

## DROIT CONSTITUTIONNEL GENERAL

Cours de Monsieur le professeur Denis Baranger

### FICHE N°7 : COUTUMES ET CONVENTIONS DE LA CONSTITUTION

- **Bibliographie :**

- JP Blog, le blog de *Jus Politicum* [www.blog.juspoliticum.com]
- A.V. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, trad. Fr., Paris, Giard & Brière, 1902.
- G. MARSHALL, *Constitutional Conventions*, Oxford, Clarendon Press, 1984.
- P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, 1997.
- M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 1929.
- L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, E. Boccard, 1927, tome I.
- M. REGLADE, *La coutume en droit public interne*, thèse Univ. de Bordeaux, 1919.
- R. CAPITANT, « La coutume constitutionnelle » in *Gazette du Palais*, 1929, rééd. RDP, 1979
- R. LE MESTRE, « The morality of the constitution... À propos des conventions constitutionnelles britanniques » in *Mélanges Breillat*, Poitiers, Paris, LGDJ, 2011, p. 421-438.

- **A lire/écouter :**

- Séminaire de droit politique n°2 : « Le droit constitutionnel non-écrit » sur le site de *L'Encyclopédie de droit politique*, <http://www.droitpolitique.com/spip.php?article22>
- Séminaire de droit politique n°5 : « Agir politique et pensée juridique : l'exemple de la crise du 16 mai 1877 » sur le site de *L'Encyclopédie de droit politique*, <http://www.droitpolitique.com/spip.php?article25>

**DOCUMENT 1 :** R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale* (1931), rééd. Paris, Economica, 1984, p. 107-108.

**DOCUMENT 2 :** S. Rials, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle » in *La Revue administrative*, n°189, 1979, p. 265-273.

**DOCUMENT 3 :** Conclusions du commissaire du gouvernement Keller dans l'arrêt du Conseil d'Etat, sect., 5 mai 2006, *Schmitt* in *RFDA*, 2006, p. 678-685 (extraits).

**DOCUMENT 4 :** M. Troper, « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement » in *Droits*, n°3, 1986, p. 11-24.

**DOCUMENT 5 :** R. Capitant, « Le droit constitutionnel non écrit » in *Mélanges François Gény*, Paris, Sirey, 1934, p. 1-8.

**DOCUMENT 6 :** A.V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel* (1885), trad. Fr., Paris, Giard & Brière, 1902, p. 20-28 (extraits).

**DOCUMENT 7 :** G. Burdeau, *Traité de Science Politique*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, tome IV, p. 28-35.

**DOCUMENT 8 :** O. Beaud, « Les conventions de la Constitution. A propos de deux thèses récentes » in *Droits*, n°3, 1986, p. 125-135.

**DOCUMENT 9 :** Cour Suprême du Canada, Avis du 28 septembre 1981 sur le rapatriement de la Constitution (extrait).

**DOCUMENT 10 :** Cour Suprême du Royaume-Uni, 24 janvier 2017, *R (Miller & others) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5 (extrait, § 151).

**DOCUMENT 11 :** A. Antoine, « Le jugement Miller, la dévolution et la convention Sewel » in *JP Blog*, 22 février 2017, [<http://blog.juspoliticum.com/2017/02/22/le-jugement-miller-la-devolution-et-la-convention-sewel/>] (extrait).

### **L'élection des questeurs de l'Assemblée Nationale en juin 2017**

**DOCUMENT 12 :** Extraits des débats à l'Assemblée Nationale du 28 juin 2017.

**DOCUMENT 13 :** Article 10, al. 7 du Règlement de l'Assemblée Nationale (résultant de la résolution n° 26 du 11 octobre 2017)

### **La crise du 16 mai 1877**

**DOCUMENT 14 :** Extraits des débats à la Chambre des députés du 18 juin 1877, *Journal Officiel* du 19 juin 1877, p. 4498-4511.

**DOCUMENT 15 :** Message du 6 février 1879 de M. Jules Grévy, Président de la République, au Sénat, *Journal Officiel* du 7 février 1879, p. 819.

