

JEUX CROISÉS

Droit et politique dans la polémique sur le refus de signature des ordonnances par le président de la République

PAR

Daniel GAXIE

Professeur à l'Université de Paris I

Le refus, exprimé à trois reprises au cours de l'année 1986, par le président de la République de signer les ordonnances préparées par le gouvernement en application de deux lois d'habilitation votées par le Parlement a suscité d'abondantes polémiques entre hommes politiques d'une part et juristes d'autre part.

Beaucoup de bruits pour rien ?

Les controverses apparaissent, au premier abord, quelque peu dérisoires. D'abord parce que le refus du président n'a pas empêché le gouvernement de mener à bien les réformes qu'il entendait introduire : le 16 juillet 1986, le président refuse officiellement de signer l'ordonnance sur les dénationalisations, le même jour le Premier ministre annonce à la télévision qu'il transforme le projet d'ordonnance en projet de loi qui sera très rapidement voté par le Parlement et promulgué le 6 août 1986¹. Les savantes tactiques de l'entourage présidentiel ne feront, apparemment, que retarder de quelques semaines l'adoption des mesures contestées.

Dérisoire également car la forme juridique souvent prise par les débats apparaît à beaucoup d'observateurs comme un théâtre d'ombres. Le problème est, apparemment, de savoir si le président doit signer ou peut refuser de signer les ordonnances prises en application de l'article 38 de la Constitution. Mais les initiés remarquent que les raisonnements savants débouchent souvent sur des conclusions conformes aux inclinations politiques de leurs auteurs. Un

spécialiste soucieux, quant à lui, « d'étudier le problème dans le détail et sans *a priori* partisan » souligne que ceux qui sont « favorables à la droite ou fidèles à la tradition parlementaire » défendent « la thèse de la compétence liée » alors que « ceux qui sont favorables à la gauche ou de tempérament présidentieliste » se font les champions de « la thèse du pouvoir discrétionnaire »².

Analysant les « fonctions d'une controverse », un constitutionnaliste relève que ses collègues s'expriment « le plus souvent dans la presse politique... mais sans renoncer pour autant à leur langage de spécialistes »³. Il en conclut que le destinataire du discours n'est « évidemment pas la communauté des juristes, mais l'opinion publique... et que « la technicité du langage... comme le titre universitaire sous la signature a *seulement* »⁴ pour fonction d'attester la scientificité et l'objectivité de l'argumentation »⁵.

De la même manière, pour les commentateurs journalistiques le problème est d'abord politique. Lorsque le président déclare le 14 juin 1986 « qu'il se décidera selon sa conscience » l'un d'entre eux traduit immédiatement « en conscience cela veut dire en opportunité. Et celle-ci est naturellement politique ». Il s'empresse d'ajouter « que le chef de l'Etat se débarrasse d'argumentations juridiques par nature contradictoires »⁶.

La cause semble donc entendue. Le refus de signer les ordonnances, les conflits entre le président et le Premier ministre, les polémiques entre la majorité et l'opposition parlementaires et même les débats entre spécialistes de droit constitutionnel sont politiques et non juridiques.

Pourtant dans cet épisode où s'entremêlent les interventions d'hommes politiques, de journalistes et de juristes, de subtiles échanges objectifs de services entre univers sociaux imbriqués mais séparés peuvent être mis en évidence⁷. Les controverses des professeurs de droit s'efforcent de juridiciser le problème posé par la signature des ordonnances. Selon une tactique maintes fois esquissée⁸ « le droit s'efforce de saisir la politique ». Mais ces controverses contribuent également à la construction d'une réalité perçue comme juridique. Elles donnent du même coup des arguments aux hommes politiques et permet de marquer des avantages dans les jeux proprement politiques. « Le droit » se trouve alors « bricolé » par les politiques.

I. – LA POLITIQUE SAISIE PAR LE DROIT

C'est peu de dire que le débat sur la signature des ordonnances et, plus généralement, les controverses institutionnelles de la période de « cohabitation » soulèvent l'intérêt des juristes, notamment des universitaires. Le rédacteur chargé d'introduire les trois « points de vue » publiés dans la page « idées » de son journal note que « le refus de M. Mitterrand de signer l'ordonnance sur les dénationalisations fait les délices des experts en droit constitutionnel »⁹. L'un de ces experts souligne le « service éminent rendu (par la « co-existence ») aux constitutionnalistes menacés de torpeur par un quart de siècle de présidentielisme »¹⁰.

Intellectuellement stimulé par les problèmes nouveaux soulevés par l'actualité et satisfait de voir sa discipline évoquée dans divers lieux de débat public, le spécialiste affirme son statut et recherche la reconnaissance de ses pairs : chaque auteur de manuel, d'article ou de chronique se sent tenu d'entrer dans la controverse académique et avance sa propre interprétation. Dans cette compétition au sein de la « doctrine » les délais de publication de la presse quotidienne donnent l'avantage de l'antériorité¹¹. Dans le jeu entre les docteurs de la Constitution¹² le premier qui écrit a gagné puisque les autres commentateurs devront désormais se situer par rapport aux arguments qu'il avance. Mais la publication d'un point de vue dans la presse permet également d'espérer un public plus large et quelques bénéfices de notoriété. Moins souvent sollicités que leurs collègues spécialistes des autres « branches » du droit, les constitutionnalistes trouvent une occasion de faire valoir leur discipline et se sentent investis de la mission d'éclairer le public. Certains¹³ anticipent et (structurent) les demandes espérées et adressent sans tarder leur « consultation » aux principaux journaux. Ils ont ainsi la possibilité de s'adresser aux diverses catégories de lecteurs (notamment aux hommes politiques et aux journalistes) ponctuellement intéressés par un problème d'interprétation de la Constitution. Quelques-uns d'entre eux ont ainsi la satisfaction de voir leurs arguments et leur nom invoqués dans le débat public, deviennent les consultants attirés des camps en présence ou espèrent une nomination au Conseil Constitutionnel, désormais considérée comme le bâton de maréchal des spécialistes de droit public.

Ce ne sont donc pas seulement leurs éventuelles convictions politiques ou institutionnelles mais aussi toutes leurs préoccupations de juristes spécialisés qui conduisent les constitutionnalistes à intervenir dans le débat sur la signature des ordonnances et, du même coup, à se prononcer sur le point de vue des camps politiques en présence. Même si les préoccupations politiques ne sont pas absentes de l'esprit de certains, la logique de la compétition académique et la recherche d'un « débouché » plus large contribuent à la production d'arguments juridiques contradictoires qui viennent et paraissent délibérément justifier des positions proprement politiques.

Au-delà de ces divergences d'interprétation, les controverses des spécialistes présupposent toutefois un accord fondamental pour considérer que le problème débattu est de nature juridique. Tacitement admis par la plupart des commentateurs, ce présupposé ne va pas de soi au regard de la tradition de l'enseignement du droit qui contribue pourtant à l'intégration intellectuelle de la communauté des juristes. Car, dans les définitions scolaires, le droit est associé aux notions d'obligation et de sanction¹⁴ dont l'existence est problématique dans le cas particulier de la signature des ordonnances. Certains auteurs¹⁵ – très minoritaires – rappellent d'ailleurs que « la norme selon laquelle le président serait tenu de signer ou au contraire libre de ne pas signer, n'attache aucune conséquence à la conduite contraire »¹⁶ et que le président « qui refuse de signer une ordonnance adoptée par le Conseil des ministres n'enfreint aucun texte... (mais) accomplit un *acte politique* dont les conséquences pourront mettre en cause sa *responsabilité politique* »¹⁷.

C'est donc au prix de l'amnésie de leur « langage ordinaire »¹⁸ et de l'extension et de l'indétermination de leur conception du droit que, par intérêt quasi corporatif, la plupart des juristes considèrent qu'il va de soi que la signature des ordonnances relève de leur domaine de compétence.

Formulée dans les termes du droit (« compétence liée » au « pouvoir discrétionnaire », « obligation juridique » de signer ou « possibilité juridique » de ne pas signer), l'alternative peut être tranchée par les règles classiques de l'interprétation. Chaque commentateur présuppose tout d'abord l'existence d'un « droit objectif » c'est-à-dire d'un système « sans failles » de prescriptions juridiques qui peuvent être déduites et appliquées à n'importe quelle situation¹⁹. Bien que l'examen des éditions successives des manuels montre que le problème de la « nature juridique » de la signature des ordonnances par le président de la République n'est abordé par les spécialistes qu'après le développement de la controverse entre le président François Mitterrand et le Premier ministre Jacques Chirac en 1986²⁰, les commentateurs font comme si le problème avait été réglé « en droit » avant de se poser « en pratique » et accordent ainsi une valeur rétroactive à leurs propres interprétations. C'est qu'au-delà de leurs divergences, tous les auteurs s'accordent sur l'existence d'une norme plus ou moins cachée, dans le texte de la Constitution écrite ou dans les autres « sources du droit constitutionnel », qu'il suffit de découvrir par application des méthodes exégétiques qui leur sont familières. Même si chaque auteur se réjouit visiblement de la technicité – croissante avec la circulation des commentaires – du problème à résoudre, il adopte volontiers le ton de l'évidence à l'appui de sa démonstration. Chacun croit ou feint de croire que son rôle se borne à constater le contenu objectif de la norme comme l'attestent le caractère lapidaire et définitif des formulations pourtant contradictoires [« Le président de la République n'est pas obligé de signer les ordonnances »²¹ ; « M. Mitterrand peut refuser de signer »²² ; « Le président de la République est tenu de signer les ordonnances »²³], l'usage des signes extérieurs de la déduction logique [« c'est donc au Parlement et à lui seul d'apprécier l'opportunité de la délégation »²⁴] ou le vocabulaire du constat et de l'enregistrement passif [« il apparaît qu'il lui est parfaitement loisible de refuser le cas échéant sa signature »²⁵].

