

Jus Politicum

Revue de droit politique

Numéro 30 – 2023

Réforme des retraites : les enjeux constitutionnels



INSTITUT
VILLEY

Institut Villey

pour la culture juridique et la philosophie du droit

DIRECTEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

FONDATEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Armel Le Divellec (Université Panthéon-Assas),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines)

CONSEIL DE RÉDACTION

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil), Denis Baranger (Université Panthéon-Assas), Renaud Baumert (CY Cergy Paris Université), Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas), Samy Benzina (Université de Poitiers), Eleonora Bottini (Université de Caen), Jean-Félix de Bujadoux (Université Panthéon-Assas), Bruno Daugeron (Université Paris-Descartes), Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas), Quentin Epron (Université Panthéon-Assas), Cécile Guérin-Bargues (Université Panthéon-Assas), Thibault Guilluy (Université de Lorraine), Jacky Hummel (Université de Rennes I), Julien Jeanneney (Université de Strasbourg), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Mathilde Laporte (Université de Pau), Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas), Elina Lemaire (Université de Bourgogne), Emilien Quinart (Université Panthéon-Sorbonne), Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines), Céline Roynier (CY Cergy Paris Université), Christoph Schönberger (Universität Konstanz), Adam Tomkins (University of Glasgow), Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg)

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Klaus von Beyme (Universität Heidelberg), Dominique Chagnollaude (Université Panthéon-Assas), Jean-Claude Colliard † (Université Panthéon-Sorbonne), Vlad Constantinesco (Université Robert-Schuman, Strasbourg), Jean-Marie Denquin (Université Paris Nanterre), Christoph Gusy (Universität Bielefeld), Ran Halévi (CNRS), Josef Isensee (Universität Bonn), Lucien Jaume (CNRS), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Claude Klein (University of Jerusalem), Franck Lessay (Université Sorbonne Nouvelle), Corinne Leveleux-Teixeira (Université d'Orléans), Martin Loughlin (London School of Economics), Ulrich K. Preuß (Freie Universität Berlin), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Pierre Rosanvallon (Collège de France), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Cheryl Saunders (University of Melbourne), Michel Troper (Université Paris Nanterre), Neil Walker (University of Edinburgh).

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION

Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas)

ASSISTANTS D'ÉDITION

Romane Lerenard (Université de Rennes)

Quelques réflexions sur l'inculture constitutionnelle française révélée par l'épisode de la réforme des retraites

Dans ce numéro spécial sur « *la réforme des retraites et le droit constitutionnel* », dans lequel les auteurs ont voulu réagir à chaud à l'actualité constitutionnelle constituée par la réforme du régime des retraites (et de sa mesure phare qui est le relèvement de l'âge légal de 62 à 64 ans¹), il pourrait sembler un peu incongru de traiter de « l'inculture constitutionnelle française ». En effet, le sujet apparaît comme *a priori* un peu léger et surtout décalé par rapport aux nombreux et sérieux problèmes d'ordre constitutionnel soulevés par cette réforme et abordés pour partie dans ce numéro.

Cette crise politico-sociale de la réforme des retraites fut un feuilleton dont les divers épisodes les plus significatifs du point de vue constitutionnel ont eu lieu principalement au Parlement et devant le Conseil constitutionnel. Le plus marquant fut la promotion d'un article de la Constitution de la V^e République — l'article 49 al.3 — qui est devenu la cible principale des opposants à la réforme des retraites. Son utilisation par l'Exécutif, au dernier moment, a suscité leur colère, comme le prouve la déclaration du secrétaire général de la CFDT, Laurent Berger, selon laquelle cette réforme serait affectée d'« *un vice démocratique si elle pass(ai)t par le 49.3* », et son usage marquerait « *une triple défaite : populaire, morale et politique* » pour l'exécutif². À cet usage légal de cet article, argument avancé par l'Exécutif, les adversaires de la réforme ont au contraire souligné son illégitimité³, notamment au regard de l'utilisation maximale des techniques du parlementarisme

¹ Telle qu'elle été réalisée par l'adoption de la loi n° 2023-270 du 14 avril 2023 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023.

² « 49.3 : les oppositions dénoncent un déni de démocratie et les syndicats appellent à de nouvelles mobilisations », *Le Monde*, 16 mars 2023.

³ Voir notamment les propos de Thierry Pech dans son dialogue avec Dominique Schnapper : « La légalité ne peut pas tout justifier. Certes, aucun des outils mobilisés par le gouvernement – le projet de loi de finances rectificative, l'article 47-1 qui permet de comprimer les délais d'examen et jusqu'à l'article 49.3 – n'est contraire à la Constitution. Mais cela n'empêche pas de juger sévèrement l'ensemble. Le problème n'est pas l'usage du 49.3 en tant que tel, mais l'accumulation de tous les moyens de ce que l'on appelle le "parlementarisme rationalisé" qui ont au final fortement limité la liberté du Parlement. La question n'est pas étroitement juridique, mais démocratique. Pour beaucoup de Français, ces choix ne correspondent manifestement pas à l'idée qu'ils se font de la démocratie. » T. PECH et D. SCHNAPPER, « Pour restaurer la légitimité de nos institutions, la participation citoyenne est nécessaire », *Le Monde*, 7 avril 2023

rationalisé⁴, dans une période qu'on peut qualifier de « présidentielisme minoritaire⁵ ».

Surtout, de manière assez inédite, la crise des retraites a eu pour particularité de placer le droit constitutionnel au centre de l'actualité, ce qui n'avait pas été le cas depuis fort longtemps. En effet, au cours de cette brève période qu'on pourrait qualifier à « haute intensité constitutionnelle » (février-avril 2023), les « constitutionnalistes » étaient devenus des personnes presque autant recherchées par les médias que ne le furent les épidémiologistes pendant la pandémie du coronavirus. Cet intérêt pour le droit constitutionnel a même atteint son apogée dans les jours précédant et suivant les deux décisions du Conseil constitutionnel du 14 avril 2023 sur la loi relative à la retraite (2023-849 DC) et sur le référendum d'initiative populaire (2023-4 RIP)⁶. Au cours de cette période, le grand public a néanmoins pu vérifier la validité de cette loi selon laquelle les experts ne sont jamais d'accord entre eux. Rien d'étonnant pour un juriste qui sait que le droit est matière à interprétation et que la doctrine, qu'on présente toujours au singulier (comme si elle était un bloc homogène) est toujours divisée. Certains ont contesté avant et après la décision du Conseil constitutionnel et la procédure utilisée, tandis que d'autres n'ont rien trouvé à y redire.

Toutefois, si tout constitutionnaliste pouvait se réjouir du soudain et vif intérêt porté par l'opinion publique au droit constitutionnel pendant cette période politique et sociale fort agitée, il devait constater qu'il y avait – hélas – un revers à la médaille. Celui-ci tenait à ce que cet intérêt révélait en même temps une grande ignorance de ce droit constitutionnel non seulement de la part des citoyens ordinaires – ce qui est normal en un sens – mais aussi des représentants des médias et des acteurs politiques – ce qui l'est un peu moins. Plus exactement, comme l'indique l'intitulé de cet article, cette crise politique et sociale a mis à jour non seulement l'ignorance mais aussi *l'inculture constitutionnelle française*. La décision de préférer l'expression d'inculture constitutionnelle⁷ à celle d'ignorance vise à montrer que les approximations fréquentes auxquelles ont donné lieu les commentaires sur le fonctionnement des institutions de la V^e République révèlent une faible compréhension de certaines conceptions fondamentales du droit constitutionnel, sous-jacentes en réalité au texte des dispositions de la constitution. En d'autres termes, il y a une subtile différence, ou un subtil dégradé, entre l'ignorance et l'inculture en matière constitutionnelle : la première est un peu scolaire car elle illustre le cas où l'on ne sait pas – ou on a oublié – des choses qui pourraient sembler élémentaires. En un sens, l'inculture est plus grave dans la mesure où elle trahit une incompréhension plus générale de ce qu'est le droit constitutionnel.

⁴ Voir « Débat sur les retraites : un parlementarisme “rationalisé” jusqu'à le dérégler », Entretien de D. BARANGER, *La Grande conversation*, 24 mars 2023 [En ligne : <https://www.lagrandeconversation.com/debat/politique/reformes-et-contestations-de-la-ve-republique/#debat-sur-les-retraites-un-parlementarisme-rationalise-jusqua-le-dereglerDé>]

⁵ Voir ici la contribution de B. DAUGERON, « Le “chemin démocratique” ou les mésaventures du présidentielisme minoritaire », dans ce numéro.

⁶ Voir ici la contribution de S. BENZINA, « Les décisions sur la réforme des retraites : une illustration de la conception française du contrôle de constitutionnalité », dans ce numéro.