**DOCUMENT 16 :** P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, 1997, p. 48 et p. 129-130.

« (...) La coutume, en effet, est impuissante à créer du droit ayant valeur constitutionnelle. La raison en est que la force spécifique de la Constitution consiste précisément en ce que les principes, institutions ou droits, qu'elle consacre, ne peuvent désormais être modifiés que par la voie d'une procédure constituante. Seul, l'organe constituant sera capable de toucher aux prescriptions émises comme règles constitutionnelles. Il résulte de là que la Constitution a, en particulier, pour but et pour effet de lier le législateur ordinaire, en tant que celui-ci ne peut exercer sur elle les pouvoirs d'abrogation et de modification qu'il possède sur les lois dont il est l'auteur. C'est en ce sens que la Constitution se caractérise comme une loi pourvue d'une puissance renforcée : c'est une loi qui domine et enchaîne la Législature elle-même. Or, cette force supérieure, qui est propre aux règles constitutionnelles, suppose que ces règles ont été posées par voie constituante, c'est-à-dire par voie de textes constitutionnels formels : elle n'appartient pas aux règles qui ne reposent que sur des usages. C'est là un point qui ressort positivement de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février. Lorsque l'article 8 parle de la révision des « lois constitutionnelles », il est évident que cette dernière expression ne peut viser que les lois au sens formel du terme, c'est-à-dire des textes faisant partie de l'acte constitutionnel de 1875. A ces textes-là nos Chambres ne peuvent toucher par la voie législative habituelle : pour y déroger ou pour y apporter des changements, une procédure de révision est nécessaire. Mais, en sens inverse, il résulte de l'article 8 que la voie de la révision n'est pas requise pour les modifications à apporter aux règles, quelle qu'en soit la matière, qui ne figurent pas dans un des textes constitutionnels en vigueur. La révision ne s'appliquant qu'à des textes, les Chambres demeurent donc capables de régler par des lois pures et simples tout ce qui n'est régi que par de la coutume. Assurément, il est des coutumes, des idées reçues, des aspirations générales, auxquelles le législateur ne saurait porter atteinte sans soulever contre lui des réprobations violentes. En fait, la coutume peut donc posséder, sur le législateur, une puissance de limitation indéniable. Mais c'est là une limitation d'ordre politique ou moral, et non d'ordre juridique. En droit, il n'est pas de coutume à laquelle la législation ne puisse déroger. Et, par conséquent, le juriste ne peut pas parler de coutume « constitutionnelle » : car cette prétendue coutume constitutionnelle ne possède point juridiquement la force spéciale qui est la condition essentielle de la notion de Constitution. Nous ne saurions donc admettre la doctrine qui prétend qu'à côté de leur œuvre constitutionnelle si concise, les constituants de 1875 ont laissé subsister implicitement une Constitution coutumière, qui complète et étoffe la Constitution écrite. La vérité est qu'en s'abstenant de donner une consécration textuelle aux principes ou institutions qu'ils considéraient comme fixés par les précédents traditionnels, les constituants de 1875 ont laissé cette partie de notre droit public dépourvue de valeur proprement constitutionnelle: ils l'ont abandonnée à la libre puissance du Parlement, celle-ci ne demeurant ainsi limitée, quant à la réglementation des conséquences à tirer de ces principes, que par les égards que le Parlement doit à l'opinion. »

# 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 confuses 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.

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'anîmus, 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).

(1) Gicquel, *Essai sur la pratique de la V<sup>e</sup> République*, 1968, p. 30.

(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'instanternité 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<sup>e</sup> 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

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

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

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

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 débattira 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 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 médium 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 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.

II. LEGITIMITE  
OU ILLEGITIMITE 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 la Prétot et Boulois, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 7<sup>e</sup> 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.

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 comptant 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 Réglade (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 transparait 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), Prélot (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

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

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

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

(21 bis) *Op. cit.*, p. 89.

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

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

(24) *Art. précit.*

(25) Dans le *Traité de Science politique*, t. 4, 2<sup>e</sup> 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 la 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<sup>e</sup> éd., 1974, p. 61, où l'éminent juriste adopte une position très assouplie.

