

TRAVAUX DIRIGÉS DE DROIT CONSTITUTIONNEL

Cours de : M. le Professeur **Stéphane PIERRÉ-CAPS**

Chargée de TD : Dr. **Maria KORDEVA**

Année universitaire 2019/ 2020 – Licence L1 – S1

SÉANCE n°2

La notion de constitution

I. Documents reproduits :

Doc. n°1 : Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 299 et suiv. (extraits).

Doc. n°2 : René Capitant, « La coutume constitutionnelle », *Revue du droit public*, 1979, p.960-970.

Doc. n°3 : Stéphane Rials, « Réflexions sur la coutume constitutionnelle », *Revue administrative*, 1979, p. 265-273.

Doc. n°4 : Pierre Avril, « Les ‘conventions de la Constitution’ », *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, p. 327-340.

II. Exercice :

Vous rédigerez une dissertation sur le sujet suivant :

La constitution : loi fondamentale et suprême de l'État.

Document n° 1 :

35. – LA PYRAMIDE DE L'ORDRE JURIDIQUE.

a) *La Constitution.*

Dans les développements précédents, on a déjà évoqué à mainte reprise cette particularité que présente le droit de régler lui-même sa propre création. On peut distinguer deux modalités différentes de ce règlement. Parfois, il porte uniquement sur la procédure : des normes déterminent exclusivement la procédure selon laquelle d'autres normes devront être créées. Parfois, il va plus loin et porte également sur le fond : des normes déterminent – jusqu'à un certain point – le contenu, le fond d'autres normes dont elles prévoient la création. On a déjà analysé le rapport entre les normes qui réglementent la création d'autres normes et ces autres normes : en accord avec le caractère dynamique de l'unité des ordres juridiques, une norme est valable si et parce qu'elle a été créée d'une certaine façon, celle que détermine une autre norme ; cette dernière constitue ainsi le fondement immédiat de la validité de la première. Pour exprimer la relation en question, on peut utiliser l'image spatiale de la hiérarchie, du rapport de supériorité-subordination : La norme qui règle la création est la norme supérieure, la norme créée conformément à ses dispositions est la norme inférieure. L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques. Son unité résulte de la connexion entre éléments qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci ; qu'à son tour, la création de cette dernière a été elle aussi réglée par d'autres, qui constituent à leur tour le fondement de sa validité ; et cette démarche régressive débouche finalement sur la norme fondamentale – norme supposée. La norme fondamentale hypothétique – en ce sens – est par conséquent le fondement de validité suprême, qui fonde et scelle l'unité de ce système de création. Commençons par raisonner uniquement sur les ordres juridiques étatiques. Si l'on s'en tient aux seules normes positives, le degré suprême de ces ordres est formé par leur Constitution. Il faut entendre ici ce terme en un sens matériel ; ou il se définit : la norme positive ou les normes positives qui règlent la création des normes juridiques générales. La Constitution ainsi entendue peut être créée soit par voie de coutume, soit par un acte ayant cet objet et ayant pour auteurs un individu ou plusieurs individus, autrement dit : par acte de législation. Dans le second cas, elle est toujours consignée dans un document ; pour cette raison, on l'appelle une

Constitution « écrite » ; alors que la Constitution coutumière est une Constitution non-écrite. Il se peut aussi qu'une Constitution au sens matériel se compose pour partie de normes légiférées et écrites, pour partie de normes coutumières et non-écrites. Il est également possible que les normes d'une Constitution créée coutumièrement soient codifiées à un moment donné ; si cette codification est l'œuvre d'un organe de création du droit et a par suite un caractère obligatoire, la Constitution née coutumière devient une Constitution écrite.

Le terme Constitution est pris aussi en un sens formel : la Constitution au sens formel est un document qualifié de Constitution, qui – en tant que Constitution écrite – contient non seulement des normes qui règlent la création des normes juridiques générales, c'est-à-dire la législation, mais également des normes qui se rapportent à d'autres objets politiquement importants, et, en outre, des dispositions aux termes desquelles les normes contenues dans ce document ne peuvent pas être abrogées ou modifiées de la même façon que les lois ordinaires, mais seulement par une procédure particulière, à des conditions de difficulté accrue. Ces dispositions représentent la forme constitutionnelle ; en tant que forme, cette forme constitutionnelle peut recevoir n'importe quel contenu, et elle sert en première ligne à stabiliser les normes que l'on a appelées la Constitution matérielle, et qui sont la base positive de l'ensemble de l'ordre juridique étatique.

Lorsqu'elle est Constitution écrite, la Constitution de l'État se présente parfois dans une forme spécifiquement constitutionnelle, c'est-à-dire sous forme de normes qui ne peuvent pas être abrogées ou modifiées comme les lois ordinaires, mais seulement à des conditions d'une difficulté accrue. Il se peut cependant que ce ne soit pas le cas ; ce ne l'est évidemment pas pour les États dont la Constitution est de caractère coutumier, c'est-à-dire est née de la conduite coutumière habituelle des individus soumis à l'ordre juridique étatique et n'a pas été codifiée par la suite. En ce cas, les normes qui ont le caractère de Constitution matérielle peuvent, elles aussi, être soit abrogées soit modifiées par les lois ordinaires ou par le droit coutumier.

Il est possible que le pouvoir d'édicter, d'abroger et de modifier les lois constitutionnelles au sens spécifiquement formel, soit attribué à un organe différent de celui qui a le pouvoir d'édicter, abroger et modifier des lois ordinaires. Par exemple, il se peut que la composition et le mode d'élection de l'organe investi de la fonction constituante soient différents de ceux de l'organe investi de la fonction de législation ordinaire, – ce sera par

exemple une Assemblée constituante, il serait plus exact de dire : une Assemblée législative constitutionnelle. Le plus souvent cependant, les deux fonctions sont exercées par un seul et même organe.

La Constitution qui règle la création des normes générales peut déterminer aussi le contenu de certaines lois futures ; et les Constitutions positives le font assez fréquemment en prescrivant certains contenus ou en excluant certains contenus. Dans le premier cas, on n'a affaire, le plus souvent, qu'à une promesse que les lois seront édictées, sans qu'il y ait véritablement obligation de les édicter, parce qu'il n'est guère possible, ne serait-ce qu'en raison de facteurs de technique juridique, d'attacher une sanction à la non-édiction de lois ayant le contenu prescrit. Par contre, il est plus facile d'exclure constitutionnellement de façon efficace l'édiction de lois d'un contenu déterminé. Le catalogue de droits et libertés fondamentaux qui forme un contenu typique des Constitutions modernes n'est pour l'essentiel rien autre chose qu'une tentative pour prévenir l'établissement de telles lois. Il est efficace si l'édiction d'une telle loi – par exemple d'une loi qui lèse la liberté de la personne ou la liberté de la conscience ou l'égalité – engage la responsabilité personnelle de certains organes associés à l'édiction – chef de l'État, ministres –, ou si est instituée la possibilité de les attaquer et d'obtenir leur annulation. A supposer, bien entendu, que la loi ordinaire ne possède pas la force de déroger à la loi constitutionnelle qui règle sa création et son contenu, que les lois constitutionnelles ne puissent être modifiées ou abrogées qu'à des conditions plus difficiles, telles que la majorité qualifiée, quorum supérieur, etc..., c'est-à-dire à condition que la Constitution prescrive pour sa propre modification ou abrogation une procédure différente de la procédure de la législation ordinaire, et plus difficile, – qu'il y ait à côté de la « forme de loi » une « forme de Constitution » distincte et originale.

LA COUTUME CONSTITUTIONNELLE

L'empire préparait le concours d'agrégation de droit public. René Capitant avait été nommé premier secrétaire de la Conférence du stage des élèves au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation; et, à ce titre, lui était été le privilège de prononcer le traditionnel discours de rentrée à l'ouverture des travaux de cette conférence (décembre 1929).

Lorsqu'il fut élu, ainsi à la coutume constitutionnelle obtint au près de lui un grand succès; cependant, assez curieusement, elle ne fut publiée que dans une brochure de diffusion restreinte et dans la Gazette de Palau (1). Depuis lors, elle n'a pas été rééditée, bien que juristes et autres politiques y fussent, à l'occasion, référence ou allusion.

Sur le sujet même de R. E. Charlier et avec l'accord de Mme René Capitant, les Revues du droit public présente à ses lecteurs ce beau texte et l'accuse de s'être égaré de laisser tomber dans l'oubli.

Il est certainement bien inutile de rappeler à nos lecteurs la place éminente qu'a tenue René Capitant dans la science juridique et politique française et dans la conduite du gouvernement de la France. Je me bornerai à souligner les traits par lesquels, au lendemain de sa mort, Louis Vallon a caractérisé son intelligence lumineuse, âme ardente, cœur pur »

M. W.

Les mots, comme les hommes, portent le poids du péché originel. C'est, du moins, ce que dit un auteur espagnol, qui, par moments, s'élève au-dessus de la langue. S'ils donnent à la pensée la vie, à la forme et à l'espérance, au corps, ils la condamnent, dit notre auteur, à la mort, corps du concept, à qui il donne la vie et la chair, finit par se perdre, s'il ne sait pas trouver sa rédemption. »

Il faut donc se méfier des mots, qui sont la tentation de l'esprit, et se méfier de ceux qui après les avoir rachetés du mensonge.

La question que la coutume, si l'on se fie au mot ? C'est le droit positif d'usage selon l'usage, perpétuant la tradition. C'est le droit positif par sa persistance, il est devenu comme le reflet des mœurs et les autres modèles.

Mais la notion même, la notion, rachetée, est tout autre. Elle s'oppose

(1) *Revue de Palau*, 20 décembre 1929.

au droit écrit, et non pas au droit nouveau. Elle est le droit non écrit et non pas le droit vieilli.

Certes, on ne méconnaît pas, en général, cette seconde définition mais on ne se résout pas à faire abstraction de la première, et l'on en vient alors à définir la coutume par un double caractère. La coutume serait tout à la fois traditionnelle et non écrite.

Mais le meilleur signe que la coutume ne contient pas en elle cette idée de tradition et s'absorbe tout entière dans l'opposition au droit écrit, c'est qu'on affirme tout aussi généralement qu'elle est susceptible de se modifier, que même on vante sa souplesse en face de la rigidité du droit écrit. N'est-ce pas qu'elle est capable de modifier les usages et non de les consacrer seulement ? N'est-ce pas qu'elle englobe tout le droit non écrit, novateur aussi bien que traditionnel, ou, pour être plus précis, tout le droit positif non écrit, car la notion de coutume se distingue de celle de droit naturel. Dans le cadre du droit positif, par conséquent, coutume et droit écrit sont seuls en présence, et chacun englobe tout ce qui n'est pas l'autre.

Historiquement, aussi, les deux notions se sont opposées. Mais la lutte entre droit écrit et droit coutumier, que Charles VII ouvrit en décidant qu'il serait procédé à la rédaction officielle des coutumes, semble terminée depuis plus d'un siècle. La Révolution, sur ce point comme sur tant d'autres, achevant et accélérant, loin de rompre de renverser l'évolution des siècles précédents, consacra le triomphe de la codification et, depuis, nous vivons sous l'empire du droit écrit. Ce progrès, car c'en est un, est acquis, et je n'ai pas l'intention de prédire, encore moins de prétendre constater, un retour vers cette forme ancienne du droit. Le droit doit être écrit, parce qu'il doit être publié. Il doit être non le secret des puissants, mais la règle publique et commune, car la règle est tyrannique tant qu'elle est imprimée et la codification est bien la condition d'un droit juste et d'une obéissance librement consentie. Mon projet n'est donc pas d'instruire de vive voix le procès du droit écrit.

Pour le faire cependant, je n'aurais qu'à céder à deux courants distincts qui tout puissamment se dirigent leur action parmi les juriconsultes de notre temps. Car, depuis qu'on a célébré le centenaire de notre Code civil et l'on peut même se demander si, par quelque déraison du sort, cette glorification n'est pas à l'origine du mouvement auquel nous faisons allusion, depuis cette époque, les critiques se sont multipliées contre la notion de codification et de droit écrit.

Les unes reprochent au droit écrit sa rigidité, aux codes l'immobilité de leurs cadres, dénoncent la codification, comme un obstacle au cours du droit. Mais le droit écrit n'est rigide qu'autant que le législateur néglige de l'assouplir, et rien n'autorise celui-ci à se représenter l'œuvre accomplie. Il garde sa compétence après avoir légitimé et permis à lui de rajouter sans cesse le droit promulgué. S'il est vrai que nous

droit écrit soit en retard sur les faits et les tendances de notre époque, la critique vise donc le législateur plus que le système du droit écrit.

D'autre part, un courant d'idées plus important encore, et qui a puisé dans l'étude du droit anglais et du droit américain une partie de sa force, oppose au droit écrit la jurisprudence. Il est très vrai que nous assistons à une sorte de revanche du juge sur le législateur. Alors que le juge du dix-neuvième siècle était cantonné dans la stricte application des lois écrites, il a peu à peu conquis le pouvoir d'interpréter, et par là de déterminer dans une certaine mesure, le texte des lois, celui aussi de suppléer à leur silence, en un mot un pouvoir subordonné, mais réel de création du droit. Notre droit est ainsi composé, à l'instar du droit anglo-américain où cette dualité est reconnue depuis toujours, de règles écrites et de règles jurisprudentielles, et ce dernier type est aujourd'hui souvent même au-devant du premier. Si la jurisprudence était, comme l'affirme M. Haunon, la forme moderne de la coutume, il faudrait donc constater un renouveau de la coutume en droit. Mais, en réalité, coutume et jurisprudence ont pour seul trait commun de n'être pas l'œuvre du législateur, mais elles s'opposent profondément en ce que l'une est notamment l'œuvre d'une autorité sociale, le juge, tandis que l'autre est le produit direct de la société dans laquelle elle a vigueur. Ainsi, la jurisprudence est une variété du droit écrit, et non de la coutume. Sans doute, la procédure suivant laquelle se forment les règles jurisprudentielles diffère de la procédure législative. Elle est *a posteriori*, peut-on dire, et beaucoup plus lente. Une règle jurisprudentielle ne s'établit qu'à force de décisions particulières. Elle n'est pas annoncée à l'avance comme la loi, mais au contraire, elle se dégage peu à peu des yeux de l'interprète des applications qui en sont faites par le juge. Mais, pour n'être énoncée qu'au moment de son application, elle n'en est pas moins écrite dans les motifs des décisions concordantes, édictée par une autorité compétente ; elle rentre donc bien dans la catégorie du droit écrit entendu largement, et s'oppose par ce trait à la coutume.

À ce point sans doute, de mon discours et de mes définitions, on est prêt à conclure que la coutume occupe, à notre époque, la place la plus modeste. Tout au plus se souviendra-t-on que certains usages sont toujours en matière commerciale ou rurale, mais dans la mesure seulement où le législateur lui-même prescrit de s'y conformer, si bien qu'avec raison on y verra un effet de la loi plutôt que de la coutume.

Pourtant, le domaine du droit constitutionnel conserve à la coutume une place éminente. Si le corps même de notre droit est aujourd'hui écrit à la tête de l'édifice juridique, la coutume subsiste ; dans la pyramide juridique, les degrés supérieurs sont coutumiers ; notre droit, tout écrit qu'il soit, a pourtant toujours sa source et son fondement dans la coutume, car la notion de constitution est tout imprégnée de la notion de coutume.

Et cela est vrai en quelque sens qu'on prenne le mot constitution. Que par ce mot, l'on désigne les institutions politiques et le système de Gouvernement ou bien l'ensemble des règles de puissance renfermées excédant la compétence du législateur ordinaire, dans l'un et l'autre cas dans l'un et l'autre sens, la constitution présente un caractère essentiellement coutumier.

