

## **De la difficulté de penser en juriste une notion de « pouvoir gouvernant »**

*Armel Le Divellec*  
*Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)*  
*Directeur du Centre d'études constitutionnelles et politiques*

Le présent rapport se propose d'introduire à la discussion, en présentant quelques thèses, privilégiant les difficultés à penser un hypothétique « pouvoir gouvernant ».

### **I. Prolégomènes**

1) Le principe d'une remise en question des notions traditionnelles du droit constitutionnel mérite d'être salué car celle-ci paraît nécessaire sur bien des plans. Les juristes (universitaires comme les « praticiens ») seraient bien avisés de prendre conscience que la science artistique – ou l'art scientifique – du droit (ici, surtout le droit constitutionnel) a besoin de (re)travailler sans cesse ses concepts, même les plus patinés par le temps, dans la mesure où, n'étant pas des essences pures, ils sont relatifs et qu'en l'occurrence nombre d'entre eux sont (*ab ovo* ou bien devenus avec le temps) inadéquats.

On oublie trop souvent qu'il existe en effet une ardente nécessité pour le juriste de penser en amont du droit positif tel qu'il est formalisé dans les textes constitutionnels et concrétisé par les acteurs et interprètes constitutionnels. Ce droit positif ne peut avoir de sens, trouver son sens, qu'à l'aide de concepts qui lui sont, au départ du moins, extérieurs et antérieurs. Il est sous-tendu par des idées implicites relatives à ses mécanismes et les institutions qui les portent (ici, pour ce qui nous concerne, les organes constitutionnels et leur agencement). En d'autres termes, il est nécessaire de penser une sorte de constitution idéale (on ne dit pas : idéale) avant d'aborder la constitution positive.

Les organisateurs du colloque nous ont donné deux séries de problèmes à résoudre :

- Trouver une manière plus adéquate de parler de cette chose complexe que l'on a, depuis longtemps, pris l'habitude d'appeler le « pouvoir exécutif » moderne.
- Essayer de trouver une manière adéquate de parler de ce « pouvoir » sous la V<sup>e</sup> République et, par là, de trouver une meilleure manière de parler du régime qu'elle fonde, c'est-à-dire, plus exactement, de son système de gouvernement.

Le problème se pose certes pour la notion de pouvoir dit exécutif en général, mais également d'autres notions ou concepts : notamment celle de « pouvoir législatif », de parlement (qui n'est pas réductible au terme précédent), et enfin, plus largement, ce que l'on met sous la bannière (trop large et imprécise) de la « séparation des pouvoirs » et de leur articulation.

Il se trouve que le vocabulaire de ce qui constitue la base de notre droit positif, en l'occurrence les textes constitutionnels (matériellement entendus), ne nous aide pas, voire même contribue à de multiples confusions<sup>1</sup>.

Ce que l'on peut appeler les formules littéraires, quand on en trouve dans les constitutions formelles, sont toujours trop laconiques<sup>2</sup>, ou bien confuses<sup>3</sup>. Elles reflètent d'ailleurs les incertitudes conceptuelles déjà présentes en Amérique du Nord à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et surtout en France à partir de 1789.

Bref, il y a une véritable nécessité de reconstruire intellectuellement notre façon de présenter les organes constitutionnels et leurs fonctions.

2) Or, on peut constater une première ambiguïté de la problématique proposée par les organisateurs ou du moins de la façon dont elle est présentée. Le mot « pouvoir », dont on se sert depuis longtemps, dont on a peut-être besoin, est pourtant délicat pour un juriste. A strictement parler, « pouvoir » désigne tantôt une fonction, tantôt un organe. Si on mêle les deux, on s'expose à de redoutables problèmes et, souvent, des absurdités ou des impasses. Assimiler purement et simplement organe et fonction supposerait une indépendance totale d'un organe et sa spécialisation absolue dans une seule fonction précise, schéma qui n'a jamais été réalisé pleinement dans un système constitutionnel<sup>4</sup>.

J'incline à penser que l'on gagnerait à éviter le terme de « pouvoir », ou du moins à ne l'utiliser qu'avec précaution, à la condition de le complexifier et de le relier à la principale donnée objective du droit constitutionnel positif : la pluralité d'organes.

Mais l'enjeu d'une remise à plat de nos concepts n'est-il que de trouver, par souci de « réalisme », le moyen théorique ou conceptuel d'intégrer au Gouvernement le président de la V<sup>e</sup> République (parce qu'il est, sous bien des rapports, effectivement gouvernant) ? Il me semble que l'enjeu est plus vaste. Et ne devrait pas être seulement franco-français. Il concerne en réalité tous les systèmes de gouvernement de facture comparable.