⁷ Le choix de ce dernier terme ne doit pas tromper ; il ne s'agira pas ici de discuter de l'existence ou non de la « *culture constitutionnelle* » d'un peuple ou d'un pays. Voir le numéro spécial de la *RFDC*, 2020/3, n° 123.

Une telle inculture est troublante du point de vue démocratique si l'on part de l'idée que la Constitution devrait être la chose de tous, c'est-à-dire la chose de tous les citoyens. N'était-ce pas le *leitmotiv* de tous ceux qui ont plaidé en faveur de l'introduction de la question prioritaire de la constitutionnalité en soutenant que les citoyens *s'approprieraient*, enfin, la Constitution par le biais de leur action contentieuse ? Alors que cet article était pratiquement achevé, deux autres collègues ont, dans un article de presse, relevé « le déficit de culture constitutionnelle », formule plus feutrée que l'inculture, mais qui témoigne d'une préoccupation semblable à la nôtre. Mais ils ont surtout évoqué ce déficit pour en faire un facteur causal de « l'aggravation de la crise de la démocratie⁸ ». Leur constat, qui découle de l'examen du feuilleton de la réforme des retraites et de la réaction de l'opinion publique, est plutôt sévère puisqu'ils écrivent : « Nous souffrons collectivement d'un déficit de culture constitutionnelle, ce qui n'est pas satisfaisant dans une démocratie digne de ce nom⁹ ». Leur projet est de réintroduire la question de la culture constitutionnelle dans le cadre plus global de l'éducation civique dont le droit constitutionnel devrait être un des piliers. Un constat a été prolongé par le chroniqueur politique de France-Inter qui, mentionnant la précédente tribune, estimait que l'ignorance des rouages institutionnels alimentait en partie le complotisme¹⁰. Cette perspective qui n'est pas entièrement celle du présent article, est évidemment de grande importance¹¹.

Cet article, qui visera à constater l'existence de ce double phénomène (l'ignorance et inculture constitutionnelles), en partant du cas de la réforme des retraites, n'entend pas être systématique dans la mesure où il ne recherche pas de façon exhaustive les manifestations¹², les causes et les effets d'un tel phénomène, même si on a tenté, de temps en temps, d'évoquer quelques raisons de cette inculture constitutionnelle qui reste problématique dans un pays qui se prétend démocratique.

I. DE L'IGNORANCE CONSTITUTIONNELLE ET DE SES DIVERSES MANIFESTATIONS LORS DE LA CRISE DE LA REFORME DES RETRAITES

La principale source sur laquelle on s'appuiera pour diagnostiquer cette ignorance est la presse ou ce qu'on appelle les médias. Il faudrait ici probablement distinguer les cas et ne pas mettre tout à fait sur le même plan la presse écrite et le reste de la presse, surtout radiophonique ou audiovisuelle. C'est cette dernière qui

⁸ M. GREN et J. PADOVANI, « Le déficit de culture constitutionnelle contribue au développement et à l'aggravation de la crise de la démocratie », *Le Monde*, 26 mai 2023 [En ligne : www.lemonde.fr/idees/article/2023/05/26/le-deficit-de-culture-constitutionnelle-contribue-au-developpement-et-a-l-aggravation-de-la-crise-de-la-democratie_6174929_3232.html]. Tous nos remerciements à Éric Buge pour nous avoir signalé cet article qui était seulement sur le site internet du Monde.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Y. GOOSZ, « Crise démocratique : apprendre la Constitution pour comprendre », France Inter, 2 juin 2023.

¹¹ Voir dans le même sens, E. BUGE et J.-Y. NADAL, « L'école doit être le lieu d'apprentissage de la démocratie, mais elle n'y arrivera pas seule », *Le Monde*, 22 juin 2022.

¹² Nous avons prévu initialement d'étudier l'usage de l'article 49, al. 3, qui a été présenté largement comme « anti-démocratique ».

touche le plus le grand public et c'est d'ailleurs là que l'ignorance constitutionnelle semble avoir été la plus répandue, portant en réalité sur deux objets différents.

A. De l'ignorance de certaines données de base constitutionnelles

Pour la première fois depuis longtemps, le Conseil constitutionnel a été au centre de l'attention. Ce fut particulièrement le cas lorsqu'on attendait sa décision sur la loi relative à la retraite. On a alors pu entendre certains propos surprenants de la part de journalistes, dont l'un fut notamment l'idée selon laquelle le Premier ministre aurait saisi le Conseil « *comme le veut la tradition* ». Ce propos fut immédiatement démenti par les deux professeurs de droit public (de « droit constitutionnel » comme disent les journalistes) qui rappelèrent la règle selon laquelle le chef du gouvernement n'a aucune *obligation* dans le cas d'espèce, de saisir le Conseil constitutionnel. En effet, sa saisine, pour ce qui concerne les lois ordinaires, est une prérogative discrétionnaire — « une faculté » donc, et non pas un devoir — des quatre autorités compétentes (président de la République, Premier ministre présidents des deux assemblées) et de soixante parlementaires.

Il va de soi que tout lecteur de cette Revue, un peu frotté au droit constitutionnel, a pu repérer pendant cette période au cours de laquelle l'opinion publique s'est passionnée pour la Constitution de la V^e République des exemples de « perles » du même genre, un peu comme celles que l'on trouve dans les copies de bac ou d'étudiants. Il nous suffira ici de citer deux autres exemples, sans viser à l'exhaustivité. L'un qui nous paraît très parlant est la façon courante qu'ont les journalistes de la presse radiophonique ou audiovisuelle de parler d'un *avis* pour désigner une décision du Conseil constitutionnel. On l'a entendu le matin du 14 avril 2022, jour de la décision du Conseil sur la réforme des retraites, quand le journaliste a annoncé que celui-ci allait « *rendre son avis* ». Or, comme on le sait, il ne s'agit pas d'un avis, mais d'une décision, et la différence est fondamentale en ce qu'elle trace la frontière entre la fonction consultative et la fonction « juridictionnelle » du Conseil constitutionnel dont les décisions « s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités juridictionnelles et administratives » (art. 62, al. 3). Un autre exemple assez frappant est la manière courante qu'ont les médias d'annoncer que l'Assemblée nationale a adopté la loi, alors même que le projet ou la proposition de loi est seulement à l'étape de la première lecture. Or, comme on le sait, sous la V^e République, le Parlement est bicaméral et l'Assemblée nationale n'adopte pas toute seule la loi en raison de l'existence de la seconde Chambre, à savoir le Sénat. Certes, il est exact de dire que l'Assemblée nationale a adopté *définitivement* la loi, mais seulement dans le cas où, en raison d'un désaccord entre les deux chambres, elle est appelée à user du pouvoir du dernier mot que lui reconnaît la Constitution (art. 45, al. 5). C'est pour cette raison que l'on doit parler d'un bicaméralisme inégalitaire.

B. De l'ignorance du lien essentiel entre les données constitutionnelles et les faits politiques

À ces erreurs manifestes ou grossières, il convient d'ajouter une autre série de cas révélant une certaine ignorance du droit constitutionnel¹³ et qui sont apparus lorsque la presse a relaté les solutions alternatives proposées par les partis ou groupes politiques pour contrer la loi sur la réforme de la retraite. Le problème est

¹³ Tous nos remerciements à Jean-Marie Denquin qui nous a mis ici sur la piste de ces autres cas.

que de telles propositions présentées comme étant très crédibles n'avaient ou n'ont aucune chance.

Le premier cas notable est la voie du référendum d'initiative partagée (RIP), qui a été invariablement présentée comme un moyen rapide et sûr d'abroger la loi sur la retraite, alors qu'il suffit de lire l'article 11, issu de sa rédaction de la révision de 2008, pour s'apercevoir que la chose n'avait aucune chance de prospérer. En effet, même si le Conseil constitutionnel avait déclaré recevable ce RIP — ce qui d'ailleurs ne fut pas le cas —, il aurait inmanquablement échoué car il aurait suffi à des parlementaires, plus certainement des sénateurs, de décider l'examen de la proposition de loi pour faire barrage à la voie référendaire (art. 11, al. 5). Tout a été fait lors de la révision constitutionnelle de 2008 pour que ce référendum soit verrouillé et surtout qu'il ne soit pas un référendum d'initiative populaire, dans la mesure où le dispositif accorde aux parlementaires un pouvoir de bloquer définitivement la réforme. En effet, même dans l'hypothèse où une minorité de parlementaires (un cinquième) décide de déclencher une procédure de RIP et où une minorité de citoyens les suivent (étape de l'initiative proprement dite), les parlementaires de l'une des deux chambres ont encore le pouvoir de bloquer la procédure référendaire, s'ils sont en désaccord avec un tel référendum en décidant de faire examiner le texte par leur Chambre, ce qui empêche le peuple d'adopter en dernière instance le texte proposé. La simple lecture de l'article 11, en particulier de son cinquième alinéa, disposition très « hypocrite¹⁴ », aurait permis aux journalistes d'expliquer au grand public que ces initiatives de RIP étaient d'emblée vouées à l'échec, quelle que fût la décision sur la recevabilité du Conseil constitutionnel, en raison de la position du Sénat favorable à la réforme sur la retraite qui pouvait provoquer un examen de cette disposition par le Parlement.