* * *

Le régime parlementaire, apparu en Angleterre, au XVIII^e siècle, introduit en France au début du XIX^e, n'est parvenu qu'à notre époque, après la guerre, à faire inscrire les règles de son fonctionnement dans des documents constitutionnels. C'est dans la Constitution de Weimar du 11 août 1919, et peu après dans les Constitutions tchéco-slovaque, autrichienne et polonaise que, pour la première fois, on a déclaré que les ministres doivent démissionner si le Parlement leur retire sa confiance par un vote exprès.

Si l'on remarque, en outre, que c'est précisément dans ces pays ou dans certains d'entre eux au moins, que le fonctionnement du régime parlementaire semble avoir le plus de peine à s'acclimater, s'il n'est fait compromis, on reconnaît l'étrange faiblesse des textes en matière constitutionnelle, la force d'évasion de la vie politique hors des formules. L'on a tenté de l'enserrer, le divorce presque constant qui en résulte entre l'apparence juridique et la réalité politique, en un mot l'impuissance de la coutume constitutionnelle à côté, et souvent à l'encontre, des constitutions écrites. La France, en qui l'on voit un pays de constitution écrite et même de Constitution rigide, n'échappe pas à cette loi. La comparaison du texte de notre Constitution et des règles véritables de notre Gouvernement en fournit facilement la preuve. Il ne suffit pas en effet, de considérer nos lois de 1875 comme sommaires et incomplètes, mais fournissant pourtant le cadre des institutions que la pratique constitutionnelle a précisées, il faut porter sur elles un jugement plus sévère, car le régime qu'elles esquissent n'est pas le régime positif, mais celui-ci s'est constitué non dans le cadre, mais en marge du texte de ces lois. Du moins en est-il ainsi pour les règles essentielles, celles qui caractérisent le régime, qui permettent de le classer parmi les grands types de régime politique, qui lui donnent sa véritable figure, en qui se reflète par conséquent, sa véritable nature. Il est évident, en effet, que les lois de 1875 ne sont pas fausses de leur première à leur dernière disposition, et que, par exemple, les dispositions sur l'organisation des Prénoms publics, sur l'élection du Président de la République ou l'élection des députés sont effectivement en vigueur. Mais les règles essentielles du fonctionnement des organes politiques, celles qui règlent les compétences respectives, qui marquent leur place véritable dans la hiérarchie des compétences, celles-là sont édictées par la coutume et le seul point d'encontre du texte de notre Constitution.

Ces règles essentielles sont, me semble-t-il, au nombre de trois. Ce sont les ministres qui gouvernent ; ils doivent jour de la confiance des Chambres, enfin, le Président de la République, quoiqu'il ne gouverne pas, a, néanmoins, certains pouvoirs propres. Or, aucune d'entre elles ne se trouve dans le texte de la Constitution.

C'est, en effet, au Président de la République et non aux ministres que l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 confie le Gouvernement. C'est lui qui est, au dire de ce texte, le chef du Pouvoir exécutif, le gouvernant de la France, car c'est bien gouverner que d'avoir l'initiative des lois, que d'en surveiller et d'en assurer l'exécution, que de disposer de la force armée, que de nommer à tous les emplois civils et militaires. Et pourtant, la règle en vigueur est tout autre. Le véritable chef du Pouvoir exécutif, c'est un organe collégial, un conseil, qui délibère souvent en présence du Président de la République, mais dont celui-ci ne fait même pas partie, c'est le Conseil des Ministres. C'est ce Conseil, et ce Conseil seul, qui a compétence pour gouverner sous le contrôle des Chambres. C'est de lui que les ministres sont les ministres, car c'est de lui qu'ils tiennent leurs instructions, et c'est à lui qu'ils rendent compte de leur soumission à la politique générale déléguée en commun. Le Conseil des Ministres tient dans notre droit positif, et en vertu d'une règle purement coutumière, la place que le droit écrit, et par cette contradiction même abrégée, attribue au Président de la République.

C'est en vain qu'on a tenté d'atténuer cette opposition entre droit écrit et droit coutumier, en essayant de rejoindre la règle en vigueur par une interprétation plus souple et moins littérale de nos lois constitutionnelles, afin de la présenter sinon comme l'expression directe du droit écrit, du moins comme une conséquence logique de celui-ci, appliquée en lui comme la conclusion dans les prémisses. Le commentaire ordonné des lois de 1875 invoque à cet effet trois autres règles inscrites dans ces lois (exactement dans les articles 3 et 6 de la loi du 25 février 1875) : celle du contreseing ministériel, celle de la responsabilité confessionnelle et enfin celle de l'irresponsabilité présidentielle. De la confrontation de ces textes, il apparaît que la compétence extérieure est attribuée par l'article 3 à la volonté du Président de la République, mais qu'en vertu des textes suivants au ministre contreseignant et responsable. La compétence suivrait la responsabilité, et ainsi se résoudrait l'opposition apparente entre droit écrit et coutume en une simple contradiction entre dispositions écrites.

Cette tentative en vue de justifier le droit en vigueur par le texte écrit le désir de sauver à tout prix ce principe qui régit dans la mentalité juridique contemporaine et suivant lequel le droit écrit reste en vigueur tant qu'il ne s'est pas abrogé lui-même. Elle n'est, en réalité, qu'une déformation volontaire du droit écrit pour le ramener en harmonie avec le droit positif, qu'un refus de voir l'opposi-

d'observer qu'elle se trouve dans trois constitutions au moins, dans la Charte de 1814, dans la constitution prussienne de 1850 et dans la constitution de 1875. Or, en Prusse, les ministres ne se sont jamais retirés sur un vote du Parlement, sous la Restauration, ils ont souvent hésité à le faire, sous la IIIe République ils sont tenus de se démettre. Dira-t-on que la règle était la même sous les trois régimes, ou admettra-t-on que, malgré l'identité du texte, trois règles différentes se sont trouvées en vigueur, qui relevaient de la coutume ?

C'est autour de la compétence présidentielle que les jeux de la coutume et du droit écrit sont peut-être le plus subtils. Après avoir déposé, comme je l'indiquais tout à l'heure, le Président de la République de la majorité des pouvoirs énoncés par l'article 3 de notre première loi constitutionnelle, voici, en effet, qu'elle vient en confirmer certains autres. Après lui avoir dénié, comme Thiers faisait en 1829, le droit de gouverner, voici qu'elle lui laisse plus que le droit de régner, qu'elle lui conserve certaines compétences actives, le droit de décider certains actes juridiques.

Tu ne gouverneras pas, lui a-t-elle dit, mais tu désigneras les gouvernants, ajoute-t-elle, ou du moins le premier d'entre eux, le Président du Conseil. Sans doute le décret de nomination de ce personnage se présente extérieurement comme tous les autres décrets, il porte la signature du Président de la République et le contreseing d'un ministre. Mais cette forme, ailleurs trompée, correspond maintenant à la réalité. La signature du Chef de l'État traduit un véritable pouvoir de désigner de celui-ci. C'est le Chef de l'État qui choisit et qui nomme, et non le ministre contreseignant. Car le contreseing ministériel, à son tour, devient ici fidèle à son nom ; il n'est qu'une signature en second, exigée pour la forme, donnée par le Président du Conseil démissionnaire et que celui-ci est juridiquement tenu de fournir, sans participer en rien au choix de son successeur, sans collaborer à la décision qui relève exclusivement de la compétence du Président de la République.

Ce reveil de la compétence présidentielle n'est, d'ailleurs, pas de longue durée, car le choix des simples ministres lui échappe déjà. Signature et contreseing échangent à nouveau leur nature, la volonté du Chef de l'État s'efface devant celle du nouveau Président du Conseil, et sa main seule désormais reste juridiquement compétente. Non pas tout à fait cependant ; dans la liste des pouvoirs énoncés par l'article 3, il en est un encore qui échappe à ce transfert de compétence, et c'est le droit de grâce. L'appel suprême du condamné au plus haut magistrat de l'État, ce suprême recours à l'équité, cette chance laissée à la raison d'État de se faire indulgente, cet appel aux scrupules d'une conscience à la pitié d'un homme, c'est à celui vers qui il est lancé de l'entendre et de le juger en personne. Le Garde des Sceaux, interpellé à la Chambre des députés sur une mesure de grâce, a pour cette raison refusé de répondre. Sans doute, les décrets de grâce portent son contreseing, mais ils ne sont pas de lui et n'emportent pas sa responsabilité.

Le Président de la République eut aussi jadis, dans sa compétence propre et active, le droit de révocation des ministres et le droit de dissolution de la Chambre des députés, mais il semble qu'il les ait aujourd'hui perdus. Il semble que le premier de ces droits, exercé une fois, le 16 mai 1877, soit depuis tombé en désuétude et que le second, également exercé une seule fois et à la même époque, soit passé au pouvoir du Cabinet. Mais les pouvoirs qui appartiennent sans conteste au Chef de l'État suffisent à lui assurer un rôle considérable dans la vie politique. Designé un chef de Gouvernement au Parlement, ce peut être, surtout dans les périodes de crise, dans les périodes d'incertitude, de laisser une majorité nouvelle, créer cette majorité, la forcer à se trouver quand elle s'ignorait, ouvrir à la politique nationale une voie qui, peut-être, n'eût été que celle des possibilités marquées, des occasions perdues.

Or, ce rôle qui nous apparaît ainsi avec toute son importance, c'est bien de la coutume que le tient le Président. Car si les pouvoirs qui lui permettent de l'exercer sont inscrits dans la loi constitutionnelle, c'est premièrement avec ceux qui lui ont échappé, sans que rien dans le texte permette de faire le départ. C'est hors du texte, dans la coutume par conséquent, que s'est dessinée la sphère propre de compétence du Chef de l'État, non gouvernant, mais arbitre et parfois magicien des majorités gouvernementales.

Ainsi, malgré l'existence d'une constitution écrite, nos institutions constitutionnelles sont essentiellement coutumières.

* * *

Les règles de valeur constitutionnelle sont celles qui s'imposent au législateur ordinaire, qui excèdent sa compétence, auxquelles les lois ordinaires ne peuvent valablement déroger. On a dit, et c'est une opinion que je n'ai rejetée qu'au terme des longues réflexions où m'a conduit, on a dit qu'il y avait contradiction entre la notion de son définitivité entendue et la notion de coutume, si bien qu'une règle coutumière ne saurait jamais avoir de valeur constitutionnelle. C'est, dit-on, que les lois constitutionnelles sont, par définition, écrites, parce qu'elles ont servi pour leur modification la procédure spéciale de révision constitutionnelle comportant, dans la Constitution de Weimar, une majorité spéciale au sein des Chambres, dans la Constitution de 1875, la réunion des deux Chambres en Assemblée nationale.

Mais cette opinion ne m'apparaît que l'affirmation injustifiée du principe qu'il n'y a de droit qu'écrit. Car définir les lois constitutionnelles, comme elle fait, par la procédure de leur création, c'est supposer d'abord qu'elles sont écrites, c'est donc poser au point de départ du raisonnement la préposition qu'il faut démontrer.

Or, si l'on prend en considération la véritable notion de constitution, si l'on parle de force et non pas de forme constitutionnelle, si la constitutionnalité d'une règle réside non dans la procédure de sa création, mais dans le degré qu'elle occupe dans la pyramide juridique (et cette terminologie aurait bien dû éclairer ceux à qui je l'emprunte), alors la notion de coutume constitutionnelle cesse d'être contradictoire ; je peux même dire que la coutume est essentiellement constituante et que la constitution, dans ses degrés supérieurs, est nécessairement confirmatrice. Or, qu'est-ce que la coutume, sinon les règles directement posées par la nation, non écrites, c'est-à-dire écrites dans la pensée et la conscience des individus qui composent le groupe social, connues pour cette raison sans être publiées, obéies sans être imposées ? Qu'est-ce que la coutume, sinon la conscience et la volonté nationales ? Et si la nation est souveraine, si elle est le constituant suprême, et si tous les autres pouvoirs sont nécessairement constitués par elle, n'est-ce pas la coutume, par quoi elle s'exprime, qui est à la base de tout ordre juridique ? La source de toute constitution n'est-elle pas nécessairement coutumière ?

Ainsi la force constituante de la coutume n'est qu'un aspect de la souveraineté nationale. Or, la nation est souveraine par nature et par définition même du droit positif. On entend souvent le principe de la souveraineté nationale en la revendication de la souveraineté nationale, en l'appel à la démocratie. Dans ce sens, évidemment, la souveraineté n'est pas un caractère nécessaire de la nation, puisqu'elle n'est jouée dans certains régimes politiques, elle en est privée dans d'autres. Mais, ce qu'on appelle alors souveraineté ou démocratie, c'est seulement à y regarder de près, la participation de la nation à l'élaboration du droit écrit, l'organisation de moyens écrits de manifestation de la volonté nationale, et c'est évidemment toujours par un effet de défiance, déjà dénoncée, à absorber tout le droit dans le droit écrit qu'on a pu ainsi confondre la démocratie avec la législation populaire écrite. Mais si l'on considère le droit dans son ensemble, si l'on recherche quelle est la participation du peuple, non plus seulement à la législation écrite, mais à l'élaboration du droit positif tout entier, écrit ou coutumier, on voit alors que le principe de la souveraineté nationale n'a de signification. La nation n'a plus à revendiquer la souveraineté, elle la possède nécessairement, sous tous les régimes. Lors même qu'elle n'a pas le droit de manifester par écrit sa volonté, elle a néanmoins une volonté et qui s'impose. Elle reste au moins maîtresse de son destin, et par conséquent délient la positivité du droit, car le droit positif n'est autre que celui qui s'applique réellement et dont les prescriptions sont suivies, auquel se conforme la société qu'il régit. En cessant d'être à une règle, la nation lui retire donc son caractère positif, autrement dit l'adhère ; en la reconnaissant valable et en se soumettant à ses prescriptions, elle lui confère le caractère positif, autrement dit elle

donne vigueur. Le droit peut bien recevoir son contenu du législateur, c'est de la nation qu'il tiendra toujours sa vigueur. (Quels que soient les pouvoirs du législateur, ils ne sont rien sans la soumission de la nation, si bien que le monarque tient encore d'elle sa compétence. C'est en ce sens que la nation est souveraine et que la coutume, directement créée par la nation, est supérieure au droit écrit. La coutume possède donc la valeur constitutionnelle puisqu'elle s'impose au législateur ordinaire ; elle s'impose même au législateur constituant qui, sous de super-légalité constitutionnelle dont s'est servi M. Hauvion, est nécessairement conforme au droit positif, dont elle forme le degré supérieur, car deux règles contradictoires ne peuvent être en vigueur simultanément. Elle n'est pas un ensemble de principes de droit naturel, mais elle est donc contradictoire d'y chercher, comme tant d'auteurs l'ont fait, des raisons de condamner le droit positif. La thèse de la coutume constitutionnelle, pour une partie de la doctrine, n'est guère qu'une invitation adressée au juge de résister à l'évolution du droit positif, de condamner au nom de principes supérieurs certaines réformes introduites en matière sociale ou fiscale. Mais la coutume ne peut pas davantage être contraire à une jurisprudence établie qu'elle ne peut l'être au droit positif, et, dans la mesure où on l'invoque contre celui-ci, on lui attribue un contenu qu'elle n'a pas.

Si la coutume constitutionnelle perd, du fait de cette observation, sa valeur militante, elle n'en reste pas moins pour le juriste une notion essentielle, sans laquelle on ne peut comprendre ni connaître la véritable structure de l'édifice juridique. Si, en effet, elle est toujours conforme au droit positif, elle peut contredire le droit écrit, précisément comme mesure ou celui-ci n'est pas appliqué. Elle peut aussi le suppléer. Et cela, quand même elle le confirme, cette confirmation n'est pas sans effet, car elle renforce la valeur de la règle écrite, fait échapper celle-ci à la sphère de compétence du législateur ordinaire, pour l'élever jusqu'à la sphère de compétence coutumière.

