République, alors qu'une seule l'avait été en 75 ans sous la III<sup>e</sup> République, et une seule aussi sous la IV<sup>e</sup>.



une concentration des pouvoirs dans les mains du président, de moins en moins compatible avec les principes de base de la démocratie. Cela pourra déboucher sur une crise plus ou moins violente. On peut concevoir que les pouvoirs présidentiels soient précisés et réduits par le peuple allié à des parlementaires excédés, lors d'une révision constitutionnelle<sup>116</sup>. Dans plusieurs autres pays, les pouvoirs du Président ont ainsi été restreints (Portugal, Grèce, Pologne). Si l'on souhaite se rapprocher d'un régime présidentiel, alors il sera indispensable de réduire substantiellement les pouvoirs du président, et en particulier de supprimer son droit de dissolution, si l'on veut éviter des abus de pouvoirs. Il serait sans doute souhaitable de transférer le droit de dissolution au Premier ministre pour éviter ces déséquilibres, car l'usage de ce droit a été l'instrument majeur de la déformation de l'arbitrage présidentiel. De manière complémentaire ou alternative, il serait intéressant d'évaluer l'incidence que pourrait avoir l'exigence d'une majorité renforcée pour l'élection du Président (ce qui devrait conduire au choix d'un homme de consensus, et non pas à celui du leader d'un des deux grands partis ou groupes de partis). Quelle que soit la révision constitutionnelle ou la nouvelle constitution adoptée, elle devra garantir un équilibre entre légitimité, responsabilité et pouvoirs, afin que la liberté soit garantie contre les risques d'autoritarisme.

La notion d'arbitrage présidentiel a été forgée par la doctrine pour limiter les pouvoirs présidentiels, mais, en France surtout, elle a généralement été utilisée par les présidents pour étendre leurs pouvoirs, au point de nier ce qui fait l'essence même de l'arbitrage. Il n'est pas certain que ce soit une notion très utile ni très efficace pour garantir la démocratie.

marie-anne.cohendet@univ-paris1.fr  
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05

<sup>116</sup> Comme le rappelait Michel Debré, allié au peuple, le parlement peut adopter une révision de la Constitution à laquelle le Président serait hostile, en vertu de l'article 89 de la Constitution.