En outre, la même chose peut être dite de la proposition de loi récente du groupe LIOT visant à abroger la loi du 19 avril 2022 de finances rectificative. Elle n'a aucune chance d'aboutir, à supposer d'ailleurs qu'elle franchisse le barrage de l'irrecevabilité financière de l'article 40 que semble vouloir activer le gouvernement¹⁵. En effet, comme les sénateurs favorables à la réforme de la retraite ont un droit de veto — en la personne du président du Sénat, qui était, rappelons-le favorable à la loi « retraite », ladite proposition de loi LIOT échouera nécessairement. En effet, en cas de désaccord (plus que probable) entre les deux Chambres à propos d'une *proposition de loi*, la commission mixte paritaire ne pourra être réunie, car il faut qu'une telle convocation soit le fruit d'une initiative *conjointe* des présidents des deux assemblées (art. 45, al. 2). Si le président du Sénat manifeste son désaccord, la condition de l'initiative conjointe n'est pas remplie et la procédure s'arrête. C'est une évidence. Le député rapporteur général du budget de la proposition de loi a donc eu raison d'observer que :

Faire croire aux Français que ce texte pourrait être adopté est un mensonge, car même s'il avait une majorité à l'Assemblée nationale (ce qui reste à démontrer), il ne l'a pas au Sénat, et rien n'arrêterait les allers-retours entre les deux chambres¹⁶.

¹⁴ « Si la proposition de loi n'a pas été examinée par les deux assemblées dans un délai fixé par la loi organique, le président de la République la soumet au référendum. » (art. 11, al. 5).

¹⁵ Elle n'a d'ailleurs pas passé ce barrage, comme on l'a appris après la rédaction de cet article.

¹⁶ Voir l'article de J.-R. CAZENEUVE, « Avec sa proposition de loi sur les retraites, le groupe LIOT trahit notre Constitution », *Le Monde*, 25 mai 2023.

Rares sont les journalistes qui ont informé les lecteurs que ces voies alternatives étaient vouées à l'échec par pure application de la règle constitutionnelle confrontée à la configuration politique dans les deux assemblées¹⁷.

C. Les effets pernicioeux de cette ignorance constitutionnelle

L'affaire n'est pas ici mineure car ces propos de la presse conduisent, sans intention malveillante il est vrai, à ce qu'on peut appeler une véritable désinformation de l'opinion publique. Les journalistes semblent ignorer deux choses fondamentales en droit constitutionnel : d'une part l'importance de la procédure et d'autre part, le lien intrinsèque entre l'application des textes et la configuration des forces politiques au Parlement. Quant au premier point, il ne suffit pas de prendre l'initiative de certains textes pour que ceux-ci aboutissent et deviennent, une fois adoptés, des actes juridiques. En effet, il faut considérer la procédure législative comme un tout et examiner non pas seulement l'initiative, mais aussi la suite de l'opération législative. Il peut survenir au milieu de la procédure des conditions particulières qui sont autant d'embûches pour les promoteurs des textes examinés. De façon relativement inexplicable, la presse fait l'impasse sur le bicaméralisme et sur l'importance du Sénat qui peut faire échouer bien des initiatives des députés.

Par ailleurs, la méconnaissance du droit constitutionnel provient également de l'oubli, presque systématique, de la mise en relation des dispositions constitutionnelles ou mécanismes institutionnels avec les faits politiques, c'est-à-dire l'état des forces politiques dans les deux Assemblées¹⁸. Un mécanisme peut toujours théoriquement être mis en mouvement, mais il faut ensuite, pour qu'il aboutisse, que les conditions politiques – l'exigence d'une majorité ou l'accord d'un président d'assemblées – soient en mesure d'être réunies. En d'autres termes, ces conditions peuvent être *in concreto* des obstacles politiques. Ignorer ou feindre d'ignorer par exemple que le président du Sénat, Gérard Larcher, est un partisan de la « loi retraitée » empêche de comprendre comment va se dérouler la procédure parlementaire.

La conséquence de cette forme d'ignorance constitutionnelle est tout simplement que les citoyens ne pouvaient pas comprendre, en écoutant ce qu'ils entendaient ou même en lisant ce qu'ils lisaient, que ces prétendues possibilités juridiques de revenir sur la réforme étaient de pures chimères. À la limite, on peut comprendre le jeu politique des partis qui font croire à de telles solutions en tentant, par une sorte d'activisme constitutionnel, d'utiliser tous les leviers procéduraux et constitutionnels à leur disposition pour entretenir l'espoir et la mobilisation sociale¹⁹. Mais pourquoi la presse devrait-elle prendre pour argent comptant ce que

¹⁷ Il y a heureusement des exceptions. Ainsi Françoise Fresso observe lucidement à propos de la proposition de loi LIOT : « Le texte n'a aucune chance d'aboutir, faute de majorité au Sénat [...] Emmanuel Macron se comporte comme s'il était de nouveau en campagne électorale », *Le Monde*, 23 mai 2023.

¹⁸ Sur l'importance des forces politiques dans l'analyse constitutionnelle, on renvoie ici à l'analyse salutaire de N. ROUSSELLIER, « La crise du fait majoritaire est plus profonde que la crise de la Constitution », *Blog de Jus politicum*, 30 mars 2023.

¹⁹ La même chose vaut, *mutatis mutandis*, pour les plaintes devant la Cour de Justice de la République. La presse fait ses choux gras des saisines et des mises en examen par la commission d'instruction alors qu'elle devrait prévenir ses lecteurs que la Cour, en tant que formation de jugement, ne suivra pas les magistrats instructeurs. C'est particulièrement le cas pour la crise du Covid et les ridicules poursuites faites par des avocats en quête de notoriété.

leur disent les politiques ? Pourquoi ne vérifie-t-elle pas la « pertinence » politico-juridique de telles solutions prétendument alternatives ? On peut craindre qu'un tel silence de la presse s'avère en réalité contreproductif pour la démocratie dans la mesure où il entretient les citoyens dans l'illusion d'une réforme encore possible. Or, une fois la chimère évanouie, les citoyens, majoritairement opposés à la réforme sont encore plus dépités et en colère car ils ont cru, de bonne foi, à d'autres solutions mais irréalistes. L'opinion publique mérite à notre sens mieux que ce que la presse lui a ici offert²⁰.

Certes, notre critique pourrait être mal reçue et exprimer une sorte de morgue professorale. Elle pourrait donner l'impression qu'elle relaie les critiques populistes à l'égard des médias prétendument complice du pouvoir. Il ne s'agit pas dans notre esprit de participer à ce jeu malsain du « *media bashing* » si fréquent sur les réseaux sociaux et encore moins de jeter l'opprobre sur l'ensemble de la presse. D'abord parce que, comme on l'a déjà dit, certains membres de la presse, surtout écrite, ont parfaitement informé leurs lecteurs. En l'espèce, toute généralisation serait abusive et injuste. Ensuite parce que la corporation des journalistes est en réalité hétérogène ; comme l'avait dit spirituellement Coluche dans une émission de Michel Polac, elle est divisée entre les « journalistes à peigne » et « les journalistes à plume ». Enfin, parce que les conditions de travail des journalistes se sont sérieusement dégradées dans un milieu que n'épargne pas la loi d'airain du capitalisme, de sorte qu'il devient difficile pour les journalistes de travailler correctement s'ils ne jouissent pas du temps nécessaire pour approfondir des sujets et résister au diktat de l'urgence et du scoop.

Si explicables soient ces lacunes de l'information de la presse en droit constitutionnel, elles restent néanmoins dommageables pour la démocratie. On l'a vu plus haut, à la fin de notre introduction, mais il faut revenir sur ce point central. En effet, comme on le sait, l'opinion publique est un artefact largement façonné par les médias, surtout dans un pays où l'étude des institutions politiques ne fait pas partie réellement de l'instruction publique. Il y a donc un enjeu politique majeur à ce que la presse, au sens le plus noble du terme, informe correctement ses lecteurs, ses auditeurs et ses téléspectateurs pour ce qui concerne le droit constitutionnel et les institutions du pays. « Les médias, a-t-on dit, sont censés faire le pont entre les élus et les citoyens²¹. » Comme elle ne peut pas le faire uniquement en invitant des « experts », elle pourrait être en mesure de le faire si elle disposait de journalistes un peu mieux informés de ces questions²². Il convient d'observer par ailleurs qu'en France, le droit est un peu le parent pauvre de la presse écrite. Celle-ci a des pages « économie », mais n'a point de pages « droit », contrairement par exemple à ce que l'on peut trouver en Angleterre. Il n'y a donc pas de journalistes spécialisés en droit, ce qui aurait pourtant été fort utiles lors de la période qu'on vient de vivre. Les entreprises de presse ne devraient-elles d'ailleurs pas proposer une formation

²⁰ Notre étude est évidemment incomplète car on a ignoré les « réseaux sociaux ». Mais on peut supposer que ce que l'on dit pour la presse traditionnelle (écrite, radiophonique, audiovisuelle) vaut *a fortiori* pour les réseaux sociaux dans lesquels on trouve en outre des *fake news*.

