

# **Le juge constitutionnel et les relations entre les parlements et le pouvoir exécutif.**

## **Les limites de la régulation juridictionnelle d'un système de gouvernement**

*Armel Le Divellec*

*Professeur de droit public à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)*

L'engouement doctrinal contemporain pour la justice constitutionnelle et l'exaltation de la « démocratie constitutionnelle » considérée avant tout comme un régime de garantie des droits individuels a laissé un peu dans l'ombre un problème non négligeable, celui du rôle du juge constitutionnel dans les rapports entre organes gouvernants, notamment les assemblées délibérantes et les autorités en charge du pouvoir immédiat, autrement dit le pouvoir (mal nommé) « exécutif » (gouvernement et, le cas échéant, chef de l'Etat). Or, si elle ne veut pas se contenter de rester au niveau de généralités, une réflexion sur les possibles transformations du régime représentatif par l'avènement de la justice constitutionnelle doit inclure et donc s'interroger sur les systèmes de gouvernement proprement dits, c'est-à-dire rien moins que la question de savoir selon quel agencement (relativement) stable, encadré par le droit et à peu près admis par le plus grand nombre, un pays est censé être gouverné.

De fait, il semble que la doctrine juridique oscille à ce sujet entre deux positions extrêmes. A un courant qui exalte de manière générale l'irruption du juge dans ces relations (« la politique saisie par le droit »), s'oppose celui qui passe largement sous silence cette présence. Ces deux positions ne vont pas sans inconvénient, le principal étant de manquer à décrire une réalité, à savoir qu'il est aujourd'hui peu de pays (voire aucun) dans lesquels, au rebours de ce qui fut longtemps le cas, un juge n'intervienne pas d'une manière ou d'une autre dans les relations entre parlements et exécutifs. Reste à prendre la mesure du phénomène.

Le titre initial de la communication, proposé par les organisateurs -- « Les transformations de la fusion des organes parlementaires et gouvernementaux sous l'autorité du juge constitutionnel : la faculté de statuer réglée par le juge »<sup>1</sup> --, prend le premier parti, celui d'après lequel une transformation aurait bien eu lieu sous l'emprise du juge constitutionnel.

En outre, le thème a été placé dans la demi-journée intitulée « De la balance des pouvoirs à la suprématie de la constitution ». Cette formule suggère, elle aussi, une transformation. Elle sous-entend l'idée que jadis (en l'absence d'institutions de justice constitutionnelle), les relations entre organes de gouvernement se régulaient toutes seules, implicitement selon le principe de la balance des pouvoirs (sous-entendu : sur un mode relativement mécanisé, produit d'un agencement organique et fonctionnel équilibré, mais aussi en partie dépendant des rapports de forces politiques entre les acteurs) et que désormais, le juge constitutionnel, comme tiers dans la relation entre organes gouvernants, prendrait en charge l'essentiel de cette régulation en donnant effectivité à des règles juridiques préétablies<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Le terme de « fusion » (popularisé, cela est désormais notoire, par l'Anglais Bagehot en 1865) renvoie aux systèmes parlementaires de gouvernement – de très loin le type le plus répandu dans les démocraties libérales –, et ce, de manière judicieuse car il rend mieux compte que l'expression, hélas, trop répandue, de « séparation souple » de la forte imbrication à la fois juridique et politique entre les assemblées et le gouvernement (v. infra). C'est pourquoi il sera privilégié ici. Mais les développements qui suivront peuvent, par extension et *mutatis mutandis*, être valables pour les systèmes non parlementaires.

<sup>2</sup> « En devenant un droit jurisprudentiel et un droit appliqué, le droit constitutionnel se 'rejudiciarise'. Il n'est plus un catalogue de recettes politiques à caractère vaguement obligatoire », écrivaient même Louis Favoreu et Loïc Philip en 1978 (*Le Conseil constitutionnel*, P.U.F., « Que sais-je ?, 1978, p 120).

Ainsi donc, si l'on suit cette hypothèse, le régime représentatif moderne serait marqué à la fois par une juridicisation (l'existence de règles juridiques gouvernant ces relations) et une juridictionnalisation (il existe désormais un juge pour faire respecter ces règles) de l'agencement des pouvoirs. En conséquence, selon cette hypothèse, le principe de la balance des pouvoirs aurait été en quelque sorte supplanté par le principe de la suprématie de la constitution et, en cela, on pourrait considérer que l'on assiste à une modernisation du régime représentatif.

Cette façon d'analyser ce qui se joue dans les régimes représentatifs contemporains est cependant fort contestable. Certes, il est indéniable que ce mouvement existe (depuis le XIX<sup>e</sup> siècle), que les relations entre parlements et exécutifs s'exercent dans des conditions juridiques quelque peu différentes de naguère, mais qu'il n'est que partiel, qu'il ne va pas (et ne peut pas aller) jusqu'au bout de cette logique de juridicisation et de juridictionnalisation. Il ne peut être que partiel parce que la nature de cette partie des constitutions (« l'agencement des pouvoirs ») ne se prête pas à une formalisation complète par des règles juridiques ni à un contrôle juridictionnel trop poussé, spécialement dans les systèmes de type parlementaire. En revanche, le sujet nous dit quelque chose de l'office du juge constitutionnel et, finalement, de la notion de constitution.

### ***Remarques liminaires***

La majeure partie des démocraties représentatives contemporaines sont marquées par ce que l'on pourrait appeler une logique constructiviste : le cadre normatif censé organiser la vie démocratique est regardé comme le produit d'une construction, par la volonté humaine, au moyen de règles posées au moins dans leurs grandes lignes par cette volonté humaine éminente qu'est le pouvoir constituant. Il n'est plus guère question de considérer – comme ce fut si longtemps le cas -- que ce cadre normatif est avant tout le produit de l'histoire et le fruit de développements non pas exactement spontanés mais du moins reposant sur « l'ordre des choses ». Au surplus, c'est une certaine idée du droit qui alimente la conception constructiviste : les règles posées sont (et doivent être, selon la pensée dominante) avant tout des règles juridiques, censées être plus objectives que de simples arrangements « politiques » ou informels.

D'autre part, la justice constitutionnelle intervient, depuis ses origines, dans le jeu des pouvoirs, plus exactement dans les relations entre les organes de gouvernement, que ce soit directement ou indirectement. Mais la situation est passablement variée selon les pays : on ne trouve pas partout exactement les mêmes mécanismes ; certains pays vont plus loin que d'autres à cet égard. Demeure donc, encore aujourd'hui, une assez grande asymétrie sur ce point entre les démocraties contemporaines.

Il n'est d'ailleurs pas anodin de constater qu'historiquement, dans certains pays tout au moins, les premières cours constitutionnelles au XIX<sup>e</sup> siècle avaient été précisément instituées pour prendre en charge certaines questions touchant aux relations entre organes bien plus que celles relatives au contrôle de la loi (par exemple le jugement sur la responsabilité des ministres pour « violation de la constitution » ou encore trancher l'interprétation controversée d'un article du texte constitutionnel)<sup>3</sup>. La doctrine contemporaine, obnubilée par la question de la hiérarchie des normes, a perdu de vue ce fait.

Quoi qu'il en soit, si le mécanisme de « résolution » juridictionnelle des litiges entre organes sur saisine directe est loin d'avoir été généralisé à toutes les démocraties constitutionnelles<sup>4</sup>, il n'en demeure pas moins que le juge constitutionnel peut être amené à trancher de tels litiges entre organes ou bien à préciser la « bonne interprétation » (c'est-à-dire celle, qu'à la suite de Kelsen, on a coutume d'appeler « authentique » -- alors qu'en toute logique, il faudrait réserver cette appellation à l'interprétation délivrée par l'institution réputée avoir posé la norme, à savoir le pouvoir constituant) d'un énoncé de la constitution formelle à l'occasion d'autres procédures : jugement sur le règlement

<sup>3</sup> A. Le Divellec, « Les prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945 », in D. Chagnollaud (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Ed. Panthéon-Assas, 2003, p 103-140.

<sup>4</sup> A. Le Divellec, « Des conflits constitutionnels dans un "Etat constitutionnel" : le mécanisme des "litiges entre organes" devant la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », in J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels*, P.U. de Rennes, 2010, p 101-121. Le mécanisme des litiges entre organes joue un rôle non négligeable en Allemagne, mais demeure assez rarement utilisé en Italie (du moins entre Exécutif et parlement, il joue davantage à l'égard du pouvoir juridictionnel) et quasiment nul en Espagne. Il a néanmoins été largement institutionnalisé dans les constitutions des pays d'Europe centrale et orientale dans les années 1990 ainsi qu'en Afrique du Sud (1996).

d'une assemblée parlementaire (compétence automatique dans la Constitution française, comme on le sait, mais qui peut être exercée sur saisine ou indirectement ailleurs), examen a priori ou a posteriori d'une loi référendaire (France, Italie, Länder allemands...), contrôle (abstrait ou concret) des normes (au cours duquel l'examen des éventuels griefs de violation de la procédure parlementaire est prioritaire), ou bien encore par la voie du recours constitutionnel direct (par exemple, le *Verfassungsbeschwerde* en RFA). Dans tous les cas, la dimension est à la fois organique et fonctionnelle (mais c'est bien ainsi que Bagehot entendait la fusion des pouvoirs).

## **I. Une emprise croissante du juge sur la détermination des normes ponctuelles de droit positif encadrant la relation entre parlement et exécutif**

Il ne fait pas de doute que l'existence de juridictions constitutionnelles (définies largement, c'est-à-dire au plan matériel<sup>5</sup>) dans les démocraties parlementaires occidentales comporte des effets sur le droit des relations entre les assemblées délibérantes et les organes du pouvoir exécutif. Par-delà la variété des situations selon les pays (selon la variété des compétences des cours, de leur mode de saisine, de la propension des acteurs constitutionnels à saisir le juge en pratique, de la volonté des juges de répondre à ces sollicitations), l'emprise, croissante depuis la seconde partie du XX<sup>e</sup> siècle, du juge sur la détermination du droit positif qui s'y rapporte est indéniable.

L'une des raisons est, outre la création même des cours (essentiellement après 1945 pour ce qui concerne les cours spécialisées en matière constitutionnelle), la juridicisation croissante des relations entre l'exécutif et les assemblées parlementaires dans les constitutions au XX<sup>e</sup> siècle. Alors que le système parlementaire de gouvernement s'était épanoui, dans le cadre inchangé des monarchies limitées ou dualistes, par des pratiques puis conventions c'est-à-dire sans que des règles juridiques ne le consacrent explicitement<sup>6</sup>, son principe (et parfois certaines de ses modalités) a, depuis, été codifié dans de nombreux pays. Après les lois constitutionnelles de la III<sup>e</sup> République française en 1875, il fallut attendre la vague de nouvelles constitutions de l'après 1918 en Europe pour trouver des dispositions juridiques mentionnant en tant que principe juridique positif la responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement ainsi que diverses règles en découlant<sup>7</sup>. On a parlé de « rationalisation » du parlementarisme (Mirkin-Guetzévitch). Sans doute n'embrassait-elle pas tous les aspects de la question mais du moins une inflexion majeure était ainsi réalisée dans l'encadrement juridique formel des relations entre l'Exécutif et les assemblées.

Dans ces conditions, les exemples d'intervention du juge dans les relations entre Exécutif et assemblées délibérantes sont innombrables.

La Cour constitutionnelle d'Italie a ainsi admis en 1996 que le Sénat pouvait discuter et voter une motion de censure individuelle contre un ministre (la Constitution de 1947 est muette sur ce point)<sup>8</sup>. Au Japon, la Cour suprême a statué en 1953 sur l'étendue du droit de dissolution (elle a validé une interprétation large, favorable au gouvernement)<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Il faut donc y inclure aussi, dans le cas français, le Conseil d'Etat et (quoique à un degré moindre) la Cour de cassation.

<sup>6</sup> Ainsi notamment, outre le Royaume-Uni et ses dominions, des pays du Benelux, des pays nordiques, de l'Italie et de la France sous les chartes. La Norvège n'a posé expressément dans sa loi fondamentale le principe de la responsabilité politique du gouvernement devant le parlement qu'en 2007, alors qu'elle pratiquait le système du gouvernement parlementaire depuis 1884. Il n'est pas jusqu'au Royaume-Uni, *mater parlamentorum*, qui n'ait fini par lui donner une base législative (v. notre article « Un tournant de la culture constitutionnelle britannique : le *Fixed-Term Parliaments Act 2011* et l'amorce inédite de rationalisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », *Jus Politicum*, n°7, mars 2012 et *Jus Politicum*, Dalloz, vol. V, 2013, p 269-280). Aujourd'hui, seuls le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et les Pays-Bas continuent à se passer de fondement juridique explicite au principe du gouvernement parlementaire.

<sup>7</sup> D. Baranger, A. Le Divellec, « Régime parlementaire », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, t. 2, 2012, p 159-193.