Le « caractère juridique » du problème à résoudre est encore attesté et conforté par l'exhibition spontanée²⁶ (et renforcée par les surenchères dans la juridicisation au fur et à mesure du déroulement des controverses) des attributs de sa « juridicité ». Les titres universitaires des commentateurs, la technicité du langage, l'invocation des articles de la Constitution, des décisions du Conseil Constitutionnel, des arrêts du Conseil d'Etat, l'usage « naturel » des catégories (« actes réglementaires », « promulgation », « loi d'habilitation », « décision de non-contrariété sous de strictes réserves d'interprétation »), des principes d'interprétation (« l'indicatif en droit vaut impératif » ; « l'ordonnance est un acte réglementaire qui ne saurait restreindre la compétence législative ; elle est soumise aux règles générales applicables en matière d'exécution des lois »), des modes de raisonnement (« si le président refuse, le Conseil d'Etat pourrait être saisi et pourrait renoncer à la jurisprudence des actes de gouvernement » ; « le refus de signer est une méconnaissance de la

Constitution et de l'autorité de chose jugée ») de la profession, contribuent à renforcer, aux yeux des spécialistes, l'évidence de la juridicité du problème à résoudre.

Les perceptions de la situation ouverte par le débat sur la signature des ordonnances reposent également sur la conviction que « le droit » est le régulateur de la vie sociale. Cette croyance propre aux diverses catégories de juristes, spécialement, semble-t-il, aux universitaires, est partagée par les constitutionnalistes qui s'accordent à penser que « la Constitution institue les règles (et non des règles) du jeu entre les pouvoirs publics, qu'elle définit les principes de répartition du pouvoir entre les gouvernants et qu'elle pose des limites de fond à l'action des gouvernants puisqu'ils doivent respecter les principes constitutionnels »²⁷.

L'arrangement tactique inédit, conjoncturel et précaire entre un président de la République et un Premier ministre soutenus par des forces politiques opposées mais contraintes à une apparence de coopération par des intérêts contradictoires et convergents se voit par exemple imputer une « logique » juridico-institutionnelle. Chacun des partenaires-rivaux est censé agir « conformément » (c'est-à-dire en « conformité » donc « en se conformant » donc « en raison ») de « pouvoirs juridiquement définis », c'est-à-dire « autorisés par le droit ». Telle est, par exemple, la signification de ce point de vue parmi d'autres : « certes le président reste, conformément à l'article 5 (de la Constitution), le recours ayant en charge la sauvegarde de la nation (art. 16), l'arbitre ayant pour mission de redonner la parole (art. 12). Mais il est écarté pour l'essentiel de la détermination et de la conduite de la politique nationale, désormais assumées par le Premier ministre conformément à la lettre de l'article 20. Le Président ne conserve un rôle actif qu'en matière de politique étrangère et de politique de défense, en raison de ses attributions constitutionnelles et de ses responsabilités propres en ce qui concerne l'engagement des forces aériennes stratégiques (Décret 14 janvier 1964)²⁸. C'est encore le postulat du caractère déterminant de la norme juridique qui fonde la *summa divisio* du « droit » (« le cadre institutionnel » « les règles », « les compétences », « les rapports entre les pouvoirs ») et de « la pratique » (« ce qui existe effectivement », « le jeu des forces politiques ») et qui permet de penser cette dernière dans la logique de « l'écart par rapport à la norme »²⁹ donc éventuellement comme « perturbation des mécanismes prévus ».

Mais ces « errements de la pratique » sont bornés puisqu'un mystérieux « esprit de la Constitution » finit par s'imposer grâce à la non moins mystérieuse force intrinsèque de la norme juridique (et à la sagacité du commentateur autorisé qui la révèle). Ainsi, grâce à la « cohabitation » « la Constitution de 1958 a cessé d'errer : elle est devenue une réalité. Sa conception parlementaire initiale s'est imposée aux acteurs : un pouvoir gouvernemental est né à côté du pouvoir présidentiel »³⁰.

Si l'anthropomorphisation de « la Constitution » ou « des Institutions » tacitement traitées comme des personnes dotées de conceptions et de volontés semble faciliter cette construction imaginaire, c'est surtout la croyance dans l'existence d'une « logique cachée de la Constitution » qui posséderait une

signification objective et authentique en même temps qu'une capacité à s'imposer qui guide ici les analyses ³¹. Mais, plus généralement, si toute décision des acteurs est régie par des règles de droit, toute pratique « institutionnelle » est nécessairement interprétée comme l'expression du contenu de la norme. La période de la « coexistence » est ainsi perçue comme « salutaire à la Constitution » parce qu'elle permet de « dissiper » certaines de ses « ambiguïtés » ³².

Le « coup » tactique de l'homme d'Etat est analysé comme une interprétation « authentique » de la règle de droit venant expliciter et fixer sa signification jusqu'alors latente. Dressant le bilan de « *l'application des articles de la Constitution* », Jean Gicquel note par exemple, pour l'article 13, que « de l'expérience de la coexistence, il *résulte* que le président de la République dispose du pouvoir discrétionnaire de signer ou non les projets d'ordonnance. François Mitterrand s'y est refusé à trois fois... » ³³. Tout acte d'une autorité institutionnelle (donc aussi les pratiques les plus contradictoires) tendent ainsi à être revendiqués comme « juridiques » et annexés « au droit ».

Quand le président domine l'exécutif les manuels expliquent que ce rôle éminent résulte des pouvoirs (propres et partagés) que la Constitution lui donne, renforcés par l'autorité qu'il tire de son élection au suffrage universel direct et par l'existence d'une majorité parlementaire disciplinée. Quand il doit composer avec un Premier ministre issu d'un camp opposé au sien, la limitation de ses pouvoirs résulte du partage des compétences au sein de l'exécutif prévu par la Constitution ³⁴.

Dans cette logique « la violation de la Constitution » se trouve elle-même rapidement « constitutionnalisée » ³⁵.

Attachée au postulat de la conformité des pratiques au droit, « la doctrine » croit ou veut croire que la solution des problèmes qu'elle se pose commande les comportements pratiques, donc, dans le cas présent, que la décision du président concernant la signature des ordonnances est suspendue au dénouement des conflits d'interprétation de la règle de droit censée la gouverner ³⁶.

Ce réflexe de spécialiste (partagé par d'autres catégories) porté à se flatter du caractère fondamental de sa spécialité se trouve réassuré quand les non-spécialistes lui semblent partager ses préoccupations. Si la période de la « cohabitation » a suscité l'intérêt des constitutionnalistes c'est aussi parce qu'ils ont le sentiment (partiellement fondé) que les hommes politiques découvrent à leur tour la Constitution ³⁷ et tendent à remplacer les arguments politiques par des arguments juridiques ³⁸.

L'intervention des constitutionnalistes dans les débats sur la signature des ordonnances est donc l'expression d'une stratégie collective d'affirmation de l'empire du droit et la juridicisation du problème soulevé par les refus du président est aussi la revendication tacite d'un pouvoir sur la politique. Pouvoir de juger les acteurs institutionnels et de leur donner quitus pour leurs actes ³⁹. Pouvoir d'interprétation de « la politique », surtout, tant la rivalité avec d'autres spécialistes – à commencer par les politologues – est présente dans ces revendications d'un privilège de commentateur de premier rang. Il ne s'agit pas seulement de rappeler la nécessité de tenir compte des « données juridiques » mais de promouvoir le droit comme le déterminant ultime de « la politique ».

Ragaillardi par les controverses institutionnelles de la cohabitation (et par le développement des interventions du Conseil Constitutionnel), le constitutionnaliste se sent autorisé à affirmer la supériorité de son point de vue : « la situation politique ne peut véritablement être comprise que si sont clairement exposées les *conditions juridiques exactes qui sous-tendent* cette situation »⁴⁰. Après les années de suprématie du courant de pensée qui déduisait les caractéristiques des institutions des propriétés du système des partis, le moment semble venu d'avancer que « le juridique tient le politique en état »⁴¹.

