

## **L'IMPROBABLE APPLICATION DE CERTAINES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES**

Ferdinand FAYE<sup>1</sup>

### **Résumé**

Les dispositions constitutionnelles inappliquées sont légion. Quelques-unes d'entre elles présentent une certaine particularité : leur inapplication n'est point une surprise. Au contraire, c'est plutôt leur mise en œuvre qui aurait été surprenante, tant elle est improbable. Il s'agit de dispositions qui n'ont jamais été appliquées et dont il y a peu de chances qu'elles le soient un jour. Cette improbabilité tient à la nature des circonstances de fait exigées, d'une part, aux contraintes de la procédure d'application, d'autre part. Les conditions à caractère matériel ou procédural qui sont destinées en principe à encadrer l'utilisation des dispositions afférentes sont devenues de réels obstacles à leur concrétisation.

### ***Abstract***

*There are many unimplemented constitutional provisions. Some of them have a certain particularity: their inapplicability is not a surprise. On the contrary, it is rather their implementation that would have been surprising, given how unlikely it is. These are provisions that have never been implemented and are unlikely to be implemented in the future. This improbability is due to the nature of the factual circumstances required, on the one hand, and the constraints of the application procedure, on the other. The material or procedural conditions which are intended in principle to govern the use of the relevant provisions have become real obstacles to their implementation.*

---

<sup>1</sup> Docteur en Droit public de l'Université de Reims Champagne Ardenne.

L'inapplication du droit n'épargne pas la norme suprême. La Constitution de la V<sup>e</sup> République compte de nombreuses dispositions qui sont restées lettre morte. L'inapplication concerne aussi bien le texte d'origine que les dispositions qui sont issues des différentes révisions constitutionnelles<sup>2</sup>. Il en résulte que le texte constitutionnel actuellement en vigueur n'a été exploité qu'en partie. Cette inapplication ne suscite visiblement pas grand intérêt, la doctrine ne l'abordant que rarement<sup>3</sup>. En effet, il est entendu que tous les articles de la Constitution ne sont pas d'usage courant<sup>4</sup> alors que l'efficacité de la règle juridique ne dépend pas toujours de sa mise en œuvre<sup>5</sup>.

Il n'en demeure pas moins que l'étude de l'inapplication du texte constitutionnel n'est pas dépourvue d'intérêt. Cela est d'autant plus vrai que l'inactivité de certaines dispositions constitutionnelles pourrait engendrer un déséquilibre institutionnel. Il s'agit là d'une conséquence logique et particulière de l'inapplication de la Constitution. Ainsi, le refus des parlementaires d'exploiter suffisamment les pouvoirs que leur confère la Constitution, donc l'inutilisation des dispositions y afférentes, constituerait une explication plausible du déclin supposé du parlement sous la V<sup>e</sup> République<sup>6</sup>. Cette situation montre que l'inapplication des dispositions constitutionnelles n'est pas anodine. Elle suscite à l'évidence des questions qui appellent une réflexion.

Parmi les dispositions constitutionnelles inappliquées, une certaine catégorie permet d'aborder le thème de l'inapplication du droit sous un angle particulier. Certes, cette catégorie de dispositions partage le même sort que l'ensemble : au même titre que les autres, les dispositions dont il s'agit n'ont jamais eu à jouer depuis leur édicton. En revanche, ce qui les distingue est que l'on ne peut pas imaginer qu'il ait pu en aller autrement, tant leur mise en œuvre est improbable. C'est dire que la Constitution comporte des dispositions qui sont inappliquées et dont la mise en œuvre à l'avenir est, de surcroît, peu probable.

2 Concernant les dispositions résultant des lois constitutionnelles, il pourrait se poser la question du critère du temps. En effet, on ne peut pas avoir la même lecture à la fois sur les dispositions d'origine et sur les dispositions d'apparition récente, par exemple les nombreuses dispositions issues des réformes constitutionnelles de 2008. Ainsi, l'application du critère du temps pourrait amener à conclure à l'inutilité d'aborder l'inapplication concernant cette dernière catégorie de dispositions. Mais dans ce cas, il se poserait l'énigme de l'estimation dudit critère en termes de valeur exacte, le nombre d'années de référence. En tout état de cause, l'objet de cette réflexion est indifférent de la date d'apparition de la disposition.

3 Pierre MOUZET s'intéresse particulièrement à ce thème dans ses travaux. Voir spéc. P. MOUZET : « Saisine blanche, fumée blanche », *AJDA*, 2015, p. 1385 ; « Les dispositions non appliquées de la Constitution », in P. JAN (dir.), *La Constitution de la V<sup>e</sup> République Réflexions sur un cinquantenaire*, Paris, La documentation française, 2008, p. 195-213 ; « La désuétude en droit constitutionnel (Quelques cas tirés du droit français) », *RDP*, 2009, p. 1381-1399.

4 Dans tout texte juridique – la Constitution n'en fait pas une exception – toutes les dispositions ne sont pas destinées à être mises en œuvre de manière ordinaire. Il est possible que certaines dispositions soient réservées à des circonstances exceptionnelles. Dans ce cas, leur application est censée être rare et pourrait même éventuellement être absente sans aucune surprise. À cet égard, l'article 16 de la Constitution est illustratif. Cette disposition porte sur les *pouvoirs exceptionnels* du président de la République. Au regard de son objet, elle ne joue qu'en période de crise, donc, *a priori*, exceptionnellement. S'il n'y avait pas eu le « putsch des généraux » en Algérie en 1961 – la seule fois où cette disposition a été mise en œuvre – l'article 16 n'aurait jamais été appliqué et une telle situation n'aurait pas été surprenante compte tenu du contenu de ce texte.

5 Il est des dispositions constitutionnelles qui ont une fonction dissuasive et dont l'inapplication n'entame pas, par elle-même, l'efficacité. On songe à ce sujet à la procédure de destitution du président de la République au titre de l'article 68 de la Constitution. Cet article pourrait ne jamais être mis en œuvre et cette inapplication ne lui ôterait point son efficacité car elle demeurerait dissuasive.

6 Il est même entendu que toute tentative de revalorisation du parlement sera vouée à l'échec tant que celui-ci s'abstiendra d'exploiter ses pouvoirs constitutionnels. L'on sait, par exemple, qu'il n'y a pas grand changement à la suite de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui visait, entre autres, à « desserrer l'étau du parlementarisme rationalisé » souvent considéré comme la principale cause du déclin du parlement sous la V<sup>e</sup> République. Voir sur ce point J. BENETTI et G. SUTTER, « Le parlementarisme après la révision constitutionnelle de 2008 : tout changer pour ne rien changer ? », *Politeia*, juin 2009 – n° 15, p. 367-386.