<sup>8</sup> S.C.C. 7/1996 du 18 janvier 1996.

<sup>9</sup> V. P. Lauvaux, A. Le Divellec, *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, 2015, n°196 et 198.

D'une manière générale, on peut observer que le principe de l'autonomie des assemblées parlementaires est moins vigoureux que naguère sous le double effet conjugué, dans un grand nombre de pays, de la croissance des textes constitutionnels encadrant les rapports entre le parlement et les organes exécutifs d'une part, et de l'avènement de la justice constitutionnelle d'autre part. Même dans les Etats se rattachant au modèle de Westminster (et même, dans une certaine mesure, Israël), des évolutions sont perceptibles<sup>10</sup>.

En France, chacun sait le « changement de paradigme » qu'a représenté la création du Conseil constitutionnel en 1958, d'autant qu'il était principalement conçu comme une « arme contre la déviation du régime parlementaire » (Michel Debré)<sup>11</sup>, c'est-à-dire une institution chargée d'empêcher les assemblées de contourner ou de violer les nombreuses dispositions constitutionnelles limitant leur statut et leur rôle et, corrélativement, préserver les marges d'autonomie nouvelles procurées à l'Exécutif. On sait le succès de l'opération et, même s'il s'inventa par la suite un rôle nouveau de protection des droits et libertés, le Conseil a continué depuis à veiller strictement à sa mission initiale<sup>12</sup>. Le ton fut donné dès juin 1959 avec les décisions relatives aux règlements des assemblées qui, en particulier, censuraient le principe même des résolutions politiques (alors que le texte de la Constitution n'en disait mot) ainsi que les restrictions au droit de parole illimité du gouvernement (en s'appuyant sur la lettre de l'art. 31, al. 2 C)<sup>13</sup>. Le Conseil se mit clairement au service de « l'esprit » de la Constitution voulu par le Général de Gaulle. Alternant les registres méthodologiques : tantôt application littérale des textes, tantôt, à l'inverse, échappée belle loin de la lettre de ceux-ci et conséquemment fécondité dans l'inventivité ; mais essentiellement constant dans sa sévérité à l'égard des chambres et généreux pour préserver l'autonomie de la fonction gouvernementale<sup>14</sup>. Pour autant (et cela n'est pas contradictoire avec ce qui précède), le Conseil a également veillé dans une certaine mesure à défendre les « droits du Parlement », essentiellement en matière législative (avec notamment la question de l'incompétence négative du législateur ou bien le droit d'amendement des parlementaires) et budgétaire. Mais, comme on le verra plus loin, ces jurisprudences aboutissaient surtout à ménager la délibération parlementaire en soi et donc à donner une tribune à l'opposition ; elles gênent parfois tant le gouvernement que la majorité parlementaire, sans réellement affecter le cœur de leurs relations. On ajoutera que l'intervention du juge peut concerner également le Président de la République, quoique plus rarement. Sur ce point, le Conseil tend à faire prévaloir une lecture fort étrange de ce principe-gigogne qu'il appelle « la séparation des pouvoirs »<sup>15</sup>.

Quoi qu'il en soit, on se borne ici à dresser un constat neutre et quantitatif : la création puis les développements progressifs du Conseil constitutionnel depuis 1958 (ainsi que ceux du Conseil d'Etat) ont suscité une emprise croissante de celui-ci sur le droit des relations entre les organes de gouvernement, élaborant un maillage serré qui contraint les organes de gouvernement non seulement dans leurs décisions de politique publique mais bien aussi dans leurs relations mutuelles. Sous ce

---

<sup>10</sup> V. les nombreux exemples dans la thèse d'Anne Jussiaume, *Le juge et la Constitution dans les systèmes britannique, canadien et israélien. Contribution à une théorie de la valeur de l'écrit en droit constitutionnel*, Université de Paris II, 2002. Le juge respecte généralement le principe de souveraineté du Parlement, mais celui-ci subit des tempéraments.

<sup>11</sup> Discours devant le Conseil d'Etat, 27 août 1958.

<sup>12</sup> P. Avril, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 50, 2006, p 33-39.

<sup>13</sup> Décision n°59-2 DC des 17, 18 et 24 juin 1959. Le Conseil repris mot à mot la formule à propos des résolutions à l'égard du Sénat (déc. n°59-3 DC des 24-25 juin 1959). P. Lauvaux, « Sur une décision fondatrice du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°25, 2008, p 55-57.

<sup>14</sup> Ainsi, par exemple, le Conseil prohibe systématiquement tout ce qui lui paraît ressembler à des « injonctions » du législateur parlementaire envers le gouvernement (par ex. déc. n°76-73 DC du 28 décembre 1976). D'un autre côté, il n'hésite pas à considérer que le « programme » évoqué à l'art. 38 C n'est pas celui de l'art. 49, al. 1<sup>er</sup> C. (déc. n°76-72 DC du 12 janvier 1977). On mentionnera également sa rigueur pour empêcher tout assouplissement à la règle de l'incompatibilité des fonctions de ministre avec le mandat parlementaire (notam. déc. n°71-46 DC du 20 janvier 1972 et 77-80/81 DC du 5 juillet 1977).

<sup>15</sup> Par exemple dans la décision n°2009-577 DC du 3 mars 2009 et le commentaire critique d'Agnès Roblot-Troizier, in M. Verpeaux et alii, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, P.U.F., « Thémis », 2011, p 115-123. V. également O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, vol. V, 2013, p 181-221.

simple rapport, les conditions dans lesquelles vit le droit constitutionnel français ont à l'évidence considérablement changé depuis bientôt six décennies.

Ce faisant, la France a rejoint un mouvement engagé plus tôt dans les pays qui connaissaient déjà une juridiction constitutionnelle développée. L'exemple le plus éloquent – probablement le plus radical, d'ailleurs – est celui de Allemagne. Mise en place en septembre 1951, la Cour constitutionnelle fédérale joue, comme chacun sait, depuis le début un rôle extrêmement actif dans la démocratie allemande. Cette importance est aussi qualitative que quantitative (au début de l'année 2015 est paru le 135<sup>e</sup> volume de recueils de ses décisions<sup>16</sup>, ce qui en dit assez l'ampleur). Si la garantie des droits fondamentaux représente, en volume, l'essentiel de son activité, la Cour de Karlsruhe jouit d'une liste d'attributions telle qu'elle est à même d'intervenir sur presque tous les domaines et dans toutes les circonstances de la vie constitutionnelle, en particulier, bien sûr, les relations entre les assemblées et l'exécutif fédéraux<sup>17</sup>.

Bien que la démocratie ouest-allemande fondée en 1949 ait rapidement trouvé ses marques et se soit développée de manière somme toute harmonieuse, dans un contraste radical avec sa devancière de Weimar qui, elle, ne cessa guère d'être torturée par les controverses et conflits constitutionnels, les relations entre organes de gouvernement ont fait, sous l'empire de la Loi fondamentale de R.F.A., l'objet de nombreuses décisions juridictionnelles, en premier lieu celles de la Cour de Karlsruhe.

On peut citer entre autres : le respect des droits de la minorité dans les commissions d'enquête<sup>18</sup>, le refus de communication de pièces par le gouvernement dans la procédure d'enquête<sup>19</sup>, l'étendue des droits que le règlement du Bundestag peut reconnaître aux groupements (*Gruppen*) qui n'ont pas des effectifs suffisants pour former un groupe (*Fraktion*)<sup>20</sup>, la composition et l'étendue des compétences du Comité de conciliation entre Bundestag et Bundesrat en matière législative<sup>21</sup>, les modalités de vote au Bundesrat<sup>22</sup>, l'élection du Président fédéral<sup>23</sup>, la répartition du temps de parole au Bundestag<sup>24</sup>. Chaque Land possédant sa propre cour constitutionnelle, la jurisprudence ne se limite pas à Karlsruhe. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle de Saxe-Anhalt du 29 mai 1997 a dû statuer sur la question de savoir si le groupe d'extrême-gauche PDS qui pratiquait le soutien sans participation à l'égard du cabinet « rouge-vert » (SPD-Ecologistes) minoritaire devait continuer à percevoir la part de financement public réservée aux groupes officiellement déclarés d'opposition c'est-à-dire « ceux qui ne soutiennent pas le gouvernement du Land » (selon les termes de l'article 48-1 de la Constitution du Land).

Peut-on discerner une direction générale à cette jurisprudence, d'ailleurs plus abondante au plan fonctionnel qu'organique ?

Aux débuts de la R.F.A., la Cour de Karlsruhe, pénétrée de la hantise de l'échec de la République de Weimar, a cherché à prévenir de possibles dérives du Bundestag en limitant l'intervention de celui-ci et en dessinant une sorte de sphère propre au gouvernement fédéral<sup>25</sup>. Ce souci n'a pas disparu dans les décennies suivantes, même lorsque fut consolidé en pratique l'équilibre effectif du système parlementaire d'outre-Rhin, marqué par une assez grande stabilité et une autorité du gouvernement jamais atteintes sous le parlementarisme weimarien. La Cour a d'une part maintenu une lecture en terme d'équilibre fondamental entre parlement et gouvernement, estimant notamment qu'il n'existe pas, aux termes de la Loi fondamentale, de « suprématie générale du Parlement pour les décisions

---

<sup>16</sup> Sans compter les décisions rendues en chambres de trois juges pour examiner la recevabilité des recours constitutionnels directs (*Verfassungsbeschwerde*).

<sup>17</sup> V. le long article 93 de la Loi fondamentale de 1949, complété par la loi fédérale sur la Cour du 12 mars 1951.

<sup>18</sup> BVerfGE 67, 100 du 17 juillet 1984 et BVerfGE 105, 197 du 8 avril 2002.

<sup>19</sup> 2 BvE 4/07 du 10 juin 2014.

<sup>20</sup> Notam. BVerfGE 84, 304 du 16 juillet 1991.

<sup>21</sup> Respectivement BVerfGE 106, 253 du 3 décembre 2002 et BVerfGE 112, 118 du 8 décembre 2004, ainsi que BVerfGE 72, 175 du 13 mai 1986.

<sup>22</sup> BVerfGE 106, 310 du 18 décembre 2002.

<sup>23</sup> 2 BvE 2/09 et 2/10 du 10 juin 2014.

<sup>24</sup> Notam. BVerfGE 10, 4 du 14 juillet 1959.

<sup>25</sup> Par ex. : BVerfGE 1, 372 du 29 juillet 1952 (accord économique franco-allemand) : « Le Bundestag ne gouverne ni n'administre lui-même mais il contrôle le gouvernement. S'il désapprouve sa politique, il peut exprimer sa défiance envers le Chancelier (art. 67) et renverser ainsi le gouvernement. Mais il ne peut conduire lui-même la politique. »

fondamentales (*kein allumfassender Vorrang des Parlaments bei grundlegenden Entscheidungen*) ni de « réserve d'ensemble du Parlement » (*kein allumfassender Parlamentsvorbehalt*)<sup>26</sup>, ni de « monisme des pouvoirs » (*Gewaltenmonismus*), mais qu'au contraire, devait être reconnu une « sphère irréductible de responsabilité propre au gouvernement (*Kernbereich exekutiver Verantwortung*) »<sup>27</sup>.

Pour autant, la Cour a commencé à la même époque à vouloir défendre les prérogatives du Bundestag en matière législative, en quelque sorte « face » au Gouvernement fédéral, afin de limiter une trop grande extension du domaine du pouvoir réglementaire. Elle a en ce sens développé une « théorie de l'essentiel » (*Wesentlichkeitstheorie*), en vertu de laquelle « toutes les questions fondamentales qui concernent directement le citoyen doivent être pris par une loi formelle »<sup>28</sup> – démarche qui a d'ailleurs grandement contribué à l'inflation législative. Au-delà du seul domaine législatif, elle a progressivement étendu cette idée à celle de « réserve du Parlement » (*Parlamentsvorbehalt*) : toutes les décisions fondamentales et essentielles pour la communauté nécessitent une légitimation par le Parlement. Elle a concrétisé cela de manière éclatante à propos de l'envoi des forces armées (*Bundeswehr*) à l'extérieur du territoire pour participer à des opérations internationales de maintien de la paix<sup>29</sup>. Et a poursuivi dans un long chapelet de décisions, en particulier en matière d'intégration européenne<sup>30</sup>. Mais il faut souligner qu'il s'agissait d'une jurisprudence extrêmement constructive, pour ne pas dire : purement prétorienne, sans fondement précis dans le texte de la Loi fondamentale, comme on le verra plus loin.

En tout état de cause, il ne faut pas se méprendre sur le sens de ce type de jurisprudences. En défendant les compétences formelles du Bundestag, ce sont surtout la majorité parlementaire et le gouvernement fédéral qui étaient visés et l'opposition (la minorité) qui était ainsi défendue puisque chaque débat et vote au Parlement lui donne une tribune. Certes, l'insistance du juge constitutionnel sur les compétences formelles des chambres est un moyen de renforcer également la position de la majorité parlementaire face au gouvernement que celle-ci, en principe, soutient et la met mieux à même d'être écouté par lui. Mais l'appréciation de cette jurisprudence dépasse le seul clivage gouvernement-assemblée et concerne au moins autant (et souvent davantage) le clivage majorité-opposition.