Mais ces stratégies intellectuelles sont aussi un élément de la concurrence qui oppose les spécialistes du droit. Concurrence entre constitutionnalistes puisque si les commentateurs de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ont pu se présenter depuis quelques années comme l'avant-garde de la doctrine⁴², les controverses « constitutionnelles » de la cohabitation ont donné une occasion de revanche aux exégètes de la Constitution. Concurrence surtout entre spécialistes des différentes « branches » du droit qui s'efforcent d'affirmer la valeur de leur discipline par la dénégation de la juridicité des autres spécialités (« ce n'est pas du droit ! »). Cet argument, classiquement invoqué par les privatistes contre les publicistes et, parmi ces derniers, par les administrativistes contre les internationalistes et les constitutionnalistes, place le droit constitutionnel au bas de la hiérarchie de légitimité juridique des diverses spécialités. Car si chacun doit « faire du droit » dans son domaine, certains, du fait des propriétés de leur objet d'étude, sont plus mal placés que d'autres. Comme pour les autres catégories de juristes, les préférences des constitutionnalistes vont au droit juridictionnel plus proche de la conception idéal-typique du droit comme obligation légitimement sanctionnée. On s'explique ainsi l'engouement et la ferveur dont bénéficie le Conseil constitutionnel auprès de la plus grande partie d'entre eux⁴³. Cependant, à défaut de « droit dur », le juriste – notamment le constitutionnaliste – doit se contenter de « droit mou »⁴⁴ et se trouve amené à traiter comme du « droit » des éléments qui ne présentent pas les propriétés les plus « typiques » de la « règle de droit »⁴⁵.

Mais, du fait de l'existence de diverses catégories de professionnels du droit et de la circulation de leurs productions, la construction juridique, même « molle », produit des effets de réalité et gagne en réalité. Le droit est certainement l'un des domaines où, selon la forte expression de Peter Berger et Thomas Luckmann, des significations subjectives finissent par produire « un monde de choses »⁴⁶. Le traitement juridique de la réalité contribue à la construction d'une réalité perçue comme juridique⁴⁷.

Du fait de l'existence d'une communauté de spécialistes du droit constitutionnel, la croyance dans la juridicité du problème de la signature des ordonnances finit par s'instituer. Article de foi dans le champ juridique, elle rencontre quelque scepticisme ailleurs, notamment dans les champs politiques et journalistiques. En même temps l'existence sociale du « droit » contraint les hommes politiques (et les journalistes) à en tenir compte. Le droit se trouve ainsi « bricolé » par les politiques.

II. – LE DROIT BRICOLÉ PAR LES POLITIQUES

Pour les hommes politiques et les journalistes qui n'ont pas le souci d'affirmer la suprématie du droit, la signature des ordonnances obéit d'abord à des considérations politiques⁴⁸. A leurs yeux, en refusant de signer les ordonnances, le président de la République, contrairement aux justifications qu'il fera finalement valoir, n'a pas pour préoccupation essentielle d'empêcher la violation d'une « norme de valeur constitutionnelle ». Il suffit d'ailleurs de se souvenir que, dans le cas de l'ordonnance sur la privatisation, le président a fait connaître son désaccord plusieurs semaines avant la décision du Conseil constitutionnel, en évoquant des arguments divers et variables, dont les principaux – au moins au début de la controverse – n'étaient pas de caractère « juridique »⁴⁹, pour voir que les considérations juridiques sont, de son point de vue, secondaires.

Sa décision n'est pas davantage guidée par le souci de préserver l'œuvre passée de sa majorité puisque le président suggérera et facilitera l'adoption des mesures en projet par la voie législative. Le refus de signer les ordonnances est en réalité, comme beaucoup de commentateurs l'ont souligné, un acte symbolique destiné à marquer des avantages politiques.

Le président cherche à rappeler qu'il existe, qu'il agit et qu'il conserve du pouvoir. Il s'efforce de montrer que la coexistence avec un Premier ministre et un gouvernement « de droite » n'implique pas de changement d'orientation de sa part⁵⁰. Il s'agit en fait de rassurer les socialistes désorientés ou déçus par l'apparente modération des premières décisions ou déclarations du président après les élections législatives du 16 mars 1986 (nomination de Jacques Chirac le 20 mars 1986, message au Parlement le 8 avril dans lequel le président fait part de son intention de laisser le gouvernement gouverner)⁵¹. L'objectif est également de désarmer les critiques du P.C. sur la « collusion du président et de la droite », la signature des ordonnances pouvant être dénoncée comme le signe d'une cogestion des décisions au sein de l'exécutif⁵².

Le refus de signer les ordonnances est encore un moyen pour le président de s'adresser à son électorat pour lui signifier qu'il partage toujours ses préoccupations (telles qu'il les perçoit). Le 26 mars 1986, François Mitterrand annonce qu'il ne signerait que « les ordonnances qui présenteraient un progrès par rapport aux acquis ». Il se présente périodiquement comme le représentant des « catégories de Français qui pourraient souffrir d'un manque de justice » (Solutré, le 18 mai 1986). Le refus de signer l'ordonnance sur l'aménagement du temps de travail⁵³ est interprété par les observateurs et les acteurs politiques comme un geste en direction de l'électorat de gauche salarié, sensible aux questions sociales, et des syndicats, dont plusieurs avaient exprimé leur désaccord avec le texte.

Mais si le refus de signer les ordonnances permet d'escompter certains avantages politiques, il présente également des risques aux yeux des tacticiens. Car les milieux politiques ont la conviction – notamment fondée sur « l'amélioration » de la « cote de popularité » du président et du Premier ministre dans les sondages – que « les Français apprécient "la cohabitation" et qu'ils sont reconnaissants au président d'avoir évité une crise politique grave ». Chacun

est donc convaincu que le premier qui apparaîtra comme responsable de la disparition de la « bonne entente » entre le président et le gouvernement prend le risque de provoquer une « dégradation de son image ». En même temps l'entourage présidentiel estime qu'il ne faut pas laisser s'installer l'impression d'une complicité. Le refus de signer les ordonnances est donc l'occasion de déclencher un conflit limité qui, pour reprendre le langage et le calcul du premier secrétaire du parti socialiste, permet d'éviter la « confusion » sans avoir « la crise ». Le déclenchement du conflit porte sur un enjeu suffisamment « important » pour que la divergence paraisse sérieuse⁵⁴. En même temps de nombreuses dispositions sont prises pour limiter la portée du conflit.

Le président choisit par exemple à chaque fois de fixer à l'avance des « principes » qui le conduiraient à refuser sa signature s'ils n'étaient pas respectés⁵⁵. Ces déclarations d'intention n'étant pas suivies d'effets immédiats tendent à neutraliser les réactions des adversaires. Elles habituent le public concerné à l'idée qu'un conflit est possible, font apparemment dépendre son ouverture non pas d'une préoccupation d'opportunité politique mais d'une question de principe (partiellement « juridicisée », on y reviendra) et rejette par avance la responsabilité de « la rupture » sur le Premier ministre et le gouvernement qui ne respecteraient pas les conditions posées par le président.

En même temps qu'il laisse planer la menace d'une « crise » dans les relations entre le président et le Premier ministre, François Mitterrand multiplie les déclarations apaisantes⁵⁶ et les gestes de bonne volonté à l'égard du gouvernement⁵⁷. S'accordant sans doute avec l'ensemble des observateurs pour penser qu'une attitude de rupture (par exemple une décision de démission) est peu probable de la part du Premier ministre (qui partage la conviction que « l'opinion » est « hostile à ces querelles », qui sait que l'objet officiel du désaccord (les privatisations) se prête mal à une stratégie « d'escalade » dont l'issue prévisible – une élection présidentielle – serait de surcroît aléatoire pour lui), il s'efforce de prévoir une « porte de sortie » à son adversaire en suggérant d'emprunter la « voie parlementaire »⁵⁸.

L'utilisation de justifications « juridiques » est un élément important de cette tactique visant à limiter les coûts politiques de l'ouverture du conflit. Ce sont en effet des arguments « de droit » qui sont mis en avant au moment de l'annonce officielle de la décision⁵⁹.

L'argumentation du 14 juillet s'organise par exemple autour d'énoncés « juridiques » par leur formulation [« vous n'avez *pas* le droit de vendre une fraction du patrimoine national moins cher qu'elle ne vaut » ; « vous ne pouvez pas nuire à tout ce qui pourrait être utile à l'indépendance nationale »⁶⁰] et par leur origine [il se réfère tacitement à deux considérants de la décision 86.207 DC des 25 et 26 juin 1986 du Conseil constitutionnel⁶¹ (« Ces deux arguments, vraiment je les retiens. *Je pense comme le Conseil constitutionnel* ») et à l'article 5 de la Constitution (« Mais moi, j'ai une responsabilité supplémentaire. Je suis non seulement *chargé de veiller* au respect de la Constitution mais, au regard d'un certain nombre de *données qui sont écrites dans cette Constitution... je dois être le garant de l'indépendance nationale* »⁶¹)].