(10) J. Laferrère, « La coutume constitutionnelle, son rôle et sa valeur en France », *RD*, 1944, p. 23 ; v. aussi *Manuel de droit constitutionnel*, éd. 1947, p. 33.

(11) *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 1949, p. 121.

(12) « A propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles », *RD*, 1973, pp. 1275 et suiv.

(13) V. par ex. Magd el Helw, *La coutume constitutionnelle en droit public français*, thèse multig., Paris, 1969.

(14) V. E. Pister-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, 1972.

(15) *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., 1927, t. 1, pp. 65 à 183.

(16) *La coutume en droit public interne*, 1919.

(17) *Op. cit.*

(18) V. Conférence du stage des avocats au Conseil d'Etat, *Gaz. Pal.*, 20 et 21, II., 1930 ; et « Le droit constitutionnel non écrit », *Recueil d'études en l'honneur de F. Gény*, t. 3, p. 155.

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 constitutionem. Telle est, on l'a vu et on le verra, 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 du 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. notamment 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 Ch. 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 — 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<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup>, 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 Heyrlès 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<sup>e</sup> 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<sup>er</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> amendement portant interdiction d'une deuxième réélection. Notons que la III<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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 des 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup>, 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 opinion *luris* 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 Deicros, *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

Constitué au début du mois de juin 2005, le gouvernement de M. de Villepin avait déjà pris 31 ordonnances avant la fin du mois de juillet suivant, ce qui a conduit le professeur Delvolvé à qualifier l'été 2005 d' « été des ordonnances », dans un récent article publié dans cette revue. Parmi ces textes figure une ordonnance du 6 juin 2005 modifiant le code des juridictions financières, qu'un requérant de Thionville, M. Marc Schmitt, vous demande d'annuler.

Cette ordonnance, prise sur le fondement de l'article 64 de la loi du 9 décembre 2004, définit les conditions dans lesquelles la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes peuvent effectuer conjointement certains contrôles. Elle confie aussi aux chambres régionales des comptes le contrôle de certains groupements d'intérêt public. Enfin, elle met à jour le code des juridictions financières en ce qui concerne le Rapport annuel de la Cour des comptes et les pouvoirs d'instruction de ses magistrats.

Ce n'est pas ce contenu - il est vrai un peu austère - que critique M. Schmitt. Celui-ci se borne à contester la légalité externe du texte : il soutient, par un moyen unique, que le gouvernement de M. de Villepin n'était pas habilité à prendre cette ordonnance, car l'autorisation avait été donnée par le Parlement au gouvernement précédent dirigé par M. Raffarin. Il en déduit que le Premier ministre et le ministre de l'Economie n'étaient pas compétents pour contresigner cette ordonnance. L'importance de cette question a justifié qu'elle fût directement soumise à votre Section du contentieux.

(...)

4. Il convient aussi de s'interroger sur le lien de confiance personnelle qui s'établissait entre le Parlement et le gouvernement à l'occasion du vote de la loi d'habilitation ; si ce lien a pu justifier autrefois la nature personnelle de l'habilitation, il n'en va plus de même aujourd'hui.

Le caractère personnel de la confiance accordée au gouvernement était déterminant sous la XIV<sup>e</sup> République, lorsque les gouvernements étaient faits et défaits par un Parlement à la confiance changeante. Comme l'écrivait le professeur Auby dans la chronique que nous avons déjà évoquée, « si un principe peut être dégagé de la pratique des III<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> Républiques, ce ne peut être que celui de la personnalité de la délégation ». Ce point de vue, on l'a dit, a été largement admis par la doctrine de l'époque.

Ainsi, la loi du 11 juillet 1953 a personnellement conféré des pouvoirs spéciaux au gouvernement Laniel, celle du 14 août 1954 au gouvernement Mendès-France, celle du 16 mars 1956, sur l'Algérie, au gouvernement Guy Mollet. Dans cette lignée, la première loi prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution de la Ve République, votée le 4 février 1960 après la semaine des barricades, donnait une habilitation personnelle au gouvernement de Michel Debré, « sous la signature du général de Gaulle », pour prendre les mesures nécessaires au maintien de l'ordre en Algérie.