Aborder la question de l'inapplication du droit dans ce sens pourrait être critiquable dans la mesure où la réflexion serait essentiellement faite d'hypothèses. Il s'agira, en effet, de démontrer que les dispositions concernées sont inappliquées et qu'elles le resteront encore fort probablement. Aussi des précisions s'imposent-elles. D'emblée, cette réflexion n'a pas l'ambition de prédire l'inapplication continue des dispositions constitutionnelles en question. Elle vise plutôt à fournir une explication possible de l'inactivité de certaines dispositions en essayant de démontrer, sur le fondement du texte constitutionnel, qu'il y a peu de chances qu'elles soient appliquées un jour. Cette improbabilité revêt un double aspect : elle tient à l'exigence de circonstances de fait purement hypothétiques, d'une part (I), à l'existence d'une procédure d'application rédhibitoire, d'autre part (II).

## **I. L'exigence de circonstances de fait inconcevables**

Il sera question ici de la situation où la mise en œuvre de la disposition apparaît à l'évidence non envisageable eu égard aux conditions préalables imposées. Cela concerne les dispositions constitutionnelles dont l'application est subordonnée à la survenance de circonstances de fait qui, en fin de compte, ne seraient que des cas d'écoles, les chances de leur réalisation étant presque nulles. On parlera ainsi de circonstances de fait inconcevables ou improbables.

Selon la nature des conditions imposées, cette improbabilité peut prendre deux formes. D'une part, on considère que les circonstances de fait exigées sont inconcevables dans la mesure où elles ne seraient qu'une vue de l'esprit, leur réalisation étant inimaginable. Dans ce cas, on considérera que les conditions matérielles exigées sont objectivement inconcevables (A). D'autre part, les événements dont dépend l'application de la règle constitutionnelle pourraient réellement survenir sans que les organes compétents – exerçant un pouvoir d'appréciation – ne soient disposés à les déclarer établis : il s'agit là des circonstances de fait subjectivement inconcevables (B).

### **A. Les circonstances de fait objectivement inconcevables**

Parmi les circonstances de fait requises, certaines sont objectivement improbables. Le caractère objectif tient ici au fait que l'improbabilité des conditions préalables ne dépend pas de la volonté des organes d'application. Elle résulte plutôt de la seule nature des événements imposés par le constituant. La réalisation des circonstances de fait concernées serait à la fois matériellement et formellement exclue. Ainsi, l'aléa auquel l'application de la disposition est subordonnée ne serait qu'une pure vue de l'esprit. Autrement dit, la Constitution consacre des dispositions dont la mise en œuvre est soumise à des circonstances de fait presque impossibles. Deux dispositions pourraient servir de référence pour illustrer ce cas de figure.



Il s'agit d'abord du premier alinéa de l'article 7 de la Constitution<sup>7</sup> qui prévoit l'éventualité, dans le cadre de l'élection présidentielle, qu'un candidat qui n'est pas classé parmi les deux premiers à l'issue du premier tour soit finalement admis à disputer le second tour en cas de retrait de candidat plus favorisé. Aux termes de cette disposition, il est possible qu'un candidat *a priori* éliminé au regard des résultats du premier tour puisse rejoindre la course pour le second tour lorsque l'un des deux candidats plus favorisés retire sa candidature. Pour être plus concret, on peut faire référence au scénario de la dernière élection présidentielle. Selon cette disposition, il aurait été ainsi possible que François Fillon participât au second tour si Emmanuel Macron ou Marine Le Pen avait renoncé à poursuivre la compétition.

Cette situation ne s'est pas encore produite dans l'histoire de la V<sup>e</sup> République. Il n'est jamais arrivé que le second tour soit disputé par un candidat n'ayant pas été parmi les deux premiers à l'issue du premier tour. Certains diront que c'est parce qu'il n'y a jamais eu de retrait de candidat comme l'exige cette disposition. Certes ! Mais on peut s'interroger sur la possibilité d'un tel retrait. Cet aléa, le retrait de candidat plus favorisé, est-il sérieusement envisageable ?

Au regard de la Constitution, le retrait procède de la volonté libre du candidat. Il ne peut résulter ni de l'empêchement, ni du décès, hypothèses pour lesquelles d'autres solutions sont prévues par la Constitution<sup>8</sup>. L'on se demande alors ce qui pourrait bien amener un candidat promu au second tour à se retirer volontairement de la course. La doctrine a imaginé une hypothèse que l'on peut qualifier de retrait stratégique. Ainsi, un candidat pourrait se retirer au profit d'un autre candidat appartenant à la même famille politique que lui s'il estime qu'il a atteint son meilleur score et que, par ricochet, celui-ci aurait peut-être une réserve de voix plus importante. Un tel scénario consisterait en un « ralliement du plus fort au plus faible, [...] du candidat le mieux placé au candidat le moins bien placé », mais avec la conviction que celui-là fera un meilleur résultat que celui-ci au second tour. Pour illustrer cette hypothèse, on peut faire référence au contexte électoral de 1981 en considérant que le retrait aurait été envisageable « si le candidat communiste avait précédé le candidat socialiste [...], étant donné que le premier n'avait aucune chance de séduire l'électorat centriste et aurait pu préserver les chances de succès de la gauche »<sup>9</sup>. Dans le même sens, « l'hypothèse avait été évoquée au cas où Jacques Chirac et Édouard Balladur seraient arrivés en tête au premier tour de l'élection de 1995 »<sup>10</sup>. La doctrine n'exclut donc pas totalement la réalisation éventuelle de cet aléa. Cela peut se comprendre si l'on sait que « l'avenir n'est pas sûr ni l'invraisemblable impossible »<sup>11</sup>.

Pour autant, cette hypothèse reste très improbable. Tout d'abord, elle implique une stratégie politique remettant en cause le résultat des urnes. Ainsi, il faudrait s'assurer au préalable de la réaction de l'électorat face à une telle entente qui imposerait un choix différent du sien. Ensuite,

7 Selon cette disposition, seuls peuvent se présenter au second tour de l'élection présidentielle « les deux candidats qui, le cas échéant après retrait de candidats plus favorisés, se trouvent avoir recueilli le plus grand nombre de suffrages au premier tour ».