3) Il y a lieu, ensuite, de relever la difficulté particulière posée par la spécificité de la V<sup>e</sup> République française.

En premier lieu le problème de l'informel : il convient de rappeler que le leadership du président de la V<sup>e</sup> République n'est pas ou très peu formalisé juridiquement. La domination réelle du chef de l'Etat sur le gouvernement et la majorité parlementaire s'analyse comme une captation, par le président, des ressorts du parlementarisme majoritaire, des compétences exercées formellement par le premier ministre et les membres du gouvernement, ainsi que de la plupart des processus décisionnels au sein du Parlement<sup>5</sup>. La question des formes que prend le leadership peut bien être jugée secondaire par les non-juristes, elle est, en revanche, fondamentale voire décisive pour les juristes, parce qu'elle pose celle des techniques juridiques et de leurs limites.

---

<sup>1</sup> A. Le Divellec, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, n°143, 2012, p. 123-140.

<sup>2</sup> Par exemple l'article II, section 1, 1<sup>o</sup> de la Constitution fédérale des Etats-Unis : « The executive Power shall be vested in a President of the United States of America. »

<sup>3</sup> Par exemple, l'article 148 de la Constitution fédérale suisse : « L'Assemblée fédérale est l'autorité suprême de la Confédération, sous réserve des droits du peuple et des cantons. ». La formule est ambiguë en ce qu'elle suggère une primauté de l'Assemblée fédérale (le parlement bicaméral) sur les autres organes, ce qui est, en réalité, fort douteux. De manière générale, l'idée de primauté (juridique ? politique ?) d'un organe est quasiment impossible à tenir.

<sup>4</sup> Il est à noter que même Locke et Montesquieu n'ont pas toujours échappé à ce piège.

<sup>5</sup> Sur cette idée de captation, v. A. Le Divellec, « Le Prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la Présidence de la V<sup>e</sup> République », *Droits*, n°44, 2007, p 101-137..

En outre – et cela ne concerne pas la seule république française –, il convient de se garder de formules exagérées, voire outrancières : affirmer que l'organe exécutif (et notamment le président de la République) serait « tout puissant » ne fait pas avancer le problème conceptuel ; ce genre de simplifications grossières est un obstacle à une meilleure appréhension de la structure du pouvoir dans l'ordre constitutionnel.

Se pose alors une question méthodologique : une construction conceptuelle, théorique, ne doit certes pas se couper de la réalité (c'est-à-dire du fonctionnement effectif d'un système de gouvernement concret), mais pour autant, elle ne saurait utilement se limiter à être la simple « théorisation » d'une pratique, aussi apparemment stable et durable fût-elle – car cette dernière est, par définition, mouvante et évolutive, donc relative. La justification, la raison d'être, l'utilité d'une nouvelle construction théorique se trouve dans sa valeur explicative sur le long terme.

Ainsi, un schéma explicatif du système de gouvernement de la V<sup>e</sup> République doit pouvoir intégrer les hypothèses de cohabitation qui, même si elles sont devenues moins probables (depuis le quinquennat et l'ajustement de l'ordre des élections présidentielle et parlementaires), demeurent possibles. Vouloir, par des concepts, figer, objectiver la « pratique » présidentialisée dominante, qui n'est pas complètement coulée dans le droit positif, risque d'aboutir à une impasse<sup>6</sup>.

## II. Les données formelles du droit

Il convient, certes, de tenir compte des spécificités de la V<sup>e</sup> République, mais en même temps prendre conscience que la problématique du sujet dépasse, et de loin, la seule V<sup>e</sup> République : presque tous les systèmes (parlementaires – osons le mot) de gouvernement sont construits avec un « Exécutif » formellement dual ou dualiste<sup>7</sup>, c'est-à-dire comprenant un chef de l'Etat distinct du cabinet des ministres<sup>8</sup>. Il s'agit d'un héritage monarchique dans les républiques démocratiques, dont on doit constater qu'elles ont construit leur structure constitutionnelle formelle par une transposition de celle de la monarchie : les conseillers du prince se sont peu à peu détachés de la Couronne dont ils émanaient pour former un organe constitutionnel propre, lié mais distinct. Tout en demeurant formellement « ministres de la Couronne », ils sont progressivement devenus, d'un point de vue à la fois politique et institutionnel, les ministres du Parlement.