Incontestablement, le Parlement n'entendait alors remettre ses pouvoirs qu'au gouvernement auquel il avait accordé sa confiance. Et si cette précision ne figurait que dans certaines lois d'habilitation, c'était sans doute parce que l'Assemblée avait voulu, dans des circonstances politiques particulières, réaffirmer un principe qui, de toutes façons, allait de soi. On peut donc comprendre que la thèse de l'habilitation personnelle ait continué de prévaloir jusque dans les premières années de la Ve République, chez des juristes encore imprégnés des pratiques précédentes.

Mais le contexte politique n'est plus le même : aujourd'hui, c'est le fait majoritaire qui domine les relations entre le Parlement et le gouvernement. En dehors des changements de majorité électorale, les gouvernements successifs, nommés par un même Président de la République, continuent d'être soutenus par le Parlement. Aussi longtemps que ce lien de confiance n'est pas manifestement rompu, il est permis de penser qu'un gouvernement peut légitimement bénéficier d'une habilitation donnée à son prédécesseur. Et si la confiance est rompue, on sait que rien n'interdit au Parlement de revenir sur l'habilitation antérieurement consentie.

L'argument tiré du lien personnel de confiance entre le Parlement et le gouvernement a donc perdu beaucoup de sa force, et le changement de pratique intervenu sous la Ve République en témoigne. D'après une étude conduite par Catherine Boyer-Mérentier, auteur d'une thèse sur les ordonnances de l'article 38 (31), parmi les 21 lois d'habilitation prises de 1960 à 1992 et ayant effectivement abouti à l'intervention d'une ordonnance, 8 de ces lois ont été utilisées par un autre gouvernement que celui auquel l'autorisation avait été accordée. Cette tendance s'est poursuivie et même accélérée : pour ne se référer qu'à l'année dernière, sur les 28 ordonnances prises en 2005 sur le fondement de la loi du 9 décembre 2004, 18 l'ont été par le gouvernement de M. de Villepin. Notons au passage que si vous deviez un jour sanctionner cette pratique, beaucoup de ces ordonnances, qui n'ont pas été ratifiées, seraient entachées d'incompétence ; et cette incompétence pourrait toujours être invoquée par voie d'exception.

5. Or nous croyons que vous devez tenir compte de cet usage qui est fait aujourd'hui de l'article 38 par des acteurs constitutionnels qui, de plus, ont la conviction d'être dans le droit. En disant cela, il n'est pas dans notre intention de vous proposer de constater l'existence d'une coutume constitutionnelle au sens strict du terme, qui aurait créé une règle de droit nouvelle. Mais rien ne vous interdit de vous référer à la coutume pour interpréter la Constitution ; non pas une coutume *contra legem*, mais une coutume *praeter legem* - plus exactement *praeter Constitutionem* - ou encore une « convention de la Constitution », pour reprendre l'expression utilisée par Pierre Avril dans un ouvrage paru sous ce titre en 1997.

« Les constitutions deviennent ce qu'en font les nations », a dit Malraux dans le discours qu'il a prononcé le 4 septembre 1958, place de la République, lors de la cérémonie commémorative de la proclamation de la III<sup>e</sup> République au cours de laquelle le général de Gaulle, chef du gouvernement, a présenté le projet de Constitution. On pourrait ajouter que les constitutions deviennent aussi ce qu'en font leurs acteurs.

Le doyen Hauriou ne disait pas autre chose, dans son Précis de droit constitutionnel, où il admettait qu'on puisse avoir recours à la coutume pour interpréter la règle de droit. Quant à Louis Rolland, l'auteur des fameuses « lois » du service public, c'est « sans hésitation aucune » que, dans un article publié à la Revue de droit public en 1924, il reconnaissait l'existence d' « une véritable coutume constitutionnelle réservant au Parlement le soin de régler l'exercice des libertés ».