²¹ Y. GOOSZ, *Crise démocratique : apprendre la Constitution pour comprendre*, France Inter, chronique précitée.

²² Il va de soi que notre propos est bien trop rapide et que la dégradation des conditions de travail dans la presse (celle encore un peu indépendante...) est responsable d'une telle « ignorance ». Les jeunes journalistes en CDD qui arrivent sur le marché n'ont pas eu le temps de se former.

au droit et au droit constitutionnel au titre de la formation professionnelle continue²³ ? Ce ne serait pas de l'argent gaspillé car celui-ci profiterait aux citoyens qui sont légitimement en droit d'obtenir une information non seulement pluraliste, mais aussi éclairée sur ces questions qui touchent au fonctionnement de la démocratie. L'autre solution, évidemment, serait comme on l'a vu plus haut, de densifier la formation des élèves et des citoyens de notre pays au titre de l'éducation civique de sorte que la presse n'aurait pas à jouer ce rôle premier de la formation civique.

Le problème devient probablement plus aigu lorsque cette ignorance constitutionnelle n'affecte pas seulement la presse, mais aussi une partie de nos dirigeants.

II. L'APPEL LANCE AU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE DE NE PAS PROMULGUER LA LOI : UN BEL EXEMPLE D'INCULTURE CONSTITUTIONNELLE

Ici, cette ignorance devient problématique parce qu'elle a des effets sur le comportement en tant qu'elle conduit des acteurs politique et syndicaux de notre pays à proposer de solutions qui sont, du point de vue constitutionnel, des absurdités de sorte que l'on monte d'un degré en atteignant le niveau de l'inculture inconstitutionnelle. De ce point de vue, le curieux appel adressé par des opposants au président de la République afin qu'il ne promulgue pas la loi réformant le régime de la retraite mérite un examen circonstancié.

Cet appel public n'est autre que la tribune publiée dans *Le Monde* du 18 mars 2023, au lendemain de la décision du gouvernement de recourir à l'article 49, al. 3 pour faire adopter définitivement le projet de loi sur la réforme de la retraite. Il provient, explique le journal, d'un collectif de membres du *Pacte du pouvoir de vivre*, parmi lesquels le journal a retenu les noms de Laurent Berger (CFDT), Marie-Aleth Grard (ATD Quart Monde), Christophe Robert (Fondation Abbé Pierre) et Najat Vallaud-Belkacem (France Terre d'Asile). Après avoir dénoncé « le coup de tonnerre politique²⁴ » constitué par le recours à cet article de la Constitution pour faire passer la loi, ses auteurs demandent à Emmanuel Macron, le président de la République, « *de ne pas promulguer la loi*²⁵ ».

Il ne s'agira pas ici de discuter la pertinence *politique* d'une telle tribune, qui reprend, en gros, les arguments de la CFDT sur la nécessaire « démocratie sociale », celle devant compléter la démocratie politique, qui serait bafouée par l'unilatéralisme de la décision politique du président Macron. Seule nous intéressera ce que l'on nommera la pertinence *constitutionnelle* d'un tel Appel. Or, en l'occurrence, la

²³ Il serait judicieux d'étendre cela aux nouveaux députés qui découvrent l'Assemblée nationale. Une session accélérée d'une semaine serait indispensable pour qu'ils acquièrent pendant ce laps de temps les rudiments du droit constitutionnel et du droit parlementaire.

²⁴ « Réforme des retraites : "Nous demandons au président de la République de ne pas promulguer la loi" », *Le Monde*, 18 mars 2023. Les auteurs poursuivent : « Les fissures se transforment en fractures et la démocratie risque de vaciller. Le recours au 49.3 pour faire adopter le texte sur la réforme des retraites, après des semaines de mobilisation citoyenne en vain, n'est pas seulement un coup de tonnerre politique. C'est une décision périlleuse qui abîme encore un peu plus la démocratie et le dialogue social. Elle contredit la promesse faite par Emmanuel Macron à l'occasion de l'élection présidentielle de "changer de méthode" et de gouverner avec les forces vives de la nation ».

²⁵ *Ibid.* Les auteurs de cette tribune ajoutent qu'une telle « décision constituerait la première pierre pour refonder un climat de confiance et se donner les chances de mobiliser toute la société afin de construire un avenir commun ».

façon dont les auteurs de cette tribune ont mobilisé la Constitution apparaît d'une singulière maladresse. Ils s'adressent au chef de l'État comme à une instance de dernier recours pour bloquer la réforme et ils le font en lui demandant d'user de ses prérogatives constitutionnelles pour ne pas promulguer la loi « retraite ». Un tel appel équivaut, qu'on le veuille ou non, à demander au président de la République de s'opposer, en dernier recours, à la « volonté²⁶ » manifestée par le Parlement d'adopter cette loi, quelles que soient d'ailleurs les modalités particulières de la procédure législative ici suivie.

A. L'étonnante méconnaissance du rôle du chef de l'État en matière de promulgation de loi

Or, et c'est bien ici tout le problème, le président de la V^e République n'a pas le pouvoir de *refuser* la promulgation d'une loi. En effet, l'article 10 de la Constitution lui attribue le droit de promulguer la loi, mais les juristes qualifient un tel droit de « compétence liée²⁷ », ce qui signifie pour l'essentiel que ce n'est pas un pouvoir discrétionnaire. Par voie de conséquence, il n'est pas libre de refuser une promulgation d'une loi votée par le Parlement. Certes, il peut *retarder* la promulgation d'une loi, mais jamais, au grand jamais, *l'empêcher*. Il peut, on l'a déjà vu plus haut, saisir de son propre mouvement le Conseil constitutionnel afin de contrôler la constitutionnalité de la loi adoptée (art 61, al. 2), ce qui a pour effet de *suspendre* sa promulgation (art 61, al. 4). Par ailleurs, il peut demander une seconde délibération d'une loi ou de certaines de ses dispositions (art. 10, al. 2) – prérogative clairement comprise comme une *exception* à l'obligation de promulguer qui lui incombe²⁸ et qui a pour effet de suspendre la promulgation. Il doit exercer cette prérogative de concert avec le Premier ministre qui doit la contresigner (voir *infra*, III). C'est d'ailleurs cette solution d'ultime recours que proposa le politiste Bastien François dans un article ultérieur paru dans la presse²⁹. La tribune précitée de Laurent Berger « et consorts » ne fait aucune allusion à cette solution qui avait un fondement constitutionnel certain, à défaut d'avoir une vraisemblance politique. Un citoyen ordinaire lisant une telle tribune acquiert donc la conviction que le président de la République pourrait, de son propre chef, décider de ne pas promulguer une loi quand une large partie des forces vives de la nation l'en implore et s'opposer ainsi au Parlement. Cela s'appelle un droit de veto, et on sait que ce droit fut au centre des principales controverses constitutionnelles sous la Révolution française³⁰.

²⁶ Les guillemets s'expliquent par le fait que l'utilisation de l'article 49, al. 3 repose sur une fiction juridique. On fait comme si la loi avait été adoptée par l'Assemblée nationale (le texte « est considéré comme adopté »), et « comme si » est la marque infailible de la fiction. La volonté de l'Assemblée nationale est considérée comme exprimée alors qu'elle ne l'a pas été vraiment (l'échec de la motion de censure ne peut pas équivaloir à une manifestation de la volonté de ladite Assemblée).

²⁷ Par exemple, J. MASSOT, « Art. 10 », in G. CONAC, F. LUCHAIRE, X. PRETOT (dir.), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2009, p. 389 ou encore J.-P. CAMBY, « Promulgation de la loi et responsabilité politique du chef de l'État », *RDJ*, 2020, p. 574.

²⁸ Art. 10, al. 1^{er} : « Le président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée ».

²⁹ B. FRANÇOIS, « L'article 10 de la Constitution permettrait au président de débloquer la situation sans perdre la face », *Le Monde*, 29 mars 2023.

³⁰ La première occasion où le Roi voulut user de ce droit fut lorsqu'il voulut s'opposer à la promulgation de la Constitution de 1791.