Si l'on veut bien regarder calmement ce vaste déploiement jurisprudentiel et le ramener à de justes proportions sur le plan technique de la structure de l'ordre juridique, il faut reconnaître que ce que fait ici le juge constitutionnel, c'est préciser tel ou tel point de droit positif<sup>31</sup>. Tantôt en faisant produire effet aux énoncés de la constitution formelle, les convertir en normes juridiques positives opératoires, tantôt parvenir au même résultat en l'absence d'énoncé textuel. Or, comme on l'a noté plus haut, la jurisprudence est très souvent « constructive », « inventive », voire « prétorienne »... Dans un grand nombre de cas (notamment en Allemagne mais aussi aux Etats-Unis ou en Israël notamment), et par contraste assez radical avec la pratique française, le juge ne répugne pas à se livrer à une véritable dissertation argumentative (ou justificative), administrant presque à chaque fois une sorte de leçon de droit constitutionnel. Mais quoi qu'il en soit de l'argumentation des décisions juridictionnelles, que celle-ci soit très développée ou bien laconique, la situation est la même. C'est qu'en effet, pour trancher telle ou telle question, le juge constitutionnel est toujours, quoiqu'à des degrés divers, obligé

<sup>26</sup> BVerfGE 49, 89 du 8 août 1978 (Kalkar I).

<sup>27</sup> BVerfGE 68, 1 du 18 décembre 1984 (Pershing).

<sup>28</sup> BVerfGE 40, 237 (248-250) du 28 octobre 1975. On peut y voir en quelque sorte l'équivalent du principe de « l'incompétence négative » du législateur défendu par le Conseil constitutionnel français.

<sup>29</sup> A partir de l'arrêt BVerfGE 90, 286 du 17 juillet 1994, suivi de beaucoup d'autres dans le même sens.

<sup>30</sup> Notamment : BVerfGE 89, 155 du 12 octobre 1993 sur le traité de Maastricht, où la Cour avance l'idée de la « nécessaire chaîne de légitimation démocratique » à travers les votes au Bundestag. BVerfGE 123, 267 du 30 juin 2009, par lequel la Cour reconnaît la compatibilité du Traité de Lisbonne à la Loi fondamentale mais censure la loi d'accompagnement sur l'extension et le renforcement des droits du Bundestag et du Bundesrat qui ne ménage pas à ces deux organes de compétence suffisante dans la conduite de la politique d'intégration européenne. BVerfGE 130, 318 du 28 février 2012 (mécanisme européen de stabilité) ainsi que BVerfGE 131, 152 du 19 juin 2012 et BVerfGE 132, 195 du 12 septembre 2012.

<sup>31</sup> On évoquera brièvement plus loin la question des motifs qui « soutiennent nécessairement » le dispositif d'une décision.

– qu’il le dise ouvertement ou non -- de raisonner au-delà de la lettre des énoncés du parchemin constitutionnel. Car, dans la quasi-totalité des cas, ces énoncés, pris en eux-mêmes, sont incapables de fournir une solution évidente et même généralement insuffisants à cadrer une question, un problème. Ils présupposent autre chose, ils sont dépendants d’autres éléments, qui ne se trouvent pas dans le texte de la constitution formelle. S’il en est ainsi, c’est parce qu’il existe en quelque sorte une « constitution derrière la constitution », selon la belle formule de Matthias Jestaedt<sup>32</sup>.

## II. L’imparfaite juridicisation du système de gouvernement

Le juge constitutionnel, certes, est fréquemment en situation d’énoncer une quantité de règles de droit positif, ces règles qui forment ensemble ce que l’on peut, pour reprendre une formule de Dicey, appeler le « droit de la constitution (*the law of the constitution*) »<sup>33</sup>. Pour autant, ces règles font-elles, à elles seules, advenir un système de gouvernement ? La réponse est évidemment négative -- même si cette « évidence », quoique implicitement partagée par une partie de la doctrine, n’est quasiment jamais discutée par celle-ci. Et à une considération de principe, s’ajoutent, dans le cas des systèmes de type parlementaire, des raisons spécifiques qui renforcent encore le problème.

### A. Les règles de droit positif (Droit de la constitution) et le système de gouvernement

Le système de gouvernement désigne la manière relativement cohérente et stable dont doit être exercé, de l’aveu général ou quasi-général, le pouvoir de direction d’un corps politique<sup>34</sup>. Or, il ne dérive pas automatiquement ou mécaniquement de la collection de normes ponctuelles du droit de la constitution. Celles-ci ne fournissent que les rudiments de ce qui doit constituer un cadre structurel (relativement incomplet) qui permettra d’articuler les relations entre les différentes institutions (ou organes) de gouvernement. Cette articulation générale résulte de la combinaison entre les différentes normes du droit de la constitution mais également de leur combinaison avec d’autres facteurs extérieurs aux normes, à savoir, notamment, des représentations mentales, éventuellement des idéologies et des théories littéraires, des faits et certains comportements des acteurs. A lui seul, le droit de la constitution, stricto sensu, ne peut pas « fonctionner » tout seul ; ce qui « fonctionne » (dans le meilleur des cas), c’est le système de gouvernement, c’est-à-dire le produit de ces différentes interactions.

D’une certaine manière, Benjamin Constant avait, dès 1797, pressenti les difficultés du problème inhérent aux constitutions écrites : « Quand on ajoute : rien que la constitution !, l’on ajoute une ineptie. La Constitution, toute la Constitution *et tout ce qui est nécessaire pour faire marcher la Constitution*, cela seul est sensé »<sup>35</sup>. *Faire marcher* la constitution, c’est-à-dire ses dispositions juridiques (lesquelles requièrent d’ailleurs parfois des textes secondaires destinés à préciser les

<sup>32</sup> *Die Verfassung hinter der Verfassung*, Paderborn, Schöningh, 2009.

<sup>33</sup> *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan, 1885 (trad. fr. : *Introduction à l’étude du droit constitutionnel*, Paris, Giard & Brière, 1902).

<sup>34</sup> La doctrine française préfère habituellement parler à son endroit de « régime politique ». L’expression ne nous paraît pas judicieuse, et ce, pour deux raisons. D’une part elle sert, depuis la pensée antique, à désigner de manière plus large les formes d’un Etat et/ou de son gouvernement (notamment le triptyque monarchie, aristocratie, démocratie), et continue à ce titre à être employée par la philosophie politique aujourd’hui. D’autre part, elle glisse volontiers, dans la pensée contemporaine, vers des considérations plus larges, qui dépassent la problématique spécifique du droit constitutionnel (les auteurs utilisent alors, indistinctement, l’expression de « système politique »).

<sup>35</sup> *Des réactions politiques*, Paris, An V (1797), chap. IX (brochure recensée dans *Le Moniteur*, n°236 du 26 Floréal et reprise in B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, Plancher, 1819, rééd. par Laboulaye, Guillaumin, 1861, t. II, p 124). Cette formule est citée par P. Avril dans ses *Conventions de la constitution*, PUF, 1997, p 4. On a rarement remarqué que le Sénatus-consulte du 16 Thermidor An X (4 août 1802) précisait, dans son article 54 que « le Sénat règle par un sénatus-consulte organique : (...) 2° tout ce qui n’a pas été prévu par la Constitution, et qui est nécessaire à sa marche ». La Constitution du 14 janvier 1852 reprendra la formule mot à mot (art. 27, 2°).

premières), renvoie non seulement à l'effectivité de chaque norme juridique ponctuelle mais bien certainement surtout au fonctionnement global et dynamique de celles-ci dans un ensemble, ce que, faute de mieux, on peut appeler un système.

A vrai dire, la doctrine juridique, quoique habituellement fort imprécise sur cette question, ressent implicitement la nécessité de considérer le produit global de la combinaison des normes puisque, au lieu de dire : *les normes du texte constitutionnel*, elle parle le plus souvent de « la constitution » -- autrement dit utilise un terme englobant --, et que, d'autre part, elle recourt volontiers au terme de « régime politique » (d'ailleurs fréquemment employé comme étant synonyme de « constitution »)<sup>36</sup> pour désigner ce système résultant (ou « produit ») par ces normes<sup>37</sup>.

Le système de gouvernement est une partie d'un ensemble plus vaste qui peut être appelé *ordre constitutionnel*, lequel comprend, à côté du mode de gouvernement, un système de garantie des droits individuels et d'autres éléments structurants – par exemple, en matière économique et sociale. La notion d'ordre constitutionnel peut être rapprochée de celle d'ordre juridique et lui emprunter la définition proposée par Charles Leben : « On appelle ordre juridique l'ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la considération d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine ». L'auteur ajoute : « l'expression "structuré en système" signifie que l'ordre juridique n'est pas une simple collection d'objets disparates mais un ensemble organisé d'éléments interdépendants formant une unité, un tout, qui ne se réduit pas à la simple addition de ses composantes »<sup>38</sup>. Il n'est probablement pas anodin que certains textes constitutionnels eux-mêmes ou bien encore la jurisprudence éprouvent le besoin d'employer le terme d'ordre constitutionnel<sup>39</sup>, pour traduire quelque chose qui dépasse la collection de normes juridiques formalisées et qui (mais ce point doit encore être explicité) n'existe pas uniquement « sur le papier ». En tant que partie de l'ordre constitutionnel, le système de gouvernement relève donc d'une problématique analogue à celui-ci, qui se laisse malaisément analyser au moyen d'une approche exclusivement normativiste.

## **B. La nécessaire recherche d'une constitution idéelle implicite mais relative**

Quand bien même on voudrait analyser la manière dont le gouvernement d'un pays doit être conduit en s'attachant aux seules relations formalisées – par des règles juridiques écrites -- entre les principaux organes que sont les assemblées délibérantes et les organes « exécutifs », et en faisant abstraction de la notion de système de gouvernement (et on sait que les juges constitutionnels répugnent, en général, à s'y référer directement), on se heurte presque inmanquablement à l'obstacle du sens à donner à bon nombre d'énoncés et même de concepts évoqués par le texte constitutionnel mais qui ne sont pas (et ne peuvent être entièrement) explicités par ce texte lui-même. Ainsi, par exemple, des notions centrales telles que « pouvoir exécutif », « contrôle », « responsabilité » ou encore « confiance ». La

<sup>36</sup> Ainsi, parmi beaucoup d'autres exemples analogues, Roger Pinto écrivait : « Une constitution définit un régime politique. Elle l'exprime non seulement dans la lettre des textes écrits, mais dans l'origine et les pratiques du pouvoir » (« La logique juridique des régimes politiques », *Le Monde*, 5 juillet 1960, reproduit in *Au service du droit*, Publications de la Sorbonne, 1984, p 25). Comme l'a noté Pierre Avril, il anticipait la célèbre formule du Général de Gaulle dans sa conférence de presse du 31 janvier 1964 : « une Constitution, c'est un esprit, des institutions, une pratique ».

<sup>37</sup> L'histoire du discours doctrinal théorique sur les systèmes de gouvernement reste encore à faire. Citons ici, à titre d'exemple, la formule de M. Duverger dans son manuel de *Droit constitutionnel et institutions politiques*, (P.U.F.) de 1955 : « Un ensemble d'institutions politiques fonctionnant dans un pays donné, à un moment donné, constitue un "régime politique" : en quelque sorte, les régimes politiques sont des constellations dont les institutions politiques sont les étoiles ». Les régimes politiques, ajoute-t-il, « constituent en effet des ensembles cohérents et coordonnés d'institutions, dont il est artificiel de séparer les différents éléments. Il y a une interdépendance étroite entre toutes les institutions d'un même régime » (p 11). A tout prendre, cette image n'est d'ailleurs pas mauvaise.

<sup>38</sup> « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n°33, 2001, p 19-39 (20).

<sup>39</sup> Ainsi tout particulièrement en Allemagne où le terme *Verfassungsmässige Ordnung* revient à trois reprises dans la Loi fondamentale de 1949, en ses articles 2 (al. 1), 9 (al. 2) et 20 (al. 3), sans parler de l'expression « ordre fondamental libéral et démocratique (*freiheitliche demokratische Grundordnung*) notamment aux articles 10, 11, 18 et 21 LF. La Cour de Carlsruhe l'utilise abondamment depuis sa naissance. La Constitution de la République tchèque du 16 décembre 1992 en fait également mention (art. 3), ainsi que la Constitution de Russie de 1993 (titre 1).



plupart des textes constitutionnels ne cherchent même pas à expliciter le rôle ou les fonctions attribuées à un organe ; ils se bornent à énoncer des attributions ponctuelles. On trouve certes parfois des énoncés de principe, par exemple, que « le pouvoir exécutif sera confié à un président des Etats-Unis d'Amérique » (Constitution des Etats-Unis, Article II, Sect. I-1)<sup>40</sup> ou encore que « le Président de la République est le chef de l'Etat et représente l'unité nationale » (Constitution italienne de 1947, art. 87, al. 1<sup>er</sup>). Mais cela ne fait que déplacer la question. Il en va de même lorsque les formules sont légèrement plus développées : ainsi des articles 5 et 20 de la Constitution française de 1958, sans qu'il soit possible de déterminer à coup sûr ce qu'ils signifient<sup>41</sup>. De même encore, à l'article 24, la mention selon laquelle le Parlement « contrôle l'action du Gouvernement ».