Le Conseil d'Etat lui-même, plutôt réticent à l'idée d'une coutume nationale, s'est plusieurs fois référé à l'usage ou à la tradition. On peut citer, pour l'anecdote, quelques décisions qui se réfèrent à une tradition locale : un arrêt Martin du 14 janvier 1927 (Lebon p. 45) juge « qu'il est constant que, d'après les usages de Lyon, c'est le propriétaire qui a la charge du ramonage des cheminées ». Plus récemment, une décision Préfet de police c/ Desmet du 19 janvier 1968 (Lebon p. 47) a jugé que les conditions d'accès des commerçants à la Foire à la ferraille de Paris « résultent d'usages constants ». De même, par une décision Ministre de l'Economie et des Finances c/ Perrier et Pélissard du 27 juin 1973, vous avez admis l'existence d'un droit sur les bois « crûs et à croître », résultant de coutumes locales du Haut-Jura.

De façon moins anecdotique, le Conseil d'Etat s'est plusieurs fois référé à la tradition républicaine, notamment en matière de décrets-lois, sous la XIV<sup>e</sup> République.

C'est ainsi que, dans l'avis du 6 février 1953 que nous avons déjà mentionné, le Conseil d'Etat, pour délimiter les matières réservées à la loi, s'est fondé sur « la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du Préambule de la Constitution et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». Cette référence à la tradition a été reprise par plusieurs décisions sur les décrets-lois, par exemple l'arrêt d'Assemblée Syndicat des grossistes en matériel électrique de la région de Provence et autres déjà cité, qui annule deux dispositions d'un décret-loi par lesquelles le gouvernement était intervenu dans un domaine « réservé au législateur par la tradition constitutionnelle républicaine ». Le commissaire du gouvernement Bernard Tricot, qui concluait sur cette affaire, rangeait la tradition parmi les « éléments de la loi » (35). Cette tradition a ensuite été codifiée à l'article 34 de la Constitution de 1958.

Vous avez aussi jugé, par votre décision d'Assemblée Brocas du 19 octobre 1962 (Lebon p. 553), que « selon un principe traditionnel du droit public, le gouvernement démissionnaire garde compétence (...) pour procéder à l'expédition des affaires courantes ».

Beaucoup plus récemment, par une décision Hoffer du 13 mai 2005 (Lebon p. 200), qui porte sur le décompte des temps de parole durant une campagne officielle à la radio et à la télévision, vous avez jugé « qu'en raison de la place qui, conformément à la tradition républicaine, est celle du chef de l'Etat dans l'organisation constitutionnelle des pouvoirs publics, le Président de la République ne s'exprime pas au nom d'un parti ou d'un groupement politique ». C'est également à la « tradition républicaine » que vous vous êtes référés, comme l'avait déjà fait le Conseil constitutionnel (36), pour juger que l'exposé des motifs pouvait légalement accompagner un projet de loi soumis à référendum (Hoffer, 15 avr. 2005, qui sera mentionné aux tables du recueil).

Rien ne vous interdit donc, pour interpréter l'article 38 de la Constitution, de vous référer à la pratique actuelle : vous pourrez ainsi constater que le caractère impersonnel de l'habilitation est désormais conforme à l'usage, sans qu'aucun des pouvoirs constitutionnels y trouve à redire. Et votre décision donnera à cet usage force de jurisprudence.

6. Nous observons aussi que le caractère impersonnel de l'habilitation n'a jamais fait l'objet de réserves de la part du Conseil constitutionnel.

Il est vrai que celui-ci ne censurerait sans doute pas cette pratique - à supposer qu'il la considère comme irrégulière - s'il devait en juger à l'occasion d'une loi de ratification dont il serait saisi : il constaterait que le Parlement, en ratifiant

l'ordonnance, l'a en quelque sorte purgée de tout vice au regard de la loi d'habilitation, comme il l'a fait dans une décision du 2 décembre 2004 (37). Le Conseil constitutionnel pourrait en revanche censurer un projet de loi d'habilitation dont la durée irait au-delà de la législature, mais il n'en a jamais été saisi à notre connaissance. Le Conseil pourrait aussi être conduit à vérifier la légalité d'une ordonnance impersonnelle non ratifiée dans l'hypothèse - peu probable il est vrai - où cette ordonnance organiserait une consultation électorale nationale et serait contestée à l'occasion du contentieux de l'élection : c'est alors au Conseil constitutionnel, juge de l'élection, et non au Conseil d'Etat, qu'il reviendrait d'apprécier la légalité de l'ordonnance en cause (38). Quoi qu'il en soit, même en dehors de ces deux hypothèses, le Conseil constitutionnel aurait pu avoir l'occasion d'exprimer des réserves sur la pratique impersonnelle de l'habilitation : il ne l'a pas fait.