Ces considérations « juridiques » fournissent d'abord des arguments pour refuser de signer. Elles permettent de justifier l'hostilité aux privatisations, au moment où les controverses idéologiques autour de cet enjeu sont considérées comme obsolètes, et de trouver de nouveaux motifs d'opposition après que le gouvernement ait cherché à désamorcer ceux précédemment évoqués par le président ⁶².

Les principes juridiques mis en avant par le président présentent de surcroît l'avantage de posséder une « valeur constitutionnelle », d'avoir été posés par d'autres que lui-même [« Je pense comme le Conseil constitutionnel » ⁶³] et de bénéficier de l'apparente objectivité de la norme juridique (« Je suis chargé de veiller... données qui sont décrites dans cette Constitution »). A partir du moment où des juristes s'efforcent de faire partager leur croyance dans l'existence de normes juridiques de contenu univoque, le président peut jouer de ces perceptions objectivistes pour renforcer son point de vue ⁶⁴ et tenter de prévenir par avance la dénonciation par l'opposition du caractère politique de sa décision ⁶⁵.

L'objectivité apparente du droit aux yeux de certaines fractions du public intéressé par le conflit favorise ainsi le *déplacement* des motifs de la décision, même si le président préfère consolider ce qui lui apparaît sans doute comme une trop fragile protection par la dénégation des arrières pensées politiques que ses adversaires ne vont pas manquer de lui reprocher ⁶⁶.

Ce déplacement ne semble d'ailleurs pas dénué de toute efficacité. Certes les adversaires ne sont pas dupes et s'empressent de souligner les raisons politiques de l'action du président. Ils redoutent toutefois suffisamment le pouvoir de conviction de l'argumentation présidentielle pour la laisser sans réplique.

Il faut craindre que le président ne soit perçu comme un arbitre pour dire qu'il ne l'est pas ⁶⁷. De même le risque de la crédibilité du discours présidentiel semble assez fort aux yeux de Georges Marchais pour qu'il se sente tenu de dévoiler « le coup politique », de souligner que « l'argument sur la défense des intérêts du pays et l'indépendance nationale... a toujours animé les communistes dans le combat pour les nationalisations » et de chercher à jeter le doute sur l'adhésion réelle de François Mitterrand à ces principes en rappelant qu'il a signé la loi d'habilitation « votée par la droite » ⁶⁸.

L'existence d'un corps de spécialistes du droit s'efforçant de juridiciser le problème de la signature des ordonnances par les « décisions authentiques » d'une « juridiction constitutionnelle » ou à travers les interprétations contradictoires de la « doctrine » fournit une réserve d'arguments aux hommes qui s'opposent dans la compétition proprement politique ⁶⁹. Et plus un adversaire politique reprend des arguments juridiques, plus ses arguments doivent être combattus sur le terrain juridique. Ainsi, dans la préparation des ordonnances, le gouvernement s'efforce de prévenir les objections d'ordre constitutionnel que le chef de l'Etat pourrait soulever ⁷⁰. De même, à la suite du refus du président, le ministre des Finances fait valoir que le projet d'ordonnance est conforme à la loi d'habilitation, à la décision du Conseil Constitutionnel et à l'avis du Conseil d'Etat. Ces usages politiques du droit favorisent l'accroisse-

ment de la prise en compte des aspects « juridiques » de l'action politique. Quand l'opposition saisit le Conseil Constitutionnel avec l'espoir de mettre le gouvernement en difficulté, elle lui donne l'occasion de développer sa jurisprudence et son pouvoir sur la politique et, devenue majorité, elle devra parer ou tourner les arguments que la nouvelle opposition puisera dans cette jurisprudence et dans celle qu'elle s'efforcera de susciter.

De même, quand les hommes politiques reprennent les arguments de la doctrine, ils lui donnent une efficacité sociale qui déborde le champ restreint des spécialistes du droit constitutionnel. A partir du moment où l'intérêt tactique conduit les hommes politiques à soulever tous les arguments considérés comme efficaces et donc, parfois, des arguments juridiques, l'action politique se trouve davantage affectée par des considérations juridiques d'autant que l'ambiguïté des dispositions écrites (y compris des décisions « juridictionnelles ») et la fréquente absence de sanctions organisées (du fait, par exemple, des possibilités limitées d'intervention du Conseil Constitutionnel) favorisent l'adaptation des interprétations des « règles de droit » à des préoccupations d'opportunité politique. Mais, même revues, corrigées et arrangées par les acteurs politiques, les règles du jeu juridique viennent alors s'ajouter aux règles du jeu politique et les interactions stratégiques constitutives du champ politique obéissent alors à des lois spécifiques partiellement empruntées aux milieux juridiques. Elles doivent par exemple composer avec la force du droit qui réside d'abord dans la croyance en l'existence de la règle du droit donc sur le travail juridique accumulé par les communautés de juristes à travers l'histoire. Elles doivent également sacrifier aux conventions interprétatives en vigueur dans les milieux juridiques.

On ne doit pourtant pas conclure hâtivement à la juridicisation de la politique. D'abord parce que les arguments juridiques ne sont pas privilégiés par les hommes politiques. Car si les « coups » « juridico-politiques » sont habiles ils sont aussi hermétiques. Les observateurs notent par exemple qu'en période de vacances la décision du président de ne pas signer l'ordonnance suscite indifférence et incompréhension des milieux politiques⁷¹. En dehors des spécialistes du droit, les diverses catégories de commentateurs ne s'attachent pas non plus aux éléments juridiques du débat. Ainsi, après le premier refus de signature du président, ils s'efforcent de prévoir les effets prévisibles du conflit sur la poursuite de la « cohabitation », de déterminer qui est responsable de « l'accroc » et d'apprécier la liberté de manœuvre des protagonistes⁷².

Influencé par la logique des médias, le débat public est également sensible à la nouveauté des situations. Si le premier refus du président est abondamment commenté, les suivants ne soulèvent guère de passion ce qui tend à accréditer « l'effet de jurisprudence », c'est-à-dire la croyance que « la pratique » a tranché les conflits d'interprétation⁷³.

Conscients des limites de l'audience des controverses juridiques, les hommes politiques privilégient les arguments susceptibles à leurs yeux d'intéresser un plus large public. Ainsi, dans son intervention à la télévision le 14 juillet, le président de la République joue de la combinaison des registres juridiques,

idéologiques et éthiques. L'impossibilité de « vendre une fraction du patrimoine national moins cher qu'elle ne vaut » renvoie pour les initiés à la décision du Conseil Constitutionnel mais cherche surtout à convaincre le plus grand nombre de son souci des deniers publics et de l'argent du contribuable. Le respect de l'indépendance nationale est un « principe à valeur constitutionnelle » dégagé par la « jurisprudence » du Conseil, mais c'est d'abord un argument qui flatte l'amour propre national du public et qui cherche à désarmer les critiques des adversaires politiques puisqu'il s'agit d'un élément important de la doctrine traditionnelle du principal parti de la majorité parlementaire. Répliquant solennellement au président le 18 juillet à la télévision, le Premier ministre commence par faire valoir longuement que les ordonnances sont indispensables pour atteindre les « trois objectifs essentiels » du gouvernement (« création d'emplois et réduction du chômage, maintien de notre système de protection sociale, maintenir le niveau de vie ») avant de s'efforcer plus rapidement de montrer qu'il a le droit pour lui ⁷⁴ et de suggérer que le refus du président (et les « motifs juridiques » invoqués) ne font que retarder l'adoption de mesures urgentes.

Conscient comme tous les membres des milieux politiques qu'une polémique sur un sujet perçu comme secondaire serait « condamnée par l'opinion publique » au moment où la crainte de nouveaux attentats terroristes était très vive, le premier ministre se refusera à « entrer dans une controverse constitutionnelle » après le second refus du président et se contentera d'indiquer qu'un projet de loi sera immédiatement soumis au Conseil des ministres et examiné dans les meilleurs délais par le Parlement ⁷⁵.

La juridicisation du débat politique semble ainsi se limiter aux diverses catégories de spécialistes de la politique et correspond à la partie la plus ésotérique, spécifique et autonome de l'activité politique. Dès que les hommes politiques s'adressent à un public plus large, les préoccupations « juridiques » deviennent accessoires ⁷⁶ et ils s'efforcent de relier le problème de la signature des ordonnances à des enjeux socio-politiques supposés plus familiers de leur auditoire ⁷⁷.

Et même lorsque les hommes politiques sacrifient formellement aux règles du jeu juridique, leur rapport au droit diffère de celui des juristes.

Leur adhésion ou leur révérence à la vision officielle du droit semble par exemple fonction du degré de solennité des circonstances dans lesquelles ils interviennent. Ainsi, dans son message au Parlement le 8 avril 1986, le président de la République s'en tient aux grands principes : « la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution ». Quand il s'adresse aux journalistes ou aux lecteurs d'une revue juridique spécialisée, il note que « la Constitution est là-dessus (les fonctions d'autorité et d'arbitrage du président) rédigée de façon très confuse. Témoin l'ambiguïté de l'article 5 et de l'article 20 » ⁷⁸.