En tout état de cause, la grande majorité des énoncés d'un texte constitutionnel présupposent quantité de représentations sur le rôle en principe dévolu à chaque organe constitutionnel, sur les relations entre les organes, sur ce qu'elles sont censées être aux yeux des rédacteurs du texte (et l'on sait que les compromis et les malentendus peuvent être nombreux à cet égard). Autrement dit, les énoncés supposent nécessairement un schéma idéal formant une sorte de constitution idéale implicite. Sans elle, ils seraient en grande partie inintelligibles ; ils ne prennent de sens que replacés intellectuellement dans le cadre plus général du système de gouvernement qui indique la direction d'une mise en cohérence de la collection disparate des énoncés normatifs. Mais ce système, cette « constitution idéale implicite », quel que soit le niveau de consensus entre les acteurs en charge des différentes institutions (ainsi que la diffuse et insaisissable « opinion publique » des commentateurs et des citoyens), n'est jamais tout à fait univoque : même les experts du droit constitutionnel n'auront pas nécessairement identité de vues sur ses contours exacts. Elle est donc relative, tout en étant indispensable à la cohérence de l'ensemble.

En outre, ce schéma intellectuel, cette « constitution implicite », ne s'auto-réalise jamais ; il requiert une énergie qui lui est extérieure. Elle lui est fournie par les actes et comportements des acteurs investissant les différentes institutions constitutionnelles (parlementaires, ministres, chef d'Etat, hauts-fonctionnaires,...) et se déroule dans le temps, avec d'inévitables variations – autre facteur de relativité.

Dès lors, même le respect scrupuleux de la lettre des énoncés du texte constitutionnel, qui, une fois interprétés, forment le droit de la constitution, n'aboutit jamais à un seul « résultat » global, un système de gouvernement parfaitement défini, sans aspérité et incontesté. Ainsi, par exemple, l'observation de tous les principaux énoncés de la Loi fondamentale allemande a pu aboutir à ce mélange de « démocratie du chancelier » et de « démocratie de coalition » pratiqué effectivement et avec constance depuis 1949. Mais elle aurait tout aussi bien pu aboutir à un système avec gouvernements faibles et instables, ou à un cabinet de techniciens gouvernant avec le soutien de majorités à géométrie variable au Bundestag. Ou encore à un cabinet fédéral inspiré par le Président fédéral (Adenauer lui-même songea en 1959 à devenir chef de l'Etat et guider depuis ce poste la politique du chancelier). Les évolutions successives de la République de Weimar entre 1919 et 1933, par exemple, témoignent de façon éloquente de la variété des systèmes de gouvernement concrètement possibles à partir du cadre juridique inchangé de la Constitution de 1919. Le cas de la V<sup>e</sup> République française illustre plus que beaucoup d'autres cette dimension problématique des rapports entre le droit de la constitution et le système de gouvernement, qui ne peut se traiter sur le mode réducteur d'une étroite et « pure » juridicisation.

### **C. Les facteurs spécifiques aux systèmes de gouvernement parlementaire**

Les difficultés générales inhérentes à toute analyse des rapports complexes qu'entretient un système de gouvernement concret avec les règles de droit se renforcent dans le cas particulier des systèmes de type parlementaire (c'est-à-dire ceux qui sont reconnus ouvertement ou implicitement comme rattachables à lui).

---

<sup>40</sup> V. une formule voisine dans la Constitution française du 4 novembre 1848 (art. 43).

<sup>41</sup> V. notamment Jean-Marie Denquin, « Sur le respect de la Constitution », in *Les 50 ans de la Constitution*, textes réunis par D. Chagnollaud, Litec, 2008, p 113-123. Dans la même veine, les articles 56, al. 1<sup>er</sup> et 97 de la Constitution espagnole de 1978 à propos respectivement du Roi et du Gouvernement.

Dans les autres, en effet, qu'il s'agisse du système américain ou du système directorial suisse (pour s'en tenir aux principaux types alternatifs stables), l'articulation fondamentale des relations entre les institutions gouvernantes est relativement aisée à décrypter (pour les acteurs, pour les juges et pour les observateurs). Non point que ces systèmes de gouvernement ne comporte leur part de subtilité. Mais pour cette raison essentielle que s'est maintenue chez eux le principe général d'autonomie structurelle de chaque organe<sup>42</sup>, sans solidarité structurelle – juridique et politique – entre eux. L'idée classique et originelle de la distinction organique entre les assemblées et l'exécutif n'a pas fléchi en dépit des évolutions de contexte (montée du suffrage universel, développement des partis politiques). La logique de la balance des pouvoirs au sens d'un système juridique de « freins et contrepoids (*checks and balances*) » s'est fondamentalement maintenue et continue à jouer librement<sup>43</sup>. Les diverses pratiques informelles qui, inévitablement, l'accompagnent ont toujours joué et jouent principalement dans le sens de cette logique. Dès lors, il reste pertinent (pour un juge constitutionnel comme pour un observateur), dans ces systèmes de gouvernement, d'analyser les relations entre assemblées et exécutif en termes d'opposition entre organes, d'un face-à-face organique qui est essentiellement encadré par des règles juridiques formelles.

La situation est passablement différente dans les Etats pratiquant le système de gouvernement parlementaire. Ce dernier, par-delà la diversité de ses variantes (à la fois au plan de l'organisation formelle et de la dynamique politique), repose sur une certaine logique institutionnelle, celle de l'unité, née du principe de responsabilité politique et du lien de confiance intrinsèquement politique qui en découle, permis, affirmé et institutionnalisé par l'interpénétration organique et fonctionnelle entre le gouvernement et les assemblées, leur imbrication, leur « entrelacement » (Necker), bref leur solidarité juridique et politique, ce que Bagehot (d'ailleurs après Guizot) a nommé la « fusion » des pouvoirs (terme choisi à dessein pour réfuter les descriptions courantes – et fausses -- construites sur l'idée, prise au sens littéral, de « séparation »). Cette solidarité est d'abord juridique, c'est-à-dire structurelle (on le néglige trop souvent), en ce que les ministres agents du « pouvoir exécutif » tantôt doivent être membres de l'assemblée (modèle britannique), tantôt peuvent l'être (modèle européen continental dominant), ou bien ont au moins droit d'entrée et de parole au sein des chambres<sup>44</sup> ; ils détiennent en droit ou en fait l'initiative législative, participent aux délibérations parlementaires relatives à la fabrication de la loi et même à toute discussion politique, pèsent ainsi de manière profonde et continue sur les débats. Cette solidarité se prolonge par un lien institutionnel plus fort encore, de nature dynamique : la désignation (par convention ou en vertu d'une règle formelle, selon les pays) du premier ministre par l'assemblée (la « fonction élective »), qui est la face anticipée de la responsabilité politique, son aboutissement logique (Bagehot fut l'un des premiers à oser ériger cette fonction en principe fondamental de ce qu'il appelle le « gouvernement de cabinet »), même s'il arrive qu'elle soit enrayée par suite de difficultés politiques (hypothèse de « gouvernements de techniciens » par exemple) ou bien qu'elle doive se concilier avec une autre source de légitimité comme dans le cas de la V<sup>e</sup> République.

*Fusion* mais non pas *confusion*. Bagehot précisait bien : « l'union étroite, la fusion *presque* complète (*the close union, the nearly complete fusion*) »<sup>45</sup>. En dépit de cet entrelacement organique et, du coup,

<sup>42</sup> Aisément déductible des conceptions dominantes (pour éviter de dire : des « intentions », car on sait combien est problématique cette notion) dans la pensée américaine depuis les origines, et qui se traduit notamment par l'élection du Président distincte de celle du Congrès, la situation est un peu plus complexe dans le cas du système directorial suisse puisque le Conseil fédéral est élu par l'Assemblée fédérale, mécanisme qui aurait aisément pu faire naître un lien de confiance politique et entraîner des types de rapports entre exécutif et parlement comparables aux systèmes parlementaires. Pour des raisons complexes, cela n'a pas été le cas.

<sup>43</sup> Ce qui ne veut pas dire que la « séparation » des pouvoirs y est « stricte » ou « rigide », contrairement aux idées répandues en France ; elle est au contraire « souple » puisque chaque organe dispose de moyens d'influence sur les autres.

<sup>44</sup> Sur les différentes solutions selon les pays et les époques, on nous pardonnera de renvoyer à notre article « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les Etats européens », *Jus Politicum*, vol. n°1, Dalloz, 2009, p 185-225 (pour la référence à Guizot, v. p 194).

<sup>45</sup> Et aussi, après avoir rappelé le droit que détient l'Exécutif britannique de l'époque de dissoudre discrétionnairement la chambre basse : « *the English system, therefore, is not an absorption of the executive power by the legislative power, it is a fusion of the two* » (*The English Constitution*, éd. Londres, Fontana, 1963, p 65 et 69). Le fait que nombre de juristes, parfois même éminents (depuis Esmein et Hauriou) aient substitué le

en partie fonctionnel, le cabinet et l'assemblée demeurent certes essentiellement distincts formellement, si bien qu'évidemment, il y a place pour des mécanismes relationnels entre ces organes, mécanismes formalisés par le droit de la constitution<sup>46</sup>. Mais le cœur de cette relation intime va au-delà et est déjà nécessairement différent de ce qu'il est dans un système non parlementaire. De plus, la solidarité (ou fusion) est aussi, en principe, politique : le cabinet étant porté au pouvoir par le soutien d'une majorité est normalement composé d'éléments de celle-ci, il ne cesse pas d'entretenir des relations intimes avec elle (cette intimité variant suivant les situations partisans). Le principe de responsabilité politique du cabinet devant le Parlement non seulement permet de maintenir l'unité de vues entre les deux organes (à défaut de laquelle un ministère battu doit se retirer – éventuellement après une dissolution) mais porte surtout en lui une dynamique bilatérale permettant au cabinet de guider et diriger la majorité<sup>47</sup> et à celle-ci d'exiger d'être écoutée en retour de son soutien. En somme, la logique engendrée par la fusion tend à unir politiquement gouvernement et parlement (du moins une majorité à peu près fixe au sein de ce dernier) et, dès lors, les fonctions « exécutive » (lato sensu) et législative sont « virtuellement dans les mêmes mains » (selon la formule du Comte Henry Grey en 1858).

Organisé juridiquement de façon très variable selon les pays, pratiqué selon des modes qui peuvent sensiblement varier selon les lieux et les époques, ce principe d'unité modifie donc radicalement la logique de *checks and balances* initialement conçue par la théorie libérale : l'affrontement entre les organes (du moins le gouvernement et l'assemblée issue du suffrage libre) n'est plus le moteur essentiel de la dynamique constitutionnelle puisque le gouvernement dépend du Parlement (tout en le contrôlant) d'une manière complètement différente de ses homologues américain ou helvétique.

Cette dynamique du système parlementaire est difficilement saisissable par l'approche juridique classique parce que tous les éléments d'interpénétration entre parlement et gouvernement se sont greffés sur une architecture formelle qui date de l'époque pré-parlementaire (en gros : un système de balance des pouvoirs) et vivent en articulation avec lui. Ce cadre ne s'est pas toujours adapté explicitement<sup>48</sup>. On en verra plus loin quelques illustrations.

De plus, la logique du système parlementaire – si l'on veut bien l'analyser avec attention -- repose encore moins que ses modèles concurrents sur des normes juridiques formelles. Tantôt il fonctionne de manière entièrement conventionnelle ou « coutumière » (ce fut le cas de la plupart des monarchies européennes jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, et reste le cas dans certains pays comme les Pays-Bas, le Canada ou l'Australie). Tantôt (cas désormais le plus répandu) certains de ses principes et/ou règles d'organisation sont énoncés par les textes constitutionnels, sans pour autant qu'ils suffisent à expliciter « tout ce qui est nécessaire pour le faire marcher ». Dans les deux cas, comme il a été vu plus haut, le principe du gouvernement parlementaire requiert, au-delà des règles du droit de la constitution, un ensemble de représentations intellectuelles, de pratiques, de comportements, d'arrangements plus ou moins informels entre les institutions et les forces qui les animent. Ce n'est pas tant un défaut de précision des règles juridiques qui est en cause ici (on sait que des règles trop développées résolvent rarement toutes les difficultés et peuvent en créer de nouvelles – Benjamin Constant, là encore, l'avait pressenti<sup>49</sup>), mais bien plutôt le fait que le système parlementaire de gouvernement ne peut être réduit

---

terme de *confusion* à celui de *fusion* témoigne d'une profonde incompréhension, on osera dire : une confusion ... intellectuelle ! V. sur ce point notre article « Adhémar Esmein et les théories du gouvernement parlementaire », in S. Pinon, P.-H. Prélôt (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Montchrestien, 2009, p 149-182.