* *

La coutume agit donc de trois façons : elle confirme, elle supplée, elle modifie le droit écrit.

Elle peut le confirmer, tout d'abord, et nous assistons alors à ce phénomène d'appropriation du droit par les sujets, qu'a si bien décrit M. Hauvion. Le droit minoritaire, dit-il, et il faut entendre par là le droit créé par un pouvoir constitué, devient majoritaire, c'est-à-dire qu'il prend peu à peu ses racines dans la nation, et que, semé par le législateur, il se met à puiser la vie dans les couches sociales elles-mêmes. Or, par le prince, il est reçu et approprié par la nation, et si celui-ci,

s'en croyant toujours maître, s'avise de vouloir le retirer, c'est alors qu'il s'aperçoit que sa créature s'est détachée de lui et qu'elle a franchi les bornes de sa compétence. Charles X en fit l'expérience, mais il n'est pas nécessaire de rechercher dans l'histoire des témoignages de cette constitutionnalisation coutumière. Il est dans notre législation assez de règles qui se présentent extérieurement sous la forme et avec la valeur des lois ordinaires, mais que la coutume est secrètement venue doubler. Apparemment, et à s'en tenir aux dits du droit écrit, elles sont toujours de la compétence du législateur, elles peuvent être abrogées, comme elles ont été créées, par une loi ordinaire ; mais, sous-jacente, une règle coutumière interdit au Parlement de les retirer. La coutume les a faites constitutionnelles et même supraconstitutionnelles, car elles échappent également au pouvoir de l'Assemblée nationale. Qu'on songe à tout ce qu'on appelle les conquêtes de la démocratie, qu'on songe à la liberté syndicale, qu'on songe aux mesures de protection du travail, ou si l'on veut un exemple plus frappant encore, qu'on songe à l'abolition de l'esclavage, et l'on reconnaîtra que ces règles ne sont pas sous la dépendance du législateur. Elles font partie de ce fonds dont la nation ressent directement la nécessité et qu'elle n'abandonne plus à la discrétion du Parlement.

La coutume supplée aussi le droit écrit. C'est dire qu'il y a certaines règles purement coutumières, dont le contenu n'est inscrit dans aucune règle écrite, mais qui combient une lacune du droit écrit. C'est ainsi que parmi les règles qui attribuent compétence aux organes de l'État, la plus élevée est nécessairement coutumière. Car si une assemblée constituante attribue par une règle écrite compétence à une assemblée législative, d'où l'assemblée constituante à son tour tient-elle sa compétence, sinon de la nation elle-même, du consentement de celle-ci, de la reconnaissance par celle-ci de son caractère constituant, c'est-à-dire de la coutume ? Or, c'est sur cette règle coutumière que se fonde toute la validité du droit écrit, en elle que s'achève son unité.

Enfin, la coutume peut abroger le droit écrit. Elle peut même abroger la constitution écrite, et c'est ainsi qu'elle a substitué aux règles inscrites dans les articles 3 et 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 les règles toutes différentes du régime parlementaire. Aussi, quelque limitation que le droit écrit apporte à sa modification, la voie de révision coutumière reste toujours ouverte à côté de la voie de révision écrite, et la force abrogatoire des révolutions n'est qu'un aspect de la puissance normative de la coutume.

Elle est le droit imprescriptible du présent à se réaliser de l'inquiétude à se renouveler, et, comme la conscience toujours mouvante et s'écartant de cette mobilité même la permanence et l'identité de l'être, ainsi la coutume, au cours de l'Histoire, renoue la chaîne des constitutions brisées.

René CAPRANT

LA NOTION DE TUTELLE SUR LES PERSONNES EN DROIT ADMINISTRATIF

* Les expressions de *tutelle*, de *surveillance* de l'*autorité supérieure* devront disparaître » (Rapport Guichard, p. 38).

SOMMAIRE

- I. — LES MANIFESTATIONS DE LA TUTELLE SUR LES PERSONNES.
 - A. — *Le domaine de la tutelle sur les personnes.*
 1. — Tutelle et décentralisation.
 2. — Tutelle sur les personnes et tutelle sur les actes.
 - B. — *Les pouvoirs de l'autorité de tutelle à l'égard des personnes.*
 1. — Le pouvoir de nomination.
 2. — Le pouvoir de sanction.
- II. — LA NATURE DE LA TUTELLE SUR LES PERSONNES.
 - A. — *Les actes de tutelle sur les personnes.*
 1. — Actes à structure dualiste.
 2. — Actes à structure unitaire.
 - B. — *Le fondement de la tutelle sur les personnes.*
 1. — Les catégories de mesures de tutelle sur les personnes.
 2. — La tutelle sur les personnes en tant que notion.

Il est bien rare que l'étude des notions de pouvoir hiérarchique et de pouvoir de tutelle ne s'accompagne pas, dans les ouvrages de Droit administratif, d'un parallèle entre les deux notions. En général, les auteurs concluent qu'il existe plus de ressemblances que de différences

LÉGISLATION ET JURISPRUDENCE

Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle

A PROPOS DU DIXIEME ANNIVERSAIRE DU REFERENDUM DE 1969

par Stéphane RIALS,

Assistant docteur à l'Université de Paris II,
Maître de conférence à l'I.E.P. de Paris.

« La Constitution est le principe et le nœud des lois ; toute institution qui n'émane pas de la Constitution est tyrannie ; c'est pourquoi les lois civiles, les lois politiques, les lois du droit des gens, doivent être positives, et ne laisser rien soit aux fantaisies, soit aux présomptions de l'homme. »

SAINT-JUST, *L'esprit de la Révolution.*

1. Ainsi que l'a noté, il y a quelques années, un auteur partisan d'une large admission de la coutume dans l'ordre du droit constitutionnel, le problème de la coutume constitutionnelle est parmi « les plus ardues et les plus confus du droit constitutionnel » (1).

Le plus curieux, alors qu'en général la doctrine s'accorde pour considérer que la coutume est une source en plein déclin, et quasi résiduelle dans notre système juridique, est qu'un grand nombre d'auteurs tendent à lui conférer une place accrue en droit constitutionnel, surtout depuis 1958. Mais ces mêmes auteurs, s'ils s'entendent en gros sur les éléments constitutifs de la notion de coutume, divergent dès lors qu'il s'agit de les discerner dans la pratique. Au terme d'une soixantaine d'années de débats serrés, cette incertitude persistante doit alerter l'attention.

A-t-on là un concept réellement utile en droit constitutionnel ? Ou plutôt un certain laxisme doctrinal ne tend-il pas à le rendre si commode qu'il en devient inutile, voire dangereux ? Si l'on juridise — par des raisonnements sinon artificieux du moins parfois spécieux — ce qui semble être du non-droit (et parfois même de l'anti-droit), ne se condamne-t-on pas à ne pas poser les vraies questions et peut-être à entraver les progrès de l'Etat de droit ? Le dixième anniversaire du référendum de 1969 nous donne l'occasion — à la lumière des très riches études intervenues depuis lors — de proposer quelques brèves réflexions sur une question fondamentale.

(1) Gicquel, *Essai sur la pratique de la V^e République*, 1968, p. 30.

On précisera d'abord la substance de la notion de coutume dans ses rapports avec le droit constitutionnel (I) avant d'examiner la question de la plus ou moins grande légitimité de la coutume constitutionnelle selon la nature des divers ordres juridiques nationaux (II).

I. SUBSTANCE DE LA NOTION DE COUTUME ET DROIT CONSTITUTIONNEL

A) La notion de coutume constitutionnelle

2. Il faut parvenir à une définition suffisamment exigeante et précise si l'on veut qu'elle soit efficace et qu'elle ne contribue pas à ajouter à l'incertitude. On le verra, c'est en effet l'imprécision des termes et l'absence de rigueur des analyses qui ont été à l'origine de l'hypertrophie de la place du concept de coutume constitutionnelle dans la doctrine contemporaine.

L'existence d'une coutume suppose celle de deux éléments bien distincts :

— un élément matériel, encore dit objectif ou de fait, le *corpus*, l'usage ;

— un élément immatériel ou psychologique, subjectif, l'*animus*, la conviction du caractère juridique de cet usage.

3. Un usage. Dans un article de 1969, Marcel Prélot a rappelé avec force le sens du concept d'usage (2).

(2) Prélot, « Sur une interprétation coutumière de l'article 11 », *Le Monde*, 15 mars 1969.

Pour qu'il y ait usage, il faut que quatre conditions soient réunies, la répétition, la durée, la constance et la clarté.

La répétition. On a parfois exhumé pour les besoins de la démonstration au terme de laquelle la répétition ne serait pas dans tous les cas utile un philosophe aujourd'hui oublié, Théodule Ribot, qui soutenait que « l'habitude commence au premier acte ». En vérité, un acte isolé ne saurait tenir lieu d'usage. Et, pour rester dans le cadre de la problématique de Ribot, on peut dire que, quand bien même l'habitude commencerait-elle au premier acte, ce qui est une évidence non pas psychologique mais logique, on ne saurait le savoir qu'à la suite de sa répétition. En l'absence de celle-ci, le premier acte n'est pas le premier mais l'unique et le problème ne se pose pas, par définition, de savoir s'il a engendré une habitude ou un usage.

Mais — sachant qu'en droit constitutionnel la répétition n'est pas aussi aisée qu'en d'autres disciplines, de par le caractère unique à un moment donné des acteurs du jeu constitutionnel — à partir de combien de mises en œuvre convient-il de parler de répétition ? Le Doyen Vedel, et à sa suite d'autres auteurs, ont soutenu — justement à propos de l'usage inconstitutionnel de l'article 11 en 1962 — qu'un seul acte pouvait suffire à la constitution d'une coutume (3). Il faut bien voir cependant qu'ils se sont alors placés dans la perspective de l'élément psychologique de la coutume, de l'*opinio iuris*, dissimulant ainsi les nécessités objectives du *corpus* au nom de l'ampleur nationale et de l'instantanéité d'un *animus* lui-même, on y reviendra, douteux.

Il faut donc absolument retenir la nécessité d'une répétition, c'est-à-dire de la multiplication de situations identiques, comme condition de l'écllosion d'une coutume. L'élément psychologique ne saurait contribuer — à supposer qu'il soit très fort — qu'à limiter le nombre des répétitions.

Deuxième condition, la durée : là encore, un problème d'appréciation se pose ; il apparaît, bien sûr, que plus la fréquence est forte, moins il y a lieu de se montrer exigeant quant à la durée.

Troisième condition, la constance : l'usage doit être régulièrement suivi, ne pas être interrompu par des actes contraires.

Quatrième condition enfin, la clarté : la suite des faits éventuellement constitutifs d'un usage ne doit pas avoir un sens équivoque. Pour prendre un exemple sur lequel on reviendra — car il n'est pas certain qu'il constitue une véritable coutume constitutionnelle — il apparaît que la responsabilité du Gouvernement devant le Sénat, sous la III^e République, a été incertaine jusqu'à la chute du Gouvernement Léon Bourgeois, en 1896 : lors de leur chute quelques années auparavant, les Gouvernements Tirard et Fallières étaient presque disloqués et leur mise en minorité devant le Sénat avait pu être considérée par certains comme un simple prétexte à leur départ.

4. Un usage assorti de la conviction de son caractère proprement juridique. Là encore, le vocabulaire utilisé n'est pas absolument dépourvu d'ambiguïtés. Tantôt il est question d'*opinio iuris*, d'*estimatio communis*, de *consensus*, a dit le Doyen Vedel ; tantôt, il est question de sentiment d'obligation, d'*opinio necessitatis*. Le climat qu'entretiennent les premières formules peut être favorable à première vue au

(3) Vedel, « Le droit, le fait, la coutume », *Le Monde*, 27 juillet 1968 ; « Le droit par la coutume », *Le Monde*, 22-23 décembre 1968.

développement d'une conception moins restrictive de la coutume. Mais, en toute logique, il semble qu'il ne faille parler de coutume constitutionnelle qu'à partir du moment où un comportement apparaît non seulement tolérable, propre à susciter une adhésion assez floue, mais encore parfaitement fondé en droit. Peu importe à cet égard que la conviction affecte une obligation de faire ou de ne pas faire, ou que la coutume ait pour seul objet de légitimer une procédure simplement concurrente de la procédure antérieurement conçue comme seule constitutionnelle.

B) Typologie des coutumes constitutionnelles

5. Les typologies classiques, élaborées par des juristes appartenant à des systèmes constitutionnels écrits, sont articulées autour de la question de la valeur relative de la coutume par rapport à la constitution écrite. De façon très abstraite, une coutume peut avoir valeur :

— *supra*-constitutionnelle ou constitutionnelle ; on admet alors la possibilité d'une coutume *contra constitutionem* ;

— *infra*-constitutionnelle mais constituante ; la coutume a une valeur inférieure à celle de la constitution écrite mais, dans le silence de cette constitution, elle a une valeur de nature constitutionnelle ; on admet alors la possibilité d'une coutume *praeter constitutionem* ou supplétive ;

— *infra*-constitutionnelle non constituante ; la coutume n'est alors plus une norme de valeur constitutionnelle au nom de laquelle il est possible de sanctionner, ou en tout cas de considérer comme inconstitutionnelle, une norme inférieure ; et il ne faut dès lors pas parler de coutume mais de simple pratique constitutionnelle ;

— la coutume invoquée peut enfin n'être qu'une « lecture » particulière de la constitution écrite ; on parle en ce cas de coutume *secundum constitutionem* ou interprétative ; mais y a-t-il nécessité de se référer alors à la coutume ? L'interprétation — si elle est interprétation et pas davantage — se confond, par une fiction nécessaire, avec l'acte interprété ; dès lors, la prétendue coutume interprétative doit être réputée ne pas avoir d'existence en dehors de la constitution formelle.

Au sein de la coutume *contra constitutionem*, on distingue encore ce qu'il est possible de nommer la coutume positive et la coutume négative :

— la coutume positive est celle qui contredit effectivement les dispositions de la constitution écrite ; ceux qui l'admettent prétendent parfois la rattacher au vieil adage *error communis fac ius* ;

— la coutume négative ou abrogatoire : elle n'est mensonge juridique que par omission, et comme telle a pu être plus facilement admise.

En réalité, et on y reviendra, une telle distinction n'a pas lieu d'être : le droit public — droit de la compétence — ne saurait distinguer entre un mensonge constitutionnel par action et un mensonge constitutionnel par omission.

6. Ces typologies, nécessaires à la mise en œuvre du débat doctrinal, demeurent peu précises. Il est généralement impossible de distinguer entre une coutume interprétative et une coutume supplétive : quelle est la latitude de l'interprétation ? Comme l'a fort justement remarqué M. Chevallier, « en matière constitutionnelle, toute violation se donne pour une interprétation » (4). Et la notion même de coutume

(4) J. Chevallier, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDJ*, 1970, p. 1413.

II. LEGITIMITÉ
OU ILLEGITIMITÉ DE LA COUTUME
EN DROIT CONSTITUTIONNEL

A) Les théories de la coutume constitutionnelle

9. La doctrine a élaboré des théories très diverses dont il est impossible de rendre compte exhaustivement ici (6 bis). Longtemps, la suprématie révolutionnaire de la loi et de l'écrit a poussé les publicistes à écarter fermement l'idée de coutume constitutionnelle. Soit la suprématie de la loi était conçue comme absolue et le problème ne présentait guère d'intérêt ; soit cette suprématie était — et ce fut souvent le cas plus tard bien que le droit positif français n'ait pas suivi — transféré, avec la même vigueur, à la constitution écrite et la notion même de coutume constitutionnelle se trouvait bannie.