8 En effet, aux termes du huitième alinéa de l'article 7 de la Constitution : « En cas de décès ou d'empêchement de l'un des deux candidats les plus favorisés au premier tour avant les retraits éventuels, le Conseil constitutionnel déclare qu'il doit être procédé de nouveau à l'ensemble des opérations électorales ; il en est de même en cas de décès de l'un des deux candidats restés en présence en vue du second tour ».

9 J. BOUDON, *Manuel de droit constitutionnel tome 2 La Ve République*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1<sup>er</sup> éd., 2014, p. 65.

10 G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution, op. cit.*, p. 74.

11 P. MOUZET, « Les dispositions non appliquées de la Constitution », in P. JAN (dir.), *La Constitution de la Ve République Réflexions sur un cinquantenaire, op. cit.*, p. 201.

selon la doctrine, la survenance de l'aléa n'est possible que dans un scénario très rare. Premièrement, l'hypothèse requiert que deux candidats appartenant au même camp politique ou dont les programmes politiques sont idéologiquement compatibles fassent partie des trois candidats ayant obtenu plus de suffrages à l'issue du premier tour. En plus, le candidat le plus favorisé de ces deux devra être convaincu que la personne qui profite du retrait aura plus de chances que lui de remporter la compétition et, de surcroît, accepter de céder sa place, éventuellement, « en monnayant chèrement son retrait »<sup>12</sup>. Cette complexité de la mise en œuvre de l'hypothèse envisagée permet de dire que le retrait de candidat prévu est tout simplement inconcevable.

On pourrait dire la même chose concernant une tout autre disposition dans l'article 47 de la Constitution. Le troisième alinéa de cet article donne au Gouvernement la faculté de mettre en œuvre, par ordonnance, les dispositions d'un projet de loi de finances lorsque le parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de soixante-dix jours<sup>13</sup>. Faut-il préciser que, au regard de la pratique, cette faculté ne peut s'appliquer que lorsque le retard est imputable au parlement. En effet, par deux fois, il est arrivé que le budget de l'État ne soit pas voté à temps. Cette situation s'est produite en 1962 avec la dissolution de l'Assemblée nationale qui avait retardé le vote du budget<sup>14</sup>. La seconde fois concerne la circonstance de l'invalidation de la loi de finances pour 1980 par le Conseil constitutionnel<sup>15</sup>. La faculté donnée au Gouvernement ne pouvait pas s'appliquer à ces deux cas dans la mesure où le retard n'était pas imputable au parlement<sup>16</sup>. Plus concrètement, il faut que le parlement, soit par pure négligence, soit par acte de volonté, s'abstienne de voter un projet de loi de finances pendant le délai indiqué. Il s'agirait de ce fait d'un renoncement, volontaire ou involontaire, à l'important pouvoir parlementaire d'examiner les propositions du Gouvernement en matière budgétaire.

Une telle circonstance de fait est peu probable. Parmi les pouvoirs du parlement, la compétence budgétaire constitue, sinon le plus important, du moins le plus ancien de tous. En Grande-Bretagne, le début de la séparation des pouvoirs est souvent daté du début du XIII<sup>e</sup> siècle avec la *Magna Carta* de 1215 qui exigeait le consentement du Conseil commun – l'ancêtre de la Chambre des Lords du futur parlement – pour lever tout « écuage ou taxe », sauf exception. Ce fut la plus importante compétence attribuée à ce parlement embryonnaire et ce pouvoir de voter le budget le reste aujourd'hui. Même dans la période de concordance des majorités présidentielle et parlementaire sous la V<sup>e</sup> République, la compétence budgétaire ne peut être assimilée aux nombreux pouvoirs constitutionnels délaissés par le parlement. Cela dénote la haute importance de la matière budgétaire représentée pour le parlement qui refuserait ainsi de prendre le risque d'en être dessaisi.

12 J. BOUDON, *Manuel de droit constitutionnel tome 2 La Ve République, op. cit.*, p. 65.

13 La règle s'applique aussi concernant la loi de financement de la sécurité sociale. Mais contrairement à la loi de finances, le délai est de cinquante jours (article 47-1, alinéa 3, de la Constitution).

14 Le Gouvernement avait recouru à la possibilité, prévue à l'article 44 de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances (disposition reprise par l'article 45, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi organique n° 2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances), de « d'émettre un vote séparé sur l'ensemble de la première partie de la loi de finances de l'année ».

15 Décision n° 79-110 DC du 24 décembre 1979 sur la loi de finances de 1980, *JO* du 26 décembre 1979, p. 3259.

16 Le gouvernement avait alors convoqué le parlement en session extraordinaire pour demander l'autorisation à continuer à percevoir les impôts existants jusqu'au vote de la loi de finances de l'année en application d'une autre possibilité figurant toujours à l'article 44 de l'ordonnance n° 59-2 que reprend également l'article 45 de la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001, précités.



Par ailleurs, tout retard imputable au parlement n'entraîne pas automatiquement le recours à cette disposition. Le Gouvernement possède en la matière une faculté et non un pouvoir lié. Il peut y avoir du retard par la faute du parlement sans que le Gouvernement juge utile d'utiliser la faculté de mettre en œuvre les dispositions du projet de loi de finances par ordonnance. Il en est ainsi lorsqu'il y a seulement quelques jours de retard pour mener à terme le débat parlementaire. Ainsi, en 1960 et 1961, le budget n'a été voté qu'au bout de soixante et onze jours, c'est-à-dire avec un jour de retard selon le délai exigé. Il faut donc bien comprendre le sens de ce pouvoir donné au Gouvernement. Cette disposition permet d'éviter que le refus éventuel du Parlement de voter le budget entraîne le blocage du système.

Au regard de ce qui précède, il peut arriver que des dispositions constitutionnelles n'aient réellement qu'une existence virtuelle lorsque leurs conditions de mise en œuvre paraissent irréalistes. Il en va de même lorsque l'établissement des circonstances de fait exigées procède de l'appréciation des organes d'application sans que ces derniers ne soient disposés à les déclarer réunies.

## B. Les circonstances de fait subjectivement inconcevables

Dans cette hypothèse, l'improbabilité des circonstances de fait requises est subjective car reposant sur la volonté des organes d'application. À l'opposé du cas précédent, elle ne concerne pas la matérialisation des conditions de mise en œuvre. La réalisation des circonstances de fait exigées pour l'application est bien envisageable, mais il est moins certain que les organes d'application les déclarent réunies.