<sup>46</sup> Le dictionnaire Robert donne deux définitions du mot « solidaire » adaptées à notre idée : 1° « Se dit de choses qui dépendent l'une de l'autre, vont, fonctionnent ensemble dans une action, un processus » ; 2° « Se dit de pièces liées dans un même mouvement par contact direct, par engrenage ou par intermédiaire ».

<sup>47</sup> Significativement, dès le début du XVIII<sup>e</sup> siècle, le principal ministre, en Grande-Bretagne, portait le titre officieux de *Leader of the House* (celui de *Prime Minister* n'étant alors pas davantage officiel). Elle s'affermirait avec le temps. Aujourd'hui (en fait depuis 1942), le premier ministre, *Leader* du parti majoritaire, confie la fonction de *Leader* de la Chambre à autre ministre qui règle surtout les questions de procédure, mais le Premier demeure en fait le véritable « chef » de la Chambre.

<sup>48</sup> Outre l'articulation entre assemblées et gouvernement, le cadre constitutionnel formel du parlementarisme gère difficilement la tension entre le mandat représentatif individuel du député et l'existence des groupes politiques, la place des partis ou encore la reconnaissance de l'opposition.

<sup>49</sup> « Gardez-vous d'instituer une constitution tellement étroite qu'elle entrave tous les mouvements que nécessitent les circonstances. Il faut qu'elle les circoncrive, et non qu'elle les gêne, qu'elle leur trace des bornes, et non qu'elle les comprime » (*Des réactions politiques, loc. cit.*).

à des mécanismes formalisés<sup>50</sup>. Il comporte une part irréductiblement rétive à la normation (ce qui ne veut pas dire qu'elle ne serait pas « juridique » ; à tout prendre, on peut dire qu'elle reflète plutôt sa nature de droit politique<sup>51</sup>). Ce caractère ne peut pas être sans conséquence sur le travail que le juge est parfois appelé à accomplir.

### **III. La finitude irréductible du contrôle juridictionnel quant au système de gouvernement**

L'expansion de la justice constitutionnelle ne doit pas faire oublier qu'il demeure quantité d'hypothèses dans lesquelles une question constitutionnelle est soustraite d'emblée au contrôle du juge. Certes, il est exceptionnel qu'un texte constitutionnel l'exclue explicitement<sup>52</sup>. Mais le plus souvent, la mise à l'écart du juge est implicite ou résulte de son propre refus d'examiner un recours, comme on le verra.

Lorsqu'il est appelé à intervenir dans les relations entre organes de gouvernement, le juge constitutionnel peut parfois être à même de déterminer sans difficulté excessive quel est ponctuellement le droit positif (le droit de la constitution), c'est-à-dire préciser telle ou telle faculté de faire, telle compétence d'un organe, telle réquisit d'une procédure. Mais il peut aussi buter sur un problème plus grand : apprécier des relations entre organes, qui ne sont pas déterminées de façon univoque par des normes juridiques ou dont la formalisation juridique n'est que superficielle ou même inexistante.

#### **A. La « constitution invisible » ou l'existence d'un espace de droit constitutionnel sans juge**

1) En premier lieu, il importe de souligner ce point essentiel, tellement évident que l'on néglige généralement de le relever, à savoir que l'avènement d'un système de gouvernement, à strictement parler, ne doit rien, ou presque, au juge constitutionnel. Ce sont les autres institutions (assemblées, gouvernement, chef de l'Etat) qui façonnent collectivement le système, en livrant les premières interprétations des énoncés de la constitution formelle, en complétant celles-ci par des règles secondaires (lois organiques dans certains pays, lois ordinaires, règlements des assemblées délibérantes et autres textes sur le cabinet et les ministères, actes réglementaires innombrables), décisions relatives aux personnes, nominations, et diverses pratiques<sup>53</sup> qui concrétisent

---

<sup>50</sup> Notons au passage que certains textes constitutionnels évoquent explicitement le système de gouvernement parlementaire en tant que « principe littéraire ». Ainsi notamment la Constitution du Luxembourg : « Le grand-Duché du Luxembourg est placé sous le régime de la démocratie parlementaire » (art. 51, al. 1<sup>er</sup>, introduit en 1948). De même encore la Suède (art. 1<sup>er</sup> al. 2 de la Constitution de 1974), la Grèce (art. 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1975) et plusieurs autres. V. notre conférence « Ecrire le système parlementaire de gouvernement ? », à la journée du Groupe d'étude sieyesienne sur *l'écriture constitutionnelle*, Paris, mai 2012, à paraître.

<sup>51</sup> Dire que le noyau du gouvernement parlementaire est « politique » ne résout pas grand-chose, d'autant que « juridique » et « politique » ne sont pas des essences pures et des catégories irréductibles l'une à l'autre.

<sup>52</sup> Tel est notoirement le cas du § 9 du Bill of Rights britannique du 13 février 1689 : « la liberté de parole et des débats ou les procédures en Parlement ne doivent être entravés ou questionnés dans aucune cour ni où que ce soit en dehors du Parlement (*the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament*) ». On peut en outre relever un cas notable plus récent dans la Constitution de l'Inde de 1950, en son article 74, al. 2, à propos des conseils que les ministres doivent donner au chef de l'Etat : « La question de savoir si un avis quelconque, et lequel, a été donné au Président par les ministres, ne fera l'objet d'aucune enquête de la part d'aucune juridiction (*The question whether any, and if so what, advice was tendered by ministers to the President shall not be inquired into in any court*) ».

<sup>53</sup> Et non des moindres : mesure t-on assez que le choix systématique des leaders politiques français à (tenter de) se présenter à l'élection présidentielle plutôt que de viser le poste de Premier ministre est décisif pour permettre de perpétuer la conception gaullienne de la primauté présidentielle sous la V<sup>e</sup> République ? Et ce choix emporte des conséquences capitales pour l'équilibre réel entre le président, le Premier ministre et le cabinet au sein de

progressivement le cadre ébauché par le parchemin constitutionnel. Sans doute, il se peut que, très tôt, le juge constitutionnel soit appelé à préciser tel ou tel point (on l'a vu par exemple avec les décisions du Conseil constitutionnel français relatives aux règlements des assemblées en 1959). Mais quelque importance qu'elles peuvent parfois revêtir, ces décisions juridictionnelles restent ponctuelles et ne sauraient être considérées comme déterminantes pour la construction du système de gouvernement dans son ensemble. Les décisions et comportements des autres acteurs (institutions proprement dites mais également acteurs paraconstitutionnels tels que les partis politiques ou plus simplement les individus), en revanche, le sont toujours.

Le système « présidentieliste » de la V<sup>e</sup> République, par exemple, n'a pas été du tout façonné par le Conseil constitutionnel<sup>54</sup>, pas plus que la Cour de Karlsruhe (installée seulement en 1951) n'a joué de rôle dans l'avènement du système de gouvernement parlementaire à énergique direction du chancelier en Allemagne ou la *Corte costituzionale* (installée en 1955 seulement) dans celui du parlementarisme partitocratique italien d'après-Guerre. De même, les mutations que subit parfois un système de gouvernement se déroulent-elles indépendamment du travail de la juridiction constitutionnelle : la « cohabitation » à la française est le fruit de l'action combinée des institutions gouvernantes, sans que le Conseil constitutionnel y ait eu la moindre part, pas plus que son homologue italienne dans les phases récurrentes de cabinets présidentiels depuis 1992<sup>55</sup>.

Souligner ce point fondamental n'enlève rien au fait que la présence d'instances de justice constitutionnelle, la plupart du temps, influe réellement sur l'équilibre général du système démocratique et est un facteur important de celui-ci pris dans sa globalité. Mais elles interviennent comme élément complémentaire, généralement de modération vis-à-vis du système de gouvernement strictement entendu, qui, dans ses traits les plus profonds, existerait de toute façon indépendamment d'elles.

2) En deuxième lieu, l'une des limites irréductibles au contrôle juridictionnel appliqué au système de gouvernement provient du fait que ce dernier est tout entier traversé de pratiques informelles, qui se déroulent en marge des processus juridiques officiels et formalisés. Le juriste (même le simple observateur – et a fortiori l'acteur, que ce soit un juge, appelé à statuer sur un problème constitutionnel ou le législateur, lorsqu'il voudrait « corriger » tel ou tel éléments du système pratiqué) est généralement mal à l'aise avec cette dimension de la vie constitutionnelle sur laquelle il manque généralement de prise. Et pourtant, elle est à la fois indéniable et inéluctable. Un positiviste chevronné comme Georg Jellinek allait même jusqu'à estimer que : « les forces politiques réelles se meuvent d'après leurs propres lois, qui agissent indépendamment de toute forme juridique »<sup>56</sup>. Sans doute n'est-il pas besoin d'aller systématiquement aussi loin. Les acteurs du système de gouvernement, spécialement ceux qui détiennent des positions officielles (ministres et parlementaires) agissent ordinairement en grande partie à l'intérieur des institutions. Mais il est certain que toutes les interactions entre les institutions et entre les acteurs ne se laissent pas « saisir par le droit » ; une bonne partie de leurs comportements se déroulent sans qu'une règle juridique formalisée ne puisse les astreindre. Le droit constitutionnel ou droit politique est en grande partie un droit qui s'efforce d'encadrer les comportements mais il ne peut les déterminer entièrement ni toujours directement.

Un exemple simple à comprendre peut illustrer cette difficulté fondamentale. Les Constitutions de 1946 et 1958 ont cherché à remédier à l'instabilité gouvernementale typique du parlementarisme à la française depuis 1875 et ce, principalement au moyen de procédures « rationalisant » les formes par lesquelles le parlement peut exprimer sa défiance ou retirer sa confiance envers le gouvernement. On

---

l'Exécutif bicéphale dans le système constitutionnel et donc, par contrecoup, des implications sur l'exercice de leurs compétences juridiques respectives (refus de signature, détermination de l'ordre du jour du Conseil, etc..).

<sup>54</sup> Et ce d'autant moins que la primauté politique du chef de l'Etat ne se réalise pas par des actes formels. C'est bien plutôt par une « captation » des rouages du parlementarisme majoritaire que se réalise l'emprise du président sur le gouvernement et, indirectement, le Parlement. V. notre analyse : « Le Prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la Présidence de la V<sup>e</sup> République », *Droits*, n°44, 2007, p 101-137.

<sup>55</sup> On peut en dire de même de la Cour suprême des Etats-Unis au XIX<sup>e</sup> siècle (même si elle a favorisé le développement des pouvoirs de la Fédération au détriment des Etats fédérés) puis lors du glissement d'un gouvernement « congressionnel » vers un gouvernement « présidentiel » au XX<sup>e</sup> siècle. Sa jurisprudence a certainement eu un plus grand impact que dans les systèmes parlementaires mais ce sont tout de même les présidents et les Congrès successifs qui ont construit le mode de gouvernement concret.

<sup>56</sup> *Verfassungsänderung und Verfassungswandel*, Berlin, O. Häring, 1906, p 72.

sait comment ce dispositif a été allègrement contourné en pratique sous la IV<sup>e</sup> République (« double investiture », question de confiance officieuse, notamment). C'est en grande partie pour cette raison que le Conseil constitutionnel a, non sans audace, interdit les résolutions parlementaires en 1959. Mais le juge serait impuissant si le gouvernement décidait de lui-même de poser de manière officieuse une question de confiance liée à un texte, sans recourir à la procédure de l'article 49, al. 3 C. C'est, semble-t-il, ce que le Premier Ministre Lionel Jospin menaça de faire à propos du projet de loi de finances devant le groupe communiste en octobre 2000. De même, en Allemagne, où le contrôle du juge sur le règlement du Bundestag n'est pas systématique comme en France, il est admis que la Diète puisse voter des motions de blâme contre un ministre, au risque de ruiner la cohérence du dispositif de la Loi fondamentale qui concentre sur le Chancelier la question de la légitimation du gouvernement fédéral (art. 63, 67 et 68 LF)<sup>57</sup>.

On peut encore souligner un point à propos du poids de l'informel dans la vie d'un système de gouvernement. Le contrôle parlementaire ne se réduit jamais, en pratique, aux opérations officielles réalisées par les assemblées délibérantes et leurs formations intérieures. Et si l'opposition est généralement et logiquement le principal moteur à ces opérations, on ne saurait oublier le contrôle « interne » réalisé par les parlementaires de la majorité vis-à-vis du gouvernement qu'ils soutiennent. Ce contrôle « régulateur », d'autant plus efficace qu'il se déroule à l'abri du regard public, est même certainement plus important en pratique pour corriger l'action gouvernementale<sup>58</sup>. Et il n'est que trop connu combien le système des Etats-Unis connaît un « parlementarisme de couloirs » en marge des procédures officielles et grâce auquel le système de séparation accentuée entre Président et Congrès fonctionne à peu près sans se gripper systématiquement. Là encore, il existe comme une partie « invisible » de la constitution, qui est inhérente à tout système de gouvernement. Reléguer celle-ci dans le domaine du pur fait, lui contester sa nature juridique au motif qu'elle échappe complètement au juge serait absurde.