---

<sup>6</sup> C'est pourquoi on ne peut qu'être soulagé que N. Sarkozy ait, en 2008, renoncé à la proposition de modification des articles 5 et 20 C formulée par le Comité Balladur en 2007 (mais qu'il avait lui-même inspirée) : l'inscription dans la lettre de la Constitution formelle du principe selon lequel le président aurait pour charge de « définir la politique » aurait pu être ouvertement contredite dans certaines circonstances, notamment bien sûr dans l'hypothèse d'une cohabitation comparable à celles réalisées à partir de 1986.

<sup>7</sup> Ou encore : bicéphale. On pourrait encore dire : dyarchique. Sans doute, de Gaulle prétendait, dans sa célèbre conférence de presse du 30 janvier 1964, qu'« il ne saurait y avoir une dyarchie au sommet de l'Etat ». Et de poursuivre : « mais justement, il n'en est rien ». C'était là un *wishfull telling*, son souhait qu'il en soit ainsi politiquement et pratiquement. En réalité, le juriste ne peut faire autre chose que constater qu'il y a bien, en droit, une distinction entre le président et le gouvernement, qui sont en droit positif des organes distincts, auxquels des attributions distinctes sont reconnues par les textes.

<sup>8</sup> Les seules exceptions à cette structure formellement duale de l'Exécutif se rencontrent dans les corps politiques non souverains, Etats fédérés d'un Etat fédéral ou assimilés : les Länder allemands et autrichiens, les Communautés autonomes espagnoles, les régions et communautés belges. On observera qu'en revanche, la situation est inverse dans les anciens Dominions britanniques de structure fédérale comme le Canada ou l'Australie : dans chaque Etat fédéré officie un (Lieutenant-)Gouverneur à côté du Premier ministre régional. Le dualisme formel de l'Exécutif y est donc reproduit.

Reste que, tant dans les régimes demeurés en forme monarchique que dans les régimes républicains, l'on n'est jamais parvenu à caractériser clairement ou judicieusement le rôle du chef de l'Etat après cette autonomisation progressive des ministres : les théories (ou thèses) sur le pouvoir préservateur (Lanjuinais, Benjamin Constant), sur le gardien de la constitution (évoqué en des sens fort différents par nombre d'auteurs, l'Allemand Carl Schmitt l'ayant utilisé *fortissimo* à des fins tactiques pour légitimer un interventionnisme croissant du président weimarien), ou encore sur l'arbitre ont toujours revêtu plusieurs sens possibles (fort ou faible, avec tout un dégradé de solutions) et n'ont jamais été vraiment opératoires.

De même n'a jamais été résolu le problème indicible de savoir quelle devait être la nature de ce lien entre le chef de l'Etat et le gouvernement, en particulier la question de savoir si le président appartient ou non au gouvernement. En inventant, à partir du texte de la Charte de 1814 et d'une lecture de la pratique anglaise de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, un pouvoir ministériel distinct du pouvoir royal (qui, du même coup, prenait potentiellement une dimension nouvelle, régulatrice mais non gouvernante), B. Constant mettait à mal la doctrine traditionnelle du « gouvernement du Roi ». Et s'il ouvrit la brèche conceptuelle permettant de décrire par anticipation les évolutions liées à l'autonomisation croissante des ministres comme corolaire de la parlementarisation, cette thèse n'a pas éliminé la vision traditionnelle<sup>9</sup> et le problème est demeuré, plus délicat d'ailleurs dans les républiques.

On sait que de Gaulle prit soin de préciser à son ministre et confident, Alain Peyrefitte, que « le gouvernement n'a pas de substance en dehors de moi », et « le chef du gouvernement, c'est moi »<sup>10</sup>. On peut bien considérer que ces phrases reflétaient l'esprit dominant de la V<sup>e</sup> République parce que la majeure partie des élites françaises l'a plus ou moins accepté. Mais il s'agissait d'une thèse politique, qui n'avait, à rigoureusement parler, pas « valeur » juridique constitutionnelle. Et la survenance trois fois répétée des cohabitations en a de toute façon montré les limites.

Le droit constitutionnel textuel des démocraties contemporaines offre à cet égard un tableau plus que varié. Les constitutions formelles ne contiennent que rarement des précisions sur la question.

On peut mentionner la Constitution des Pays-Bas de 1983, qui conserve les traces les plus marquées de l'héritage dualiste traditionnel, lorsqu'elle énonce dans son article 42 : « Le gouvernement est formé du Roi et des ministres » tandis que l'article 45 précise : « Les ministres forment ensemble le conseil des ministres ». L'ambivalence demeure donc, entre autonomie du cabinet et intégration du monarque. La nouvelle Constitution du Luxembourg, qui aurait dû être adoptée en 2020, s'éloignait de la présentation monarchique classique en formulant (art. 47) que le Chef de l'Etat « exerce conjointement avec le Gouvernement le pouvoir exécutif ».