Afin de mieux saisir cette singularité, il convient de distinguer au sein des dispositions dont l'application est subordonnée à la survenance d'évènements qui ne sont pas programmés et qui peuvent *a priori* survenir à tout moment, voire ne jamais se produire. Cette distinction se fera selon un critère constitutionnel : l'existence ou non de pouvoir d'appréciation des organes d'application. Certaines circonstances de fait requises ne nécessitent aucune appréciation quant à leur établissement. Il en est ainsi, par exemple, de la vacance qui entraîne l'application de l'intérim du président de la République<sup>17</sup>. La vacance est une circonstance de fait objective car ne pouvant être que constatée, elle « est hors de doute »<sup>18</sup>. La vacance est un fait objectif qui ne laisse aucune faculté d'appréciation. Il en va ainsi, par exemple, du décès ou de la démission.

Cette catégorie de circonstances de fait illustrée par la vacance de la présidence de la République est à distinguer d'une autre dont la réalisation au sens de la Constitution requiert l'appréciation des organes d'application. À ce sujet, les conditions imposées pour la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels du Président au titre de l'article 16 de la Constitution sont édifiantes. Selon cet article, le président de la République peut prendre toutes mesures idoines lorsque « les institutions de la

<sup>17</sup> Aux termes de l'article 7, alinéa 4, de la Constitution, « en cas de vacance de la présidence de la République pour quelque cause que ce soit [...] les fonctions de présidents de la République, à l'exception de celles prévues aux articles 11 et 12 ci-dessous, sont provisoirement exercées par le président du Sénat et, si celui-ci est à son tour empêché d'exercer ces fonctions, par le Gouvernement ».

<sup>18</sup> J. BOUDON, *Manuel de droit constitutionnel tome 2 La Ve République*, op. cit., p. 73.

République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu ». Cette disposition ne s'applique que lorsque le président de la République déclare ces conditions exigées réunies<sup>19</sup>. En d'autres termes, les circonstances dans lesquelles elle s'applique sont soumises à l'appréciation du président de la République.

Alors que ces deux catégories de circonstances de fait relèvent de la contingence – dans la mesure où les conditions en question peuvent se réaliser à tout instant ou ne jamais survenir –, la seconde constitue plutôt une contingence qui est susceptible d'être manipulée. Cette manipulation peut se faire dans un double sens. D'une part, le pouvoir d'appréciation dont disposent les organes d'application en l'espèce leur permet, éventuellement, de conclure à la présence des circonstances de fait alors que leur réalisation ne serait pas vraiment effective. À cet égard, pour revenir sur l'exemple de l'article 16, le précédent de l'application des pouvoirs exceptionnels par le Général de Gaulle en 1961 en est une parfaite illustration. À l'époque, on pouvait admettre une menace grave et immédiate<sup>20</sup> pesant sur la République. D'ailleurs tels furent précisément les mots employés par le Président de Gaulle pour justifier le recours à l'article 16 dans son message au parlement le 25 avril 1961 : « La rébellion de certains chefs et éléments militaires, provoquée en Algérie par un complot contre l'État [...] fait peser sur les institutions de la République, l'indépendance de la nation et l'intégrité de son territoire une menace grave et immédiate »<sup>21</sup>. Le Général de Gaulle s'était ainsi limité à constater l'existence d'une menace grave et immédiate, alors que cette menace n'avait pas entraîné l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics. Par conséquent, les conditions de mise en œuvre de l'article 16 n'étaient pas réunies<sup>22</sup>. Il en résulte que le pouvoir d'appréciation dont dispose le président de la République en la matière par la nature des circonstances de fait exigées lui permet d'arrêter leur établissement alors qu'elles ne le seraient pas vraiment.

L'inverse aussi est possible : la matérialisation des circonstances de fait exigées sans que les organes d'application ne daignent les déclarer établies. Le pouvoir d'appréciation dont disposent les organes d'application en la matière leur permet ainsi d'empêcher la mise en œuvre de la règle constitutionnelle. En effet, ils pourront toujours soutenir que les conditions exigées pour l'application ne sont pas réunies, alors que celles se seraient matériellement réalisées. Dans cette situation, la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles concernées sera considérée comme improbable lorsqu'elle contraste avec les intérêts des organes d'application. Pour un exemple d'application improbable, on citera l'article 7, alinéa 4, relatif à l'intérim du président de la République à la suite d'un empêchement. La Constitution n'a pas énuméré les situations constitutives d'empêchement.

19 La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a inséré un sixième alinéa à l'article 16 qui permet désormais au président de l'Assemblée nationale, au président du Sénat, à soixante députés ou à soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels aux fins d'examiner si les conditions exigées demeurent réunies.

20 Encore que même là, la qualification des faits ne fait pas l'unanimité. Selon S. PLATON, par exemple, « si la guerre d'Algérie et l'existence de mouvements factieux pouvaient effectivement passer pour constituer une menace grave pour les institutions de la République, cette menace, générale, ne pouvait guère être réellement considérée comme immédiate », S. PLATON, « Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ? », *RFDC*, 2008/5, p. 97-116.

21 *Discours et messages de Charles de Gaulle tome 2 Avec le renouveau 1958-1962*, Platon, 1970, p. 308.

22 Voir sur ce point O. DUHAMEL, « Le Pouvoir Majestueux Ch. de Gaulle, 23 avr. 1961 », in W. MASTOR, J. BENETTI, P. ÉGÉA, X. MAGNON (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Grands discours », 2017, p. 198-202.



