

# Le pouvoir exécutif en France (Révolution/V<sup>ème</sup> République). Une révolution achevée ? / *The Executive Power in France (Revolution/Fifth Republic). An accomplished revolution?*

ELSA MARGUIN - HAMON

Appréhender l'exercice du pouvoir exécutif sous la V<sup>e</sup> République à l'aune des premières définitions qu'en donne la période révolutionnaire et des pratiques alors observables peut paraître incongru. C'est que les institutions semblent avoir en la matière accompli, elles aussi, une véritable révolution. Qu'y a-t-il en effet de commun entre les réticences du législateur à reconnaître au chef de l'État, savoir le roi, un pouvoir réglementaire, réticences qui s'expriment pendant la monarchie constitutionnelle, et la possibilité offerte à l'Exécutif, sous la V<sup>e</sup>, de gouverner par décrets et par ordonnances ? Au-delà de cette pratique, qui demeure l'exception, l'initiative des lois est aujourd'hui le fait, majoritairement, d'un gouvernement qui se vit refuser catégoriquement ce pouvoir durant la Révolution. De même, il y a loin des pouvoirs exceptionnels concentrés dans les mains d'un gouvernement révolutionnaire que dirigent les députés composant le Comité de salut public en octobre 1793 à la faculté accordée par la constitution de 1958 au seul

Président de suspendre l'application de la norme juridique ordinaire.

L'Exécutif serait-il, sous la V<sup>e</sup>, devenu plus « royaliste que le roi », inversant la perspective tracée par les premiers constituants, qui visaient à en contrôler, limiter voire rogner l'exercice ? Force est de reconnaître pour autant que des traits structurels, voire essentiels, se dégagent déjà des textes et des institutions révolutionnaires, qui éclairent des pratiques en vigueur aujourd'hui<sup>1</sup>. Le dualisme de l'Exécutif, entre fonction gouvernementale (aux mains des Comités) et fonction administrative (ministérielle), dualisme en germe sous la monarchie constitutionnelle et que reconduit en l'accentuant la Première République, en est un exemple. La méfiance révolutionnaire du législatif à l'égard des juges est, tout autant, déterminante, consacrant l'échec précoce d'une justice vraiment indépendante. S'origine aussi dans la Première République l'acceptation d'un « domaine réservé » de l'Exécutif – en

l'espèce, aujourd'hui, du chef de l'État – au nom du secret que l'exercice de certaines affaires suppose, et ce malgré le contrôle et le pouvoir de décision que le Comité de salut public put s'arroger en s'investissant de fonctions véritablement gouvernementales. Enfin, et surtout, l'irresponsabilité politique, de droit et de fait, qui est celle du président de la V<sup>e</sup> République, renforçant son autorité, semble reproduire le paradigme institutionnel que consacre la monarchie constitutionnelle en proclamant l'inviolabilité du roi.

La décision du 27 juillet 2006 (2006-540 DC, *Loi relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*) fait référence à ce qu'elle nomme l'*identité constitutionnelle française*<sup>2</sup>. Pour autant, le Conseil constitutionnel, en introduisant cette mention qui vise à protéger la souveraineté normative de la France face au pouvoir réglementaire européen, n'a pas cru bon de donner à la notion de définition claire. Les traits rémanents que l'on vient d'évoquer participeraient-ils de cette identité ? Comment en affirmer l'existence en dépit d'indéniables mouvements de balancier qui voient alterner régimes parlementaires où triomphe un pouvoir législatif jaloux de ses prérogatives et ressaisissements « monarchiques », autoritaires, qui à tout le moins favorisent l'expression d'un exécutif fort ? De part et d'autre, une constante se dégage, qui tient aux multiples zones d'indistinction de pouvoirs théoriquement séparés<sup>3</sup>, aux décalages en permanence observables entre pouvoir et fonctions<sup>4</sup>, aux incessantes redistributions dont ces dernières – à savoir, selon Michel Troper, la législation, le gouvernement et l'administration<sup>5</sup>, seule séparation véritablement efficiente – peuvent faire l'objet.