La Constitution républicaine italienne de 1947 conserve elle aussi un legs du dualisme issu du *Statuto Albertino* de 1848. Si elle individualise le cabinet et même l'institution du président du conseil, nettement distinct du président de la République<sup>11</sup>, les liens fonctionnels avec le chef de l'Etat sont nombreux (l'article 87, alinéa 4 C par exemple précise que le président « autorise la présentation aux chambres des projets de loi d'initiative gouvernementale », ce qui lui donne en principe un moyen d'interférence dans le travail du cabinet). Pour autant, la

---

<sup>9</sup> On peut d'ailleurs relever que la seule constitution formelle ayant explicitement fait référence aux idées de Constant, la Charte de Don Pedro pour l'Empire du Brésil de 1824 (transposée en 1826 pour le royaume du Portugal dont Pedro devint aussi le souverain), attribuait au Roi un double rôle de « pouvoir modérateur » et de chef du « pouvoir exécutif ». La confusion était donc patente et la répartition des compétences royales relevant de chacun de ces fonctions relativement contradictoire. V. les travaux d'Oscar Ferreira, notam. *Le constitutionnalisme octroyé*, Eska, 2019.

<sup>10</sup> A. Peyrefitte, *C'était de Gaulle*, t. I, Fayard, 1994, p. 116-117.

<sup>11</sup> Art. 92, al. 1<sup>er</sup> : « Le gouvernement de la République est composé du président du Conseil et des ministres qui constituent ensemble le Conseil des ministres. »

*Corte costituzionale* reconnaît le président de la République comme une institution autonome et l'on sait qu'en dépit de la règle généralisée du contreseing de tous les actes présidentiels, les Italiens ménagent au président des « pouvoirs propres », en particulier rien moins que celui de dissoudre les chambres.

La Constitution allemande de Weimar transposait elle aussi en grande partie le schéma formel du dualisme mais outre qu'elle instituait un chancelier du Reich, elle précisait (art. 55) que l'accord du chef de l'Etat était requis pour approuver le règlement intérieur (*Geschäftsordnung*) du Gouvernement fédéral. Tout en donnant, à travers différentes prérogatives, au chancelier un rôle de direction du travail gouvernemental, et précisant que c'était le Chancelier (et non le Président) qui présidait les réunions (§ 29, 1<sup>o</sup>)<sup>12</sup>, ce texte indiquait que le Chancelier devait informer le Président de sa politique<sup>13</sup>. Logiques dualiste et moniste s'entremêlaient donc, sans que les règles formelles ne tranchent complètement la question.

Bien qu'ayant délibérément renforcé la position du chancelier fédéral au sein du jeu institutionnel (en particulier son lien de légitimation vis-à-vis du parlement), la Loi fondamentale de 1949 a conservé certaines règles weimariennes : l'approbation du Président fédéral pour l'adoption du règlement intérieur du Gouvernement reste explicitement requise par la Loi fondamentale (art. 65) ; ce règlement adopté en 1951 précise lui aussi que c'est le chancelier qui préside les réunions (§ 22, 1<sup>o</sup>), mais le chef des services de la présidence (*Präsidentialamt*) assiste au Conseil des ministres (§ 23, 1<sup>o</sup>). Enfin, le règlement reprend mot pour mot celui de Weimar concernant l'obligation pour le chancelier d'informer le président fédéral de sa politique (§ 5). Au total, l'option dominante de toutes les règles formelles en Allemagne est nettement défavorable au chef de l'Etat, mais on ne saurait dire qu'il soit totalement exclu de tout lien avec le gouvernement fédéral.

Certains textes constitutionnels d'Europe centrale et orientale élaborés dans les années 1990, bien qu'optant clairement pour l'établissement d'un système de gouvernement parlementaire, n'en ont tout de même pas moins ménagé au président de la République certains moyens d'interférence dans le travail gouvernemental, allant même, dans le cas de la Hongrie et de la Lituanie jusqu'à lui attribuer un droit d'initiative législative<sup>14</sup> concurrentement au Premier ministre.

Dans le droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République, le président est institué comme un organe autonome du gouvernement (renforcé par la dispense de contreseing pour sept catégories d'actes, art. 19 C) mais le texte constitutionnel fixe des interférences : le président nomme le Premier ministre et, sur sa proposition (et avec contreseing), les ministres ; il préside le Conseil des ministres (solution traditionnelle en France, maintenu même sous les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques) ; sa signature est requise en Conseil des ministres pour les décrets et ordonnances ainsi que pour une importante série de nominations ; de même est maintenue la formule datant de 1875 précisant qu'il « négocie et ratifie les traités », qu'il est « chef des armées », préside les conseils de défense (le décret de 1964 – entretemps révisé puis intégré dans le Code de la défense –, lui attribuant en outre le pouvoir de déclencher l'arme nucléaire).