Il est entendu qu'il « peut résulter de n'importe quelle circonstance de fait – maladie, enlèvement, disparition, aliénation, etc. – par laquelle le président de la République se trouve dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions »<sup>23</sup>. L'empêchement est constaté par le Conseil constitutionnel sur saisine du Gouvernement. Ces deux organes – le Gouvernement et le Conseil constitutionnel – disposent donc d'une marge de manœuvre pour vérifier la réalité de l'empêchement. Depuis 1958, le président de la République n'a jamais été déclaré empêché, d'où l'absence d'application du régime de l'intérim dans ce sens. Néanmoins, cette absence formelle d'empêchement ne signifie nullement que le président de la République n'a jamais été réellement empêché sous la V<sup>e</sup> République. Que l'on songe à ce sujet à « la santé très délabrée de Pompidou en 1974, atteint de la maladie de Waldenström, ou de Mitterrand en 1993-1995, frappé par un cancer »<sup>24</sup>. En de telles circonstances, on était en droit de s'attendre à ce que le Gouvernement saisisse le Conseil constitutionnel pour qu'il *déclare*<sup>25</sup> l'empêchement du président de la République. Mais le Gouvernement n'avait pas jugé opportun de faire cette démarche et « il est probable que le Premier ministre serait toujours dans l'impossibilité, affective ou politique, de consentir à la saisine du Conseil constitutionnel »<sup>26</sup>. Le Gouvernement qui doit apprécier les faits et se déterminer en fonction de la gravité de la situation n'a *a priori* aucun intérêt à ce que le président de la République soit déclaré empêché. Cet état de fait semble constant quelle que soit la période. En effet, « hors cohabitation c'est à peu près impensable et exclu en temps de cohabitation, sauf cas exceptionnel »<sup>27</sup>.

Il en résulte que la mise en œuvre de l'intérim pour empêchement du président de la République est peu probable tant que le Gouvernement disposera d'un pouvoir discrétionnaire lui donnant la latitude de refuser de saisir le Conseil constitutionnel même si le Président est réellement empêché. Afin d'y remédier, Guy Carcassonne et Marc Guillaume proposaient de retirer au Gouvernement son rôle décisif dans l'application de ce dispositif et de mettre sur pied un régime de substitution permettant en quelque sorte au Conseil constitutionnel de s'auto-saisir, s'il y a lieu, pour constater l'empêchement du Président<sup>28</sup>.

En somme, on peut considérer que l'application d'une disposition constitutionnelle est improbable lorsqu'il se trouve que les circonstances de fait exigées pour sa mise en œuvre sont neutralisantes en raison de leur nature ou de leur mode d'établissement : l'improbabilité est ainsi respectivement objective ou subjective. Cela est également valable dans l'hypothèse où la disposition constitutionnelle est soumise à une procédure d'application rédhibitoire.

23 G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution introduite et commentée*, Paris, Éditions du Seuil, 12<sup>e</sup> éd., 2014, p. 75.

24 J. BOUDON, *Manuel de droit constitutionnel tome 2 La Ve République*, *op. cit.*, p. 74.

25 Selon la lettre constitutionnelle, le Conseil constitutionnel *constate* l'empêchement du président de la République. Mais cela ne correspond pas à la réalité car il est évident que le Conseil constitutionnel possède en la matière un pouvoir d'appréciation pour vérifier la matérialité ou non de l'empêchement. C'est ainsi que l'on préfère le terme « déclarer » au mot « constater » pour décrire l'action de l'institution.

26 G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution*, *op. cit.*, p. 76.

27 P. ARDANT et B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 29<sup>e</sup> éd., 2017-2018, p. 441.

28 Pour l'intégralité de la formule proposée par les auteurs, voir G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution introduite et commentée*, *op. cit.*, p. 76.



## II. L'existence d'une procédure d'application rédhibitoire

Outre les circonstances de fait imposées, l'aménagement de la disposition peut également constituer un obstacle irrémédiable à sa mise en œuvre. À cet égard, on s'intéressera à la situation où la procédure d'application comporte des éléments susceptibles de neutraliser la règle constitutionnelle. On dira alors que les conditions de procédure sont rédhibitoires. C'est le cas notamment lorsque la procédure d'application est excessivement contraignante par rapport aux enjeux en cause (A). De même, la procédure de mise en œuvre pourrait être un obstacle lorsqu'elle prévoit l'intervention conjointe de plusieurs organes avec des intérêts différents (B).

### A. Une procédure excessivement contraignante

Il est ordinaire que la règle juridique soit assortie d'une procédure d'application contraignante. Ce durcissement vise souvent à éviter d'éventuels abus dans la mise en œuvre de celle-ci. Cependant, ces contraintes procédurales sont susceptibles d'affecter l'intérêt de la disposition. Cette situation se vérifie en matière constitutionnelle lorsque les modalités de mise en œuvre d'une disposition sont excessivement draconiennes eu égard à ses enjeux peu ou pas incitatives.

Cette hypothèse de procédure neutralisante se retrouve dans le nouveau dispositif dit référendum d'initiative partagée inséré dans l'article 11 (alinéa 3)<sup>29</sup> par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Cette disposition institue, à côté du référendum d'initiative présidentielle prévu au premier alinéa du même article, un autre type de référendum, sur initiative parlementaire soutenue par des électeurs. Cette nouvelle formule fut accueillie avec beaucoup d'enthousiasme en ce sens qu'elle mit fin au monopole présidentiel en matière d'initiative concernant le référendum national<sup>30</sup>. Désormais, en matière législative, les parlementaires peuvent décider de se dessaisir d'un sujet d'intérêt national au profit du peuple souverain en l'invitant à se prononcer par la voie d'un référendum. Ce dispositif revêt un tout autre avantage car il renforce les moyens d'action de l'opposition contre la majorité parlementaire en matière législative<sup>31</sup>. Ainsi, à défaut de pouvoir imposer ses vues à la majorité, l'opposition dispose désormais d'une arme démocratique lui permettant de se référer au peuple souverain en demandant, s'il y a lieu, l'organisation d'un référendum. Il en résulte que cette disposition emporte une véritable révolution institutionnelle.

29 Selon cette disposition, « un référendum [...] peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an ».

30 Avant 2008, tout référendum national était exclusivement d'initiative présidentielle. Voir articles 11, al. 1<sup>er</sup> et 89, al. 2 de la Constitution de 1958.

31 Aux termes du cinquième alinéa de l'article 48 de la Constitution, « un jour de séance par mois est réservé à un ordre du jour arrêté par chaque assemblée à l'initiative des groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'à celle des groupes minoritaires ». Cette disposition s'inscrit dans l'une des plus grandes innovations de la deuxième loi constitutionnelle de 2008 qui institue le statut de l'opposition. Celle-ci insère le nouvel article 51-1 de la Constitution qui exige que le règlement de chaque assemblée reconnaisse « des droits spécifiques aux groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'aux groupes minoritaires ».

Néanmoins, « les chances de voir un jour organiser un référendum sur la base de cet article sont quasiment nulles »<sup>32</sup>. Tout simplement parce que la volonté du constituant d'instituer un référendum d'initiative autre que présidentielle s'accompagne de limites qui, en fin de compte, remettent en cause la pertinence même de cette réforme. En effet, la procédure de mise en œuvre de ce nouveau dispositif est longue et très exigeante, alors qu'il ne suffit pas de la suivre avec succès pour obtenir automatiquement l'organisation d'un référendum, de sorte que toute perspective d'application semble illusoire. L'aménagement de ce dispositif est tout simplement déroutant.