Ce sont ces identités et ces décalages que passent au crible juristes, historiens et archivistes dans le présent volume, qui rend compte en le prolongeant des travaux réalisés dans le cadre de la journée « Le pouvoir exécutif (Révolution/V<sup>e</sup> République) », organisée le 14 mai 2013 aux Archives nationales<sup>6</sup>. La pluridisciplinarité des approches révèle la complémentarité des sources, normatives et documentaires, qui permettent de comprendre l'histoire et les enjeux des textes et des pratiques, d'une époque l'autre. Ainsi, au sein d'un questionnaire visant à cerner les divers domaines de compétence qui reviennent au pouvoir exécutif, son dualisme natif, le pouvoir réglementaire dont il est investi, les relations extérieures comme « domaine réservé » ou les liens entre Exécutif et ministère de la Justice font l'objet de regards croisés, celui de juristes ou d'historiens, d'une part, d'archivistes spécialement en charge des fonds d'archives en question d'autre part.

Il est significatif d'observer un retour au moins symbolique, dans le chef de l'État version V<sup>e</sup> République, d'un « souverain corps-loi »<sup>7</sup>, né du consensus électoral, contre le modèle nécessairement agonistique qu'impose l'Assemblée, nationale, constituante, législative – un consensus que ne vient plus troubler le spectre de la cohabitation, à l'heure où le calendrier fait coïncider élections présidentielle et législative, et que le contrôle juridictionnel renforcé du Conseil constitutionnel ne saurait entamer. Pour reprendre à Tite-Live<sup>8</sup> la métaphore organique de la tête et du corps que représenteraient Sénat et Plèbe affrontés, cette « tête » que la constitution de 1958 visait à donner à l'État, selon le mot du général de Gaulle, trouverait enfin dans

les institutions des membres dociles. Quel écart entre un tel modèle et celui, décrit au moyen d'une métaphore organique voisine, par Rousseau, qui dans le *Contrat social* fait de la législation l'organe moteur du corps social quand l'Exécutif en est le système nerveux périphérique!<sup>9</sup>

Quel est le prix à payer, aujourd'hui, pour ce consensus, sinon un effacement graduel du politique, une marginalisation du débat contradictoire au sein des institutions républicaines qui implique nécessairement sa résurgence en d'autres lieux et sous d'autres formes? À l'État gestionnaire, univoque<sup>10</sup>, pourrait répondre une société civile assumant, jusqu'aux dérives les plus violentes, son aspiration au dissentiment. Il reste à savoir si cette société peut véritablement se constituer en espace politique assurant à la pluralité des opinions qu'elle recèle une capacité égale d'expression, et quelles réponses le pouvoir exécutif, principal moteur institutionnel depuis 1958, saurait le cas échéant donner aux questions et aux attentes qui s'en dégageraient.

\*\*\*

To understand the exercise of the executive power during the Fifth Republic in the light of the early definitions which the revolutionary period gave it may appear incongruous. It's that the institutions as well have realised a true revolution in the matter. What indeed is there in common between the legislator's unwillingness to give the head of State, namely the King, a regulatory power – unwillingness which is expressed during the constitutional monarchy – and the possibility offered to the



*Affiche pour le référendum du 1962 sur l'élection directe du Président de la République*

executive, during the Fifth Republic, to rule by way of decrees and orders? Beyond this practice, where the exception lives, the legislative initiative is today mostly the act of a government which saw itself being categorically refused this power during the Revolution. Just as well, there is a great distance between the exceptional powers concentrated in the hands of a revolutionary government which the Deputies who are part of the Comité de salut public in October 1793 manage, and the faculty of suspending the implementation of the ordinary legal rule granted by the constitution of 1958 to the sole President.

During the Fifth Republic, would the executive become more realist than the

king, inverting the perspective outlined by the first constituents who aimed at controlling, limiting, indeed reducing its exercise? It should therefore be acknowledged that structural, indeed essential, features emerge already from revolutionary texts and institutions, which enlighten some practices in force today<sup>1</sup>. The dualism of the executive, between government function (in the hands of the *Comités*) and administrative (ministerial) function, dualism which is in embryo during the constitutional monarchy and which renews the First Republic emphasising it, is an example of them. The revolutionary distrust of the legislative power towards judges is equally determining, sanctioning the early failure of a truly independent justice. The acceptance of a reserved domain of the executive power – today especially of the head of State – is traced back to the First Republic as well, in the name of the secrecy that the exercise of certain affairs supposes and notwithstanding the control and decision power which the *Comité de salut public* could appropriate, assuming real functions of government. Finally and above all, political irresponsibility, *de iure* and *de facto*, which is that of the President of the Fifth Republic, strengthening his/her authority, seems to reproduce the institutional paradigm that consecrates the constitutional monarchy proclaiming the inviolability of the king.