Ainsi, au partage apparent des tâches esquissé (plus exactement : suggéré, puisqu'il s'agit d'une formule littéraire) par les articles 5 et 20 C, se mêlent des interférences du président

---

<sup>12</sup> Le Président Ebert participa néanmoins, en plusieurs occasions, aux réunions du conseil des ministres.

<sup>13</sup> § 4 : « *Le Président du Reich est tenu au courant de la politique du Chancelier et de la gestion de chaque ministère par l'envoi des documents essentiels, par des rapports écrits sur des affaires d'importance particulière ainsi que, au besoin, par des entretiens personnels.* »

<sup>14</sup> Comme c'était le cas dans la Constitution française de 1875 (art. 3, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>ère</sup> phrase de la loi du 25 février 1875), mais il s'agissait d'une transposition à la république d'une prérogative du monarque dans la quasi totalité des constitutions des monarchies constitutionnelles européennes du XIX<sup>e</sup> siècle.

dans les opérations relevant du gouvernement. On ne saurait dire que les règles formelles du droit positif fournissent une réponse claire quant à l'existence d'un pouvoir gouvernant dans lequel serait intégré le président de la République.

Dès lors, on peut conclure que dans la plupart des régimes parlementaires, les règles formelles formant la base du droit de la constitution sont marquées par une sorte d'hésitation relativement à l'articulation entre le ministère et le chef de l'Etat. L'héritage du dualisme monarchique n'a pas été complètement effacé, même dans les pays ayant nettement opté pour la logique moniste ; il subsiste de manière graduée et variable selon les cas. En tout état de cause pourtant, la question de l'équilibre effectif entre chef d'Etat et cabinet ne peut être uniquement déduite de telles règles, qui peuvent être infléchies ou modifiées par des règles non écrites et des pratiques diverses.

### **III. Tentative de reconstruction doctrinale**

Pour identifier et analyser un hypothétique pouvoir gouvernant, il conviendrait de distinguer et d'articuler trois angles de vue.

#### **1) Les actes juridiques formalisés**

La partie la plus visible du droit de la constitution fait apparaître une multitude d'actes juridiques formalisés, adoptés par les organes constitutionnels, soit isolément (l'acte d'un seul organe), soit collectivement (un acte pris par un organe requérant l'approbation d'un ou de plusieurs autres organes, par exemple le chef de l'Etat et le premier ministre, ou bien les deux chambres parlementaires ou encore par celles-ci et le gouvernement). Il s'agit de problèmes essentiellement techniques, probablement la partie la plus simple à identifier et à caractériser. Mais une démarche juridique rigoureuse ne peut ignorer que nombre de ces actes ne se laissent pas toujours classer dans les rubriques « législative » ou « exécutive » (par ex. les résolutions parlementaires ou bien les messages présidentiels au parlement)<sup>15</sup>.

#### **2) Les fonctions**

Les diverses règles du droit de la constitution attribuent à chaque organe un nombre important de compétences formelles, marquées par une certaine hétérogénéité. Si l'on veut tenter d'ordonner quelque peu cette diversité (à des fins pédagogiques ou, mieux encore, afin de bâtir une dogmatique contribuant à mettre en cohérence le droit positif en tant que système), il est utile sinon indispensable d'imaginer (par construction intellectuelle) des fonctions. Les constitutions formelles formulent d'ailleurs elles-mêmes fréquemment, de façon plus ou moins explicite et plus ou moins claire, ces fonctions, généralement tirées de la vulgate héritée des interprétations (souvent réductrices) de grands auteurs de la pensée politique, au premier chef Locke et Montesquieu, en l'occurrence, les fonctions législative, exécutive et juridictionnelle. Celles-ci ont été simplifiées (on oublie généralement la fonction fédérative lockienne) et essentialisées à outrance, au mépris de la consistance même du droit posé par ces mêmes constitutions formelles. C'est peut-être pour dépasser cette réduction que la science constitutionnelle pourrait imaginer d'autres définitions des fonctions.