De la même façon, si François Mitterrand trouve utile de s'appuyer sur les arguments du Conseil Constitutionnel, il n'entend pas lui reconnaître une autorité de juge ou de régulateur suprême ⁷⁹. Il prend soin au contraire de préciser « qu'il pense comme le Conseil constitutionnel », « qu'il retient ses

arguments » mais qu'il a, lui, une « responsabilité supplémentaire » puisqu'il est non seulement chargé de veiller au respect de la Constitution (ce qui est une manière de suggérer qu'il est à égalité de droits et de devoirs avec le Conseil dans ce domaine) mais qu'il est de surcroît « le garant de l'indépendance nationale ».

On devine ainsi que les hommes politiques considèrent « le droit » de manière pragmatique et instrumentale et qu'il est, à leurs yeux, davantage une ressource possible de justification et d'action qu'une norme à laquelle il faudrait se conformer. Et quand ils ont le souci de s'y conformer, c'est d'abord pour limiter les possibilités de réaction de leurs adversaires.

Comme Max Weber l'a justement souligné, l'orientation des comportements selon les règles de droit, c'est-à-dire le souci conscient d'agir conformément au droit du fait d'une croyance dans le caractère juridiquement prescrit d'une conduite ou par crainte d'une sanction juridiquement organisée, n'intervient que de façon limitée. Les motifs de l'obéissance à la règle de droit sont plus souvent utilitaires, éthiques ou « subjectivement conventionnels » (« crainte de la désapprobation du monde environnant »)⁸⁰. Dans le cas d'un « droit » faiblement sanctionné (« juridiquement ») comme le « droit constitutionnel », c'est d'abord la crainte d'une dénonciation de « l'inconstitutionnalité » des décisions envisagées par les pairs concurrents qui conduit l'homme politique à chercher « à se mettre en règle » et c'est le souci de mettre l'adversaire en difficulté qui le pousse à soulever des objections constitutionnelles.

La prise en compte des aspects juridiques repose ainsi sur le calcul politique c'est-à-dire sur l'anticipation de la portée des arguments juridiques devant « l'opinion » donc sur l'estimation de la probabilité qu'ils soient mis en avant⁸¹. Ainsi, c'est parce que la plupart des spectateurs de la compétition politique sont peu familiarisés avec « le droit » et sont du même coup portés à confondre la validité juridique et l'opportunité pratique que l'opposition peut, dans certains cas, estimer profitable de jouer de l'ambiguïté des « dispositions constitutionnelles » et de puiser dans le stock toujours renouvelé « d'arguments juridiques » pour tenter de discréditer l'action du gouvernement.

Même quand une « sanction juridictionnelle » existe, ce sont surtout ses éventuels effets politiques qui sont redoutés : l'enjeu politique d'une décision du Conseil constitutionnel est moins l'éventualité d'une annulation que le risque que cette annulation ne suscite chez les profanes l'impression d'une condamnation sur le fond.

L'usage politique du « droit » est ainsi suspendu aux chances de profit politique qu'il permet d'escompter. Loin que « le droit » soit ou soit devenu un mécanisme de « régulation de la politique », ce sont au contraire les lois du jeu politique qui fondent une éventuelle et apparente « soumission au droit », donc la validité sociale de la « norme juridique ».

Dans la mesure où des arguments juridiques sont susceptibles d'être soulevés, chaque camp va chercher à « se couvrir » pour pouvoir prétendre avoir « le droit pour soi ». Le recours à la « norme juridique » s'opère ainsi dans la logique d'un bricolage tactique.

C'est le sens, par exemple, de la découverte par les présidents de la République successifs des potentialités de l'article 5 de la Constitution qui leur permet de rappeler avec insistance qu'ils sont chargés de veiller au respect de la Constitution, d'assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et la continuité de l'Etat, qu'ils sont les garants de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des accords de communauté et des traités.

Tous les présidents ont joué du caractère flou et non sanctionné (institutionnellement) de ces « dispositions » pour tenter de les élargir plus ou moins subrepticement. François Mitterrand s'est par exemple engouffré dans la stratégie inaugurée par le Conseil constitutionnel pour s'accorder la mission de veiller « aux Droits et Libertés définis par la déclaration de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946 »⁸². Cette réserve argumentaire annexée, il lui est facile d'avancer ultérieurement que « la liberté de l'information, de l'expression et donc le pluralisme relèvent des Droits fondamentaux que garantit la Constitution et d'en déduire que « si l'on altère ce principe, mon devoir est, comme on dit, de monter au créneau »⁸³.

Jouant, lui aussi, du « droit mou », il peut trouver des arguments de texte ou, à défaut travailler, étendre et télescoper, les notions vagues des énoncés constitutionnels à l'appui de sa position et lui donner les apparences de la juridicité donc de l'objectivité. Lorsque François Mitterrand se proclame « garant de la cohésion sociale et nationale, garant de la sécurité de la nation, de sa pérennité, de l'harmonie et de l'équilibre du pays »⁸⁴, sa déclaration sonne comme un article de la Constitution. Il peut alors s'estimer « en droit » de refuser la signature d'une ordonnance sur l'aménagement du temps de travail⁸⁵. Si François Mitterrand fait lui aussi « du droit » avec les éléments dont il dispose il apparaît évidemment davantage soucieux d'efficacité politique que de rigueur exégétique. Il se protège toutefois préventivement contre une éventuelle contestation de son interprétation lorsqu'il redécouvre⁸⁶ l'article 2 de la Constitution – déclaration de principes philosophiques jusqu'alors négligée par les spécialistes⁸⁷ – pour affirmer que « le président de la République doit veiller à l'application des grands principes sur lesquels se fonde la République indivisible, laïque, démocratique, sociale, qui autorise toute croyance et qui doit respecter quiconque, quelle que soit son origine ou sa race »⁸⁸.

*
**

Les controverses autour de la signature des ordonnances constituent un exemple intéressant de mise en relations d'univers sociaux distincts et relativement autonomes. L'intervention des juristes est sous-tendue par des intérêts propres de caractère individuel (chaque commentateur s'efforce d'augmenter son capital d'autorité spécifique), collectif (chaque « école » – présidentialistes, parlementaristes, juri-politiste, spécialiste du contentieux, exégètes de la Constitution – s'efforce d'administrer la preuve de la supériorité de son point de vue) et corporatif (les constitutionnalistes s'efforcent collectivement de juridiciser l'événement, de « saisir la politique par le droit » et de renforcer la légitimité de leur discipline). Ce sont des préoccupations spécifiquement politi-

ques de caractère également individuel (par exemple lesouci du président et du Premier ministre de renforcer leur position), collectif (le déroulement de la controverse est susceptible, aux yeux des acteurs, d'affecter les rapports de forces entre les camps) et corporatif (les adversaires s'accordent sur l'importance de la controverse et s'efforcent de faire partager leur conviction à « l'opinion ») qui commandent l'intervention des politiques y compris quand ils débattent des aspects « juridiques ».

Mais si la multiplication des interactions entre les juristes et les politiques ne remet pas en cause l'autonomie des champs dans lesquels ils interviennent respectivement, elle tend à affecter leur fonctionnement interne. Ces jeux croisés autour du droit contribuent par exemple à la construction d'une réalité perçue comme juridique qui devient un élément que les acteurs politiques doivent prendre en compte ⁸⁹.

Mais l'utilisation du droit par les hommes politiques est d'abord soumise à des contraintes tactiques propres au champ politique donc bien éloignées des impératifs juridiques que les constitutionnalistes introduisent dans leurs principes d'interprétation. Ce n'est, par exemple, que dans la mesure où l'un des camps décide de recourir à des « arguments juridiques » que ses adversaires doivent répliquer sur le même terrain. En ce sens, la « juridicisation » de la politique n'est ni nécessaire ni cumulative. Ce sont les propriétés particulières du jeu politique dans la période 1986-1988 qui expliquent l'accroissement relatif des considérations juridiques dans le débat politique, comme l'atteste d'ailleurs leur régression depuis 1988. Les hommes politiques rencontrent en fait les « contraintes » « juridiques » qu'ils contribuent indirectement et involontairement à créer et ils savent faire preuve de la même ingéniosité tactique (ou consulter les experts) pour les contourner. L'existence, le « développement » ⁹⁰ et les propriétés (par exemple la « plasticité ») d'un droit constitutionnel pratique sont, de ce point de vue, un sous-produit de la compétition politique.

Mais il arrive aussi que certains acteurs – notamment les titulaires des positions gouvernementales – estiment que ces effets juridiques du jeu politique sont devenus « pervers » ⁹¹. Ces polémiques ont souvent une portée tactique préventive et dissuasive, par exemple en direction du Conseil Constitutionnel. L'expérience historique de la troisième et de la quatrième Républiques montre toutefois que quand cette conviction est partagée par les divers camps en présence, la corporation politique tout entière peut s'accorder pour neutraliser ce qui semble indûment limiter la liberté d'action de ses membres. Les arguments « juridiques » ne manquent pas alors pour faire valoir que le « gouvernement des juges » est un obstacle à l'exercice de la « souveraineté du peuple ».