## **B. L'aveu occasionnel par le juge de son impuissance**

C'est d'ailleurs sans doute parce qu'il est parfois conscient du caractère peu normatif du système de gouvernement que le juge, dans certains cas, se récusé alors même qu'il a été appelé à trancher une question y relative. La Cour suprême des Etats-Unis, on le sait, détient un pouvoir discrétionnaire de sélectionner les affaires qu'elle traitera effectivement et ne s'en prive pas pour éviter de juger telle question qu'elle considère comme trop délicate<sup>59</sup>. Dans d'autres pays, ce peut être en retardant l'examen d'un recours jusqu'à ce que le contexte politique ait changé et la controverse se soit éteinte d'elle-même<sup>60</sup>. Tel est encore le sens de la « doctrine des questions politiques » de la Cour suprême des Etats-Unis, de celle des actes de gouvernement en France ou autres décisions d'incompétence<sup>61</sup> et, plus généralement, le problème des « actes non justiciables ».

Plus intéressants sont les cas de contrôle restreint car le juge ne se récusé pas tout à fait mais se heurte néanmoins aux limites de son office en raison de la particularité de l'objet qui lui est soumis. Un cas exemplaire s'est produit à deux reprises en Allemagne, celui de la dissolution du Bundestag<sup>62</sup>. L'affaire est particulièrement intéressante pour notre problème. Non que le droit de dissolution soit si essentiel au fonctionnement du système parlementaire (il n'en constitue pas, contrairement à ce que ressasse une vulgate dépassée, l'un des critères déterminants), mais il est un mécanisme tout de même important et son utilisation, fortement encadrée par le droit de la constitution, touchait au cœur de l'entendement constitutionnel. L'affaire était également spécialement intéressante car elle concernait

<sup>57</sup> A. Le Divellec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne*, L.G.D.J., 2004, notam., p 368-272.

<sup>58</sup> Sur ceci, A. Le Divellec, *op. cit.*, notam. p 307-324. et « Des effets du contrôle parlementaire », *Pouvoirs*, n°134, 2010, p 123-138.

<sup>59</sup> E. Zoller, « Le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour suprême des Etats-Unis », *Pouvoirs*, n°84, 1998, p 163-175.

<sup>60</sup> Cette technique est utilisée notamment par la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

<sup>61</sup> Ainsi la célèbre décision n°62-20 DC du 6 novembre 1962 du Conseil constitutionnel sur la loi (constitutionnelle) référendaire.

<sup>62</sup> BVerfGE 62, 1 du 16 février 1983 et BVerfGE 114, 121 du 25 août 2005.

l'une des cours constitutionnelles les plus volontaires et actives de la famille des démocraties occidentales, une juridiction prestigieuse et orgueilleuse, qui n'abdique pas facilement son rôle. On sait que la Loi fondamentale allemande de 1949 tente de rationaliser l'utilisation de la dissolution, en prévoyant qu'il ne peut être employé, outre le cas spécifique d'impossibilité d'élire un chancelier majoritaire (art. 63, al. 4 LF), que dans l'hypothèse où un chancelier en place s'est vu refuser explicitement la confiance du Bundestag à la majorité absolue de ses membres (art. 68 LF)<sup>63</sup>. Dans les deux cas, le Chancelier (Helmut Kohl en 1982, Gerhard Schröder en 2005) a posé (quoique pour des motifs et dans des contextes politiques différents<sup>64</sup>) la question de confiance pour ... ne pas l'obtenir et ouvrir la voie à la dissolution. Dans les deux cas, la majorité du chancelier s'est en partie abstenue pour que la majorité absolue ne soit pas atteinte. Sous ce rapport, il y a bien eu, sinon un détournement de procédure, en tout cas un artifice de la part de la majorité parlementaire pour « aider » le chancelier à obtenir la dissolution. Par deux fois, quelques députés et des citoyens ont saisi la Cour constitutionnelle fédérale. Par deux fois, celle-ci a rejeté les recours et « validé » de fait la dissolution. Mais, au lieu de se borner à constater que la procédure de l'article 68 LF avait été respectée à la lettre et de rejeter le recours, elle a procédé à une analyse que l'on pourrait qualifier de substantielle de l'affaire et a très longuement détaillé son appréciation<sup>65</sup>. Son argumentation a quelque peu évolué d'une décision à l'autre (on s'en tiendra à l'essentiel). Placée face à un dispositif formel (l'article 68 LF), plein de présupposés implicites, la Cour a cherché à reformuler le sens (*Sinn*) de cette disposition dans la logique du système de gouvernement. En 1983, la Cour reconnaît explicitement que l'art. 68, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>ère</sup> phrase LF est une « norme ouverte » qui « peut et doit être concrétisée ». Cette concrétisation, ajoute-t-elle, incombe non seulement à la Cour mais aussi aux autres organes constitutionnels suprêmes, étant posé que « la concrétisation de la Constitution en tant qu'ordre juridique fondamental (*rechtliche Grundordnung*) requiert un consensus entre les organes constitutionnels.

La Cour affirme ensuite l'existence d'un « critère matériel non écrit » (*ungeschriebenes sachliches Tatbestandsmerkmal*) de l'art. 68-I-1 LF : le chancelier ne doit recourir à la procédure de l'article 68 que s'il pense qu'il ne peut pas continuer à gouverner avec l'actuel Bundestag ; que les rapports politiques au Parlement soient tels qu'ils gênent ou paralysent sa capacité d'action, qu'une « politique soutenue constamment par une majorité ne peut être décevantement suivie ». Pour la Cour, une interprétation qui admettrait que le chancelier pose la question de confiance d'emblée pour seulement obtenir la dissolution ne respecterait pas le sens de l'art. 68 LF.

Par quoi l'on voit combien le juge est allé chercher loin, très loin, « la norme juridique », une norme lourde de substance : il s'est cru autorisé à recourir à des éléments extérieurs à la lettre de l'article 68, à réécrire un schéma « logique », celui d'un système de gouvernement parlementaire précis dont il dissèque les caractères et dans lequel la dissolution s'insérerait logiquement. Pari hasardeux. La Cour a tenté de substantier l'article 68 LF, alors que le seul élément « objectif » que comprend cet article est formel : un vote à majorité absolue ou non, délivré dans un délai minimum de 48 heures.

On voit, à travers cet exemple, que la Cour de Karlsruhe se fait une certaine représentation de ce que doit être le système parlementaire de gouvernement, elle le construit très librement, et prétend qu'il est unique. Sans doute sa vision est-elle parfaitement défendable mais elle peut tout aussi bien être critiquée : en effet, le droit strict (le droit de la constitution) ne « prescrit » pas au gouvernement de gouverner avec une majorité stable. Il pourrait choisir de gouverner avec des majorités d'idées alternatives. Et on pourrait ajouter que le recours à des élections anticipées est un facteur qualitatif de démocratie.

---

<sup>63</sup> L'article 68 LF est ainsi rédigé : « (1) Si une motion de confiance proposée par le chancelier fédéral n'obtient pas l'approbation de la majorité des membres du Bundestag, le président fédéral peut, sur proposition du chancelier fédéral, dissoudre le Bundestag dans les vingt-et-un jours. Le droit de dissolution s'éteint dès que le Bundestag a élu un autre chancelier fédéral à la majorité de ses membres. – (2) Quarante-huit heures doivent s'écouler entre le dépôt de la motion et le vote. »

<sup>64</sup> En 1982, Kohl avait été porté au pouvoir par un renversement d'alliance du parti libéral qui avait voté avec l'opposition une motion de censure constructive. En 2005, Schröder sentait sa majorité (reconduite en 2002) fragilisée par des défaites électorales dans Länder et en plein doute sur la politique menée par lui.

<sup>65</sup> Le premier arrêt occupe plus de soixante pages du recueil de décisions (sans compter les opinions séparées), la seconde près de cinquante pages.

Quoi qu'il en soit, après avoir fait mine de placer la barre très haut, la Cour de Karlsruhe s'est brusquement repliée en n'exerçant finalement (très sagement, il faut le reconnaître) qu'un contrôle restreint. Elle souligne qu'en prévoyant l'intervention de trois organes constitutionnels (Chancelier, Bundestag et président fédéral) dans le processus de la dissolution, qui ont chacun une appréciation à porter sur la situation politique concrète, la Loi fondamentale a « davantage réduit les possibilités de vérification juridictionnelle que dans le domaine de la législation et l'exécution », et ainsi fait « en première ligne confiance à ce système de contrôle réciproque » organisé par l'article 68 LF lui-même. Dans ces conditions, elle admet qu'il lui est difficile de substituer sa propre appréciation de la situation politique concrète (l'état du parti libéral, qui avait quitté la coalition gouvernementale pour s'allier à l'opposition, ou encore l'état d'esprit intime de chaque député n'ayant pas voté la confiance) à celle concordante des trois autres organes. Aussi finit-elle par valider la dissolution.

En 2005, la Cour constitutionnelle, sans abandonner totalement l'interprétation « substantielle » de l'art. 68 LF<sup>66</sup>, argumentera de manière plus souple encore<sup>67</sup>, privilégiant d'emblée la convergence d'appréciation de la situation par le Chancelier, le Bundestag et le Président fédéral et insistant davantage encore qu'en 1982 sur l'importance de l'appréciation politique de la situation par les acteurs, et les limites de l'appréciation de celle-ci par un juge.

### C. Quand l'intervention du juge est contre-productive

Etant donnée la complexité de la structure interne d'un système de gouvernement et de son articulation avec les règles de droit, il n'est pas surprenant que, en certaines occasions, l'intervention du juge soit tout bonnement contre-productive pour ne pas dire perverse. Plusieurs exemples tirés du cas de la France peuvent illustrer cela<sup>68</sup>.

En 2006, le Conseil constitutionnel censura une modification du règlement de l'Assemblée nationale tendant à reconnaître en droit parlementaire les notions de « majorité » et d' « opposition » et conférant à cette dernière un embryon de privilèges<sup>69</sup>. Plus précisément, la proposition de réforme obligeait les groupes à faire une déclaration d'appartenance à la majorité ou à l'opposition, le bureau de l'Assemblée (complété, pour l'occasion, par les présidents de groupe) statuant en cas de contestation. En outre, il était prévu que les groupes s'étant déclarés de l'opposition obtiennent, de plein droit, pour leurs membres, la présentation de rapports sur la mise en application des lois et la fonction de président ou de rapporteur au sein des commissions d'enquête et des missions d'information. Or, sans aucunement argumenter de façon sérieuse, le Conseil censura l'ensemble. D'abord au motif que la reconnaissance des notions de majorité et d'opposition violerait l'article 4 de la Constitution (liberté de formation des partis et groupements politiques), ce qui est une déduction pour le moins hasardeuse de la lettre de cet article. Ensuite au motif que les avantages conférés aux députés de l'opposition auraient « pour effet d'instaurer entre les groupes une différence de traitement injustifiée ». Comme si l'existence d'une opposition politique régulière n'était pas l'un des ferments du système parlementaire de gouvernement ! Cette jurisprudence -- pour tout dire assez scandaleuse -- faisait primer un peu hypocritement un certain formalisme que le juge prétend trouver dans le droit de la constitution (le principe d'égalité entre les députés) sur la logique globale du système de gouvernement qui jouait en faveur de l'instauration de cette discrimination positive en faveur de l'opposition<sup>70</sup>. Or, on sait que le Conseil n'hésite pas, en d'autres occasions, à dépasser la lettre du

<sup>66</sup> Elle réaffirme notamment que la dissolution n'est régulière que si elle respecte non seulement les exigences procédurales mais aussi le « but », la « raison d'être (*Zweck*) » de l'article 68 LF.

<sup>67</sup> Il faut d'ailleurs considérer que le « détournement de procédure » était moins choquant en 2005 car la majorité du chancelier avait montré de réels signes de division.

<sup>68</sup> On pourrait également citer la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit d'amendement des parlementaires, longtemps trop libérale, qui facilita l'obstruction avant que la décision « Amendement Séguin » du 23 janvier 1987 ne tente maladroitement d'y mettre un terme. Elle fut toutefois corrigée depuis (v. P. Avril, J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit parlementaire*, Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd. 2014).

<sup>69</sup> Décision n°2006-537 DC du 22 juin 2006.

<sup>70</sup> Dans le sens également critique, v. P. Avril, « L'improbable "statut de l'opposition" », *Les Petites Affiches*, n°138, 12 juillet 2006, p 7-9.



texte constitutionnel pour imaginer des règles qui ne s'y trouvent pas. L'interdiction des résolutions parlementaire en 1959 en est le meilleur exemple.