Carré de Malberg, il y a près de soixante ans, résumait bien la position de ce second courant classique : « La caractéristique juridique de la Constitution, écrivait-il, c'est... d'être une loi possédant une puissance renforcée en tant qu'elle ne peut être modifiée par une loi ordinaire, et qu'elle limite ainsi la compétence législative : la notion de la Constitution ne se trouve réalisée en droit qu'à cette condition. Cette considération suffit à elle seule à exclure la possibilité d'un droit constitutionnel coutumier. Il y a incompatibilité entre les deux termes constitution et coutume. Car la coutume n'étant pas écrite, il n'est pas besoin d'une procédure de révision pour la modifier » (6 ter). Le même auteur notait ailleurs, avec ce sens aigu de la formule qui était sien : « Toutes les fois que les auteurs en sont réduits à invoquer la coutume pour justifier un état de choses établi en fait, cela revient à dire que cet état de choses manque de base en droit » (7).

Alors, la très grande majorité de la doctrine suivait cette opinion. Ainsi, en 1930, dans sa thèse, M. Delvolvé estimait-il que la coutume constitutionnelle n'était pas une notion juridique pour deux raisons, « la première, c'est que ces prétendues règles disparaissent dès la première manifestation d'un usage contraire ; la deuxième, c'est que nul n'est qualifié pour en reconnaître l'existence juridique » (8). Et il poursuivait : « Ce n'est pas qu'il faille nier un certain rôle de la coutume, et un rôle important, sur l'activité de l'Etat. Mais ce rôle n'est pas juridique » (9). Cette dernière formule, pour ne pas être très heureuse puisqu'elle introduit la notion de coutume non juridique dans la sphère même du droit, est dépourvue d'obscurité.

Julien Laferrière, tant dans son *Manuel de droit constitutionnel* que dans un article resté fameux, de 1944, devait opérer la synthèse de cette tendance doctrinale : « Au risque de paraître faire preuve d'esprit rétrograde, et de nous en tenir à un classicisme trop étroit, nous croyons que cette idée d'une coutume constitutionnelle, source de règles faisant partie du droit positif français et complétant la constitution de 1875 avec une valeur juridique équivalente à celle des dispositions qu'elle édicte, ne doit être admise qu'avec beaucoup de prudence et de

(6 bis) Voir d'utiles développements sur ces théories in Prélot et Boulois, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 7^e éd. 1978, pp. 200 et suiv.

(6 ter) *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1922, t. 2, p. 582, n° 10.

(7) *Ibid.* t. 1, p. 683.

(8) P. Delvolvé, *La délégation de matières en droit public*, 1930, p. 11.

(9) *Ibid.*, p. 15.

interprétative, comme on vient de le voir, n'a pas grand sens.

C) Spécificité de la coutume constitutionnelle

7. Le Doyen Hauriou avait pensé — ce ne fut pas le seul auquel s'essaya cet esprit foisonnant d'idées — pouvoir brosser le tableau suivant de l'évolution des formes du droit : « Les formes juridiques diverses employées pour l'organisation de l'Etat en vue de la liberté sont, dans l'ordre historique de leur apparition : les institutions coutumières, qui sont de tous les temps ; le règne de la loi... ; les constitutions nationales » (5). Peu importe le fond même de la distinction proposée. L'intérêt de cette dernière réside dans ce qu'elle repose sur un critère formel. Il ne s'agit pas ici de se demander, à la suite de l'ensemble de la doctrine coutumière, quelle est la place de la coutume dans la hiérarchie des normes : cela supposerait tranché le problème de savoir s'il convient de laisser une place à la coutume dans le cadre d'un système de droit constitutionnel écrit d'une part, et de constitution rigide d'autre part, ce dont on débattrait plus loin.

Simplement, d'emblée, il faut convenir qu'une définition différentielle de la coutume dans ses rapports avec le droit écrit ne peut porter que sur les aspects formels de ces deux modalités d'expression de la règle de droit, et non sur leur contenu qui peut effectivement être identique. Or, d'un point de vue formel, logiquement, dès lors qu'il y a un droit écrit, la coutume doit être considérée comme une source de droit inférieure et résiduelle.

Sans reprendre les belles pages de Gény sur l'évolution du formalisme juridique (6), on peut convenir de ce que le formalisme est inhérent à la notion même de droit. Le formalisme n'implique pas l'écrit. Mais, dès lors que l'écrit l'emporte, il est tendanciellement exclusif du non-écrit, car il introduit un second niveau de formalisme : au formalisme de ce que la règle de droit d'écrit, il ajoute un formalisme dans la façon même d'opérer la description, une contrainte relative en quelque sorte au *medium* utilisé. La seule existence d'un droit écrit ne peut pas ne pas avoir pour conséquence l'assignation à la coutume d'une place subordonnée dans la hiérarchie des normes.

8. On voit dès lors quelles sont les difficultés que rencontre l'introduction de la notion de coutume en droit constitutionnel :

— les conditions exigées pour qu'il y ait coutume sont difficilement réunies en droit constitutionnel et les obstacles rencontrés pour la réalisation des conditions de répétition, de constance et de clarté impliquent en général une durée importante ;

— dès lors qu'il y a une constitution écrite, et *a fortiori* écrite et rigide, l'infériorité formelle de la coutume prend un relief particulier. Car, répétons-le, selon une formule classique, en droit public — dès lors du moins qu'on s'éloigne de schéma rousseauiste pur de la souveraineté populaire absolue — il ne s'agit pas pour les acteurs du jeu d'exercer des droits mais des compétences.

La question essentielle est donc bien celle de la légitimité de la coutume constitutionnelle.

(5) M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1929, p. 216 ; v. Gouet, *La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international*, 1932, p. 5.

(6) *Science et technique du droit privé positif*, t. 3, éd. 1921, pp. 100 et suiv.

réserve. Elle est commode ; nous serions tenté de dire qu'elle l'est trop » (10).

Le Doyen Vedel — dont on verra que par la suite son sentiment devait évoluer sur ce point — estimait dans son manuel de 1949 qu'admettre l'existence d'une coutume constitutionnelle, ce serait « renoncer à l'idée même de constitution au sens classique du mot puisque le droit constitutionnel prendrait sa source autant dans les violations de la Constitution que dans les prescriptions de celle-ci » (11).

Plus récemment, M. Maestre devait, avec beaucoup de vigueur, reprendre ces thèmes classiques en les complétant avec bonheur (12).

10. Face à ces théories restrictives se sont pourtant affirmés des points de vue tout autres. On a souvent — en ce domaine comme dans tant d'autres — distingué entre les doctrines objectivistes et volontaristes (13). Les doctrines objectivistes : l'école du droit naturel bien sûr pour laquelle la coutume, comme toutes les autres sources, ne fait que constater, reconnaître la règle de droit ; l'école historique allemande dont l'influence a été très grande à la fin du siècle dernier en France avec l'introduction des œuvres de Savigny et de Puchta (théorie de la conscience commune du peuple). Les doctrines volontaristes : la tendance naturelle du positivisme est à la dévalorisation de la notion de coutume ; cependant, le souci de la positivité, la théorie de l'approbation du peuple ou de la nécessité sociale ont pu conduire certains auteurs de cette famille à ménager une certaine place à la coutume.

Mais, en réalité, en France, par-delà ces clivages classiques, il convient surtout de retenir deux grands courants en faveur d'une large admission de la coutume constitutionnelle : un courant sociologique et un courant démocratique, plus ou moins entremêlés.

Les idées de Durkheim furent « reçues » en droit — d'une façon qui n'est pas toujours au-delà de toute contestation — par l'intermédiaire du Doyen Duguit (14). Selon Duguit, à la différence des règles de droit constructives, établies par l'Etat, les règles de droit normatives, qui sont au fondement de ces dernières, dérivent essentiellement de l'état de la conscience sociale, lui-même conditionné par les sentiments de sociabilité et de justice. Il ne convient donc pas d'établir une hiérarchie dans laquelle la suprématie du droit constitutionnel écrit s'imposerait à la coutume. Si la norme juridique change dans le groupe social, la nouvelle norme doit logiquement l'emporter sur le droit constitutionnel construit. Ces idées de Duguit (15) furent développées par ses disciples, avec des nuances, et notamment par Marc Régla (16) et Yvon Gouet (17).

Quant au courant « démocratique », c'est René Capitant qui l'a le mieux incarné (18). Cet auteur

partait des idées de positivité, d'effectivité. Et, dans une perspective tout d'abord pragmatique, il estimait qu'il convenait de considérer prioritairement le droit — si l'on peut dire — en vigueur. Il lui apparaissait que le droit positif était loin d'être exclusivement un droit écrit. Jusqu'à ce point du raisonnement, l'originalité de la position de René Capitant ne transparaît pas. Ce qui la caractérise, c'est son insistance sur l'idée que le peuple, par le jeu de la coutume, est le constituant suprême permanent : la force constituante de la coutume n'est qu'un aspect de la souveraineté populaire. Intéressante aussi, la conception de Capitant au terme de laquelle si le droit positif se constitue de droit écrit et de droit non écrit, il faut distinguer au sein de ce dernier entre droit coutumier au sens strict et droit « novateur », c'est-à-dire — on y reviendra — droit en train de se faire.

C'est, semble-t-il, dans le même courant qu'il faut situer M. Duverger. S'il n'a pas admis, on le verra, à l'instar du Doyen Vedel, que la pratique de l'article 11 de la Constitution de 1958 par le Général de Gaulle ait pu constituer une coutume (19), son argumentation a cependant été dépourvue d'ambiguïté : « Le fait que le recours au référendum de l'article 11 paraisse irrégulier en matière constitutionnelle n'empêche pas qu'une réforme de la Constitution réalisée par ce moyen soit valable du moment qu'elle a été adoptée par le peuple. L'article 3 de ladite Constitution proclame que le référendum est l'expression de la souveraineté nationale. Par conséquent, en répondant « oui » à la question qui lui est posée, le peuple couvre en quelque sorte l'irrégularité originelle du référendum » (20).

11. Il faudrait en fait distinguer, parmi les auteurs qui reconnaissent un rôle à la coutume dans l'ordre constitutionnel, entre « maximalistes » et « minimalistes ». La question qui divise le plus la doctrine coutumière est en effet celle de savoir s'il faut admettre seulement l'existence de coutumes *praeter constitutionem* ou s'il faut aussi ménager une place à des coutumes *contra constitutionem*.

Au rang des « minimalistes », on retiendra les noms de Rolland (21), Gouet (21 bis), Hauriou père (22) et fils (23), Prélôt (24) et — encore que sa position soit la plus restrictive — celui du professeur Burdeau (25). Ces auteurs ont estimé, avec des nuances, que si une coutume peut compléter la constitution écrite, elle ne saurait aller à son encontre.

Les « maximalistes » sont ceux, assez peu nombreux, qui admettent la possibilité d'une coutume *contra constitutionem*. Dans la logique de sa position initiale, Duguit se devait d'aller fort loin en ce sens : il a considéré que certaines règles coutumières devaient avoir une valeur *supra-constitutionnelle*, parce qu'elles

(10) « La carte forcée », *Le Monde*, 22-23 décembre 1968.

(11) *Institutions politiques et droit constitutionnel*, éd. 1971, t. 2, p. 205.

(12) L. Rolland, « Le projet du 17 janvier et la question des décrets-lois », *RDJ*, 1924, pp. 50 et 51.

(13) *Op. cit.*, p. 89.

(14) M. Hauriou, *op. cit.*, pp. 260 et 261 ; on comprend mal, à la lecture de ces pages du Doyen de Toulouse comment Mme Bataillon a pu, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, p. 143, estimer qu'il accordait une valeur *supra-constitutionnelle* à la coutume.

(15) *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1968, p. 277.

(16) *Art. précit.*

(17) Dans le *Traité de Science politique*, t. 4, 2^e éd., 1969, p. 291, M. Burdeau exclut toute possibilité de coutume constitutionnelle dans le cadre d'une constitution rigide ; M. Gicquel, *op. cit.*, p. 31, estime pourtant devoir le classer parmi les défenseurs de la coutume *praeter constitutionem* ; il semble que ce soit à juste titre si l'on se réfère à *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 16^e éd., 1974, p. 61, où l'éminent juriste adopte une position très assouplie.

avaient pour origine la Déclaration de 1789 (26). Cette position demeura isolée pour une raison simple : dans la mesure même où la supériorité des lois constitutionnelles ne peut être consacrée que d'un point de vue formel, les règles de la Déclaration — quelle que soit leur éminence matérielle — ne sauraient avoir une force *supra*-constitutionnelle, puisqu'elles ont été élaborées par le même organe, la Constituante, et selon la même procédure que la Constitution de 1791. Plus même, le texte de 1789 ne se voulait — son titre l'indique — qu'une déclaration de principes pour laquelle la sanction royale ne fut pas demandée et dont il n'apparaît pas que ses auteurs aient voulu faire un texte de droit positif.

La majorité des « maximalistes » s'est donc contentée de poser — avec la volonté de dépasser le formalisme classique — qu'il y a une égalité des normes matériellement constitutionnelles pour peu que la Constitution n'édicte pas que la forme de leur adoption doive être considérée comme subordonnée. Et, sans qu'il soit possible ainsi de les accuser de nier la supériorité formelle de la Constitution au moins lorsque celle-ci est rigide, puisque ces auteurs seraient alors tout prêts à condamner la loi anti-constitutionnelle, ils admettent la légitimité de coutumes *contra* **constitutionnem**. Telle est, on l'a vu et on le reverra, la position de MM. Vedel et Duverger. Il semble que Mme Batailler (27) et M. Gicquel aient aussi adopté cette conception. Ce dernier auteur n'a-t-il pas d'ailleurs significativement cité dès le début de son ouvrage cette phrase de Royer-Collard : « Les constitutions ne sont pas des tentes dressées pour le sommeil » ? (28).

12. Il faut revenir un instant sur les idées de René Capitant car elles ont — même lorsqu'elles ne la convainquaient pas — considérablement marqué la doctrine (29). La notion de droit « novateur » implique à elle seule un considérable glissement de la notion même de droit. Parler de droit à propos de ce qui n'est encore que de l'*infra*-droit — et qui ne sera peut-être jamais le droit — n'est-ce pas d'emblée renoncer aux avantages du formalisme juridique ?

Même si René Capitant distingue droit « novateur » et droit coutumier, la nature du premier concept laisse deviner qu'il préfère à la fixité de la règle écrite l'instantanéité du choix juridique prétendu de masses constituantes en permanence. Ce choix est peut-être, d'un point de vue purement politique, défendable. La question est de savoir dans quelle mesure il est compatible avec les divers systèmes de droit.

B) Légitimité de la coutume constitutionnelle dans les systèmes globalement coutumiers

13. Il n'est pas besoin de s'étendre longuement sur cette idée que, dans un système globalement coutumier, la coutume constitutionnelle est logiquement légitime. L'exemple le plus fréquemment invoqué est celui de l'ancien régime français et de ses lois fondamentales du royaume. On se réfère aussi souvent au système anglais.

(26) *Op. cit.*, t. 3, pp. 554 et suiv.

(27) *Op. cit.*, pp. 141 et suiv.

(28) *Op. cit.*

(29) V. récemment encore les études du Professeur Lévy : « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », *Recueil d'études en hommage à Ct. Eisenmann*, 1974, pp. 81 et suiv. ; « Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel », *Mélanges Waline*, pp. 39 et suiv.

En vérité, pour ce qui est de l'ancien régime français, Marion notait justement que chacun avait quelque peu tendance à consacrer les principes qui lui tenaient à cœur du qualificatif prestigieux de loi fondamentale du royaume : il y a effectivement eu de longue date de véritables coutumes constitutionnelles dans l'ancienne France, mais même à l'époque de leur apogée, elles étaient peu nombreuses et déjà alors il y avait une forte tendance à la multiplication irraisonnée des prétendues « coutumes » (30). C'est dire que l'examen de ces coutumes à l'évidence légitimes initie à certaines des perversions inhérentes à la notion même de coutume constitutionnelle.