NOTES

1. Le 2 octobre 1986 le président annonce à nouveau son refus de signer l'ordonnance sur le découpage électoral. Cette ordonnance sera à son tour soumise au Parlement, sous forme de loi, promulguée le 24 novembre. Le refus présidentiel de signer l'ordonnance sur l'aménagement du temps de travail le 17 décembre 1986 sera tourné de la même manière. Après diverses péripéties, une loi sera promulguée le 19 juin 1987.

2. Olivier Duhamel, « Ordonnances : signer ou ne pas signer ? », *Le Monde*, 12 avril 1986.
3. Michel Troper, « La signature des ordonnances - Fonctions d'une controverse », *Pouvoirs*, 41, 1987, p. 75-76.
4. C'est moi qui souligne.
5. *Art. cit.*, p. 90-91.
6. Jean-Marie Colombani, « M. Mitterrand a signé la loi sur la privatisation », *Le Monde*, 4 juillet 1986, p. 8. Dans le même sens Jean-Yves Lhomeau, « Arbitrage ou anti-jeu ? », *Le Monde*, 17 juin 1986, p. 7.
7. On se limitera ici aux « transactions » entre les champs politiques et juridiques.
8. Que l'on songe, par exemple, aux stratégies intellectuelles et, plus généralement, universitaires de Louis Favoreu. Pour illustration, voire, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988, 158 pages.
9. *Le Monde*, 22 juillet 1986, p. 2.
10. Jean Gicquel, « De la cohabitation », *Pouvoirs*, 49, 1989, p. 78. C'est moi qui souligne.
11. Les arguments, voire les articles publiés dans la presse sont parfois repris dans des publications académiques ce qui souligne aussi leur statut. Un chapitre de l'ouvrage de Louis Favoreu reprend par exemple divers articles de presse, cf. *La politique saisie par le droit*, *op. cit.* p. 125 et 5.
12. Les auteurs de « points de vue » sur le problème de la signature des ordonnances publiées dans la presse sont presque toujours des professeurs de droit ou plus rarement, des hommes politiques ou des journalistes ayant reçu une formation juridique.
13. Il faudrait une analyse précise du champ des constitutionnalistes pour savoir ce que la prise de parole dans les journaux doit au capital d'autorité « scientifique » accumulé (les auteurs de points de vue publiés dans la presse jouissent le plus souvent d'un niveau élevé de consécration académique mais tous les spécialistes consacrés ne publient pas de tels points de vue) et/ou aux stratégies de carrière s'appuyant notamment sur la conquête d'un marché plus large que le milieu des pairs.
14. Ainsi, de manière typique, Pierre Pactet pose que « les normes juridiques sont officielles, impersonnelles, obligatoires et sanctionnables », in *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Masson, 8^e édition, 1986, p. 31.
15. Dans l'exemple analysé ici, ce sont les « théoriciens du droit » qui émettent des doutes sur la juridicité du problème sans doute, parce qu'ils sont plus sensibles, du fait de leur position et de leurs dispositions dans le champ universitaire, à la cohérence logique des interprétations et qu'ils cherchent à dégager rationnellement les conséquences ultimes des principes généraux de la « science du droit ». C'est l'attachement à une conception extensive des pouvoirs du président qui conduit d'autres auteurs à nier ponctuellement l'existence d'une norme juridique à propos de la signature des ordonnances.
16. Michel Troper, *art. cit.*, p. 87.
17. François Goguel, *Le Monde*, 22 juillet 1986, p. 2. C'est moi qui souligne.
18. Michel Troper, *Ibid.*
19. Sur cette idée, cf. par exemple Max Weber, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1986, p. 43.
20. A l'exception de l'essai de prospective institutionnelle écrit par Maurice Duverger au moment où l'hypothèse de la « cohabitation » devient probable. Cf. le *Bréviaire de la Constitution*, Paris, P.U.F., 1986.
21. Maurice Duverger, *Le Monde*, 22 mars 1986.
22. Jacques Robert (« Professeur de droit public à l'Université Paris II »), *Le Monde*, 18 avril 1986, p. 2.
23. Jacques Larché, « Sénateur (R.I.) de Seine-et-Marne, président de la commission des lois du Sénat » (par ailleurs ancien élève de l'E.N.A. et maître de requêtes au Conseil d'Etat), *Le Monde*, 29 mars 1986. Dans le même sens et avec la même formulation, Yves Gaudemet, « Professeur à l'Université de droit de Paris », *Le Monde*, 18 avril 1986, p. 2.
24. Jacques Larché, *art. cit.*
25. Françoise Dreyfus, François d'Arcy, *Les institutions politiques et administratives de la France*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, p. 183.
26. L'idée que les titres universitaires et le langage juridique seraient mis en avant de manière ostentatoire pour attester l'objectivité et l'impartialité d'un raisonnement en réalité politique (cf. Michel Troper, *art. cit.*, p. 91) suppose une duplicité et un cynisme peu compatibles avec le monde d'écriture des points de vue publiés dans la presse. Ces auteurs retrouvent en réalité leurs modes de raisonnement familiers et écrivent dans les colonnes des journaux comme ils le font dans les revues spécialisées ou dans leurs manuels.
27. On trouvera des exemples de ces formulations classiques dans Françoise Dreyfus et François d'Arcy, *op. cit.*, p. 13 ou dans Olivier Duhamel, « Les gardiens de la Constitution », *Le Monde*, 28 mai 1986, p. 10.

28. Pierre Pactet, *op. cit.*, p. 383.

29. Sur ce présupposé « juridiste » cf. Bernard Lacroix « ordre politique et ordre social » in Grawitz (Madeleine), Leca (Jean), directeurs, *Traité de Science politique*, Paris, P.U.F., 1985, vol. 1, pp. 469-565. Voir également Bastien François, le Président, pontife constitutionnel. Communication au Congrès national de l'Association Française de Science Politique, Bordeaux, octobre 1988, 23 pages.

30. Jean Gicquel, « De la cohabitation », *Pouvoirs*, 1989, 49, p. 78. Dans le même sens, Olivier Duhamel, *Le Monde*, 28 mai 1986 : « Vingt-huit ans. C'est le temps qu'il fallait pour que la Constitution de 1958 entre totalement en vigueur... La France pratique pour la première fois une République gouvernementale, assez conforme au texte de 1958... ».

31. Certains juristes – généralement isolés – introduisent parfois des considérations plus réalistes qui contredisent les postulats généraux de la profession auxquels ils adhèrent toutefois par ailleurs. François Hamon et Michel Troper notent par exemple que la Constitution est parfois rédigée de manière confuse, que la répartition des tâches au sein de l'exécutif n'est pas claire, et semblent sceptiques sur la possibilité d'y trouver les réponses à tous les « problèmes » que soulevait la « cohabitation ». Ils remarquent que les hommes qui ont participé à l'élaboration du projet de Constitution n'avaient pas tous les mêmes vues, qu'il est donc difficile d'y trouver une conception unique et cohérente. Ils en déduisent que certains articles se prêtent à plusieurs lectures et que leur interprétation est « nécessairement tributaire de la conjoncture politique ». Sur le problème particulier de la signature des ordonnances ils constatent que la Constitution n'étant pas très explicite sur ce point, et le Conseil constitutionnel ne pouvant être saisi, c'était au Président lui-même qu'il appartenait de se fixer une ligne de conduite. Mais, dans le même temps, ils soulignent que la question de savoir si le président dispose d'une compétence liée ou d'un pouvoir discrétionnaire « n'est pas purement académique car, de la réponse que l'on y apporte, dépend la possibilité, pour le président, de retarder ou de bloquer certains processus de décision notamment en ce qui concerne... l'adoption d'une législation déléguée ». Cf. Georges Burdeau, *Droit constitutionnel*, 21^e édition par Francis Hamon et Michel Troper, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 506-507. C'est moi qui souligne.

32. Jean Gicquel, *art. cit.*, p. 78.

33. Jean Gicquel, « Chronique institutionnelle élémentaire de la V^e République », *Pouvoirs*, 1989, 49, p. 138. C'est moi qui souligne.

34. Cf. par exemple, la distinction entre le « partage vertical du pouvoir » quand le président exerce son hégémonie sur la majorité et le Premier ministre et le « partage horizontal » quand le Premier ministre est à la tête de la majorité parlementaire. Pierre Pactet, *op. cit.*, p. 382-383.

35. Avec le général de Gaulle « le président de la République avait attiré dans son orbite la totalité des compétences gouvernementales. Ce faisant, il est sorti de son statut constitutionnel » (Georges Burdeau, *op. cit.*, p. 437, lignes 3 à 5)... « Jusqu'en 1986, toute l'histoire constitutionnelle de la V^e République va alors se ramener à la progressive institutionnalisation de ce qui n'était à l'origine que le pouvoir d'un homme pour devenir les prérogatives d'une institution. C'est la *constitutionnalisation* d'un pouvoir personnel » (*Ibid.* p. 437, lignes 31 à 34).