Une autre illustration significative de l'effet contre-productif résultant d'une intervention juridictionnelle peut être trouvée à propos du contrôle parlementaire, avec la décision n°581-DC du Conseil constitutionnel du 25 juin 2009 relative, une fois encore, à la modification du Règlement de l'Assemblée nationale. Le Conseil a notamment censuré (cons. 58), quasiment sans justification, le débat contradictoire avec les « responsables administratifs des politiques publiques » dans le cadre de la présentation de rapports soumis par des rapporteurs au Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques nouvellement créé à l'Assemblée (art. 146-3 RAN). Apparemment anodine, cette censure révèle au surplus quelque chose de plus profond dans la problématique du contrôle juridictionnel sur des objets de droit politique.

Le Conseil distingue strictement l'évaluation (notion entrée dans la Constitution formelle en 2008 dans la rédaction nouvelle de l'art. 24, al. 1<sup>er</sup> C) du contrôle. Les deux notions ne seraient, d'après le Conseil, pas complémentaires mais alternatives. Le contrôle « a pour corollaire la mise en cause de la responsabilité de l'autorité contrôlée » (i.e. le gouvernement). Dès lors, le Conseil en déduit que le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, nouvellement créé par le Règlement de l'Assemblée, n'exerce qu'« un simple rôle d'information » et a censuré le principe du débat contradictoire évoqué plus haut.

On observera tout d'abord, en ce qui concerne la méthode, que le juge doit « faire parler » des énoncés, c'est-à-dire expliciter des notions que le texte constitutionnel ne peut lui-même expliciter (il y a donc bien nécessairement une « constitution derrière la constitution », une constitution idéale implicite, comme il a été dit plus haut), mais qu'il le fait mal, à la fois parce qu'il est trop laconique et parce qu'il instrumentalise en le faussant un concept-clé du droit constitutionnel. Sur le fond, ensuite, on peut remarquer que le Conseil n'a fait ici que répéter ce qu'il avait dit en 1959, à savoir que les commissions permanentes ne remplissent qu'un rôle d'information pour permettre à l'Assemblée d'exercer ... son contrôle sur la politique du gouvernement dans les conditions prévues par la Constitution » (i.e. l'art. 49 C). Ce raisonnement, qui pouvait encore se justifier en 1959, pour « assainir » le parlementarisme à la française, est anachronique en 2009 : il révèle une incapacité du Conseil constitutionnel à penser profondément le contrôle parlementaire dans les conditions contemporaines (qui ne sont d'ailleurs évidemment pas propres à la France), lequel ne saurait se limiter à mettre formellement en jeu la responsabilité du gouvernement par le biais de la motion de censure. C'est, observe Pierre Avril, une jurisprudence qui « contrarie la modernisation du Parlement voulue par le constituant et paralyse les efforts tendant à promouvoir un contrôle parlementaire 'digne d'une démocratie moderne'' (selon les termes du rapport du comité Balladur de 2007) »<sup>71</sup>. L'ajout de 2008 sur l'évaluation des politiques publiques visait bien à légitimer l'intervention du Parlement dans l'appréciation des moyens mis en œuvre et leur adéquation aux objectifs poursuivis. Outre une politique de résistance, difficilement justifiable, aux vœux manifestes du législateur constituant (et attitude contradictoire avec les limites habituellement invoquées par le juge lui-même quant à son office de « gardien de la constitution »), cette affaire révèle une nouvelle fois les difficultés de l'intervention juridictionnelle lorsque sont en jeu des concepts majeurs des systèmes de gouvernement. Fondamentalement, comme le dit très bien Pierre Avril, « cette difficulté touche au cœur de l'entendement constitutionnel, parce que les concepts fondamentaux qu'il manie ne sont pas réductibles à leur seule définition juridique. Il en va ainsi de la représentation et de la responsabilité avec lesquelles le contrôle a partie liée. (...) La stricte démarche juridictionnelle a mis en relief les limites d'une approche exclusivement juridique<sup>72</sup> de la constitution en accusant la dissociation de deux dimensions pourtant liées mais naguère trop souvent traitées comme l'opposition paresseuse de la règle (le droit) et de la pratique (le fait). (...) La lecture constitutionnelle doit être menée en parties doubles, l'une statique, l'autre dynamique »<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> v. P. Avril, « L'introuvable contrôle parlementaire », *Les Petites Affiches*, 14-15 juillet 2009 et, du même, « Le statut de l'opposition ou l'introuvable discrimination positive », *Mélanges Yves Guchet*, Bruylant, 2008, p. 3-14.

<sup>72</sup> N.B.: il conviendrait plutôt ici de dire : formelle, nous semble-t-il.

<sup>73</sup> L'introuvable contrôle parlementaire (après la révision constitutionnelle française de 2008) », *Jus Politicum*, n°3 en ligne et Dalloz, vol. II, 2010, p 133-139 (137 et 138-139).

## D. Des effets indirects de la jurisprudence

Nombre de décisions juridictionnelles touchant aux relations juridiques entre assemblées et gouvernement ou chef de l'Etat sont, à strictement parler, indifférentes à la question du système de gouvernement proprement dit, puisque, comme on l'a vu, il est bâti dans ses contours principaux par les organes de gouvernement eux-mêmes. Sans doute, les décisions de la Cour suprême affinent les sphères respectives d'intervention de chaque organe dans le système américain, mais elles ne font, tout bien considéré, que préciser ses caractères (le *checks and balances*) sans en affecter réellement la nature relativement stable.

Les interventions du juge ont rarement plus d'impact dans les systèmes parlementaires puisqu'elles n'interviennent qu'exceptionnellement au cœur, peu saisissable juridiquement, de la relation entre gouvernement et parlement, la « fusion » des pouvoirs.

On peut tout de même mentionner une décision de la Cour suprême de l'Inde de 1998, qui a fixé – sans aucune base textuelle, évidemment -- une limite au nombre de ministres (la Constitution indienne de 1950 ne se contente pas d'autoriser la compatibilité entre les fonctions de ministre et le mandat parlementaire ; elle impose que les ministres soient des parlementaires<sup>74</sup>), sans doute pour éviter le risque d'une trop grande instrumentalisation de la majorité par le gouvernement, une paralysie du contrôle. Le législateur a fini par suivre la Cour<sup>75</sup>. Une telle jurisprudence a pour raison d'être de tempérer un peu la fusion entre gouvernement et parlement (majorité parlementaire). Mais c'est une autre question de savoir si l'objectif a réellement été atteint par cette voie.

En France, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a considérablement aidé, à l'évidence, à que prenne corps la rupture avec la souveraineté parlementaire voulue par l'Exécutif, mais on ne saurait dire que celle-ci a été réalisée seulement grâce à lui<sup>76</sup>.

En Allemagne, les deux arrêts de la Cour relatifs à la dissolution du Bundestag (évoqués plus haut) ont précisé un point précis en consacrant le droit discrétionnaire du Président fédéral de refuser ou d'accepter la demande de dissolution formulée par le Chancelier. Or, dans la logique moniste du système parlementaire (qui prévaut dans les faits comme dans les esprits depuis 1949), reposant essentiellement sur la relation entre le Cabinet et la Chambre basse, on aurait pu tout à fait défendre que le choix du chancelier dût prédominer. Il n'en est donc rien en vertu de l'interprétation « authentique » de la Cour. Ici, comme souvent lorsqu'il s'agit de compétences, la Cour fait prévaloir la lettre de la Loi fondamentale, au risque de compliquer le jeu bilatéral entre un chancelier et la chambre et, au surplus, de laisser irrésolue la question de la responsabilité présidentielle pour une question si politique<sup>77</sup>.

En tout état de cause, il n'est pas faux de considérer que l'intervention du juge constitutionnel peut, au moins à la marge, atténuer la fusion du gouvernement et du parlement puisque le plan sur lequel l'organe juridictionnel est à même d'intervenir est essentiellement celui qui est formalisé et donc maintient une autonomie des organes et de leurs compétences formelles. Cela ne veut pas dire que, sur le fond, cette intervention change grand-chose à l'équilibre politique réel et concret entre l'Exécutif et les assemblées (puisque'il ne se résume pas aux mécanismes formalisés), mais l'une des fonctions du droit est, entre autres, de tracer des barrières et limites aux institutions.

---

<sup>74</sup> Art. 75, al. 5 : « Un ministre qui, dans un délai de six mois consécutifs, n'est pas membre de l'une ou l'autre des chambres du Parlement cessera, à l'expiration de cette période, d'être ministre (*A Minister who for any period of six consecutive months is not a member of either House of Parliament shall at the expiration of that period cease to be a Minister*) ».

<sup>75</sup> Le 91<sup>e</sup> amendement, adopté le 1<sup>er</sup> janvier 2004 complète ainsi l'article 75, al. 1<sup>er</sup> de la Constitution : « (1-a) Le nombre total de ministres, Premier ministre inclus, dans le Conseil des ministres ne pourra excéder quinze pour cent du nombre total de membres de la Chambre du Peuple ».

<sup>76</sup> Outre le contrôle réalisé à travers l'examen des règlements des assemblées, déjà évoqué, on peut citer la jurisprudence du Conseil relative aux incompatibilités parlementaires (Décisions n°71-46 DC du 20 janvier 1972 et n°77-80/81 DC du 5 juillet 1977) qui a empêché l'assouplissement de la règle de l'incompatibilité entre les fonctions et le mandat parlementaire, et, après la réforme de 2008, a joué en sens inverse (déc. n° 2008-572 DC du 8 janvier 2009).

<sup>77</sup> Contrairement à celui qu'il peut exercer en cas d'impossibilité d'élection d'un chancelier majoritaire selon la procédure de l'article 63, al. 4 LF, l'acte présidentiel de dissolution selon l'article 68 n'est, en effet, pas dispensé de contreseing (par le Chancelier ou un ministre) aux termes même de l'article 58 LF a contrario.

## IV. Application de la constitution formelle ou régulation partielle du système de gouvernement ?

La question du rôle du juge constitutionnel à propos des relations entre organes de gouvernement est donc nécessairement – à moins qu'on ne veuille passer à côté de l'essentiel -- la question de son rôle relativement au système de gouvernement bien compris. Elle a été jusqu'ici sinon un peu délaissée du moins souvent traitée sur un mode imprécis. Le paradigme contemporain de la juridicisation (phénomène indéniable quoique, on l'a vu, moins poussé qu'il n'y paraissait) et de la juridictionnalisation des ordres constitutionnels en tant qu'ils établissent un « plan de gouvernement », incite volontiers les observateurs à considérer que « la constitution » est « protégée » par le juge, organe qui veillerait à son « application » régulière, comme n'importe quel autre juge dans les autres branches du droit<sup>78</sup>. La satisfaction que le juriste peut ressentir à cette présentation est compréhensible mais n'est-elle pas trop belle pour être exacte ?

L'un des enseignements de l'analyse proposée dans la présente étude est peut-être qu'elle contribue à montrer combien la façon dominante de présenter et de justifier la justice constitutionnelle est inadéquate.

### A. Le juge et la constitution implicite

On a vu plus haut que le juge était, dans la grande majorité des cas concernant les relations entre organes de gouvernement, contraint d'imaginer et de penser une sorte de schéma d'ensemble, que nous avons appelé une « constitution idéale implicite », pour pouvoir expliciter un énoncé tiré du texte de la constitution formelle. C'est, nous semble-t-il, un travail préalable indispensable pour donner un sens (la plupart des juristes diraient même : « découvrir le sens ») aux énoncés, même les plus simples et les moins univoques, dans la mesure où ils contiennent des concepts que le texte constitutionnel ne peut expliciter lui-même (ainsi les notions de « pouvoir exécutif », de « politique générale », de « contrôle », de « confiance » ou de « responsabilité »). Il s'agit en quelque sorte de deviner la partie immergée du concept, le droit de la constitution ne saisissant que la partie émergée.

C'est un travail de nature équivalente auquel doit se livrer au préalable le juge lorsqu'en l'absence d'énoncé utilisable de façon évidente, il doit « rechercher » la règle du droit de la constitution pour résoudre le problème juridique qui lui est soumis.

Il le fait généralement en recourant à l'aide de « principes » soit non écrits, soit tout juste énoncés mais non explicités par les textes constitutionnels<sup>79</sup>. Parfois, il extrapole à partir d'un énoncé technique ou d'une simple mention. Ainsi la Cour constitutionnelle allemande à l'aide de l'article 38, al 1<sup>er</sup> LF<sup>80</sup> : presque toute sa jurisprudence sur les « réserves du Parlement » (droits de participation du Bundestag) est fondée sur cette mention de la représentation dont la Cour développe abondamment toute une série d'implications. Il en va de même pour le principe de la distinction ou de la séparation des pouvoirs, fréquemment invoqué par les juges, ce que fait également le Conseil constitutionnel français. Il s'agit en réalité d'un procédé argumentatif, destiné à légitimer la formulation (on pourrait dire : l'invention) de la règle de droit positif que le juge va poser, alors que ce « principe » -- ô combien complexe --

<sup>78</sup> « Voilà que le droit constitutionnel devient un vrai droit alors qu'on pouvait se demander pendant longtemps s'il était un droit comme les autres, sanctionné par un juge », écrivait Jean Rivéro (Rapport de synthèse, *in Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Economica, 1982, p 528-529).