Il est quand même étonnant qu'aucune des nombreuses personnes ayant signé cette tribune et qu'aucun des membres — encore plus nombreux, on le suppose — des entourages de celles-ci qui étaient des dirigeants de syndicats et d'associations d'envergure n'ait perçu le caractère incongru d'une demande faite au chef d'État de refuser la promulgation de la loi. Si une telle requête est un non-sens pour le constitutionnaliste, c'est justement en raison du sens et de la portée de la promulgation de la loi, qui ont été parfaitement exposés par Adhémar Esmein à la fin du XIX^e siècle :

La promulgation est l'acte par lequel le chef du pouvoir exécutif déclare *exécutoire* une loi régulièrement votée par le Corps législatif et donne aux agents de l'autorité publique l'ordre de veiller à son exécution et d'y prêter main-forte au besoin. La nécessité de la promulgation est une conséquence logique du principe de la séparation des pouvoirs. La loi est bien parfaite et définitive lorsqu'elle a été votée par le pouvoir législatif [...] mais elle n'est pas exécutoire tant que la promulgation n'a pas eu lieu³¹.

L'éminent juriste profitait de ces développements pour distinguer clairement la promulgation de la *publication*³², d'une part, et de la *sanction*, d'autre part. C'est sur ce dernier point que la distinction est intéressante, car selon que le chef de l'État a un pouvoir de promulgation ou un pouvoir de sanction de la loi, on peut discerner une différence majeure entre certains régimes constitutionnels. En France, par exemple, on considère que les rois dans les monarchies constitutionnelles avaient davantage le pouvoir de sanctionner la loi qu'un pouvoir de la promulguer. En effet, comme l'explique encore Esmein,

la *sanction* [...] constitue une des prérogatives les plus fortes du pouvoir exécutif : elle fait de la loi une branche même du pouvoir législatif ; alors, en effet, la loi votée par le Corps législatif devient parfaite, ne devient la loi qu'autant qu'elle a été approuvée par le titulaire du pouvoir exécutif qui peut refuser son assentiment absolument et indéfiniment³³.

En d'autres termes, la sanction de la loi est une prérogative typique du chef de l'État qui veut conserver un pouvoir de décision dans une monarchie constitutionnelle. Le glissement de la monarchie constitutionnelle vers la monarchie parlementaire s'effectue précisément lorsque le monarque est tenu de promulguer une loi et ne participe plus à l'élaboration du contenu de la loi. C'est *a fortiori* vrai pour les régimes parlementaires dans lesquels le chef de l'État est un président de la République. Dans ce cas précis, il va de soi qu'il n'a pas un pouvoir de sanction, comme l'expliquait Esmein décrivant le droit constitutionnel de la III^e République. La clé de l'explication est fournie par le principe de séparation des pouvoirs qui interdit au chef de l'Exécutif de s'opposer à la décision du Parlement d'adopter une loi. Il n'y a évidemment aucun précédent sous la V^e République d'une telle volonté présidentielle de s'opposer à la loi. On verra plus loin que le précédent invoqué de

³¹ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et étranger*, 2^e éd., Paris, Larose, 1899, p. 464-465

³² « La publication est l'acte du pouvoir exécutif par lequel la loi votée et promulguée est portée à la connaissance des citoyens : elle a pour but de rendre obligatoire la loi à leur égard ; car ils y sont soumis dès que sont expirés les délais après lesquels ils sont présumés en avoir légalement connaissance. », *Ibid.*, p. 465. Sur la distinction entre la publication et la promulgation, on doit désormais se reporter à la thèse de T. RAPTPOULOS, *L'entrée en vigueur de la loi*, Paris, Dalloz, 2020 qui remet en cause les catégories usuelles léguées par le Conseil d'État.

³³ *Ibid.*, p. 465.

l'attitude du président Chirac lors de l'affaire du contrat première embauche (CPE) n'a aucune validité (voir *infra*, III), tout comme le refus du président Mitterrand de signer des Ordonnances en 1986 (1^{ère} cohabitation) ne peut équivaloir à un refus de promulguer une loi.

Ainsi, ce détour par le droit constitutionnel positif et la théorie constitutionnelle prouve, sans conteste, que l'Appel adressé au président de la République à ne pas promulguer était une absurdité du point de vue du droit constitutionnel. Ses auteurs, qui critiquaient pourtant l'autoritarisme du président Macron, n'ont pas vu qu'ils lui confiaient ainsi un pouvoir qu'il n'avait pas et qu'il ne devrait surtout pas avoir dans un régime parlementaire, régime que la V^e République continue à être formellement au moins, même si sa dominante politique est le présidentielisme.

Certes, on nous objectera que cette tribune du 18 mars 2023 ne prétendait certainement pas être une tribune de droit constitutionnel. Le but de ses signataires était purement politique, car ceux-ci voulaient faire revenir à *tout prix* le président de la République sur sa décision de faire adopter cette réforme de la retraite élevant de 62 à 64 ans l'âge légal du départ à la retraite. Mais qui ne voit que cet Appel désespéré au chef de l'État revient en appeler au fait du Prince, c'est-à-dire à subordonner le droit à la politique. Mais surtout, il témoigne d'un imaginaire constitutionnel bien particulier qui est un legs encombrant de la V^e République telle qu'elle fonctionne depuis 1958.

B. En quoi cette inculture constitutionnelle est-elle plus partagée qu'on ne pourrait croire ?

C'est là que la question devient, à notre avis, très intéressante dans la mesure où cette Adresse au chef de l'État révèle, selon nous, un imaginaire constitutionnel saturé par le présidentielisme. Celui-ci, qui caractérise la V^e République, peut se définir, en termes du langage ordinaire, comme consistant à tout faire partir du président de la République et à tout y faire revenir. En termes plus constitutionnels, ce présidentielisme consiste à attribuer au chef de l'État, malgré le caractère formellement parlementaire de la Constitution de 1958, le « pouvoir d'orientation politique³⁴ ». Mais ici par cette requête, les signataires de cette tribune sont allés bien plus loin que ce que l'on connaissait du présidentielisme ordinaire de la V^e République, puisqu'ils imploraient publiquement le chef de l'État d'user d'un prétendu pouvoir discrétionnaire de ne pas promulguer. Or, comme on l'a vu plus haut, demander au président de la République de faire une telle chose, c'était tout simplement *faire litière du principe de séparation des pouvoirs* (voir *supra*, I). On ne peut pas alors s'empêcher de penser que les opposants à la loi sur la retraite, qui sont ici pourtant des opposants au président Macron, sont comme « intoxiqués » par la lecture présidentialiste, même ultra-présidentialiste, de la V^e République de sorte qu'ils en arrivent à attribuer, pour parvenir à leurs fins politiques, une toute-puissance au chef de l'État, y compris le pouvoir d'agir contre la Constitution !...

On ajoutera pour conclure sur ce point que les signataires de cet Appel ne sont pas les seuls à maltraiter le principe de séparation des pouvoirs qui est pourtant un des piliers de toute démocratie constitutionnelle. En effet, et c'est bien pire, le Conseil constitutionnel le fait assez régulièrement. Comme le savent ceux qui consultent sa jurisprudence, ce dernier invoque régulièrement l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui mentionne ce principe de sorte qu'il

³⁴ P. LAUVAUX, *Destin du présidentielisme*, Paris PUF, 2002, p. 10.

en perd toute signification précise. Nous avons d'ailleurs eu l'occasion de pourfendre la décision très étrange du Conseil en date du 9 août 2012 (n° 2012-654 DC) qui déclarait contraire à la Constitution un article de la loi de finances rectificative qui prévoyait la diminution du traitement accordé au président de la République, une mesure assez démagogique voulue par le président Hollande pour se démarquer de son prédécesseur (Nicolas Sarkozy). Au terme d'un raisonnement curieux, mais conforme à sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel a considéré qu'en fixant le traitement du chef de l'État, le Parlement contrevenait à la séparation des pouvoirs interprétée comme synonyme d'une indépendance absolue. Le résultat magnifique de cette décision fut que le chef de l'État décida lui-même par décret d'abaisser son traitement – ce qui suppose qu'il pourrait en sens inverse l'augmenter tout seul. Il en résulte que le Parlement n'est plus maître de l'usage des deniers publics. Face à une telle utilisation aussi absurde du principe de séparation des pouvoirs qui revient à remettre en cause le pouvoir budgétaire, le premier des pouvoirs du Parlement, nous avons qualifié cette décision d'« hérésie constitutionnelle³⁵ » en faisant remarquer qu'« [...] en conférant à l'Exécutif, et notamment au chef de l'État, le pouvoir discrétionnaire de fixer le montant de son traitement, le Conseil constitutionnel a renforcé l'autonomie de l'Exécutif et accru la présidentialisation du régime alors que le Parlement apparaît comme le grand perdant d'une telle décision³⁶ ».