D'emblée, l'initiative du référendum doit être prise par au moins un cinquième des membres du parlement et soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales, soit, en valeur exacte, 185 parlementaires<sup>33</sup> et 4,4 millions d'électeurs environ<sup>34</sup>. Ces nombres de signatures parlementaires et de soutiens d'électeurs ne sont pas faciles à atteindre. On ajoutera que tout sujet ne suscite pas l'engouement propice à la satisfaction de telles exigences. En plus, une fois ces conditions réunies, l'initiative qui prend la forme d'une proposition de loi n'est soumise au référendum que si elle n'a pas été examinée par les chambres parlementaires dans « un délai de six mois à compter de la publication au Journal officiel de la décision du Conseil constitutionnel déclarant qu'elle a obtenu le soutien d'au moins un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales »<sup>35</sup>. L'initiative parlementaire ayant obtenu le soutien suffisant d'électeurs ne débouche pas systématiquement sur un référendum. Ce dernier ne peut être organisé qu'à la condition que la proposition de loi n'ait pas été examinée « au moins une fois par chacune des deux assemblées »<sup>36</sup> dans le délai mentionné ci-dessus.

Les modalités de ce dispositif tant apprécié et dont l'applicabilité était très attendue<sup>37</sup> en rendent l'usage très improbable. La pertinence de cette disposition en tant qu'elle institue une nouvelle initiative de référendum est remise en cause. Les exigences sont rédhibitoires : si l'objectif des auteurs de l'initiative est d'aboutir à un référendum, ils doivent être sûrs d'obtenir le nombre de soutiens requis et s'assurer – paradoxalement – que le parlement n'examinera pas la proposition de loi. Ainsi, si le gouvernement et la majorité parlementaire « veulent empêcher le référendum, il leur suffit en effet de demander l'inscription de la proposition de loi à l'ordre du jour de chacune des deux assemblées puisqu'il suffit d'un simple “examen” pour qu'on ne puisse plus y procéder »<sup>38</sup>.

32 P.-H. PRÉLOT, « L'initiative parlementaire-citoyenne de l'article 11 de la Constitution. Analyse du projet de loi organique n° 3072 portant application de l'article 11 de la Constitution déposé à l'Assemblée nationale le 22 décembre 2010 », *Constitutions*, 2011, p. 175.

33 Sous la V<sup>e</sup> République, la Constitution (voir article 24, alinéas 3 et 4) fixe le nombre maximum de députés à cinq cent soixante-dix-sept et à trois cent quarante-huit par les sénateurs. Ces chiffres coïncident également avec le nombre de sièges effectivement pourvus dans chacune des deux assemblées.

34 Selon les chiffres de l'INSEE au 1<sup>er</sup> mars 2015, voir <[http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref\\_id=if23](http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=if23)> (consulté le 27/04/2018).

35 Ce délai est fixé par la loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution (art. 9), précitée, comme le préconise le cinquième alinéa de l'article 11 de la Constitution de 1958.

36 Voir art. 9 de la loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution, *op. cit.*

37 La loi organique portant application ne sera votée que cinq ans après la réforme constitutionnelle de 2008 (Loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution).

38 F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 38<sup>e</sup> éd., 2017, p. 561.

L'éventualité que cette disposition soit utilisée un jour paraît exclue. En effet, comme le disent les auteurs, « on voit mal en effet pourquoi une minorité parlementaire se lancerait dans l'entreprise politiquement aléatoire et financièrement coûteuse que représente la collecte des soutiens d'un dixième des électeurs inscrits en sachant que même si ce seuil est atteint, le référendum pourra être empêché »<sup>39</sup>.

Par ailleurs, ce raisonnement n'est valable que lorsque l'on considère que l'article 11, alinéa 3, de la Constitution met en place un nouveau type de référendum. Il est souvent entendu que cette disposition crée plutôt une nouvelle forme de proposition de loi qui peut aboutir à un référendum dans les circonstances déjà évoquées. De l'avis de Guy Carcassonne et Marc Guillaume, il « ne s'agit pas d'un référendum car si l'initiative réussit l'exploit de rassembler plus de quatre millions de signatures, cela ne lui donne droit qu'à ce que le Parlement en débattenne, et ce n'est qu'à défaut que le chef de l'État la soumet au peuple »<sup>40</sup>. Au regard de cette conception, l'initiative parlementaire sur le fondement de cette disposition viserait au mieux l'organisation d'un référendum, au pire l'examen de la proposition de loi par le parlement. Or, « même s'ils ne sont nullement contraints d'adopter la proposition, les parlementaires y réfléchiront à plusieurs fois avant d'écarter une réforme qui aurait fait la preuve d'un soutien populaire réel »<sup>41</sup>. C'est dans ce sens uniquement que le recours à cette disposition est probable.

## B. Une procédure nécessitant une collaboration problématique d'organes

Au-delà de la contrainte neutralisante, d'autres aspects de la procédure d'application peuvent aussi s'avérer rédhitoires. Un cas particulier retiendra l'attention : la situation où l'application de la disposition nécessite la collaboration de plusieurs organes, alors qu'un tel concours apparaît « inexistant en fait »<sup>42</sup>.

Lorsque la concrétisation d'une règle juridique requiert l'accord de deux entités, un double scénario est envisageable en pratique. Premièrement, il est possible que les organes de concours trouvent, l'un et l'autre, intérêt dans la mise en œuvre de la règle juridique. En matière constitutionnelle, il en est ainsi lorsque les organes également associés à l'application d'une disposition appartiennent au même camp politique. Ainsi, l'alinéa premier de l'article 89 de la Constitution octroie au président de la République l'initiative de la révision – concurremment aux membres du Parlement bien sûr –, mais cette faculté présidentielle ne peut être utilisée que sur proposition du Premier ministre<sup>43</sup>. Autrement dit, sur ce cas précis, l'initiative de la révision nécessite l'accord des deux têtes de l'exécutif. En fait, cette collaboration nécessaire ne pose manifestement pas de difficulté dans la mise en œuvre de la règle constitutionnelle concernée : les 24 révisions constitutionnelles adoptées

39 *Ibidem*.