<sup>79</sup> Ou bien de manière plus légère encore, cette formule du Conseil d'Etat, pour rejeter un recours contre une recommandation du Conseil supérieur de l'audiovisuel décidant de ne pas comptabiliser les propos du Président de la République dans la campagne référendaire : « Considérant qu'en raison de la place qui, conformément à la tradition républicaine, est celle du chef de l'Etat dans l'organisation constitutionnelle des pouvoirs publics, le Président de la République ne s'exprime pas au nom d'un parti ou d'un groupement politique (...) » (C.E., 13 mai 2005, Hoffer).

<sup>80</sup> « Les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret. Ils sont les représentants de l'ensemble du peuple, et ne sont liés ni par des mandats, ni par des instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience. »

n'est pas réductible à une recette technique simple et univoque. En outre, quand on sait que le Conseil français s'appuie pour ce faire sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, dont tout indique qu'il n'était qu'un principe négatif (M. Troper<sup>81</sup>) très général, on mesure, au passage, l'artifice qu'il y a, dans ce cas, à parler de « base constitutionnelle textuelle du principe ».

Quoi qu'il en soit, les exemples de construction de la constitution implicite sont innombrables. Ils sont faciles à trouver dans les juridictions dont les décisions sont longuement argumentées, telles notamment la Cour suprême des Etats-Unis, la Cour constitutionnelle italienne ou la Cour de Karlsruhe. On peut reprendre l'exemple du temps de parole des députés et groupes au Bundestag<sup>82</sup> : dans l'une de ses décisions, la Cour allemande développe longuement l'idée que le Gouvernement est davantage que le simple prolongement (*Exponent*) de la majorité parlementaire, puisqu'il représente le pouvoir d'Etat, ce qui justifie, selon elle, que l'on ne partage pas strictement le temps de parole entre majorité et opposition. Elle concilie par là le maintien du clivage organique traditionnel (Exécutif/Parlement) avec le clivage politique nouveau (majorité/opposition). La haute juridiction allemande se livre régulièrement à de grandes leçons de droit constitutionnel, c'est –à-dire dessine à chaque fois cette constitution idéale implicite (son discours varie nécessairement, selon les époques et les changements dans sa composition) servant de base à son raisonnement.

Il n'en va pas autrement avec le Conseil constitutionnel, si ce n'est qu'il n'officialise que très peu sa conception. On l'a vu avec l'attitude qu'il a adoptée à propos des résolutions parlementaires en 1959 puis 1992 et 2009 : c'est par reconstruction (intellectuelle) de ce qu'il estime découler implicitement d'une logique résultant de la combinaison des articles 20, 49 et 50 C qu'il considère que les résolutions à caractère général doivent être prohibées.

Dès lors que le juge ne peut presque jamais « appliquer » mécaniquement un énoncé à vocation normative qui serait univoque, objectivement clair, il doit sans cesse « bricoler » (si l'on nous passe le mot), reformuler, raisonner en insérant, en resituant l'énoncé du droit de la constitution dans le schéma plus large de la constitution idéale implicite (quelle qu'elle soit) qui, seule, peut lui donner sens. Précisons que sa décision et les motifs qui l'accompagnent ont vocation à fortifier la logique du système de gouvernement déjà pratiqué mais peuvent tout aussi bien la contrecarrer. Et cela ne saurait surprendre puisque cette logique n'est elle-même pas parfaitement univoque. Aussi, plus le juge la formule, plus il prend le risque d'être critiqué.

Reste le problème de savoir quelle valeur juridique est à attribuer au raisonnement du juge, du moins aux motifs qui « soutiennent nécessairement » le dispositif d'une décision<sup>83</sup>. Par son argumentation, le juge cherche non seulement à justifier sa décision finale (valider ou non un acte), mais aussi, d'une certaine manière, donner effet juridique à sa « pensée ». Pour autant, la constitution implicite du juge n'est ni plus « vraie » ou « fausse » que celle des autres acteurs de l'ordre constitutionnel. Mais la doctrine juridique, voire les gouvernants, seront évidemment portés à lui reconnaître un certain poids, non point nécessairement en raison de son caractère intrinsèquement convaincant, mais parce que cette pensée en amont de la décision permet généralement d'anticiper la réaction du juge pour un autre cas. De ce point de vue, quoique largement dénuée de valeur juridique, la conception du juge a toutes les chances de s'imposer dans les esprits et d'être considérée comme la pensée dominante voire la seule « juste ».

## **B. Application ou régulation ?**

Il est donc manifeste que le juge constitutionnel ne se contente presque jamais d'appliquer des règles juridiques préétablies (sinon, peut-être, dans des cas très simples -- mais ils sont rares --, ou bien lorsqu'il réitère exactement sa jurisprudence clairement établie) et objectivement connaissables, mais qu'il se livre presque toujours à sorte d'arbitrage, de mise en balance de plusieurs solutions également possibles. Dès lors, le terme de régulation convient beaucoup mieux au travail que réalise le juge constitutionnel ; il ne peut guère raisonnablement être qualifié d'application.

<sup>81</sup> *La séparation des pouvoirs dans l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., 1973.

<sup>82</sup> BVerfGE 10, 4 du 14 juillet 1959.

<sup>83</sup> On pourrait également poser la question pour les « réserves d'interprétation » et son équivalent allemand, la technique de l'interprétation conforme (*verfassungskonforme Auslegung*).

De manière paradoxale, dans sa célèbre décision du 6 novembre 1962, par laquelle justement il validait (en ne censurant pas) l'utilisation pour le moins controversée du référendum en matière de révision constitutionnelle par le président de la république et son gouvernement, le Conseil constitutionnel s'était autoqualifié de manière audacieuse : « il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel *un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics...* »<sup>84</sup>. La formule est parfois reprise en doctrine<sup>85</sup>. Louis Favoreu<sup>86</sup> avait proposé jadis de corriger cette équivoque : en précisant que c'était l'activité *normative* des pouvoirs publics, et non l'ensemble de leur activité qui était concernée, que « la régulation de l'activité "politique" des pouvoirs publics » était étrangère à la mission du Conseil, que « le Conseil ne "régularise" pas le jeu politique », il réduisait à juste titre la portée de la formule employée par le Conseil. A vrai dire, simultanément, Favoreu introduisait à son tour une autre équivoque en utilisant de manière pour le moins floue la notion de « politique »<sup>87</sup>, équivoque qu'il entretiendra plus tard avec le titre, appelé à une excessive fortune, de son recueil *La politique saisie par le droit*<sup>88</sup>. Simpliste, la formule a pu faire naître des illusions sur le rôle du Conseil mais surtout a entretenu, plus généralement, une certaine confusion conceptuelle sur le rôle du juge en ce qui concerne le système de gouvernement d'un pays.

En tout état de cause, le juge opère un double travail de construction d'abord sur un plan intellectuel, puis au plan pratique en énonçant des règles nouvelles destinées à compléter le cadre juridique structurel qui n'est jamais qu'esquissé par le texte de la constitution formelle. Ce travail de construction, tantôt prudente, tantôt (et plus souvent) audacieuse, parfois frénétique, parfois hasardeuse, est au moins aussi important (et peut-être même plus) s'agissant de la régulation du système de gouvernement qu'en matière de protection des droits et libertés, puisque le premier se réduit encore moins que le second aux règles juridiques formelles et obéit à d'autres fins (l'exercice du pouvoir de conduire la politique d'un Etat).

Les analyses qui précèdent tendent ainsi à montrer qu'il n'est pas pertinent d'affirmer que les systèmes constitutionnels libéraux-démocratiques contemporains seraient passés du paradigme « de la balance des pouvoirs à celui de la suprématie de la constitution (formelle) », car ces deux termes, selon nous, ne s'opposent pas. Il est permis de parler de suprématie de la constitution formelle en ce sens que la plupart des textes constitutionnels d'aujourd'hui norment davantage les relations entre les assemblées délibérantes et les organes du pouvoir exécutif qu'au XIX<sup>e</sup> siècle. Mais cela ne veut pas dire pour autant que ce droit de la constitution soit en lui-même suffisant pour rendre opératoire ni même pour encadrer effectivement cette partie de l'ordre constitutionnel qu'est un système de gouvernement, ni enfin, que, quand ils le tentent, les juges constitutionnels soient toujours à même d'imposer leur position quant au respect des règles juridiques.

Fondamentalement, les ordres constitutionnels sont donc restés, comme naguère, avant tout des systèmes d'organes<sup>89</sup>, d'institutions, dont l'action combinée, parfois dans le consensus, parfois dans le conflit, reste essentiellement déterminante, parfois malgré le juge (ou sans lui). L'une des meilleurs définitions de la constitution (dans le sens d'ordre constitutionnel) est, selon nous, celle proposée par Bolingbroke, dans son *Essai sur les partis* (1733) : « *par constitution, nous entendons, si nous parlons précisément et correctement, cet assemblage de lois, d'institutions et de coutumes, qui*

<sup>84</sup> Cons. const., décision 62-20 DC du 6 novembre 1962, 2<sup>e</sup> considérant (nous soulignons).

<sup>85</sup> Ainsi par P. Avril et J. Gicquel dans leur ouvrage *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, « Clefs », 6<sup>e</sup> éd. 2011, p 113. Plus loin (p 149), ils affirment que le Conseil est « le régulateur juridictionnel de l'exercice du pouvoir ».

<sup>86</sup> « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, p 5-120.

<sup>87</sup> Son argument principal était en effet que « la Constitution a chargé le Conseil de la régulation de la fonction législative du Parlement et non de sa fonction politique de contrôle du gouvernement » (p 15). Mais cette distinction n'est pas tenable dès lors qu'appelé automatiquement à contrôler les règlements des assemblées, le Conseil constitutionnel doit également examiner les actes et procédures parlementaires relevant de la fonction de contrôle (titre III du règlement de l'Assemblée nationale).

<sup>88</sup> *Economica*, 1988.

<sup>89</sup> L'expression avait été notoirement employée naguère par Michel Troper (au terme d'une analyse passablement différente de celle adoptée ici) dans son article fondateur « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Mélanges Eisenmann*, 1974, repris dans son recueil *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, « Léviathan », 1994, p 293-315 (306).

*découlent de certains principes immuables de la raison, et tendent à certains éléments immuables du bien public, et composent le système général, selon lequel la communauté est convenue d'être gouvernée* »<sup>90</sup>. Si l'on laisse ici de côté le problème des « principes fixes de la raison », qui fleurent bon le siècle des Lumières, trois éléments de cette définition sont à mettre en exergue car originaux :

« Assemblage » : tout ordre constitutionnel est un composé de plusieurs éléments, dont les textes ne sont qu'une partie.

« Institutions » : elles constituent un élément-clé, car, d'un point de vue réaliste modéré, ce sont plus les institutions qui font les normes, que l'inverse.

« Système général » : les divers matériaux de cet assemblage forment système et cette vision englobante est essentielle.

Le juge constitutionnel est partie prenante de ce système. Quoi qu'on en veuille, il est une institution politique (dans ce sens là) – cela est inévitable -- même si elle se pare des atours de l'objectivité et de la neutralité politique (et l'on peut tout à fait convenir que, sans doute, c'est souvent mieux ainsi pour la légitimité du système démocratique). Même s'il le fait avec des méthodes propres, il est donc, lui aussi, un acteur de la « séparation des pouvoirs », une puissance « réglante pour tempérer » (les organes de gouvernement) pour reprendre la formule que Montesquieu destinait au « corps des nobles » (c'est-à-dire à la chambre haute), une institution politique régulatrice, en somme. Toutefois, si sa présence au sein d'un ordre constitutionnel est généralement importante aujourd'hui, cette institution n'est pas en soi forcément « plus démocratique », tant cette appréciation dépend de la définition de la démocratie que l'on adopte et de la conception que l'on se fait de celle-ci. On peut ainsi tout à fait, subjectivement, louer le rôle du juge constitutionnel... comme on peut tout à fait aussi le blâmer. Mais, en tout état de cause, la doctrine gagnerait à reconnaître les limites irréductibles de cette instance de régulation partielle de ce cœur de l'ordre constitutionnel qu'est le système de gouvernement.

---

<sup>90</sup> « *By constitution, we mean, whenever we speak with propriety and exactness, that assemblage of laws, institutions and customs, derived from certain fixed principles of reason, directed to certain fixed objects of public good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed* » (*A Dissertation upon Parties (1733-1734)*, in *Works of Bolingbroke*, éd. 1809, t. 3 p. 157.)