Selon nous, une telle décision prouve, par l'incompréhension manifeste de ce que le principe de séparation des pouvoirs signifie en droit constitutionnel, que le Conseil constitutionnel lui-même n'a pas de culture constitutionnelle !... Ce constat pourrait sembler exagéré, pour ne pas dire irrévérencieux. Mais il est en tout cas partagé par Denis Baranger qui a étudié de façon systématique la jurisprudence du Conseil constitutionnel en vue de la rédaction de son ouvrage sur la constitution³⁷. Or, lors de sa récente communication au colloque de Strasbourg des 11 et 12 mai 2023 sur « la doctrine et le Conseil constitutionnel », il a exprimé une semblable opinion, avec des arguments que nous reprenons volontiers à notre compte :

Ce dont manque le Conseil constitutionnel, c'est de membres ayant une culture constitutionnelle, un savoir de la constitution, ce qui n'est pas exactement la même chose. La femme ou l'homme politique qui vient au Conseil constitutionnel avec une longue expérience du métier de politique peut fort bien connaître, comme on dit, les institutions "de l'intérieur". Mais cela ne signifie pas que cette personne sera en mesure de faire un usage adéquat de l'idée de séparation des pouvoirs, ou de comprendre ce que c'est que la souveraineté, pour ne prendre que ces deux exemples. Un juriste dit technicien pourra être tout autant privé de cette sorte de savoir. Inversement, un politique comme Robert Jackson, ancien conseiller de FDR [Roosevelt] pendant le New Deal, s'est révélé un éminent juge constitutionnel, notamment parce qu'il comprenait – et, ce qui n'est pas toujours la même chose, était capable de formuler dans ses opinions – le constitutionnalisme et ses idées fondatrices. [...] Voilà où l'on en est en France : le gardien de la Constitution ne connaît pas vraiment la Constitution, et on le voit à la manière

³⁵ O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle (à propos de la décision du 9 août 2012) », *Jus Politicum*, vol. V, Paris, Dalloz, 2013, p. 181-221. [Disponible également en ligne : <https://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-et-le-traitement-du-president-de-la-republique-une-heresie-constitutionnelle-A-propos-de-la-decision-du-9-aout-2012-660.html>].

³⁶ *Ibid.*

³⁷ D. BARANGER, *La Constitution : sources, interprétations, raisonnements*, Paris, Dalloz, 2022.

dont il la formule. Quoi que l'on pense de la justice constitutionnelle américaine – voire de ce que dit le juge britannique de sa propre Constitution – celle-ci est parvenue à un niveau élevé de compréhension – et, inséparablement, de formulation – du droit de la constitution. En France, le défaut de motivation [...] est le reflet d'un manque – probablement irréformable – de culture constitutionnelle. Encore une fois, ce n'est pas la même chose que la compétence juridique. [...]³⁸

Cette citation, un peu longue aggrave notre diagnostic sur le déficit de culture constitutionnelle en l'étendant des citoyens et des acteurs politiques et syndicaux à la juridiction constitutionnelle. Il peut même sembler hautement paradoxal que les gardiens de la Constitution n'aient pas même de culture constitutionnelle. Il faut alors ici tenter une explication de ce phénomène particulier que l'on ne peut pas même imputer à un manque de compétence juridique, comme l'a bien dit Denis Baranger. Selon nous, ce constat a une explication historique : la France est un *pays de légistes* dans lequel le droit constitutionnel est un vernis superficiel qui ne résiste pas à la première écorchure de la réalité politique. Plus exactement, sous la couche légère du droit constitutionnel gît la couche plus profonde de la raison d'État qui peut surgir à tout moment et la couche non négligeable du droit administratif qui est l'ADN de notre droit public, même s'il est désormais un peu corrigé à la marge par le droit des libertés publiques.

On terminera cette recension des cas en invoquant celui de l'invocation récurrente de l'échec du CPE (contrat première embauche) de 2006. Elle apparaît bien singulière pour un constitutionnaliste.

III. L'ÉCHEC DU CPE DE 2006 INVOQUE COMME UN « PRECEDENT » : UNE CURIEUSE LECTURE DE LA PRATIQUE CONSTITUTIONNELLE PAR L'OPINION PUBLIQUE

Tout au long de cet épisode de la réforme de la retraite, on a mentionné l'échec du CPE (contrat première ébauche), qui date de 2006. Cet épisode au cours duquel la révolte dans la rue avait fait reculer le pouvoir, comme en 1995 avec la grève de la SNCF, fut souvent invoqué comme un précédent permettant « aux contestataires de la réforme des retraites d'espérer³⁹ », c'est-à-dire d'espérer le retrait de la réforme. L'analogie entre les deux cas – CPE et retraite – semble évidente, dans la mesure où l'on retrouve le schéma, archétypal en France, d'un affrontement entre une réforme voulue par le gouvernement qui veut imposer une réforme, jugée indispensable pour le bien du pays, et une opposition politique et syndicale qui mobilise les contestataires dans la rue. En 2006, la mobilisation déboucha sur la victoire de la « démocratie protestataire » de sorte que, dit-on, le pouvoir en place aurait été contraint de se soumettre au « peuple-veto⁴⁰ », selon l'expression de Pierre Rosanvallon. Ce précédent était d'autant plus suggestif que Dominique de Villepin avait utilisé l'article 49, al. 3 pour faire adopter la loi, et que le

³⁸ D. BARANGER, « La jurisprudence constitutionnelle française : méthode ou bricolage? », in S. BENZINA, J. JEANNENEY (dir.), *La doctrine et le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2024 (à paraître). Nous remercions l'auteur pour nous avoir autorisé à reproduire ses propos.

³⁹ H. MELCHIOR, « Le précédent du retrait du CPE en 2006 permet aux contestataires de la réforme des retraites d'espérer », *Le Monde*, 22 mars 2023.

⁴⁰ Formule utilisée dans son livre, *La Contre-Démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, cité par l'historien Hugues Melchior dans l'article précité.

Conseil constitutionnel avait jugé la loi en question conforme à la constitution. « Si cela a eu lieu cette fois-ci, cela peut se reproduire », a-t-on souvent entendu et une bonne partie de l'opinion publique a été renforcée dans la légitimité de son combat par une telle perspective, ce que l'on peut comprendre.

Toutefois, du point de vue constitutionnel, l'épisode du CPE fut assez différent de celui de la réforme des retraites. L'analogie des deux cas ne pouvait pas cacher le fait que le CPE de 2006 ne pouvait valoir comme un précédent constitutionnel, au sens juridique du terme. L'affaire du CPE est intéressante à étudier par le constitutionnaliste, non pas parce qu'il s'agit d'une reculade du pouvoir exécutif, mais en raison de la manière dont Jacques Chirac, alors président de la République, a usé discrétionnairement de ses pouvoirs pour éteindre la contestation sociale et désavouer son Premier ministre. Elle illustre à merveille le présidentielisme à la française et aussi le fait que les citoyens français, eux aussi victimes de l'*intoxication au présidentielisme*, ont perçu dans ce qui était pourtant un naufrage constitutionnel une sorte de modèle à imiter. Pour comprendre ce point de vue, il convient d'effectuer un retour sur cet épisode historique qui a marqué la fin du second mandat présidentiel de Jacques Chirac.

A. La promulgation-suspension : une invention constitutionnelle douteuse

Cette idée d'un nouveau contrat censé favoriser la première embauche des jeunes (CPE) fut insérée par le gouvernement de Dominique de Villepin, au début du mois de janvier 2006 dans un article spécifique figurant dans la loi relative à l'égalité des chances. Ce projet de loi fut discuté selon la procédure d'urgence, ce qui explique que l'article contenant cet article fut adopté par l'Assemblée nationale dès le 9 février 2006 tandis que la loi était adoptée en première lecture, après l'utilisation de l'article 49, al. 3. Le Sénat, quant à lui, adopta le projet de loi le 6 mars. En dernière lecture, l'Assemblée nationale adopta définitivement le texte de loi, le 11 mars 2006. En même temps qu'avait lieu le débat parlementaire, ce CPE fut vigoureusement contesté dans la rue à la suite de la mobilisation forte des syndicats d'étudiants et d'une coordination intersyndicale. Après l'adoption de la loi, l'opposition saisit le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 30 mars 2006, estima que ce contrat d'un type particulier n'était pas contraire à la constitution. La route était libre pour la promulgation de la loi. La loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 « pour l'égalité des chances », contenant le long article 8 relatif au CPE, fut publiée le 2 avril 2006 au Journal Officiel. Le président de la République l'avait bien promulguée, le 31 mars 2006, mais dans des circonstances bien particulières. En effet, dans son allocution télévisée du même jour, il annonça, en même temps que la promulgation de cette loi, qu'il demanderait à ce que son article sur le CPE ne soit pas appliqué. Voici les termes exacts qu'il a employés pour décrire cette pirouette politico-constitutionnelle :

Le Parlement, les élus de la Nation, ont voté la loi sur l'égalité des chances et le Conseil constitutionnel vient de juger cette loi en tout point conforme aux principes et aux valeurs de la République. En démocratie, cela a un sens et doit être respecté. C'est pourquoi j'ai décidé de promulguer cette loi mais aussi parce que je pense que le contrat première embauche peut être un instrument efficace pour l'emploi.