The judgement of 27<sup>th</sup> July 2006 of the Constitutional Council of France (2006-540 DC, *Loi relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*) refers to that which is named as *French constitutional identity*<sup>2</sup>. Therefore, the Constitutional Council, introducing this sentence that aims at protecting France normative sovereignty with respect to the European

regulatory power, did not believe necessary to give this concept a clear definition. Would the long-lasting features that have been just mentioned take part in this identity? How is its existence affirmed despite undeniable balancing moves which see alternating parliamentary regimes where a legislative power jealous of its prerogatives triumphs with «monarchic», authoritarian reassessments which, at the very least, favour the expression of a strong executive? On the one hand and on the other, a constant emerges which is concerned with multiple areas of indistinction of powers theoretically separated<sup>3</sup>, with gaps that can be permanently observed between power and functions<sup>4</sup>, with incessant redistributions of which these last ones – namely, according to Michel Troper, legislation, government and administration<sup>5</sup>, the only truly efficient separation – can become the object.

These identities and differences came under scrutiny by jurists, historians and archivists in this current issue, which summarises, prolonging it, the work realised during the conference «Le pouvoir exécutif (Révolution/V<sup>e</sup> République)», organised on the 14<sup>th</sup> May 2013 at the National Archives<sup>6</sup>. The multidisciplinary of the approaches reveals the complementarity of the normative and documentary sources which allow scholars to understand the history and the challenges of texts and practices from a period to the other. Therefore, within a series of questions that try to outline the different domains of competence belonging to the executive, its inborn dualism, the regulatory power which is conferred to it, the external relationships as «reserved domain» or the bonds between executive and ministry of justice are the

subject of crossed perspectives, that of jurists or historians, on the one hand, that of archivists, especially of those in charge of related record collections, on the other.

It is meaningful to notice a recurrence – at least symbolic –, into the Fifth Republic version of the head of State, of a «sovereign body-statute law»<sup>7</sup>, born out of the electoral consensus, against the necessarily agonistic model which is imposed by the national, constituent, legislative Assembly – a consensus which does not upset any more the fear of cohabitation, when the calendar makes the presidential and legislative elections coincide, and which the jurisdictional control strengthened by the Constitutional Council cannot reduce. Taking from Titus Livius<sup>8</sup> the organic metaphor of the head and body which represents fighting Senate and Plebs, this «head» which the constitution of 1958 tried to give the State, according to General De Gaulle's words, would finally find docile members within the institutions. What a gap between such a model and that which is described by way of an organic close metaphor by Rousseau who

in his *Contrat social* makes legislation the driving force of the social body while the executive is its peripheral nervous system!<sup>9</sup>

Which is the price to be paid, today, for this consensus, but a gradual elimination of politics, a marginalisation of open debates within republican institutions which necessarily involves its resurrection in other places and under other forms? A civil society could answer an univocal manager State<sup>10</sup>, accepting its aspiration for dissent to the extent of most violent drifts. It remains unknown if this society can truly establish itself as political space assuring the multiplicity of opinions it harbours an equal capacity of expression, and which answers the executive, main institutional engine since 1958, would be able to give, if necessary, to questions and expectations which would emerge.

<sup>1</sup> M. Troper, *La constitution de 1791 aujourd'hui*, in « Revue française de Droit constitutionnel », n. 9, 1992, pp. 3-14.

<sup>2</sup> M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Montchrestien, 12<sup>e</sup> édition, 2012, p. 517.

<sup>3</sup> M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980.

<sup>4</sup> Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France* cit., p. 74.

<sup>5</sup> Troper, *La séparation des pouvoirs* cit.