14. L'exemple anglais pose des problèmes plus complexes encore. En Angleterre, c'est une évolution coutumière qui, de 1689 à l'avènement de Victoria, a fait peu à peu sortir de la monarchie constitutionnelle consacrée — mais sans aucune précision — par les textes, la monarchie parlementaire dualiste puis, très vite, moniste. En 1689, le Roi conservait une action politique personnelle, choisissait et révoquait librement et individuellement ses conseillers ; ceux-ci n'étaient responsables que pénalement par la procédure de l'*impeachment*. Au terme de l'évolution, l'Angleterre était dotée d'un régime parlementaire dans lequel le Cabinet, organe collégial, était largement indépendant de la Couronne et politiquement et solidairement responsable devant une chambre qu'il avait en contrepartie la faculté de dissoudre.

Or, il apparaît que cette évolution que nous sommes tentés — en dépit des quelques textes qui la jalonnent — de considérer comme globalement coutumière n'est pas jugée telle, du point de vue de la technique juridique, outre-Manche. Le droit constitutionnel anglais, pour ce qu'il a de coutumier *lato sensu*, distingue en fait entre le *law of the constitution* et les *conventions of the constitution*. Le premier seul — formé en réalité de quelques règles écrites et de règles non écrites — est sanctionné par le juge et seules les règles non écrites par lui édictées, à l'exclusion de toute autre pratique institutionnelle, sont considérées comme des coutumes constitutionnelles à proprement parler. Quant aux *conventions*, les juristes les plus classiques comme Dicey leur refusaient le caractère de véritables règles de droit (31).

Dans la mesure où les *conventions* supportent l'essentiel du régime parlementaire britannique tel qu'il s'est forgé depuis trois siècles, il semble bien en vérité qu'il faille les considérer comme de véritables coutumes que nul n'oserait contester. Il y a là en tout cas un phénomène curieux qui met en évidence une réalité plus complexe qu'il y paraît d'abord et qui illustre les difficultés de la notion de coutume.

C) Légitimité ou illégitimité de la coutume constitutionnelle dans les systèmes de constitution écrite

15. Une constitution écrite peut être brève ou détaillée ; elle peut être souple ou rigide. Par ailleurs, elle peut ou non prévoir un contrôle de la constitutionnalité des lois. Le réalisme le plus élémentaire conduit à penser qu'il ne saurait y avoir de constitution rigide sans la garantie d'un tel contrôle. Mais en droit, cette dernière remarque n'a pas d'intérêt et le contrôle n'est pas un élément nécessaire de la rigidité s'il lui est en fait indispensable.

(30) Marion, *Dictionnaire des institutions de la France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, rééd., 1969, p. 341.

(31) Albert V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, London, 9th ed., 1945 ; Burdeau, *Traité de science politique*, t. 4, 2^e éd., 1969, pp. 28 et suiv.

La notion de brièveté est sans doute relative, mais il est possible malgré tout de concevoir que certains textes ne couvrent pas l'ensemble des rapports constitutionnels envisageables *a priori* à partir de l'économie générale du système qu'ils instaurent. Quoi qu'il en soit, il apparaît qu'une constitution brève, et de ce fait lacunaire par rapport aux nécessités normatives du fonctionnement des pouvoirs publics, ne peut manquer de voir se développer des pratiques complétant ses dispositions sur des points essentiels. Ces pratiques peuvent remplir les conditions énumérées plus haut et nécessaires à la naissance de coutumes véritables. Il peut en aller de même dans le cadre d'un texte détaillé, mais les chances sont moindres. Si la constitution est souple, il n'y a pas lieu de s'offusquer d'un tel mouvement de la pratique durable au droit consacré. Encore que tout obstacle formel ne soit pas écarté de par les seules conséquences qu'emporte la notion de constitution écrite (v. *supra*) et que, dès lors que la constitution écrite est détaillée, il faille supposer qu'existe une présomption d'exhaustivité du texte désigné comme constitutionnel. Plus gênante est la figure d'une constitution à la fois lacunaire sur des aspects nécessaires du fonctionnement des institutions et rigide. Dans ce cas, il ne semble pas qu'on puisse admettre le développement de coutumes *praeter constitutionem* : inéluctablement se développeront des pratiques, mais il faudra leur refuser le statut de coutumes constitutionnelles véritables. Car, dès lors que la suprématie formelle de la constitution est consacrée par l'existence d'une procédure spéciale de révision, souvent difficile et restrictive, on ne saurait admettre que la répétition d'actes formellement inférieurs puisse avoir pour effet de la compléter. Il faut considérer *a fortiori* que la coutume *contra constitutionem* est illégitime dans le cadre d'une constitution rigide.

Faut-il, c'est la dernière question qui se pose ici, considérer comme admissible en revanche le développement d'une telle coutume dans le cadre d'une constitution souple ? La réponse doit être nuancée. Le fait qu'en principe le texte constitutionnel ait été élaboré par un organe particulier, parfois même ratifié par le peuple alors supposé véritable constituant, incite à l'adoption d'une position négative. Mais en dernière analyse, ne peut-on pas considérer qu'une telle coutume dans un tel contexte jouit d'une quasi-légitimité ? Un tel point de vue ne fait que mettre en évidence l'ambiguïté de la notion même de constitution souple, le recours à une constitution écrite impliquant l'isolement d'un certain nombre de règles jugées essentielles et l'idée de souplesse excluant dans le même temps la possibilité technique du maintien de cet isolement. Si la violation et la révision passent par les mêmes formes, comment s'étonner que la violation répétée ait valeur de révision ?

On le voit, la coutume n'est pas nécessairement illégitime dans le cadre d'un système de constitution écrite lorsque celui-ci est souple. Mais, dès lors que la constitution se veut rigide, aucune coutume constitutionnelle ne saurait être discernée : il ne faut parler que de pratiques inconstitutionnelles ou de pratiques constitutionnelles, mais dépourvues de toute valeur juridique, même si leur importance, à un autre point de vue, est réelle.

16. Ces propositions permettent de reconsidérer les « coutumes constitutionnelles » habituellement citées comme telles par la doctrine. Si l'on classe le Pacte de 1830 — ce qui semble admissible — au rang des constitutions souples (alors que le système de l'octroi

employé en 1814 apparaît exclusif d'une telle qualification), il faut convenir que l'accord tacite entre les deux pouvoirs parties au pacte ait pu suffire à compléter le système constitutionnel prévu par le texte dans un sens parlementaire dualiste. Il faut ajouter toutefois que l'évolution n'était pas achevée en 1848 et que la coutume n'était pas tout à fait constituée si elle était en très bonne voie de l'être. Sur 16 ministères, 6 s'étaient retirés devant une manifestation de défiance des députés : il y avait là une très forte indication, mais non la garantie définitive de la stabilisation du régime dans le sens mentionné.

17. L'histoire de la III^e République est d'un grand intérêt pour la question étudiée : les lois de 1875 sont d'un rare laconisme, mais elles prévoient la rigidité, rigidité assez illusoire au demeurant, car d'une part, aucune sanction n'est prévue pour garantir le texte et, d'autre part, la révision n'est guère difficile. Il n'est pas étonnant que le plus long des régimes français — régime qui, au surplus, a connu de telles inflexions de sa pratique — ait suscité l'attention de la doctrine coutumière. Un examen rapide laisse cependant percevoir que celle-ci a considérablement hypertrophié le rôle de la coutume dans le fonctionnement des institutions de 1875 à 1940.

Aucun exemple de coutume *contra constitutionem* n'emporte la conviction. Le plus fréquemment invoqué, celui de la fameuse « constitution Grévy », suffit à s'en persuader. A la suite de la crise du 16 mai 1877, qui s'était achevée par la déconfiture de Mac-Mahon — sa soumission d'abord, puis sa démission plus tard, après qu'il se fut convaincu de l'impossibilité de rétablir l'équilibre dualiste du régime — le nouveau Président, Jules Grévy, crut bon, on le sait, de déclarer dans son message du 7 février 1879 que, « soumis avec sincérité à la grande loi du régime parlementaire », il n'entrerait « jamais en lutte contre la volonté nationale exprimée par ses organes constitutionnels ». Par la suite — et bien que Grévy lui-même, d'un tempérament assez autoritaire, ait pratiqué en coulisses une politique plutôt active et pas toujours heureuse — les prérogatives essentielles du chef de l'Etat, qui lui donnaient les moyens de jouer un rôle politique, telles que le droit de dissoudre la Chambre et la faculté de demander une deuxième délibération, demeurèrent lettre morte. Par ailleurs, les autres pouvoirs du Président — le commandement des armées, la négociation des traités, la nomination aux emplois — ne furent plus exercés effectivement par lui. Il n'est pas difficile de montrer que cette évolution n'a pas entraîné la formation de coutumes constitutionnelles : ce n'est pas le droit mais la nature du rapport des forces qui interdisait aux présidents successifs d'avoir le plein exercice de leurs pouvoirs constitutionnels. Si Casimir-Périer a accepté la présidence, c'est parce qu'il a pensé, sur le fondement des textes de 1875, qu'il lui serait possible d'annuler l'effet de pratiques par lui jugées désastreuses. Et s'il a renoncé, après six mois seulement, ce n'est pas parce qu'il se heurtait à une quelconque coutume, mais parce qu'en fait, son entreprise s'avérait impossible. De la même manière, si Millerand n'a pas procédé à la dissolution de la Chambre du Cartel en 1924, ce n'est pas parce qu'il a eu peur de transgresser la prétendue coutume *contra constitutionem* s'y opposant : sa politique active, du fait de l'acceptation de la chambre bleu horizon, avait montré qu'un rapport de forces plus favorable permettait au chef de l'Etat de jouer un rôle en dépit des coutumes invoquées ; s'il n'a pu dissoudre en 1924, c'est pour une raison

tenant à la constitution formelle, aux procédures prévues par les constituants cinquante ans plus tôt, à savoir la nécessité de l'avis conforme du Sénat.

On ne saurait davantage adhérer à la thèse selon laquelle la pratique des décrets-lois aurait constitué une coutume. L'on sait que le recours à cette technique fut abondant sous la III^e à partir de 1926, après un premier échec dû, en 1924, à la victoire du Cartel. Sous l'empire de la Constitution de 1946 — et en dépit de l'article 13 qui l'interdisait formellement — elle se renouvela et le Conseil d'Etat qui, les choses étant ce qu'elles étaient, la savait inéluctable, la consacra indirectement au terme d'un raisonnement aussi spécieux que subtil (avis du 6 février 1953). Il est impossible de soutenir qu'il y ait eu là coutume à moins d'admettre que la nécessité du moment — si relative soit-elle — est constituante. Pourquoi couvrir du manteau pudique et rassurant de la coutume ce qui ne fut que violation tolérée — et sans doute politiquement opportune — des textes ?

Le bilan ne saurait être différent pour la coutume *praeter constitutionem*. Il faut retenir d'abord deux pratiques dotées d'une grande stabilité :

— l'institution, dès 1876, avec Dufaure, d'une présidence du Conseil ;

— la théorie que consacra la jurisprudence administrative de la limitation des pouvoirs du Gouvernement démissionnaire à l'expédition des affaires courantes, théorie étayée, dit-on, par la « tradition républicaine ».

Ces pratiques ne semblent pas pouvoir être considérées comme des coutumes. D'une part, répétons-le, toute constitution rigide est exclusive de l'existence de coutumes constitutionnelles ayant une valeur juridique comparable à celle du texte constitutionnel lui-même. D'autre part, ces deux pratiques semblent avoir davantage répondu à des nécessités de travail qu'au sentiment d'une quelconque obligation juridique. Le Président du Conseil a pu ainsi, tout au long du régime, tantôt, rarement, exercer exclusivement cette fonction, tantôt, et c'était le principe, détenir un portefeuille particulier. La vérité est que la logique du jeu parlementaire impliquait le développement d'un tel poste sans que la question de l'obligation juridique qu'il fut pourvu ait jamais été soulevée. D'ailleurs, la Présidence du Conseil dut attendre longtemps avant de comporter un embryon de services particuliers lui permettant de mieux jouer son rôle de coordination, et le milieu des années trente avant de pouvoir disposer de locaux adéquats à Matignon. Quant à la théorie de l'expédition des affaires courantes, on ne peut la rattacher qu'à la volonté de parlementaires raisonnables d'autolimiter — sans qu'on puisse assimiler cette autolimitation à une renonciation à leurs compétences — les effets de la mise en jeu de la responsabilité du Cabinet : un refus desdits parlementaires de proroger cette pratique aurait suffi à la faire cesser.

Les auteurs considèrent souvent comme un élément coutumier la responsabilité du Cabinet devant le Sénat. De fait, pendant les vingt premières années de la III^e, aucun Cabinet n'avait eu à partir devant l'hostilité de la Chambre haute. Les démissions de Tirard et Fallières, au début des années 1890, conservaient un caractère équivoque car leurs Cabinets étaient en voie de désagrégation. En revanche, en 1896, Léon Bourgeois fut contraint à la démission par le Sénat qui lui refusa les crédits nécessaires au rapatriement du corps expéditionnaire de Madagascar. Briand en 1913, Herriot en 1925, Tardieu en 1930,

Laval en 1932, tombèrent ainsi devant le Sénat. Léon Blum, en 1937 et en 1938, refusa par contre de solliciter la confiance de cette assemblée et préféra présenter sa démission comme volontaire, ce qui ne change rien à la cause de son départ. Mais la prérogative sénatoriale ne résulte nullement de la coutume. L'article 6 de la loi du 25 février 1875 prévoyait en effet la responsabilité des ministres devant « les chambres ». Cet exemple est particulièrement intéressant : non seulement il n'étaye pas la théorie de la coutume constitutionnelle, mais il montre qu'il ne saurait y avoir désuétude de prescriptions constitutionnelles écrites puisque vingt années de réserve n'avaient pu faire perdre sa compétence au Sénat.

L'article 3 de la loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics cantonnait l'exécutif dans un rôle de pure exécution des lois. Le juge administratif — semblant invoquer les habitudes passées en la matière — a minimisé la portée de cette disposition et favorisé le développement d'un pouvoir réglementaire autonome dans ses jurisprudences complémentaires Heyriès et Labonne. Ici, on est en réalité à la limite de la coutume *secundum constitutionem* qui, on l'a dit, n'est pas à proprement parler, une coutume mais est le fruit d'une simple interprétation raisonnable.

18. Sous la IV^e République, dont la Constitution était rigide — encore que sans réelle garantie — et détaillée, il faut, en dépit de certaines prises de position, considérer que le développement du système de la double-investiture en contradiction avec l'article 45 de la loi suprême, jusqu'à la révision de 1954, et l'habitude prise par les Gouvernements de démissionner sans y être obligés constitutionnellement, n'ont pu engendrer de coutumes constitutionnelles et constituèrent sinon des violations de la lettre, du moins des violations de l'esprit de la loi suprême.

19. Quelques exemples de coutumes constitutionnelles américaines sont encore fréquemment invoqués. La constitution de Philadelphie, assez précise, est au surplus rigide, ce qui exclut a priori la validité de tels exemples.

Le développement du contrôle de la constitutionnalité après 1803 n'est pas ainsi le fruit d'une coutume. La constitution, par la généralité des pouvoirs qu'elle donnait à la Cour suprême et par la suprématie qu'elle s'attribuait impliquait une telle évolution qui, au demeurant, avait été envisagée par les constituants.