Mais j'ai entendu également les inquiétudes qui s'expriment, chez de nombreux jeunes et chez leurs parents. Et je veux y répondre. C'est pourquoi je demande au Gouvernement de préparer immédiatement deux modifications de la loi sur les points qui ont fait débat. La période de deux ans sera réduite à un an. En cas

de rupture du contrat, le droit du jeune salarié à en connaître les raisons sera inscrit dans la nouvelle loi.

Enfin, je demande au Gouvernement de prendre toutes les dispositions nécessaires pour qu'en pratique, aucun contrat ne puisse être signé sans intégrer pleinement l'ensemble de ces modifications⁴¹.

On verra plus loin comment cette déclaration présidentielle aboutit à l'élaboration d'une nouvelle loi. Mais la finalité politique de cette promulgation-suspension fut clairement énoncée par le président Chirac lors du Conseil des ministres du 12 avril 2006 : il s'agissait essentiellement de « *sortir d'une situation de blocage et poursuivre [la] marche en avant dans le combat pour l'emploi* ». Sur ce point, purement politique, l'analogie du CPE de 2006 avec l'épisode que nous venons d'éviter avec la réforme des retraites est trompeuse. En effet, la réforme du CPE fut retirée en raison de la conjonction improbable de deux événements convergents : d'une part, la santé du chef de l'État qui était encore fragile en raison de l'AVC dont il fut victime en 2005 et qui l'a durablement affaibli⁴², et d'autre part, la lutte aux couteaux tirés entre le Premier ministre, Dominique de Villepin, et son ministre de l'Intérieur, Nicolas Sarkozy, tous deux aspirant à assumer la prochaine présidence de la République. Ce dernier avait passé, dans le dos du premier, une alliance avec l'UNEF, le principal syndical d'étudiants qui menait l'action contre cette réforme⁴³ ; il faisait tout pour enfoncer son Premier ministre qui était son concurrent potentiel à l'élection présidentielle de 2007. Seule cette configuration singulière explique la solution de circonstances qui fut adoptée en mars 2006 par un Président déclinant et surtout confronté aussi à un gouvernement divisé à cause de la lutte féroce pour sa succession.

Quant à la dimension constitutionnelle de cette affaire, elle fut évoquée par les commentaires juridiques de l'époque, comme révélant « un événement douloureux⁴⁴ ». En effet, du point de vue de la science du droit constitutionnel, elle a témoigné de « l'ampleur des contorsions constitutionnelles et politiques auxquelles se sont livrées les autorités de l'État⁴⁵ ». Elle révéla aux citoyens comment un président de la République pouvait « triturer » le droit à sa façon, c'est-à-dire en inventant une figure originale qu'on a notamment appelée « *une promulgation-suspension*⁴⁶ ». Guy Carcassonne d'ailleurs s'amusait à la désigner par le néologisme

⁴¹ Déclaration de M. Jacques Chirac, Président de la République, sur la promulgation de la loi sur l'égalité des chances, avec notamment le contrat première embauche, à Paris le 31 mars 2006. [En ligne : <https://www.vie-publique.fr/discours/161235-declaration-de-m-jacques-chirac-president-de-la-republique-sur-la-pro>]

⁴² Voir l'article B. GURREY, « Chirac l'absent », *Le Monde*, 23 juin 2006.

⁴³ Les universitaires en ont été les victimes collatérales en juillet 2007 lorsque le président de l'UNEF, Bruno Julliard, obtint une contrepartie de la part de Nicolas Sarkozy qui, devenu président, ordonna à son ministre de l'enseignement supérieur (V. Pécresse) de retirer de son avant-projet de loi sur les universités (LRU) la disposition imposant une sélection à l'entrée du 2^e cycle de l'Université (master).

⁴⁴ P. JAN, « Interprétations politiques de la Constitution », *RDP*, n° 3, 2006, p. 563.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*, p. 565.

de « *promul-suspension* » ou de « *sus-omulgation* » de la loi⁴⁷. Du point de vue constitutionnel, son originalité résidait dans ce double fait, hautement paradoxal, d'un chef de l'État promulguant une loi, tout en donnant l'ordre de ne pas la faire appliquer. Si le président Chirac a usé de cette voie particulière et singulière, c'est qu'il était politiquement dans une impasse. En effet, il aurait pu recourir à l'article 10 de la Constitution (seconde délibération, *supra*, §. II), mais une telle demande devait être contresignée par son Premier ministre. Or, Dominique de Villepin avait mis sa démission en balance si cette solution devait lui être imposée par le président de la République.

Mais comment peut-on, en droit constitutionnel, apprécier cette solution « bricolée » dans l'urgence pour sortir d'un blocage politique ? Le moins que l'on puisse dire est qu'elle est difficile à défendre en droit. La critique constitutionnelle la plus sévère fut lancée par l'ancien président Valéry Giscard d'Estaing qui ne rata pas l'occasion de fustiger son ennemi préféré dans les colonnes du *Journal du Dimanche*. Il y écrivit ces phrases redoutables :

Le président de la République, auquel la Constitution fixe comme première mission de « veiller au respect de la Constitution », a signé et promulgué une loi votée par le Parlement. D'une manière surprenante, il annonce le même jour que cette loi ne sera pas appliquée. En vertu de quels pouvoirs⁴⁸ ?

C'était une manière non déguisée d'affirmer qu'une telle initiative du président Chirac ne reposait sur aucun fondement constitutionnel et de laisser entendre qu'elle était inconstitutionnelle.

En réalité, la démarche hétérodoxe de Jacques Chirac revenait, quoi qu'on en dise, à méconnaître l'obligation faite au pouvoir exécutif d'appliquer la loi que le Parlement a votée. Une telle obligation est même assortie de sanctions pénales puisque les articles 432-1 et 432-2 du Code pénal punissent d'amende et de prison (cinq ans) toute personne dépositaire de l'autorité publique qui, dans l'exercice de ses fonctions, fait échec à l'application de la loi !... Cette action illicite du chef de l'État ressort après coup de la circulaire du Premier ministre du 29 février 2008 « relative à l'application des lois⁴⁹ » qui constitue une sorte de dénonciation rétrospective de la pratique chiraquienne de ne pas appliquer la loi en 2006. Elle contient une mise en garde sévère adressée à tous les ministres :

Faire en sorte que la loi s'applique rapidement, efficacement et de façon conforme à son esprit est un impératif démocratique. Chaque disposition législative qui demeure inappliquée est une marque d'irrespect envers la représentation nationale et de négligence vis-à-vis de nos concitoyens⁵⁰.

Si l'Administration doit appliquer rapidement la loi, on doit en déduire *a contrario* qu'il n'est pas possible d'interdire l'application d'une loi votée par le Parlement, ce qu'a pourtant fait Jacques Chirac en 2006.

D'une certaine manière, le président Chirac a voulu remplacer un droit qu'il n'avait pas, le refus de promulguer une loi, par un autre droit, celui de *déclarer*

⁴⁷ L'expression est citée par J. M. Denquin dans l'ouvrage collectif intitulé *Guy Carcassonne*, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 34 – rassemblant les hommages qui lui ont été rendus au Conseil constitutionnel le 10 avril 2014.

⁴⁸ V. GISCARD D'ESTAING, « Pour sortir du borbier » *Le Journal du dimanche*, 4 avril 2006.

⁴⁹ *JORF*, 7 mars 2008, p. 4233.

⁵⁰ *Ibid.*

inapplicable la même loi. Le problème est qu'il n'avait pas davantage un tel droit à sa disposition. L'autre problème que le constitutionnaliste doit relever est qu'une si évidente violation de la Constitution ne peut pas être sanctionnée. En effet, dans le cadre du droit positif français, aucun juge (le Conseil d'État par exemple) ou aucune autorité juridictionnelle (le Conseil constitutionnel) n'était compétent pour estimer qu'une telle déclaration constituait une atteinte à la constitution.