36. Cf. par exemple la note 31.

37. Jacques Larché, *art. cit.*

38. « Jamais nos hommes politiques n'ont lu avec un tel soin la Constitution... S'il est un domaine où le terme d'arbitre prend quelque consistance, c'est bien celui de la Constitution. Il n'est que de noter le caractère désormais juridique des interventions présidentielles. Hier, il déplorait les privatisations concernant le secteur public élargi par le général de Gaulle à la Libération – objection politique –. Aujourd'hui, il met en garde sur les conditions d'évaluation de ces groupes, faute d'une référence qui n'existe que pour ceux d'après 1981 – objection constitutionnelle. » Olivier Duhamel, *Le Monde*, 28 mai 1986. « Les acteurs du jeu politique et notamment le Premier ministre et le président de la République ont été conduits à se servir au maximum des mécanismes juridiques mis à leur disposition, obligeant ainsi le Conseil constitutionnel lui-même à développer son contrôle et sa jurisprudence. Louis Favoreu, *op. cit.*, p. 8.

39. « C'est dans cette perspective, en bonne logique, que le porte-parole de l'Elysée s'est placé, à l'issue du Conseil du 29 septembre (1986) » (à propos de la portée des délibérations du Conseil des ministres), Pierre Avril, Jean Gicquel, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, 1987, 40, p. 169. « Admettre le refus de signature du Président c'est le faire participer personnellement à l'exercice du pouvoir législatif auquel le gouvernement seul est habilité par le Parlement. Or le Président n'a jamais aucune compétence discrétionnaire en matière législative, sauf en cas d'application de l'article 16 mais alors sur habitation expresse. C'est là une raison de fond qui l'emporte sur les autres et devrait normalement conduire à refuser au Président cette compétence discrétionnaire. » Pierre Pactet, *op. cit.*, p. 513.

40. Louis Favoreu, *op. cit.*, p. 5. C'est moi qui souligne.

41. *Ibid.*, p. 8.

42. « On ne peut plus décrire le processus normatif à partir d'une analyse exégétique de la Constitution. Il faut désormais tenir compte largement de l'interprétation jurisprudentielle de la Constitution. » Louis Favoreu, *op. cit.*, p. 8. Là encore cette stratégie intellectuelle est indissociable d'une stratégie universitaire qui vise à restaurer la tradition des écoles de droit et, au sein de ces dernières, à remplacer les cours classiques de « droit constitutionnel » par des enseignements de « contentieux constitutionnel ».

43. Sur ce point, cf. la communication de Bastien François citée plus haut.

44. De manière significative l'expression « soft law » est généralement utilisée à propos du droit international public.

45. « L'ouverture de l'ère de la cohabitation amène à redécouvrir la Constitution. Elle soulève des problèmes qui, pour ne pas trouver de réponses certaines dans la jurisprudence ou les précédents, peuvent être résolus par un raisonnement juridique à partir des textes », Jacques Larché, *art. cit.*

46. Peter Berger, Thomas Luckmann, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1986, p. 30.

47. En ce sens, l'observateur extérieur doit renoncer à la tentation d'adopter un point de vue objectiviste (comme le fait par exemple Max Weber qui rationalise la vision officielle de la profession quand il rappelle à plusieurs reprises que l'on ne peut appeler « droit » que les prescriptions assorties de garanties spécifiques par l'intervention d'un appareil de coercition spécialement institué à cet effet et qui force au respect de l'ordre et châtie la violation. Cf. par exemple, *Economie et société*, Paris, Plon, 1971, p. 33 et s. et p. 323 et s.) et ne peut que se borner à considérer comme juridique tout ce que la communauté des juristes labellise comme tel avec succès. Dans le cas contraire, il tente d'imposer sa propre conception du droit, s'engage dans les luttes pour l'imposition ou la définition de la juridicité, ou refuse de prendre en compte les entreprises qui parviennent, à imposer comme juridiques des éléments qui ne concordent pas avec la définition *a priori* de l'observateur.

48. Pour Georges Marchais le refus du président de signer l'ordonnance sur les privatisations est un « coup politique... afin d'éviter que sa cote ne s'effrite à gauche », *Le Monde*, 17 juillet 1986. Jean-Claude Gaudin considère que « la décision du chef de l'Etat (concernant l'ordonnance sur la privatisation) montre bien que son rôle n'est pas celui d'un arbitre mais bien d'un joueur supplémentaire dans l'équipe de l'opposition » (*Le Monde*, 16 juillet 1986).

49. Dans son message au Parlement le 8 avril le président s'oppose seulement à ce que les ordonnances « reviennent sur les acquis sociaux ».

50. François Mitterrand et Lionel Jospin (premier secrétaire du parti socialiste) insisteront à plusieurs reprises sur ce thème. François Mitterrand souligne par exemple « l'antinomie des prises de position sur le fond » (18 mai 1986) et cherche d'abord à se démarquer de la majorité parlementaire : « que cette majorité décide des responsabilités qu'elle entend prendre, mais qu'elle ne les impose pas, qu'elle ne demande pas, en plus, ma participation » (14 juillet 1986). Lionel Jospin définit lui aussi la portée réelle de la décision présidentielle : « ni crise ni confusion politique : le président de gauche est face à un gouvernement de droite » (Assemblée Nationale, 9 avril 1986).

51. Jean Poperen, « numéro deux » du P.S., porté aux rappels de l'orthodoxie, laisse par exemple percer son impatience et cherche peut-être à forcer la main du président. Le 13 juin 1986, il annonce à l'avance que « des événements politiques importants se préparent ». François Mitterrand feindra en public de ne pas comprendre.

52. Dans sa déclaration du 15 juillet 1986, Georges Marchais souligne que la loi d'habilitation sur les privatisations « a été votée par la droite au printemps dernier et signée par François Mitterrand ».

53. L'ordonnance revient sur l'interdiction du travail de nuit des femmes et sur la « loi Delebarre » qui liait la possibilité de moduler la durée du travail avec sa réduction globale.

54. Les premières déclarations de Jacques Chirac font des ordonnances l'élément central du programme du gouvernement (cf. la première déclaration du nouveau Premier ministre le 20 mars 1986 et la déclaration de politique générale du gouvernement devant le Parlement le 9 avril 1986). Symétriquement les premières prises de position du président de la République après le 16 mars 1986 sont principalement consacrées à ce problème (cf. la « mise au point » du 26 mars 1986, le message au Parlement du 8 avril 1986 et l'intervention du président en Conseil des ministres le 9 avril 1986).

55. Sur la procédure générale des ordonnances le président intervient à trois reprises : 1) le 26 mars 1986 il affirme la nécessité d'un « recours limité » sur des « sujets précis » en s'inspirant des termes de l'article 38 C ; 2) le 8 avril 1986, dans son message au Parlement il revient sur ces exigences pour que « le Parlement et le Conseil constitutionnel se prononcent en connaissance de cause ; 3) le 14 juin 1986, il déclare aux journalistes qu'il se laissera guider par « sa conscience ».

A propos de l'ordonnance sur les privatisations, il annonce le 9 avril 1986 qu'il refusera sa signature : 1) pour la privatisation des entreprises nationalisées avant 1981 ; 2) si les règles d'évaluation antérieures sont transgressées ; 3) si des mesures contraires à la démocratisation du secteur public sont introduites ; le 14 juillet 1986 il déclare qu'il ne signera pas le projet (qui ne lui a pas encore été transmis) en faisant valoir des arguments sur la dilapidation du patrimoine national et l'indépendance nationale avant de faire connaître son refus officiel le 16 juillet .

Concernant l'ordonnance sur le découpage de circonscriptions électorales, le président refuse officiellement la signature le 2 octobre 1986 après avoir insisté le 9 avril sur la nécessité de publier les avis de la commission consultative et réservé sa décision le 24 septembre au plus fort d'une vague d'attentats à Paris. Dès le 26 mars, on l'a vu, le président indique qu'en matière sociale, il ne signerait que les ordonnances qui présenteraient un progrès. Il renouvelle cette mise en garde le 8 avril pour refuser sa signature le 17 décembre.

56. François Mitterrand ne cesse par exemple de rappeler sa volonté de laisser la majorité gouverner. Ainsi, le 18 mai : « je n'ai pas à m'opposer à (la) politique (du gouvernement). Je ne fais pas de guérilla ».

57. Le 14 juillet 1986 il déclare à la télévision qu'il a informé le Premier ministre depuis longtemps sur ses intentions.

58. Le 16 juillet, en même temps qu'il annonce son refus de signer l'ordonnance sur les privatisations, le président déclare qu'il inscrira à l'ordre du jour du prochain Conseil des ministres un projet de loi ayant le même objet que l'ordonnance et que l'ordre du jour de la session extraordinaire du Parlement sera modifié en conséquence.