De la même manière, on ne conçoit pas pourquoi nombre d'auteurs considèrent la théorie des pouvoirs implicites (*implied powers*), comme révélatrice d'une coutume, car elle est purement et simplement inscrite au dernier alinéa de la section VIII de l'article 1^{er} de la Constitution de 1787 : « Le Congrès aura le pouvoir... de faire toutes les lois que pourra nécessiter la mise à exécution des pouvoirs ci-dessus. » Au demeurant, dès le début du XIX^e siècle, la Cour suprême a admis sans difficulté les pouvoirs implicites.

De 1787 à 1940, aux Etats-Unis, on avait parlé — à la suite de l'attitude de Washington sur ce point — d'une coutume selon laquelle le mandat présidentiel n'aurait pu donner lieu qu'à un unique renouvellement. Or, Roosevelt fut trois fois réélu. Par la suite, fut significativement consacrée la supériorité de la Constitution écrite par l'élaboration du XXII^e amendement portant interdiction d'une deuxième réélection. Notons que la III^e République avait connu une situation comparable. Grévy avait été élu pour la seconde fois chef de l'Etat en décembre 1885 (il devait

démissionner dès 1887 à la suite du scandale Wilson). Pendant plusieurs décennies, nul président ne fut réélu et l'on parlait déjà de coutume : la réélection d'Albert Lebrun, en avril 1939, infirma cette analyse.

Autre coutume fréquemment invoquée, celle de la désignation directe du président des Etats-Unis, développée dès les origines alors que les constituants de Philadelphie souhaitaient un système réellement médiatisé. En vérité, à chaque élection présidentielle, au moins l'un des électeurs présidentiels utilise sa liberté constitutionnelle de vote sans que cette attitude puisse, bien sûr, puisqu'elle est conforme à la lettre de la Constitution, faire l'objet d'une sanction ou se voir privée des effets de droit qu'elle comporte.

20. La V^e République a donné lieu à un enrichissement du corpus des exemples classiques de coutumes constitutionnelles et a contribué à redonner de l'actualité à une question ancienne et dont on aurait pu supposer qu'elle avait perdu une partie de son charme pour la doctrine. On a successivement invoqué :

— une coutume du « domaine réservé » à la suite du discours de M. Chaban-Delmas aux assises UNR de Bordeaux, le 15 novembre 1959 ;

— une coutume de la responsabilité prioritaire du Premier ministre devant le président de la République par le système de la « démission-révocation » ;

— une coutume du retour aux commissions permanentes ;

— une coutume du vote par délégation des élus.

Moins nombreux — et on le conçoit — furent les commentateurs qui se hasardèrent à parler de coutume à la suite du refus du Général de Gaulle de convoquer le Parlement en session extraordinaire à la demande de la majorité des députés, en mars 1960 (32).

On peut considérer brièvement que :

— non seulement le prétendu « domaine réservé » n'a jamais constitué une coutume, mais encore qu'il n'a jamais eu de réelle consistance : le premier président de la V^e République — et a fortiori ses successeurs — ne s'est jamais cantonné à quelque domaine que ce fut si, au gré des circonstances et en fonction de ses intérêts, il a pu privilégier tel ou tel secteur (33) ;

— d'une manière générale, la nature des rapports Président/Premier ministre depuis vingt ans, et notamment le système de la « démission-révocation », ne tiennent aucunement à une quelconque coutume en voie d'élaboration : il s'agit de simples pratiques fondées sur l'identité conjoncturelle des majorités présidentielle et parlementaire ;

— bien que l'article 43 de la Constitution de 1958 fasse de l'examen des projets ou propositions par une commission spéciale la règle, et de leur examen par une commission permanente l'exception, le fait que l'examen en commission spéciale demeure exceptionnel, mais non pas inexistant, ne suffit pas à considérer que l'on est en présence d'une coutume : il y a là une pratique — peut-être contestable quant à la bonne marche du travail parlementaire — dont on ne saurait dire qu'elle viole l'article 43 tel qu'il est rédigé et qui correspond à l'une de ses lectures possibles ;

— le vote par délégation est utilisé de façon parfaitement constitutionnelle dans certains cas exceptionnels prévus, sur injonction du constituant (article 27, al. 3), par les textes ; les pratiques parallèles et notamment la manipulation des pupitres par les présents

(32) Pour une liste extensive de coutumes sous la V^e, v. Gicquel, *op. cit.*, p. 39.

(33) V. notre ouvrage, *Les idées politiques du Président Georges Pompidou*, PUF, 1977, pp. 154 et suiv.

auxquels les absents ont confié leur clef ne constituent bien évidemment pas une coutume ; inévitables, elles ne sont qu'une violation de l'article 27.

21. Mais le grand débat, le plus intéressant aussi, est celui qui s'est engagé à propos de l'utilisation de l'article 11 en place de l'article 89 pour réviser la Constitution.

Il fut entamé par un article du Doyen Vedel, « Le droit, le fait et la coutume », paru en juillet 1968 (34). L'éminent juriste y estimait qu'« il existe une morale professionnelle du juriste. Elle lui commandait, en 1962, de dire que le recours direct au référendum était inconstitutionnel ; elle lui commande encore, en 1968, de dire que les textes ne souffrent pas une autre interprétation. Mais elle lui commande aussi de dire que, bonne ou mauvaise, une pratique que sa réussite et l'assentiment populaire ont transformée en coutume a modifié le droit constitutionnel de la France ». Les 22 et 23 décembre, le Doyen Vedel précisait encore : « En 1962, les électeurs ont été irrégulièrement consultés, mais ils ont voté librement et en pleine lumière. Il est tout de même difficile de ne pas retrouver là cette *opinio juris* ou, si l'on préfère, ce *consensus* qui est le véritable fondement de la coutume et dont la pratique n'est en fin de compte que l'expression » (35).

Le même jour, le professeur Duverger reconnaissait, on l'a déjà vu, la pleine souveraineté au peuple, mais n'estimait pas qu'il y ait pour autant coutume à proprement parler (36).

MM. André Hauriou (37) et Marcel Prélot (38) devaient par la suite prendre des positions très critiques à l'égard de l'argumentation du Doyen Vedel.

Et, un peu plus tard, le débat allait encore se compliquer avec l'intervention, en 1972, de MM. Schwartzberg et Fessard de Foucauld. « Le précédent (de 1962), se demandait le premier, n'a-t-il pas créé une coutume constitutionnelle qui autorise désormais à utiliser l'article 11 au lieu de l'article 89 pour réviser la loi fondamentale ? L'argumentation est ingénieuse. Elle n'a qu'une faille : omettre l'échec de cette même procédure au référendum du 26 avril 1969. Le « non » de 1969 efface le « oui » de 1962. Par leurs résultats contradictoires, les deux précédents s'entre-annulent » (39). Réponse de M. Fessard de Foucauld : « Le « non » de 1969 renforce au contraire la coutume référendaire qui tient à la procédure, non au résultat » (40).

Les prodiges de subtilité mis au service des diverses démonstrations ne peuvent que susciter l'admiration. Mais, au terme de ces pages, il faut bien constater leur totale incompatibilité avec les principes les mieux assurés et les plus classiques du droit constitutionnel :

— il ne peut y avoir coutume parce que les éléments de la formation d'une coutume ne sont pas réunis :

● il n'y a pas d'usage à défaut de répétition, de durée, de constance et de clarté de la pratique référendaire étudiée ;

(34) *Le Monde*, 27 juillet 1968, p. 7.

(35) « Le droit par la coutume », *Le Monde*, 22-23 juillet 1968 ; v. une position voisine in Hamon et Delcrois, *Une République présidentielle*, t. 2, 1977, p. 323.

(36) *Ibid.*, « La carte forcée ».

(37) « Contre le viol des Constitutions », *Le Monde*, 9-10 mars 1969, p. 7.

(38) « Sur une interprétation « coutumière » de l'article 11 », *Le Monde*, 15 mars 1969.

(39) « Sur l'alternance », *Le Monde*, 29-30 octobre 1972.

(40) *Le Monde*, 7 novembre 1972 (avec une réponse de M. Schwartzberg).

● il n'y a pas d'*opinio iuris* par absence justement de clarté : il est très douteux que le peuple se soit prononcé sur la procédure elle-même en se prononçant sur le fond ; et à supposer qu'il l'ait fait, cela est improuvable ;

● de toute façon, dans une constitution aussi rigide que la nôtre, la coutume constitutionnelle en général, et la coutume *contra constitutionem* en particulier, sont inadmissibles : il ne peut y avoir que des pratiques anti-constitutionnelles (et c'est le cas en l'espèce) ou compatibles avec Constitution ;

— en dehors de la question particulière de la coutume, il n'est pas vrai que le peuple ait pu valablement modifier la Constitution en dehors des formes prévues par celle-ci. Le peuple n'est pas constituant en permanence et dans n'importe quelles conditions : l'adoption de la Constitution, de constituant originaire et inconditionné le fait constituant institué dans la mesure prévue par l'article 89. L'on objectera à cette position l'irréalisme de son juridisme : bien sûr, les constitutions sont des utopies mais, on l'accordera, des utopies bienfaisantes et le rôle des juristes n'est pas de cautionner du nom de droit ce qui échappe, et parfois contredit le droit.

22. L'affaire de la nature de la pratique de 1962 et 1969 semble au demeurant bien close puisque, le

8 novembre 1977, devant le Conseil constitutionnel, le Président Giscard d'Estaing a précisé qu'aucune révision de la constitution n'est possible que si elle est d'abord votée en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Sénat ».

Mais, de tous ces débats, nous serions tentés de dégager une leçon plus générale. Dans les deux contributions précitées, le Professeur Lévy insistait sur la nécessité de distinguer deux attitudes possibles pour le juriste, celle de la dogmatique et celle de la sociologie juridiques. De manière plus large, l'on pourrait même dire que le même homme peut avoir trois positions dans le même temps à propos d'une situation constitutionnelle : une position de juriste pur, une position d'historien ou de sociologue, et enfin, une position de politique. Chacune de ces positions a sa logique propre qui est parfaitement valide dans sa sphère propre.

Mais il convient d'éviter le mélange des genres et de protéger le domaine du droit le plus qu'il se peut : il n'a rien à gagner à des annexions abusives. Le droit n'est pas le tout de la vie politique, encore moins de la vie sociale, et il ne saurait raisonnablement en aller autrement.

S.R.

DIE VERWALTUNG

Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft

Herausgegeben von

Klaus von der Groeben - Rudolf Morsey - Peter Oberndorfer - Franz Ronneberger

Roman Schnur - Georg-Christoph von Unruh

Die Zeitschrift will zur Förderung unseres Wissens von der öffentlichen Verwaltung beitragen. Besondere Aufmerksamkeit will sie der Verwaltungsentwicklung fremder Staaten zuwenden. Auch Fragen der Verwaltungsgeschichte werden erörtert. Jede Nummer bringt im I. Teil Aufsätze und Abhandlungen. Der II. Teil enthält Berichte über wichtige Entwicklungen in deutschen, ausländischen und supranationalen Verwaltungen. Ferner werden Rezensionen und kürzere Buchanzeigen veröffentlicht.

Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich im Umfang von 136 Seiten.

Bezugspreis halbjährlich DM 48,—

DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN 41

Les « conventions de la Constitution »

PIERRE AVRIL

Rencontre heureuse de la réflexion doctrinale et du réalisme opératoire, l'exposé méthodologique qui introduit aux *Propositions pour une révision de la Constitution*¹ présente une sorte de condensé de la sagesse constitutionnelle : oui, les textes sont importants, ils sont parfois même déterminants (que l'on songe à la révision de 1962 !), mais il ne faut pas tout en attendre, parce qu'à l'instar de la plus belle fille du monde, ils ne peuvent donner que ce qu'ils ont. De cette leçon, où l'on discerne la ferme inspiration du doyen Georges Vedel, on voudrait commenter ici les observations concernant l'interprétation ainsi que l'allusion aux « conventions de la Constitution », qui suggèrent une approche particulièrement féconde de la délicate question des règles non écrites.

POURQUOI DES RÈGLES NON ÉCRITES ?

Le document appelé « Constitution » est un *texte*, c'est-à-dire un ensemble de mots dont la signification n'existe pas indépendamment de la lecture qui en est faite par celui qui l'interprète, ou qui l'applique, de même qu'une partition musicale n'existe qu'à travers l'interprète qui l'exécute : « les mots, comme en musique les notes, ne sont que des symboles conventionnels », remarque Mauro Cappelletti². On observera que l'interprétation musicale n'est pas distinguée de l'exécution, c'est-à-dire que l'opération intellectuelle par laquelle on déchiffre se confond avec l'opération matérielle par laquelle on réalise. La théorie des actes de langage, qui ouvre au juriste des pers-

Pierre Avril, professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas).

1. Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, La Documentation française, 1993.

2. Mauro Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, Economica, 1990, p. 30.

Revue française de Droit constitutionnel, 14, 1993

pectives particulièrement stimulantes pour la compréhension des énoncés normatifs³, procède à une distinction analogue lorsqu'elle établit que tout énoncé comporte deux sens : un sens intellectuel, qui résulte du vocabulaire et de la syntaxe, dénommé *locutio* dans la terminologie d'Austin, et un sens intentionnel, qui exprime « ce que l'on veut faire en disant » et que Austin appelle *illocutio*. Olivier Cayla a remarqué que la distinction entre le locutoire et l'illocutoire évoque la distinction familière aux juristes entre la *lettre* et l'*esprit* d'une disposition, dont le texte écrit ne restitue pas que très imparfaitement la « force illocutoire » en dépit des *marginiers* (« le Gouvernement *doit* » ; la loi organique peut autoriser *exceptionnellement* » ; « le Premier ministre peut *seul* » ; « les *strictes* réserves d'interprétation », etc.). Mais ce sont, dit Austin, de « bien pauvres expédients ».

Seul l'interprète est en mesure de restituer la force intentionnelle que le texte ne peut pleinement exprimer, car c'est lui qui donne le *ton* approprié. On en trouve une saisissante illustration dans la lecture faite par le général de Gaulle des dispositions concernant le Président de la République, lors de son allocution du 20 septembre 1962 : « Suivant la Constitution, le Président est, en effet, garant — vous entendez bien ? garant — de l'indépendance et de l'intégrité du pays... Bref, il répond de la France », etc. Cette explication de texte était comme l'exposé des motifs du référendum, l'approbation populaire ne se limitait évidemment pas au seul énoncé du projet adopté le 28 octobre 1962, elle portait en même temps sur lesdits motifs avec le sens intentionnel que l'orateur leur conférait par ses commis : le « nécessaire réalisme du droit constitutionnel » évoqué par le commissaire du Gouvernement Kessler dans ses conclusions sur l'arrêt Meyer⁴ impose de prendre cette dimension en considération.

LE CHOIX D'UN PRINCIPE D'INTERPRÉTATION

L'action de l'interprète se manifeste d'abord par le choix d'un principe d'interprétation que le texte ne lui fournit pas, mais qui est aussi important que le texte lui-même.

« De l'avis général, la Constitution de 1958 est, grammaticalement, susceptible de plusieurs lectures », constate le rapport Vedel. D'une part, elle ne nous dit pas si des dispositions anciennes reprises de 1875 ou de 1946 doivent être lues en se guidant « sur la référence à une tradition ou sur la novation impliquée par l'esprit de 1958 ». D'autre part, des

dispositions nouvelles « peuvent être entendues dans un sens faible ou dans un sens fort ». Ce qui revient à constater que la signification de l'énoncé dépend du sens intentionnel, de la « force illocutoire », que le lecteur décide d'adopter.