##### **a) Fonctions juridiques-techniques**

Lorsque les textes constitutionnels prennent la peine (principalement pour appuyer l'idée qu'elles sont fondées sur la « séparation des pouvoirs » et se donner ainsi le label de régime

---

<sup>15</sup> Sur le lien entre fonctions et actes juridiques, v. notamment Ch. Eisenmann, « Les fonctions de l'Etat », *Encyclopédie française*, t. X, 1964 (rééd. in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Ed. Panthéon-Assas, 2002, p. 183-220).

libéral), de formuler l'existence de fonctions étatiques, elles se contentent le plus souvent de reconnaître l'existence de la fonction législative et de la fonction exécutive (on peut laisser de côté la fonction juridictionnelle, qui est secondaire pour notre propos).

Il est fréquemment affirmé que la première est attribuée au Parlement (entendu comme la ou les chambres, à l'exclusion du chef de l'Etat ou du gouvernement). Or, en réalité, tous ces textes attribuent bien juridiquement et, si l'on peut dire, techniquement, une certaine participation des organes dits « exécutifs » à la confection de la loi : par un droit d'initiative (on a vu que certaines constitutions l'attribuent même au chef de l'Etat), un droit de participation aux délibérations des chambres (y compris, le plus souvent, le droit d'amendement ou divers droits de procédure<sup>16</sup>), un droit de demander une nouvelle délibération (qui s'assimile techniquement à un veto suspensif), un droit de sanction (permettant donc un veto absolu) ou, au moins, un droit de promulgation<sup>17</sup>.

Il faut donc conclure que, contrairement à ce qu'affirment la plupart des textes constitutionnels, la fonction législative est toujours juridiquement partagée entre les assemblées, le cabinet et le chef de l'Etat. C'est là un point fondamental qui accorde d'ailleurs le droit strict avec les équilibres institutionnels effectifs de toutes les démocraties contemporaines, marqués par le rôle moteur et une certaine primauté de fait des gouvernements dans l'élaboration de la législation.

La fonction appelée exécutive, d'autre part, dont le périmètre demeure irréductiblement flou et dont aucune théorie n'a réussi à ce jour à rendre compte de manière véritablement satisfaisante, est, dans toutes les démocraties contemporaines, dévolue principalement au cabinet et, dans une certaine mesure, au chef de l'Etat. Pour autant, un examen un peu attentif du droit strict conduit à reconnaître que les assemblées parlementaires détiennent dans ce domaine également certains droits de participation. Sans doute s'agit-il le plus souvent le « facultés d'empêcher » plutôt que de « facultés de statuer », car le pouvoir immédiat (pour employer le terme de John Stuart Mill) est à peu près complètement dévolu aux organes dits exécutifs, mais il peut y avoir des compétences de décision immédiate (par exemple pour certaines nominations importantes). Cependant, les nombreuses incertitudes suscitées par la définition d'une fonction exécutive même largement entendue invitent plutôt à essayer de penser différemment le nécessaire découpage de fonctions étatiques.

#### b) Fonctions juridiques non techniques

Dès lors qu'il paraît impossible de subsumer toutes les compétences du gouvernement et du chef de l'Etat sous une fonction exécutive décidément insaisissable, il convient d'imaginer autrement la question des fonctions.

La piste d'une fonction dite « gouvernementale » a été explorée depuis longtemps<sup>18</sup>, sans véritable succès. Son avantage est de permettre de couvrir le large périmètre des tâches

---

<sup>16</sup> Par exemple en France, les irrecevabilités réglementaires ou financières (art. 41 et 40), le vote bloqué (art. 44, al. 3).

<sup>17</sup> La théorie classique enseigne que la promulgation, à l'inverse de la sanction, serait un droit de puissance exécutive et non législative, mais on peut douter de cette position aujourd'hui. Le droit de sanction semble avoir disparu de toutes les monarchies libérales (dernièrement, il a été supprimé au Luxembourg en 2009). Reste la promulgation. Mais les constitutions formelles règlent rarement la question de savoir ce qu'il adviendrait si le chef de l'Etat refusait de promulguer un texte de loi définitivement adopté par le Parlement. A ce sujet, les constitutions françaises de 1848 et 1946 transféraient alors la compétence de promulgation au président du Parlement, tandis que celle de 1958 n'a pas repris une telle disposition et on peut penser que de Gaulle n'y fut pas étranger, se réservant peut-être une marge de manoeuvre en cas de difficulté. En Allemagne, le Président fédéral a plusieurs fois refusé de promulguer une loi qu'il estimait non conforme à la Loi fondamentale.