40 G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution, op. cit.*, p. 101.

41 *Ibidem*.

42 É. LEMAIRE, « La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire », Billet JP Blog du 5 juillet 2017, disponible sur [blog.juspoliticum.com](http://blog.juspoliticum.com).

43 Aux termes de l'article 89, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution de 1958, « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement ».



à ce jour ont été initiées par le président de la République<sup>44</sup>. Hormis les trois épisodes de cohabitation<sup>45</sup>, le chef de l'État et le Premier ministre ont toujours appartenu au même bord politique sous la V<sup>e</sup> République par l'effet de la concordance des majorités présidentielle et parlementaire. Deuxièmement, il arrive que cette collaboration d'organes requise se réduise à une simple hypothèse de sorte que l'emploi de la règle juridique concernée soit improbable.

Concernant ce dernier cas de figure, l'action conjuguée des Conférences des présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat pour s'opposer à l'engagement de la procédure accélérée<sup>46</sup> au titre de l'article 45 de la Constitution est édifiante. Plus clairement, cette disposition donne aux Conférences des présidents la faculté de refuser conjointement le déclenchement de la procédure accélérée. Cette prérogative qui découle de la révision constitutionnelle de 2008<sup>47</sup> n'a jamais été utilisée et son inapplication peut sembler surprenante, voire paradoxale. En effet, elle était destinée à mettre un terme à l'usage manifestement abusif de la procédure d'urgence – l'ancienne appellation – par le Gouvernement. Pourtant, cette pratique qui avait été dénoncée par les parlementaires de toutes obédiences confondues<sup>48</sup> n'a pas disparu. En effet, « sous la XIV<sup>e</sup> législature, ce sont ainsi 216 des 449 textes définitivement adoptés par le Parlement qui ont fait l'objet d'une procédure accélérée, soit près d'un texte sur deux – souvent les plus importants »<sup>49</sup>, sans que cette arme parlementaire ne soit employée. La XV<sup>e</sup> législature connaît aussi cette pratique : 52 des 93 lois promulguées au 30 novembre 2018 ont été adoptées selon cette procédure<sup>50</sup>.

L'inefficacité totale de cette faculté donnée au parlement pour s'opposer au recours excessif à la procédure accélérée n'est pas sans rapport avec les conditions de sa mise en œuvre : son application requiert – cela a été dit – l'action conjointe des Conférences des présidents. Pour utiliser cette arme, les deux organes en question doivent être concomitamment d'accord. Or, la logique institutionnelle de la V<sup>e</sup> République marquée par le fait majoritaire<sup>51</sup> réduit à une pure hypothèse cette éventuelle opposition conjointe au Gouvernement. Le fait majoritaire « postule la solidarité entre

44 La procédure de révision constitutionnelle actuellement en cours (09/12/2018) relève aussi de l'initiative du président de la République. Le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie représentative, responsable et efficace adopté en Conseil des ministres le 9 mai 2018 a été enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le même jour sous le n° 911.

45 Sous la V<sup>e</sup> République, il y a eu trois périodes de cohabitation : 1986-1988, 1993-1995 et 1997-2002.

46 La procédure accélérée est la nouvelle appellation de l'ancienne procédure d'urgence depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. Il s'agit d'un dispositif permettant au Gouvernement d'obtenir, le cas échéant, que le parlement légifère plus rapidement. Ainsi, le Premier ministre peut, en cas de désaccord entre les deux assemblées sur un projet ou une proposition de loi et après seulement une lecture – au lieu de deux lectures selon la procédure normale –, « provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion ». Sur les délais d'utilisation de cette procédure, le Conseil constitutionnel considère dans une décision du 29 juin 2009 que le Gouvernement peut, postérieurement au dépôt du texte, « faire part à tout moment de sa décision d'engager [la procédure accélérée] dès lors que les deux Conférences des présidents sont en mesure, avant le début de l'examen du texte en première lecture, d'exercer la prérogative que leur reconnaît l'article 45 de la Constitution (Décision n° 582 DC, considérant 15). Depuis 2008, les Conférences de présidents des deux assemblées agissant conjointement peuvent s'opposer à l'utilisation de cette procédure accélérée par le Gouvernement. Pour une analyse approfondie sur la procédure accélérée, voir spécialement C. VINTZEL, *Les armes du gouvernement dans la procédure législative*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2011, p. 578 à 581.

47 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République, *JO* n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.

48 Le Comité Balladur indiquait que « cette pratique [...] est critiquée de manière récurrente par les présidents des deux assemblées [parlementaires] », *Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République*, La documentation française, 2007, p. 35.

49 É. LEMAIRE, « La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire », art. cité.

50 Source : [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr) (consulté le 20/12/2018).

51 Le fait majoritaire désigne « l'existence d'une majorité parlementaire stable soutenant le gouvernement pendant toute une législature », B. FRANÇOIS, *Les mots-clés du droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « À savoir », 2017, p. 79. Le phénomène majoritaire est apparu en 1962 à la suite de la dissolution de l'Assemblée nationale par le Général de Gaulle. Pour une étude complète sur la question, voir J. BENETTI, *Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée nationale sous la V<sup>e</sup> République*, Paris 1, thèse, 2014, 467 p.