B. L'autre manifestation du présidentielisme : le président dicte le contenu de la loi à la représentation nationale

Afin d'être exhaustif sur cette affaire du CPE, il convient de souligner que la fin du contrat première embauche fut scellée non pas par un prétendu refus présidentiel de promulguer la loi contestée (loi « égalité des chances »), mais par le vote d'une autre loi. En effet, pour obéir aux instructions du chef de l'État précisées dans sa déclaration du 31 mars, fut déposée une nouvelle proposition de loi dont l'unique objet était de revenir sur l'article 8 (relatif au CPE) de « la loi sur l'égalité des chances ». La voie logique de sortie de crise était celle suggérée par Valéry Giscard d'Estaing, dans son article précité du *Journal du Dimanche*. Il y proposait d'abroger l'article 8 de la loi égalité des chances par une autre loi qui disposerait en outre que le reste de la loi déjà promulguée restait applicable. Mais le pouvoir en place a tout fait pour éviter le mot même d'abrogation. La voie choisie fut celle d'une proposition de loi coécrite par les présidents des deux groupes majoritaires (UMP) au Parlement et par le rapporteur à l'Assemblée du projet de loi sur l'égalité des chances.

Commentant le vote à l'Assemblée nationale de celle-ci, le journaliste du *Monde* observait, un brin sarcastique :

Jusqu'au bout, la saga du CPE, déjà riche en innovations sémantiques, législatives et constitutionnelles de toutes sortes, aura réservé son lot d'improvisations. Tout à leur désir d'en finir au plus vite, l'UMP et le gouvernement ont élaboré un texte qui, pour éviter le terme « abrogation », prend quelques libertés avec les usages et les règles constitutionnelles elles-mêmes⁵¹.

Cette nouvelle loi, avec un nouvel intitulé (loi sur « l'accès des jeunes à la vie active en entreprise⁵² »), contenait un article unique dont le seul objet était d'abroger l'ancien article 8. Mais le législateur prit la précaution de ne pas utiliser le verbe adéquat et se borna à énoncer : « dans la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, l'article 8 est remplacé par les dispositions suivantes [...] ». Cette petite finesse légistique et « pseudo-juridique » ne trompait personne car la modification même partielle d'une disposition législative est juridiquement une abrogation.

Les apparences étaient sauvées. Mais l'essentiel pour notre propos est de montrer à quel point le retrait de la réforme du CPE illustre « le présidentielisme à la française ». Rappelons que selon les termes de l'article 39 de la constitution, le pouvoir d'initiative des lois est attribué concurremment au gouvernement et aux parlementaires pris individuellement. Or, dans cette affaire, les parlementaires qui ont pris l'initiative de cette proposition de loi visant à supprimer le CPE, étaient des

⁵¹ P. ROGER, « Comment modifier partiellement un article de loi sans l'abroger », *Le Monde*, 8 avril 2006.

⁵² Loi n° 2006-457 du 21 avril 2006 sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise (1), *JORF* n° 95 du 22 avril 2006.

membres de la majorité présidentielle (UMP). Ils ont donc agi sur ordre du président de la République qui est dans les faits, à l'origine de cette proposition de loi, comme le prouve sans aucune ambiguïté sa déclaration télévisée du 31 mars 2006. C'est donc bien le Président qui dictait à son gouvernement et à « sa » majorité parlementaire le contenu de la future loi à *faire voter* par le Parlement. Toutefois, en 2006, Jacques Chirac disposait d'une majorité absolue au Parlement (majorité présidentielle), ce qui lui a permis de désavouer publiquement l'action de son gouvernement Villepin.

Mais, ce n'est plus le cas en 2023 puisque, depuis les élections législatives de juin 2022, le président Macron n'a plus de majorité absolue. Toute l'affaire du 49.3 tient au fait qu'il n'a pas réussi à obtenir une majorité absolue pour faire voter la loi. Là encore, l'analogie entre le CPE et la réforme retraite n'est pas concluante. En réalité, on voulait surtout ici démontrer que l'appel à un refus de promulgation de la loi ne pouvait pas davantage s'appuyer sur le « précédent » CPE de 2006. La promulgation-suspension de 2006 n'était pas constitutive d'un refus de promulguer la loi, et elle a en outre le défaut de n'avoir aucun fondement constitutionnel. Vouloir l'ériger en modèle reviendrait à élever au rang de modèle ce qui était un pur fait du Prince auquel ont consenti à l'époque les membres de la majorité politique (pour conserver leur unité) et l'opposition de gauche car cela signifiait pour elle une victoire politique car elle avait soutenu la mobilisation sociale contre cette réforme.

Dès lors, on perçoit la seconde leçon de cette affaire dans la mesure où celle-ci révèle clairement que la culture constitutionnelle française ne pousse pas au respect de la Constitution quand il s'agit de faire primer le fait politique par rapport à la Constitution. Cette unité nationale, entre la droite et la gauche, pour tordre la Constitution afin d'aboutir à une solution politiquement acceptable rejoint ce que l'on a pu constater à propos de l'appel à ne pas promulguer. Dans les deux cas, CPE de 2006 et réforme de la retraite de 2023, il apparaît que, des deux bords de l'échiquier politique, la Constitution est une pure contingence dont on peut se passer à tout moment ou qu'on peut instrumentaliser. Cela vaut aussi bien pour les hommes au pouvoir que leurs opposants. On l'a vu en 2006 quand Jacques Chirac a tenu la Constitution pour quantité négligeable, et aussi en 2023 lorsque le leader syndical, Laurent Berger, appelle le président à exercer un pouvoir (refus de promulguer) qu'il n'a pas. Selon nous, cela prouve tout simplement que l'appel à la raison d'État n'est pas l'apanage de la droite car il est également réparti entre celle-ci et la gauche. L'exemple vient de loin puisque le général de Gaulle représente parfaitement cette conception de la Constitution qui a du mal à être admise par les juristes constitutionnalistes. Faut-il rappeler ici l'opposition de ceux-ci, – très répandue – à l'introduction de l'article 16 dans la Constitution de 1958 ? Elle provenait d'une sorte de réflexe des juristes devant un article qui semblait être purement et simplement la légalisation de l'arbitraire constitutionnel. Le général de Gaulle a tenu bon sur ce point car son imaginaire de militaire l'a emporté sur la conception que se font les juristes de la constitution⁵³. De la même manière, le vigoureux conflit provoqué par l'arrêt Canal entre le Conseil d'État et le général de Gaulle a fait rejaillir cette opposition sur la conception qu'on a de la Constitution et du droit. Selon notre

⁵³ Les travaux récents de N. ROUSSELLIER, *La Force de gouverner*, Paris, Gallimard, 2015 et de G. ANDERSON, *La guerre civile en France, 1958-1962. Du coup d'État gaulliste à la fin de l'OAS*, Paris, La Fabrique, 2018 ont montré l'importance de la guerre dans la conception gaullienne de la constitution.

hypothèse, il n'est pas absurde de penser que ces origines ont perduré et qu'elles ont marqué la culture constitutionnelle française.

Ce recours à la raison d'État n'a pas été absent du double mandat présidentiel de François Mitterrand. Les exemples ne seraient pas difficiles à trouver, mais on se bornera à évoquer la trop fameuse « doctrine Mitterrand ». Celle-ci fut invoquée par le chef de l'État pour offrir une protection de l'État français à des citoyens italiens poursuivis par la justice de leur pays qui les considérait comme des terroristes. Cette politique menée d'abord dans le plus grand secret entre 1981 et 1985 n'avait aucun fondement constitutionnel et créait un pur arbitraire dans le traitement accordé à certains Italiens et à d'autres, tous réfugiés sur le sol français. On sait que Cesare Battisti en profita, ce qui en dit assez long sur la pertinence d'une telle politique louée par une certaine intelligentsia⁵⁴.

Ainsi, cette tendance récurrente de subordonner le droit à la politique et de tolérer une raison d'État aux contours flous n'est en France, l'apanage d'aucun parti, d'aucune force politique ni d'aucune force syndicale. Il est une sorte de réflexe qui est un trait culturel en France. Il en résulte que la Constitution risque à tout moment d'être relativisée ou encore, s'il le faut, d'être mise en parenthèses ou suspendue. On doit alors conclure cette étude par cette observation selon laquelle *la notion de culture constitutionnelle ici utilisée est celle de culture constitutionnaliste*. La notion d'inculture constitutionnelle que nous avons introduite pour décrire le comportement ou l'éthos politico-juridique française visait à démontrer qu'en France, beaucoup de citoyens et d'acteurs perçoivent la Constitution comme n'étant rien d'autre qu'un moyen efficace de gouverner un État. Or, ce n'est pas du tout la vision constitutionnaliste de la constitution.

Olivier Beaud

Professeur de droit public à l'université Paris Panthéon-Assas, Directeur-adjoint de l'Institut Michel Villey.

⁵⁴ On renvoie sur ce point à notre article « Quelques éclaircissements sur la “doctrine Mitterrand” sur la non-extradition des terroristes italiens : une page peu glorieuse de la V^e République », in *Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Conte*, Paris, Lexis-Nexis, 2023, p. 59 et suiv. (à paraître).

COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2105-0937 (*en ligne*)