59. Le 2 octobre, le président refuse de signer l'ordonnance sur le découpage des circonscriptions électorales au motif que « selon la tradition républicaine, le Parlement arrête lui-même les dispositions relatives à l'élection des députés ». Le 17 décembre, il estime que « l'aménagement du temps de travail relève de la compétence du Parlement ».

60. C'est moi qui souligne.

61. « Considérant que la Constitution s'oppose à ce que... des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédées... pour des prix inférieurs à leur valeur... Les transferts doivent s'opérer dans le respect de l'indépendance nationale... l'indépendance nationale devra être préservée. Toute autre interprétation serait contraire à la Constitution. »

62. Le refus de privatiser des entreprises nationalisées avant 1981 est difficile à mettre en œuvre depuis que la loi d'habilitation, promulguée par le président, établit la liste des entreprises qui peuvent être privatisées.

63. Les commentateurs soulignent l'avantage tactique que représente la décision du Conseil constitutionnel dans le jeu du président. Les « strictes réserves d'interprétation » du Conseil « constituent autant de point d'appui pour le chef de l'Etat lorsqu'il lui faudra signer ou refuser de signer les ordonnances ». Jean-Marie Colombani, *Le Monde* 28 juin 1986.

64. Selon Maurice Duverger la décision des 25-26 juin du Conseil Constitutionnel « a fourni à l'Elysée des arguments *objectifs* pour utiliser le refus de signer qu'elle (la Constitution) lui reconnaît ». (« Le sifflet des arbitres » *Le Monde*, 22 juillet 1986 p. 2. C'est moi qui souligne). Cette apparente objectivité trouve toutefois ses limites dans la concurrence académique pour l'interprétation puisque dans le même numéro, Louis Favoreu estime que « le raisonnement du chef de l'Etat... est *évidemment* en contradiction avec la Constitution et avec l'interprétation qu'en a donnée le Conseil Constitutionnel », *Contradictions, Le Monde*, 22 juillet 1986, p. 2, souligné par moi.

65. « François Mitterrand était dans une situation délicate : son éventuel refus de signature étant par avance dénoncé comme la recherche d'une querelle politique. Mais, face au gouvernement, si celui-ci ne se conformait pas aux précisions du Conseil, M. Mitterrand trouverait un *fondement juridique précis* à une attitude de refus » (Jean-Marie Colombani, *art. cit.*, c'est moi qui souligne).

66. « Il y a des moments où je dois décider mais je ne suis pas partisan, je ne cherche pas à donner raison à l'opposition contre la majorité... je ne me situe pas entre les factions... je cherche à faire mon devoir et mon devoir est de rester très au-dessus des compétitions de la petite politique quotidienne » (entretien à la télévision le 14 juillet 1986).

67. Cf. par exemple la déclaration de Jean-Claude Gaudin note 48.

68. Déclaration du 15 juillet 1986. Cf. note 48.

69. Dans sa déclaration devant le Conseil des ministres du 16 juillet, Jacques Chirac retrouve les arguments mis en avant par les partisans de la thèse de la « compétence liée » : « Aucune disposition de la Constitution ne confère à aucune autorité autre que le Conseil des ministres le soin d'apprécier l'opportunité ou le bien fondé d'une ordonnance expressément prévue par une loi d'habilitation promulguée ». Le même jour le président fait répliquer à l'argumentation du Premier ministre et ses collaborateurs reprennent ou retrouvent les arguments des auteurs favorables à la thèse du « pouvoir discrétionnaire » et invoquent les articles 5, 13, 38, 49 de la Constitution

et l'arrêt du 25 novembre 1977 (Compagnie des architectes en chef des bâtiments civils et palais nationaux) du Conseil d'Etat.

70. Ainsi la loi d'habilitation dresse la liste des entreprises à dénationaliser de façon à empêcher le président de s'opposer à la privatisation des entreprises nationalisées avant 1981. Dans le même sens la loi d'habilitation électorale fixe les principes du découpage de circonscription avec l'espoir que le Conseil Constitutionnel saisi par l'opposition décidera la conformité de la loi, donc des principes du découpage, à la Constitution et privera le président de la justification d'un éventuel refus de signer les ordonnances correspondantes.

71. Cf. par exemple *Le Monde* du 18 juillet 1986. Ce qui n'empêche pas le même journal de discuter gravement les risques de pénétration du capital étranger dans les filiales des entreprises privatisées.

72. A de rares exceptions près, les journalistes semblent ne pas avoir la compétence technique et l'autorité nécessaires pour se lancer dans les controverses juridiques. N'ayant pas non plus, à la différence des hommes politiques, un intérêt tactique à reprendre les arguments « juridiques », ils sont portés à n'y voir que des arguties contradictoires, subjectives et secondaires et à concentrer leurs commentaires sur les aspects spécifiquement politiques.

73. Un journaliste note « que la contestation du droit de M. Mitterrand à refuser son paraphe sur les ordonnances n'est plus aussi en vogue qu'après son premier refus sur la privatisation. Il y a jurisprudence. M. Valéry Giscard d'Estaing hier si prolix fend, muet, la foule des journalistes. Les députés préfèrent placer le débat sur le plan de l'opportunité de la décision ». Pierre Servent, *Le Monde*, 4 octobre 1986, p. 6.

74. Jacques Chirac note simplement que « l'Assemblée Nationale et le Sénat qui vous représentent, qui sont des assemblées souveraines, ont voté une loi d'habilitation... Cette loi, après qu'elle a été votée par le Parlement, le président de la République l'a signée. Il l'a signée. Et elle a été publiée au *Journal Officiel* de la République Française, c'est-à-dire que cette loi qui s'applique et qui s'impose à tous. Alors, nous avons, naturellement préparé l'ordonnance correspondante. Cette ordonnance a été approuvée ce matin par le gouvernement en Conseil des ministres et elle est – j'y ai veillé personnellement – strictement conforme à la virgule près, aux avis (*sic*) émis par ces deux importantes assemblées (*sic*) que sont le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat. Le président de la République a fait savoir, tout récemment qu'il avait quelques inquiétudes quant au respect du patrimoine national et, aussi, quant à la défense des intérêts nationaux face aux capitaux étrangers. C'est important. Je voudrais vous dire une chose : j'affirme ici et j'affirme en conscience que ces inquiétudes sont dénuées de tout fondement. » L'évidente intention pédagogique suggère que l'orateur est conscient de la difficulté d'avancer des arguments juridiques devant le public le plus large.

75. Communiqué du Premier ministre le 2 octobre.

76. Après la déclaration « juridiquement » argumentée du Premier ministre le 16 juillet, le président de la République se borne à répliquer par l'intermédiaire de ses conseillers.

77. Le Premier ministre dénonce le caractère inconstitutionnel du refus du président en Conseil des ministres le 18 juillet ou devant les députés le 24 juillet mais, à la télévision, on l'a vu, il tente de convaincre ses auditeurs que la décision du président constitue une menace indirecte pour l'emploi, la Sécurité sociale et le niveau de vie des Français.

78. *Pouvoirs*, n° 45, 1988, p. 135. Dans le même sens, cf. *Le Figaro*, du 7 janvier 1986.

79. De la même manière, dans son intervention à la télévision, Jacques Chirac place le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat sur le même plan : « deux importantes assemblées » dont il respecte les « avis ».

80. Cf. *Economie et société*, *op. cit.*, p. 325 et s.

81. En l'état actuel du champ politique central, les possibilités de « médiatisation » des arguments juridiques sont un élément important de leur valeur tactique et donc de leur usage.

82. Message au Parlement du 8 avril 1986.

83. Déclaration devant le Conseil Général de la Haute-Garonne, à Toulouse, le 29 septembre 1987.

84. Bourg-en-Bresse le 20 décembre 1986. Ce thème avait été esquissé à Lille le 7 février 1986.

85. La déclaration de Bourg-en-Bresse intervient trois jours après le troisième refus de signature du président. Cette affirmation d'une mission quasi « constitutionnelle » de protection de la cohésion sociale et nationale n'a à ma connaissance, pas été publiquement contestée.

86. Comme son prédécesseur l'avait fait le 17 janvier 1977 dans une conjoncture électorale favorable à l'opposition.

87. L'un des rares commentateurs de cet article note « qu'il n'a pas soulevé en 1958 de grandes discussions ni un intérêt particulier » et que le Conseil constitutionnel n'y a eu recours qu'une seule fois pour fonder sa décision ». Cf. Jean-Claude Maestre, article 2, in François Luchaire et Gérard Conac, *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, P. 121 et 159.

88. Intervention à la télévision le 29 mars 1987.

89. C'est la raison pour laquelle les principes généraux de « l'analyse stratégique » doivent être spécifiés pour rendre compte du jeu politique avec « le droit ».

90. Il a par exemple été souvent remarqué que le « développement » de la « jurisprudence » du Conseil Constitutionnel a été favorisé par les saisines de l'opposition, elles-mêmes facilitées par la réforme constitutionnelle de 1974.

91. Que l'on songe aux polémiques sur le rôle du Conseil constitutionnel provoquées par la déclaration du Garde des Sceaux, ministre de la Justice au mois d'août 1986.