<sup>18</sup> Parmi d'autres, G. Burdeau, « La fonction gouvernementale », *Revue politique et parlementaire*, déc. 1946, p. 208-213 (rééd. in *Ecrits de droit constitutionnel et de science politique*, Ed. Panthéon-Assas, 2011) et André Mathiot, *Institutions politiques comparées. Le pouvoir exécutif dans les démocraties d'Occident*, I.E.P. de Paris,

dévolues au ministère, notamment son rôle dans l'exercice de la fonction législative. Son inconvénient est de donner à entendre que cette fonction serait réservée aux organes dits « exécutifs » (il y aurait alors identité entre l'organe et la fonction – on pourrait même inclure le chef de l'Etat). Or, justement, il est impossible de dénier aux assemblées une participation à cette même fonction<sup>19</sup>.

Ayant depuis longtemps réfléchi à ce problème, la doctrine allemande du dernier demi-siècle en est venue à avancer l'idée, un peu différente, d'une fonction de « direction de l'Etat » (*Staatsleitung*)<sup>20</sup>. Elle dépasse évidemment la seule exécution normative et pratique des lois, mais permet d'inclure outre l'inévitable participation du gouvernement aux opérations législatives (y compris l'initiative de la loi), l'idée d'un pouvoir de conceptualisation<sup>21</sup> et d'élaboration de politiques publiques<sup>22</sup>, ainsi que la fonction que Locke qualifiait de fédérative et qui a, de tous temps, constitué une grande partie de l'énergie des organes « exécutifs ». On notera qu'ici, la fonction ne se limite pas à des actes juridiques formels.

Cette fonction de direction de l'Etat est partagée entre plusieurs organes : le ministère, le chef de l'Etat mais également les assemblées<sup>23</sup>. On peut certes ici reprendre la distinction précédemment évoquée entre le pouvoir immédiat, détenu de manière privilégiée par l'organe ministériel, et le pouvoir médiat incombant aux assemblées délibérantes. Mais l'essentiel est que cette thèse permet de reconnaître à ces dernières un certain rôle dans la direction de l'Etat, ce que précisément, le Conseil constitutionnel français s'est évertué à nier au motif (fort peu convaincant) que l'article 20 de la Constitution formelle attribuerait au seul Gouvernement la détermination et la conduite de la politique de la Nation, le parlement étant réduit à une participation à la législation et à un rôle de contrôle<sup>24</sup>. Or, le droit de la constitution (française comme des constitutions étrangères) attribue toujours aux assemblées certaines compétences et moyens contribuant à la direction de l'Etat, qu'il s'agisse de la participation à l'élaboration de la législation ou de l'adoption d'autres décisions et actes, mais aussi tout simplement d'un rôle qui (comme celui du gouvernement ou du chef de l'Etat d'ailleurs) ne se résout pas nécessairement en actes juridiques formalisés. C'est dire également que la fonction de direction de l'Etat n'est pas le monopole des organes appelés exécutifs.

En tout état de cause, contrairement aux simplifications complaisamment répétées depuis deux siècles, il n'existe pas de spécialisation fonctionnelle totale des organes de gouvernement dans un Etat libéral et la seule affirmation qui vaille ne peut être que très générale : chaque

---

Les cours de droit, 1968, p. 42 : « il existe une fonction gouvernementale globale ». Contra : Ch. Eisenmann, *loc. cit.*, p. 203.

<sup>19</sup> Wilhelm Mössle avait naguère parlé de « fonctions gouvernementales du Parlement » (*Regierungsfunktionen des Parlaments*, Munich, Beck, 1986).

<sup>20</sup> L'un des premiers auteurs allemands à avoir employé le terme est Ernst Friesenhahn dans son célèbre texte « *Parlament und Regierung im modernen Staat* », *Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, Berlin, De Gruyter, 1958.

<sup>21</sup> De son côté, Georges Vedel s'approchait à la même époque d'un point de vue voisin : « En réalité, la tâche du gouvernement, ce n'est pas l'exécutif, mais la prévision, la direction générale et la synthèse » (« Le problème des relations entre le législatif et l'exécutif », *RFSP*, 1958, p. 788).

<sup>22</sup> Le thème de la planification restait attractif dans les années 1970, il a sans doute partout décliné depuis mais il en reste l'idée générale, même si elle revêt des formes plus souples que les seules lois formelles de plan.

<sup>23</sup> Affirmation qui fut le grand apport du texte précité de Friesenhahn, en ce qu'il permettait de sortir du cliché d'un parlement seulement législatif et mettait l'accent sur l'entrelacement organique et fonctionnel du parlement et du cabinet. Siegfried Magiera développera cette idée vingt ans plus tard : *Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979.