le Gouvernement et sa majorité »<sup>52</sup>. La relation de solidarité en question implique que les députés de la majorité soutiennent le Gouvernement<sup>53</sup> et qu'ils fassent montre d'une certaine discipline. Cette attitude attendue de l'Assemblée nationale en période de fait majoritaire n'exige pas d'elle le renoncement à ses pouvoirs. Seulement, l'exercice de ces derniers doit se faire conformément à la logique majoritaire qui veut que le Gouvernement et sa majorité agissent ensemble. En ce sens, les députés de la majorité sont associés à l'action du Gouvernement. En matière législative, par exemple, « la majorité est associée, tant au stade de l'initiative de la discussion, à la rédaction des textes de loi »<sup>54</sup>. Cette collaboration permet aux députés de la majorité, le cas échéant, de marquer leur désaccord en amont vis-à-vis de telle ou telle mesure préconisée par le Gouvernement. La discussion interne – au sein de la majorité – est ainsi préférée à l'opposition spectaculaire telle qu'autorisée par la règle constitutionnelle. Dans cette logique institutionnelle, sauf dérèglement du fait majoritaire<sup>55</sup>, la défiance est bannie dans toutes ses formes. Ainsi, la Conférence des présidents étant le reflet de la représentativité de l'Assemblée nationale dans sa composition et son fonctionnement<sup>56</sup>, il n'est pas envisageable qu'elle accepte de s'opposer ouvertement au souhait du Gouvernement d'engager la procédure accélérée en période de fait majoritaire. Or l'abstention de la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale suffit à neutraliser la faculté parlementaire de refuser le déclenchement de la procédure accélérée. En juin 2014, par exemple, une initiative de la Conférence des présidents du Sénat visant à appliquer cette prérogative parlementaire n'avait pas rencontré l'accord de la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale<sup>57</sup>. C'est dire qu'« au regard de la distance généralement plus grande qu'il conserve à l'égard du Gouvernement et du fait majoritaire »<sup>58</sup>, le Sénat est plus disposé à prendre l'initiative de s'opposer à l'utilisation de la procédure accélérée, mais il ne peut agir seul utilement. L'accord de l'Assemblée nationale est nécessaire, alors qu'il est improbable que cette dernière s'oppose au Gouvernement en période de fait majoritaire. Il en résulte que cette faculté donnée aux Conférences de présidents de s'opposer conjointement au déclenchement de la procédure accélérée est « une précaution parfaitement illusoire »<sup>59</sup>.

Par ailleurs, il n'est pas certain que l'application de cette disposition constitutionnelle soit plus probable en l'absence de majorité à l'Assemblée nationale. En effet, la Conférence des présidents étant un organe collégial, le défaut de majorité rend plus difficile la prise de décision. Ainsi, certes le fait majoritaire neutralise la faculté parlementaire de s'opposer à l'utilisation de la procédure accélérée, mais il n'en serait pas le seul obstacle. L'action conjointe requise pour l'application de cette règle constitutionnelle est tout simplement impraticable.

52 J. BENETTI, « L'impact du fait majoritaire sur la nature du régime (Réflexions sur le régime parlementaire de la V<sup>e</sup> République) », *LPA*, 10 juillet 2008, p. 22.

53 Jean-Claude COLLIARD considère que le fait majoritaire a donné naissance à une nouvelle fonction du parlement qui détermine ses fonctions classiques : la fonction de soutien du Gouvernement, J.-C. COLLIARD, « Comment renforcer la fonction de contrôle du Parlement », in *La révision de la Constitution*, Fondation Jean-Jaurès, 1994, p. 23.

54 *Ibid.*, p. 23.

55 On peut imaginer une crise au sein du parti ou de la coalition majoritaire. En Grande-Bretagne, cela a pu entraîner la démission du Premier ministre. En 1990, Margaret Thatcher s'était retirée à cause des divisions à l'intérieur du Parti conservateur. Le fait majoritaire peut aussi être mis à mal par une fronde parlementaire. Pour un exemple récent, on peut citer la fronde socialiste à la fin de la XIV<sup>e</sup> législature.

56 Aux termes de l'article 47, paragraphe 3, du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale « Dans les votes émis au sein de la conférence sur les propositions qui lui sont soumises par ses membres, il est attribué aux présidents des groupes un nombre de voix égal au nombre des membres de leur groupe après défalcation des voix des autres membres de la conférence ».

57 P. AVRIL, J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Le droit parlementaire*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2014, p. 254.

58 A. de MONTIS et P. JENSEL MONGE, « Le Sénat et le renouveau de l'article 41 de la Constitution », *RFDC*, 2017, p. 869.

59 J. BENETTI et O. DUHAMEL, *La Constitution et ses grands articles commentés*, Dalloz, coll. « À savoir », 2017, p. 94.



En définitive, le texte constitutionnel comprend des dispositions qui n'ont qu'une existence virtuelle, leur application n'étant pas prévue. Cette improbabilité résulte de deux facteurs. Le premier facteur est relatif aux conditions matérielles de mise en œuvre. La concrétisation de certaines dispositions exige la survenance de circonstances de fait déterminées. On parlera de dispositions en réserve car elles prévoient des solutions à d'éventuelles situations. À cet égard, il convient de distinguer entre les dispositions réellement en réserve – « celles dont il est certain qu'elles seraient mises en œuvre si leurs conditions d'application étaient réunies<sup>60</sup> » – et les dispositions formellement en réserve – « celles dont il est probable qu'elles ne serviront jamais<sup>61</sup> » –, pour reprendre la distinction de Pierre Mouzet<sup>62</sup>. Quant au second facteur de l'improbabilité, il tient à la procédure d'application. La procédure de mise en œuvre peut être rédhitoire : il en va ainsi lorsqu'elle comporte des contraintes excessives affectant l'intérêt de la règle constitutionnelle ou lorsqu'elle prévoit l'intervention conjointe de plusieurs organes n'ayant pas les mêmes intérêts. Sur ce cas, le constituant n'a pas su concilier la nécessité de prévenir les abus qui pourraient avoir une répercussion néfaste sur les relations entre les institutions et l'importance de préserver l'efficacité de la règle constitutionnelle.

Globalement, l'improbabilité dénote une situation juridique apparemment anormale : certaines dispositions figurant dans le texte constitutionnel pourraient ne jamais s'appliquer. On se demande alors si l'improbabilité ne constitue pas une lacune juridique dans le sens de la *lex imperfecta*<sup>63</sup>. L'hypothèse de la procédure d'application rédhitoire peut être considérée en effet comme une imperfection de la règle constitutionnelle. Elle montre que les modalités de mise en œuvre ne sont pas adéquates et devraient donc être révisées. La situation est différente concernant l'exigence de conditions matérielles improbables. Les règles constitutionnelles en question demeurent utiles malgré leur inapplication. La réalisation des circonstances de fait exigées est seulement improbable, elle n'est pas impossible.

60 On peut penser à la possibilité de retrait de candidat avant le second tour de l'élection présidentielle qui est la condition pour qu'on candidat moins bien placé à l'issue du premier tour puisse rejoindre la compétition.

61 Que l'on songe à ce sujet à l'éventualité d'appliquer l'intérim présidentiel en cas d'empêchement du président de la République avec le rôle du Gouvernement dans la mise en œuvre de ce dispositif.

62 P. MOUZET, « Les dispositions non appliquées de la Constitution », in P. JAN (dir.), *La Constitution de la Ve République Réflexions sur un cinquantenaire*, op. cit., p. 200.

63 Voir P. AMSELEK, « À propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, 1990, vol. 17, p. 144.