Le « vous entendez ? garant » du général de Gaulle exprime à merveille l'ambiguïté que le ton choisi peut apporter à une disposition nouvelle, laquelle aurait pu tout aussi bien être traitée sur le mode mineur, comme les locuteurs de l'époque le firent du terme « arbitrage » mentionné au même article 5 C. Quant à l'option entre tradition et novation, elle a été illustrée par la controverse du printemps 1959 sur le vote des résolutions. Par les restrictions qu'elle apportait à la compétence du législateur et par les prérogatives qu'elle attribuait au Gouvernement, la Constitution allait évidemment à l'encontre de la souveraineté parlementaire ; mais ces innovations pouvaient être considérées comme des *dérogations* au principe traditionnel du parlementarisme français — et dans ce cas le vote de résolutions n'était pas contraire au texte, puisque, celui-ci les ignorant, l'adage « qui ne dit mot consent » l'autorisait ; on pouvait au contraire estimer que la Constitution répudiait le principe lui-même, et dans ce cas la conformité des résolutions s'apprécierait par référence à cette rupture ; comme l'observait Georges Berlia, « quand la lettre des textes se révèle insuffisante, il conviendra d'avoir recours à l'esprit de la Constitution tel qu'on peut le dégager de ces derniers »⁵. C'est le parti que le Conseil constitutionnel devait prendre dans ses décisions 59-2 DC et 59-3 DC du mois de juin sur les règlements des assemblées, en affirmant que la responsabilité du Gouvernement ne pouvait être mise en cause que dans les formes fixées par les articles 49 et 50 C, et donc que les résolutions étaient contraires à la Constitution.

A vrai dire, le doute était permis quant à l'esprit que l'on pouvait tirer des textes, et cela en raison des références à la Déclaration de 1789 et au Préambule de 1946 qui figurent dans le Préambule de 1958 et qui font de cette Constitution la plus synchrétique de notre histoire : la contrainte n'était-elle pas aussi présente que la rupture ? Dès lors, c'est la volonté de l'interprète qui, en présence d'un énoncé bégayant, fixe sa signification en décidant, discrétionnairement, de raisonner plutôt *a contrario* que par analogie ; la décision de le faire parler dans un certain sens fait intervenir un élément extérieur au droit, même si elle se présente comme une démarche juridique, car elle se fonde en réalité sur la volonté politique de faire produire au texte certains effets. Parce qu'elle détermine le sens effectif de la Constitution, la règle d'interprétation retenue est donc aussi importante que l'énoncé auquel elle s'applique ; en l'occurrence, elle manifeste toute la portée de la rupture que le dispositif ambigu de 1958 rendait seulement possible mais qu'il n'imposait pas.

3. Le développement qui suit s'inspire en particulier de la thèse magistrale d'Olivier Cayla, *La signification en droit*, Paris II, 1992, dans la perspective ouverte par *Théorie des actes de langage : diégesis et dévot*, sous la direction de Paul Amselek, PUR, 1986.

4. Cité par Dominique Pouyand, Les décrets réglementaires du Président de la République, RFDA, 1993, p. 64.

5. G. Berlia, La Constitution et les débats sur les règlements des Assemblées parlementaires, RDP, 1959, p. 566.

LA PRATIQUE : LECTURE A PLUSIEURS VOIX PAR LES LECTEURS AUTORISÉS

« Les institutions politiques d'un pays ne se définissent pas seulement par la Constitution écrite et les lois qui la mettent en œuvre, mais aussi par la pratique politique », poursuit le rapport Vedel. Il ne s'agit plus ici d'interprétation *stricto sensu*, laquelle appartient au Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 C, mais de l'application, qui repose sur une « lecture à plusieurs voix » opérée par les « lecteurs autorisés ».

Les seules autorités qui détiennent la capacité d'exprimer la signification de la Constitution dans sa portée intentionnelle (illocutoire), sont celles qu'elle-même institue, c'est-à-dire, pour reprendre la formule de Maurice Hauriou, les organes qu'elle a investis de « pouvoirs de volonte » en vue d'exercer les compétences et les prérogatives qu'elle leur confère (le Président de la République, le Premier ministre et le Gouvernement, les Assemblées parlementaires). Les décisions prises par ces lecteurs autorisés supposent toujours une interprétation préalable des dispositions dont il est fait application, car affirmer qu'un acte est clair implique qu'on l'a déjà interprété comme clair.

Ces décisions ne sont jamais unilatérales, même si, formellement, elles semblent telles. La Constitution distribue en effet les compétences et les prérogatives entre des organes distincts, et de cette division résulte une lecture à plusieurs voix. Si précise et détaillée cette répartition soit-elle, il subsiste toujours une part d'indétermination : « Il est impossible de tout régler, de tout écrire, et de faire de la vie et des relations des hommes entre eux un procès-verbal rédigé d'avance, où les noms seuls restent en blanc... Quoi qu'on fasse, il reste toujours, dans les affaires humaines, quelque chose de discrétionnaire. » La remarque de Benjamin Constant⁷ vaut tout particulièrement pour les normes constitutionnelles qui confèrent des pouvoirs et dont l'application s'opère toujours en combinaison, en raison du principe de séparation dont le ressort est que « le pouvoir arrête le pouvoir ». Ce résultat n'est pas seulement obtenu par le cantonnement des attributions qui, même dans un régime séparatiste comme celui des États-Unis, n'est jamais parfaitement assuré ; il provient de la rencontre des prérogatives respectives qui entraîne une action réciproque des organes les uns sur les autres, au terme de laquelle ils doivent bien finir par s'accorder : « Par le mouvement nécessaire des choses », ces puissances seront conduites, comme l'écrivit Montesquieu, « à aller de concert ».

6. En dépit des apparences, les décisions du Conseil constitutionnel ne le sont pas non plus, car elles s'inscrivent dans un contexte politique dont celui-ci ne peut pas ne pas tenir compte, qu'il s'agisse de manifester son indépendance comme en 1971, ou de la concilier avec le poids d'une majorité puissante, comme en 1982.

7. *Principes de politique*, reproduit dans *De la liberté chez les modernes*, écrits politiques présentés par Marcel Gauchet, Le livre de poche, coll. Pluriel, 1980, p. 358.

Ce n'est sans doute pas un hasard si la formule de Montesquieu renvoie à la comparaison musicale évoquée par Cappellerti. La « partition constitutionnelle » de 1958 était évidemment susceptible d'interprétations très variées de la part de ses exécutants, le général de Gaulle mettant le *forte* sur le Président de la République, M. Michel Debré sur le Premier ministre, et les caciques de la Quatrième sur la responsabilité parlementaire ; pour éviter la cacophonie, il fallait fixer le ton convenable de l'exécution et accorder les violons. Cette mise en place s'est opérée de 1959 à 1962 à travers l'application imposée par le général de Gaulle et finalement ratifiée par le peuple français.

Cela revient à constater avec Paul Ricoeur que, très généralement, « le sens d'un texte n'est pas derrière le texte, mais devant lui »⁸, et que, dans le cas particulier de la Constitution, la signification de celle-ci se construit à travers l'application qui en est faite par les pouvoirs publics. Cette application engendre des règles non écrites qui ne sont plus séparables de l'énoncé constitutionnel.

CARACTÈRES DES RÈGLES NON ÉCRITES

A première vue, les règles non écrites qui déterminent les conditions d'exercice des pouvoirs constitutionnels relèvent de la théorie de l'interprétation, mais celle-ci ne rend pas compte de deux éléments essentiels. En premier lieu, si la théorie de l'interprétation met bien en évidence le rôle créateur des « lecteurs autorisés », elle n'explique pas l'élément normatif qui s'attache à la répétition de leurs décisions d'application ; ce qui caractérise en effet une telle pratique est sa régularité, qui implique l'idée de conformité à une « règle » qui viendrait s'ajouter à la norme écrite ; car on ne peut parler ici de jurisprudence sinon par analogie, car l'autorité qui prend la décision ne « dit pas le droit », elle se contente de l'appliquer. En second lieu, ce rôle créateur ne se borne pas à déterminer la portée d'une disposition susceptible d'interprétations différentes entre lesquelles il suffirait de choisir ; il va au-delà en provoquant l'apparition d'institutions non prévues par les textes. Les lois constitutionnelles de 1875 ne mentionnaient que le Président de la République et les ministres, mais elles ignoraient le président du Conseil qui s'est pourtant affirmé comme le personnage central du Gouvernement ; la Constitution de 1946 organisait l'investiture personnelle du président du Conseil, elle ne prévoyait pas la double investiture qui s'est pourtant imposée dès 1947, avant que la révision de 1954 ne vienne supprimer la première en normalisant la seconde ; la Constitution de 1958 réservait une séance par semaine aux questions orales des

8. Cité par Michel van de Kerchove, La théorie des actes de langage et l'interprétation juridique, in P. Amselek, *op. cit.*, note 3, p. 240.

parlementaires, elle ignore toujours les questions au Gouvernement du mercredi qui sont pourtant régulièrement inscrites à l'ordre du jour depuis juillet 1974. La théorie de l'interprétation rend possibles de telles innovations, elle n'exprime pas leur nature, qui appelle une qualification générale faisant ressortir leur autonomie.

Or le droit comparé met à notre disposition une catégorie de règles non écrites qui, parce qu'elles commandent l'interprétation de la Constitution et organisent son application, font partie intégrante de celle-ci aux yeux des acteurs directement concernés et, plus largement, de l'opinion : ce sont les « conventions de la Constitution », justement évoquées par le rapport du comité Vedel.

DÉFINITIONS DES CONVENTIONS DE LA CONSTITUTION⁹

Présentées par John Stuart Mill comme des « maximes non écrites de la Constitution »¹⁰, les conventions ont permis de passer de la monarchie limitée au régime parlementaire contemporain sans modification substantielle des prérogatives de la Couronne établies par le *Common Law*. Leur objet, disait Dicey, est de faire exercer par les ministres responsables, et conformément aux principes du gouvernement représentatif, les pouvoirs légaux formellement détenus par la Couronne ; les auteurs contemporains font remarquer que les conventions régissent bien d'autres relations, entre le Cabinet et le Premier ministre, entre le Gouvernement et les Communes, entre les deux chambres du Parlement, entre le Royaume-Uni et les pays du *Commonwealth*, etc.¹¹. Ces relations sont d'ailleurs aussi partiellement régies par des lois, car une règle conventionnelle peut se transformer en règle légale, notamment lorsque son application provoque un conflit comme ce fut le cas à propos des pouvoirs financiers de la Chambre des Lords qui ont été définis juridiquement par le *Parliament Act* de 1911.

Résumant les caractères des conventions, Geoffrey Marshall écrit que ce sont des règles qui définissent les droits, pouvoirs et obligations non juridiques (*non-legal*) des titulaires des fonctions relevant des trois branches du gouvernement, ainsi que les relations entre ces organes. Les unes imposent des devoirs (*duty-imposing*), les autres confèrent des droits (*right-conferring*). Leur but est principalement d'assurer le fonctionnement effectif du système de responsabilité politique (*political accountability*). Dans la plupart des cas, elles ne peuvent être énoncées qu'en termes très généraux, leur applicabilité

9. Les paragraphes qui suivent sont repris de notre contribution, Application de la notion de convention de la Constitution à quelques problèmes constitutionnels français, *Présence du droit public et des droits de l'homme - Mélanges offerts à Jacques Vilel*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 283.

10. J. S. Mill, *Le gouvernement représentatif*, trad. fr. Guillaumin et Cie, 1865, p. 100.

11. Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability*, Clarendon, Press, Oxford, 1986, p. 4.

étant claire dans certaines circonstances mais incertaine et sujette à discussion dans d'autres. Pour rendre compte du fait qu'on s'y conforme, il suffit de constater qu'elles sont respectées parce qu'elles sont tenues pour énoncer des règles obligatoires¹².

En transposant librement la formule dans l'univers conceptuel du constitutionnalisme français, on définira les conventions comme les règles non écrites portant sur la manière dont les pouvoirs juridiques attribués par la Constitution doivent être exercés, conformément aux principes et convictions politiques actuellement reconnus.

1 - *Les conventions limitent l'exercice d'un droit.* Même quand elles paraissent attribuer des pouvoirs, les conventions s'analysent en dernier ressort comme une restriction, parce que toute attribution effective d'un droit nouveau au profit d'un organe signifie la restriction du pouvoir discrétionnaire d'un autre. Le titulaire d'une prérogative s'abstient, par exemple, de l'exercer pleinement dans certains cas, il ne va pas « jusqu'au bout de son droit » et, par là même, permet à l'organe soumis à cette prérogative de disposer d'une marge d'initiative et d'intervention plus étendue que celle qu'il peut, en droit, revendiquer. Les questions au Gouvernement déjà citées s'analysent ainsi en la restriction volontaire de la priorité que le Gouvernement tient de l'article 48 C, priorité qu'il s'abstient de faire valoir lorsque la conférence des présidents de l'Assemblée nationale inscrit les questions des députés à l'ordre du jour de la séance du mercredi après-midi. De la même manière, le Gouvernement s'abstient de faire pleinement valoir l'article 20 C, aux termes duquel il « détermine et conduit la politique de la nation », lorsqu'il accepte la participation décisive du Président de la République à la direction de cette politique (sauf en période de cohabitation : on y reviendra plus loin).

2 - *Les conventions ne créent pas du droit.* Pour reprendre encore l'exemple des questions du mercredi, il est clair que si le Gouvernement renonce à exercer la priorité que lui reconnaît l'article 48 C, cette abstention n'entraîne aucune conséquence juridique au-delà de la validité de l'inscription des questions à l'ordre du jour du prochain mercredi ; son droit d'invoquer la priorité n'est en rien affecté par un non-usage hebdomadaire qui ne saurait faire naître d'obligation pour l'avenir ; aussi nombreux et concordants soient-ils, les précédents ne sont pas juridiquement opposables à leur auteur.

12. *Ibid.*, p. 210.

LA FORCE DU PRÉCÉDENT

Si les précédents ne sont pas opposables à leur auteur, c'est parce que la juridiction constitutionnelle n'a pas le pouvoir de leur conférer, en tant que tels, une valeur juridique. On notera à ce propos qu'en portant la question des pratiques répétées sur le terrain contentieux, et non plus doctrinal, l'existence du contrôle de constitutionnalité clarifie leur statut au regard de la hiérarchie des normes. Quand les précédents se bornent à fixer l'interprétation d'une disposition, c'est la disposition interprétée que le juge applique directement, y compris lorsqu'il confirme l'application antérieure (par exemple la compensation des ressources dans le cadre de l'article 40 C). *A fortiori*, quand la pratique ajoute au texte, le juge est tenu de la censurer pour les motifs exposés par Léon Noël à propos de l'affaire des résolutions de 1959 : le Premier ministre ayant fini par accepter que l'Assemblée inscrive dans son règlement le vote de résolutions, à la condition que le Gouvernement puisse toujours l'écartier lorsqu'il estimerait qu'elles mettent en cause sa responsabilité, le président du Conseil constitutionnel refusa de s'incliner devant une telle « transaction », car l'accepter aurait signifié « admettre que la Constitution, adoptée par le pays, le 28 septembre 1958, pouvait être modifiée par simple accord entre l'exécutif et le législatif »¹³. En appliquant ce raisonnement aux questions au Gouvernement, on voit bien que si l'on s'était avisé de les inscrire dans le règlement obligatoire-ment soumis au Conseil constitutionnel, celui-ci aurait dû les censurer, au motif que les questions du mercredi dérogent à la priorité de l'article 48 C qui ne comporte qu'une seule exception, mentionnée à l'alinéa 2 (la séance des questions orales du vendredi), et qu'en les admettant, le Conseil aurait ajouté au texte une seconde exception : il aurait révisé l'article 48 C.