<sup>24</sup> Ce qui était en accord avec la pensée des rédacteurs du projet constitutionnel de 1958 (ainsi Jérôme Solal-Céligny) mais on ne peut accepter l'idée que la *summa divisio* des fonctions étatiques opposerait l'action et le contrôle. Il s'agit plutôt d'un *topos* destiné à légitimer la *capitis diminutio* que l'on voulait infliger aux assemblées. Peu avant, Vedel (art. précité) avait réduit lui aussi les missions des assemblées : « La fonction du Parlement, ce n'est pas la législation, mais la critique, le contrôle et l'assentiment ». Son intention était certainement alors de contribuer intellectuellement à l'abandon de la logique du « parlementarisme absolu ».



organe participe à l'exercice de plusieurs fonctions techniques et concourt ainsi à cette fonction générale qu'est la direction de l'Etat.

### **3) Les organes (relations formalisées et non formalisées)**

Si l'approche par les actes juridiques ne permet aucune synthèse quant aux rôles respectifs du chef de l'Etat, du ministère et des assemblées parlementaires, l'approche par les fonctions, tout en étant nécessaire, reste donc grevée d'incertitudes et n'offre pas, à elle seule, de clés suffisantes pour penser juridiquement un « pouvoir gouvernant ». Le problème peut être sinon résolu du moins être éclairé par une réflexion sur les organes et surtout par le jeu relationnel qui les unit<sup>25</sup>.

De ce point de vue, il y a lieu de prendre la mesure de la dynamique très subtile du système de gouvernement responsable (i.e. parlementaire) qui, on l'a vu, a maintenu presque partout la dualité formelle du « pouvoir exécutif ». Plusieurs variantes du système parlementaire existent au plan formel comme au plan concret-pratique. A droit positif constant, on peut rencontrer en pratique un cabinet-leader ou un cabinet-suiveur, avec toute une série de dégradés entre ces deux schémas. Il n'en va pas autrement pour les relations entre le chef de l'Etat et le cabinet : le droit strict ne peut fixer l'équilibre s'établissant entre eux et même une fois celui-ci établi politiquement, il ne peut être complètement figé ; il dépend de la combinaison de multiples facteurs, qui ne sont pas toujours strictement juridiques ou techniques mais bien parfois purement politiques.

De même que la solidarité (la « fusion », selon Walter Bagehot) entre gouvernement et assemblée, à la fois institutionnelle et politique et d'intensité variable selon les cas, ne fait pas disparaître les relations en partie juridicisées entre les organes, de même pour les relations entre le chef de l'Etat et le cabinet ministériel. Les systèmes parlementaires de gouvernement tendent structurellement à l'unité des pouvoirs (tant au point de vue organique que fonctionnel), mais celle-ci reste toujours une unité complexe.

Il est, en somme, plus que douteux que l'on puisse écraser cette complexité en fusionnant complètement le ministère (cabinet) et le président de la République dans l'analyse, du moins en l'état actuel du droit positif. Même si, dans la pratique de la V<sup>e</sup> République, le président se comporte, le plus souvent, effectivement comme un véritable chef politique du gouvernement, il n'en demeure pas moins que cette position réelle est doublement relative : non seulement elle pourrait ne pas être (si les présidents renonçaient à vouloir diriger eux-mêmes l'action du gouvernement) et, surtout, lorsque l'hypothèse du président chef politique se réalise (figure du « présidentialisme »), elle emprunte des voies juridiques qui respectent pour l'essentiel (il y a quelques déviations) les formes imposées par le droit de la constitution ; la « captation » n'est pas une action juridique directe mais indirecte. Reconnaître cet état de fait est important pour le juriste, dont l'office est non exclusivement certes mais tout de même en grande partie la conceptualisation des formes. Il n'y a pas, d'un point de vue juridique, de mystère du présidentialisme de la V<sup>e</sup> République si l'on veut bien considérer avec précision les voies et moyens par lesquels il se réalise. Dès lors, le terme de « pouvoir gouvernant » peut servir d'expression pratique mais ne saurait être érigé en concept juridique ; l'expression de captation présidentielle permet largement, selon nous, à expliquer l'originalité française. Demeure le problème du terme à employer lorsque l'on englobe le président de la République et le gouvernement. Il reste difficile à trouver. Au moins serait-on bien avisé de parler d'organe(s) et non de pouvoir, et d'employer le pluriel et non le singulier pour ce couple décidément si complexe à appréhender.

---

<sup>25</sup> A l'image de G. Vedel dans « Topologie et recherche politique », *Futuribles*, juin 1961, p. 3-19 (rééd. in *Pages de doctrine*, 1979, p. 415-430). Mais son idée de renouveler l'approche traditionnelle par une *summa divisio* formée par le couple fonction de décision / fonction de contrôle nous paraît absolument non pertinente.