<sup>6</sup> À l'initiative de Michel Troper,

cette journée a permis de réunir les auteurs représentés dans ce volume, à savoir : Jean-Charles Bédague, Guillaume Glénard, Jean-Louis Halpérin, Cyprien Henry, Arnaud Le Pillouër, Virginie Martin, Marcel Morabito, Vivien Richard, François Saint-Bonnet et Michel Troper. De la richesse et du grand intérêt de leurs interventions et de leurs échanges est issue l'initiative de l'édition présente. Nous tenons ici à renouveler à chacun notre gratitude.

<sup>7</sup> F. Saint-Bonnet, *Etat d'exception*,

*droit et politique*, in *L'exception dans tous ses états*, Marseille, Parenthèses, 2007, pp. 149-161.

<sup>8</sup> Tite-Live, *Histoire romaine* II, 32.

<sup>9</sup> J.-J. Rousseau, *Contrat social* II, 6. Nous renvoyons à l'analyse que donne de cette métaphore B. Bachofen, *La notion d'exécution chez Rousseau. Une psychopathologie du corps politique*, in « Revue Française d'Histoire des Idées politiques », XXXIV, n. 2, 2011, pp. 275-298. Je dois à Arnaud Le Pillouër, que je remercie vivement, d'avoir ainsi pu filer cette métaphore traditionnelle et

néanmoins toujours opératoire.

- <sup>10</sup> Au point que l'on peut se demander dans quelle mesure le constat que fait Arendt en 1970 concernant la démocratie américaine ne s'applique pas à la situation politique en France aujourd'hui. H. Arendt, *La désobéissance civile*, in *Du mensonge à la violence*, Paris, Calmann-Lévy, 1972, pp. 90-91 : « Le système de gouvernement représentatif connaît aujourd'hui une crise en partie parce qu'il a perdu, avec le temps, toutes les institutions qui pouvaient permettre une participation effective des citoyens et, d'autre part, parce qu'il est gravement atteint par le mal qui affecte le système des partis : la bureaucratisation et la tendance des deux partis à ne représenter que leurs appareils ».

\*\*\*

- <sup>1</sup> M. Troper, *La constitution de 1791 aujourd'hui*, in «Revue française de Droit constitutionnel», n. 9, 1992, pp. 3-14.
- <sup>2</sup> M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Montchrestien, 12<sup>th</sup> édition, 2012, p. 517.
- <sup>3</sup> M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980.
- <sup>4</sup> Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France* cit., p. 74.
- <sup>5</sup> Troper, *La séparation des pouvoirs* cit.
- <sup>6</sup> Organised by Michel Troper, this conference allowed the gathering of the authors whose articles are collected in this issue, specifically: Jean-Charles Bédague, Guillaume Glénard, Jean-Louis Halpérin, Cyprien Henry, Arnaud Le Pillouër, Virginie Martin, Marcel Morabito, Vivien Richard, François Saint-Bonnet et Michel Troper. From the richness and great interest of their interventions and exchanges the initiative of this issue of the Journal of Constitutional History was born. We would like here to express again our gratitude to everybody.
- <sup>7</sup> F. Saint-Bonnet, *Etat d'exception, droit et politique*, in *L'exception dans tous ses états*, Marseille, Parenthèses, 2007, pp. 149-161.
- <sup>8</sup> Tite-Live, *Histoire romaine* II, 32.
- <sup>9</sup> J.-J. Rousseau, *Contrat social* II, 6. We refer to the analysis of this metaphor elaborated by B. Bachofen, *La notion d'exécution chez Rousseau. Une psychopathologie du corps politique*, in «Revue Française d'Histoire des Idées politiques», XXXIV, n. 2, 2011, pp. 275-298. I am indebted to Arnaud Le Pillouër, who I thank greatly, for having been able to relate here this traditional, nonetheless still used, metaphor.
- <sup>10</sup> To the point that it is possible to question oneself to what extent the assertion concerning the American democracy that Arendt

enunciated in 1970 does not apply to France current political situation. H. Arendt, *La désobéissance civile*, in *Du mensonge à la violence*, Paris, Calmann-Lévy, 1972, pp. 90-91 : «The system of representative government registers today a crisis, on the one hand, because it has lost, over time, all institutions which could permit effective citizens' participation, and, on the other, because it is seriously affected by the evil that troubles the political parties system : the bureaucratisation and the tendency of the two parties of representing only their political machinery».