En conséquence, les précédents ne lient pas juridiquement leur auteur ; celui-ci dispose toujours de l'intégralité des prérogatives que lui reconnaît le texte constitutionnel et il est toujours en droit de les faire valoir. Bertrand de Jouvenel cite à cet égard un propos révélateur de Pierre Laval en 1938 : « Si j'étais élu à la présidence de la République, je ne chercherais pas un président du Conseil. C'est une fonction que la Constitution ne prévoit pas. Je nommerais mes ministres... et je les révoquerais. Je serais mon propre président du Conseil. Je resterais fidèle à la Constitution »¹⁴. Il ajoutait toutefois : « Mais *ils* ne m'étriquent pas ! »

Et pour cause, car s'ils ne lient pas juridiquement leur auteur, les précédents s'imposent politiquement en vertu d'une espèce de « jurisprudence » qui fonde leur autorité. C'est en effet à l'occasion des premières applications que le sens et la portée des règles écrites sont appelés à se fixer à l'égard

des acteurs concernés, parce qu'à ce moment les lecteurs autorisés déterminent le ton de la lecture (*forte* ou *piano*), en arrêtant les principes d'interprétation (par analogie ou *a contrario*) qui justifient leur choix, et donc que se cristallise, à travers la pratique, la signification effective des textes. Les précédents ainsi établis deviennent ensuite politiquement efficaces parce qu'ils construisent une présomption en faveur de l'application retenue.

Le précédent renverse la charge de la preuve, en ce sens que ce sont ceux qui remettent en cause l'interprétation jusque-là appliquée qui doivent justifier leur contestation. Or cette prétention ouvre un débat qui se transpose naturellement sur le terrain politique, parce que, s'il est formellement technique, le contentieux ainsi déclenché affecte en réalité les positions respectives des protagonistes : c'est l'autorité de celui qui respecte le précédent que les contestataires prennent la responsabilité de mettre en cause à travers l'interprétation. Au contraire, celui qui applique le précédent ne fait que répéter une pratique déjà inaugurée et présument conforme à la Constitution.

Cette pratique est présumée conforme, soit parce qu'elle n'avait pas été auparavant contestée, soit parce que, l'ayant été, le conflit s'était conclu par sa confirmation. Ainsi, le refus du général de Gaulle de convoquer une session extraordinaire, le 17 mars 1960, avait provoqué une controverse sur l'interprétation des articles 29 et 30 C dont les contradicteurs du chef de l'Etat affirmaient qu'ils imposaient une obligation ; la controverse juridique s'était transformée en affrontement politique avec le dépôt de la première motion de censure de la Ve République en avril suivant, laquelle ne fut pas adoptée : l'épreuve tranchait donc en faveur de la compétence discrétionnaire. Le recours à l'article 11 C pour la révision est encore plus topique, puisque la polémique constitutionnelle avait entraîné le vote de la censure le 5 octobre 1962, suivi de la dissolution, puis de l'adoption de la révision par le référendum du 28 octobre et enfin de l'élection en novembre d'une majorité favorable au Président de la République.

Toutefois, les précédents ne suffisent pas à définir les conventions, qu'il faut distinguer des simples usages, comme la tradition qui veut que le président d'une assemblée ne participe habituellement pas aux scrutins, et des pratiques qui restent contestées en dépit de la délaite politique de leurs opposants. A cet égard, on hésitera à qualifier de convention l'application de l'article 11 C en matière constitutionnelle, car l'idée de convention présente un caractère normatif¹⁵ quasi contractuel qui suppose un acquiescement suffisamment général. En dépit du ralliement de l'actuel Président de la République et de ses partisans, qui ont envisagé en 1992 de recourir au référendum direct au cas où le projet de révision rencontrerait trop de

13. L. Noël, *De Gaulle et les débuts de la V^e République*, Plon, 1976, p. 42.

14. B. de Jouvenel, *Un voyageur dans le siècle*, Robert Laffont, 1979, p. 345.

15. Pour cette raison, Y. Mény nous paraît adopter une conception exagérément large et exclusivement factuelle dans son article « Les conventions de la Constitution », *Passions*, n° 50, p. 53.

difficultés devant le Parlement, cet acquiescement ne paraît pas acquis, comme en témoigne la position adoptée sur ce point par le comité Vedel dont le projet de loi constitutionnelle déposé devant le Sénat a retenu les propositions¹⁶. Aux précédents doivent donc s'ajouter d'autres conditions.

LES TROIS QUESTIONS DE JENNINGS

L'existence d'une convention peut être vérifiée à l'aide des trois questions classiques de Jennings : « Premièrement, quels sont les précédents ; deuxièmement, les acteurs de ces précédents croyaient-ils qu'ils étaient tenus par une règle (*bound by a rule*) ; et troisièmement, y a-t-il une raison à la règle ? »¹⁷.

On appliquera ce test aux relations du Président de la République et du Premier ministre, à propos desquelles le rapport Vedel fait allusion aux « conventions de la Constitution », en considérant plus particulièrement la responsabilité non écrite du chef du Gouvernement évoquée par M. François Mitterrand en 1981 : « Il est entendu entre un Président de la République et un Premier ministre sous la Ve République que le Premier ministre doit s'écarter le jour où c'est nécessaire »¹⁸. La forme même de ce constat exprime l'essence d'une convention : elle ne résulte d'aucune disposition formelle, et cependant la règle de comportement qu'elle énonce définit le dualisme du régime français aussi sûrement que le monisme britannique l'est par l'exercice des prérogatives de la Couronne par le Cabinet. Appliquons donc les trois questions de Jennings.

a) Les conventions résultent souvent d'une série de précédents, mais elles peuvent s'établir beaucoup plus rapidement. « Il peut y avoir un accord parmi les personnes amenées à agir d'une certaine manière et qui adoptent une règle de conduite particulière »¹⁹. En l'espèce, on peut mentionner la démission de M. Michel Debré le 14 avril 1962 qui constitue un précédent d'autant plus significatif qu'elle donna lieu à la publication au *Journal officiel* du 16 de la lettre du Premier ministre et de la réponse du Président

de la République²⁰. Cette démission fut suivie de celle de M. Chaban-Delmas dans des conditions analogues, aucune disposition ne contraignant le Premier ministre à déferer au souhait présidentiel : « Vous n'avez fait part de votre intention de changer le Gouvernement. J'ai donc l'honneur de vous présenter la démission du Gouvernement »²¹.

b) Le sentiment d'obligation ressort de multiples affirmations dépourvues d'ambiguïté. La réplique de Georges Pompidou à François Mitterrand le 24 avril 1964 : « Je ne saurais, pour ma part, imaginer qu'un Premier ministre, qui aurait perdu la confiance du chef de l'Etat, puisse faire autre chose que de remettre sa démission »²². Celle de M. Chaban-Delmas, au même interlocuteur le 15 octobre 1970 : « Que serait ce Premier ministre qui s'accrocherait à son poste, qui se dresserait contre le chef de l'Etat ? Ah ! Monsieur Mitterrand, ce serait un triste sire ! »²³. Les affirmations encore de M^m Jacques Chirac le 18 juin 1975 : « Si, pour une raison ou pour une autre, le Président de la République retire un tant soit peu de sa confiance au Premier ministre, l'esprit, non la lettre de nos institutions, selon moi, impose au Premier ministre de se retirer »²⁴, Raymond Barre : « Lorsque M. Giscard d'Estaing m'a indiqué son intention de me nommer Premier ministre, je lui ai dit simplement que je respecterais la tradition de la Ve République, c'est-à-dire que j'étais prêt à quitter mes fonctions quand il me le demanderait »²⁵ ; Pierre Mauroy, qui exposait en réponse à une question écrite que « le Premier ministre est doublement responsable. Devant le Président de la République, *bien sûr*, mais aussi devant le Parlement... »²⁶ ; et enfin Michel Rocard écrivant le 15 mai 1991 au chef de l'Etat : « A l'heure où il me *faut* vous présenter ma démission... »²⁷.

c) La « raison de la règle » découle de l'interprétation active de l'arbitrage présidentiel qui a prévalu et qui, faute d'une disposition permettant au chef de l'Etat de mettre fin unilatéralement aux fonctions du Premier ministre, ne peut pas s'appliquer sans cette convention. Toutefois la portée n'en est ni absolue ni immuable, car elle peut dépendre des conditions politiques de sa mise en œuvre, notamment, comme ce fut le cas en 1986 et en 1993, lorsque les circonstances restreignirent fortement le caractère discrétionnaire de la nomination du Premier ministre. Mais la remarque

16. La rédaction retenue par le projet de IC (Sénat, n° 232) prévoit en effet un nouvel alinéa, selon lequel « Le projet ne peut être soumis au référendum qu'après constatation par le Conseil constitutionnel de sa conformité à la Constitution ».

17. W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, University of London Press, 2^e éd., 1938, p. 129.

18. François Mitterrand à la BBC le 8 septembre 1981, cité in P. Avril et J. Gicquel, *Chroniques constitutionnelles françaises*, PUF, 1983, p. 364.

19. Kenneth Wheare, *Modern Constitutions* (1951) cité par G. Marshall (p. 9) qui mentionne à ce propos la Déclaration Balfour de 1926 selon laquelle le Royaume-Uni ne légifèrerait plus pour les pays du Commonwealth, sinon à leur demande : cette convention fut discutée lors de l'affaire du rapatriement de la Constitution canadienne en 1981.

20. D. Maus, *Les grands textes de la pratique constitutionnelle de la Ve République*, La Documentation française, 1993, p. 47.

21. D. Maus, *op. cit.*, p. 48 (souligné par nous).

22. Cité in P. Avril, *Le régime politique de la Ve République*, LGDJ, 4^e éd., 1979, p. 402...

23. *Ibid.*

24. *Les régimes semi-présidentiels*, sous la direction de M. Duverger, PUF, 1986, p. 349.

25. P. Avril et J. Gicquel, *Chroniques constitutionnelles*, p. 364 (souligné par nous).

27. P. Avril et J. Gicquel, *Chronique constitutionnelle*, *Panorama*, n° 59, p. 217 (souligné par nous).

confirme simplement qu'à la différence d'une norme juridique les règles de comportement que sont les conventions dépendent de la situation des acteurs. Il en va du souhait présidentiel de se séparer du Premier ministre comme de « l'avis » par lequel le Premier ministre britannique recommande une dissolution : les auteurs admettent que la Reine a la faculté de refuser la dissolution dans certaines circonstances, notamment dans le cas d'un gouvernement minoritaire. La prérogative légale n'est pas affectée, mais la règle conventionnelle concernant son exercice varie selon les situations de majorité ou de minorité²⁸.

L'exemple de la cohabitation est topique en ce qu'il illustre la variabilité des conventions en fonction du contexte politique, mais surtout parce qu'il révèle leur signification : le rapport entre la convention et la règle de droit est analogue au rapport entre la légitimité et la légalité. Le Premier ministre de la Ve République tient normalement son autorité de la désignation présidentielle, non son autorité formelle, mais son autorité politique (c'est pour l'arrestation que le général de Gaulle, après sa réélection au suffrage universel, avait interdit à ses premiers ministres de solliciter un vote sur leur déclaration de politique générale). En revanche, lorsque le Premier ministre tient son autorité de la confiance de la majorité parlementaire, et non du choix présidentiel, la situation est évidemment tout autre : c'est bien le contexte politique qui détermine la valeur de référence, et donc le comportement conforme à cette valeur, laquelle reste en fin de compte le rapport au suffrage universel à travers sa dernière expression.

DUALITÉ OU UNITÉ DE L'ORDRE CONSTITUTIONNEL ?

Les conventions entrent dans la définition du régime, qui ne saurait se réduire au seul texte de la Constitution : la Ve République, comme les républiques précédentes, en administre la preuve évidente. Elles fournissent le concept intermédiaire qui permet de relier la pratique à la lettre du texte et de franchir ainsi la distance, parfois déconcertante, que révèle leur confrontation, mais on a vu qu'elles entretiennent avec le droit des rapports ambigus. Au regard de la théorie constitutionnelle, cette situation justifie deux analyses contrastées, selon que l'on insiste sur la dichotomie qu'elles introduisent dans le système normatif, ou que l'on met au contraire l'accent sur l'unité globale du phénomène constitutionnel.

D'un point de vue strictement positiviste, les conventions sont extérieures à l'ordre juridique de la Constitution ; elles relèvent de la catégorie des pratiques politiques que la juridiction constitutionnelle n'a pas à connaître et encore moins à reconnaître, puisque la conformité à la Constitution

est la seule référence qui guide son contrôle et que les comportements des acteurs ne sauraient affecter les normes qu'elle applique²⁹. Si les conventions présentent un caractère normatif, la sanction des comportements qu'elles prescrivent est politique et repose sur la responsabilité ; les conflits qui s'élèvent à leur propos sont tranchés en dernière instance par le vote des citoyens, comme les autres conflits politiques. Sauf lorsqu'il porte sur la révision elle-même (par référendum), ce « verdict » des électeurs n'a pas d'incidence directe sur le droit. Mais l'autorité d'une pratique politique-ment consacrée n'est sans doute pas moins effective que celle d'une décision juridictionnelle.

Un double système de régulation constitutionnelle est donc à l'œuvre, l'un qui opère sur le mode juridictionnel dans les cas et selon les formes prévus par le texte dont il règle l'application ; l'autre, que l'on peut qualifier de « droit commun » parce qu'il est général, repose sur la responsabilité politique et la sanction du suffrage. Cette dichotomie a été notamment soulignée dans l'avis rendu par la Cour suprême canadienne sur la question du rapatriement de la Constitution. Après avoir répondu que le Parlement d'Ottawa avait bien le pouvoir légal de demander la modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, la Cour a constaté l'existence d'une convention exigeant pour cela un accord « substantiel » des provinces, mais elle ajoutait que cette reconnaissance judiciaire n'avait pas pour effet de transformer la convention en règle de droit ; l'objet des conventions, précisait-elle, est d'assurer que le cadre juridique de la Constitution fonctionnera selon les valeurs constitutionnelles dominantes de l'époque ; elles définissent donc l'ordre constitutionnel, mais elles concernent des obligations politiques et relèvent de la responsabilité politique : il revient donc aux acteurs politiques et non à la Cour de fixer l'étendue du consentement provincial nécessaire³⁰. Une telle dualité exprime avec réalisme le double registre de la démocratie et de l'État de droit, dont les sanctions mettent en œuvre des ressorts différents.

En revanche, si l'on quitte le point de vue contentieux pour considérer l'ordre constitutionnel dans son ensemble, on observe que les conventions ne sont pas extérieures au droit, puisqu'elles conditionnent son application en déterminant la manière dont les pouvoirs qu'il attribue doivent être exercés. Dans un univers qui reconnaît la valeur du droit et où les acteurs doivent justifier l'application qu'ils en font, l'argumentation juridique est indissociable du débat qui se déroule devant l'opinion et sous le contrôle

29. A la différence du juge international, l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice, par exemple, précise qu'elle applique « ... la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ».

30. Avis du 28 septembre 1981, *Le Fédéralisme canadien*, Québec-Amérique, Montréal, 1985, tome II, p. 611-625. On trouvera une discussion de cette distinction dans Andrew Heard, *Canadian Constitutional Conventions - The Marriage of Law and Politics*, Toronto, Oxford University Press, 1991.

de la doctrine, avant d'être arbitré par les électeurs. La seule différence entre les normes juridiques et les normes conventionnelles est que ces dernières échappent au contrôle juridictionnel pour des raisons finalement plus techniques que substantielles : cette différence, apparemment de nature, n'est-elle pas plutôt une différence de degré ? A la dichotomie rigoureuse qu'impose le positivisme contentieux, l'ordre constitutionnel oppose l'image d'une continuité, au sein de laquelle la juridicité est modulée, notamment en fonction de l'étendue du caractère discrétionnaire qui s'attache aux normes. A mesure que cet élément discrétionnaire s'accuse, et c'est le cas d'un grand nombre de dispositions concernant les rapports des pouvoirs publics, la force et la précision de l'obligation juridique cède sous le poids de la responsabilité politique : c'est le domaine où s'épanouissent naturellement les conventions.