Enfin, la constitutionnalité de cette pratique semble également admise par ce qu'il est convenu d'appeler « l'autre aile » de cette maison : si le Conseil d'Etat, en formation administrative, avait émis des objections à ce sujet, on peut penser que le gouvernement aurait demandé une nouvelle habilitation au Parlement.

Au terme de cette analyse, il nous semble que, quelle que soit la force de la solution contraire, le caractère impersonnel de l'habilitation est justifié par des arguments nombreux et convaincants. C'est pourquoi nous vous proposons de juger que, sous réserve de dispositions contraires figurant dans la loi d'habilitation, l'autorisation donnée par le Parlement en application de l'article 38 de la Constitution ne bénéficie pas au seul gouvernement en fonction au moment où elle a été délivrée, mais reste valable jusqu'au terme prévu par la loi, sauf si une loi ultérieure en dispose autrement. Si vous nous suivez, vous en déduirez que le gouvernement de M. de Villepin était habilité à prendre l'ordonnance attaquée, et que le Premier ministre et le ministre de l'Economie étaient compétents pour la contresigner.

#### ANNEXE

Conseil d'Etat, Section, 5 mai 2006, Schmitt

Requête par laquelle M. Schmitt demande au Conseil d'Etat d'annuler, pour excès de pouvoir, l'ordonnance n° 2005-647 du 6 juin 2005 modifiant le code des juridictions financières ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 2 mai 2006, présentée par M. Schmitt ; Vu la Constitution, notamment ses articles 5, 13, 19, 38 et 41 ; Vu le code des juridictions financières ; Vu la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, ensemble la décision du Conseil Constitutionnel n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 ; Vu le décret du 31 mai 2005 relatif à la cessation des fonctions du gouvernement ; Vu le décret du 31 mai 2005 portant nomination du Premier ministre ; Vu le décret du 2 juin 2005 relatif à la composition du gouvernement ; Vu le code de justice administrative ;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par le Premier ministre et le ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie ;

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 38 de la Constitution : « Le gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi » ; que, sous réserve de précisions contraires apportées par la loi d'habilitation prise sur le fondement de ces dispositions, l'autorisation donnée par le Parlement produit effet jusqu'au terme prévu par cette loi, sauf si une loi ultérieure en dispose autrement, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que le gouvernement en fonction à la date de l'entrée en vigueur de la loi d'habilitation diffère de celui en fonction à la date de signature d'une ordonnance ;

Considérant que la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit a habilité le gouvernement à prendre, par ordonnances, diverses mesures relevant du domaine de la loi ; que, s'agissant des ordonnances relatives aux juridictions financières mentionnées à l'article 64 de cette loi, la durée de l'habilitation a été fixée à une période de six mois à compter de la date de publication de la loi au Journal officiel ; qu'il ne ressort pas des termes de la loi que le législateur ait habilité le seul gouvernement en fonction à la date de son entrée en vigueur ; qu'ainsi, l'unique moyen de la requête tiré de ce que l'ordonnance attaquée méconnaît l'article 38 de la Constitution, en ce qu'elle est contresignée par un Premier ministre et un ministre n'ayant pas compétence pour ce faire en raison du changement de gouvernement résultant de l'intervention du décret du 31 mai 2005, doit être écarté ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la requête de M. Schmitt doit être rejetée ;... [rejet]

(MM. Cassagnabère, rapporteur ; Keller, commissaire du gouvernement).

## MICHEL TROPER

DU FONDEMENT DE LA COUTUME  
A LA COUTUME COMME FONDEMENT

La plupart des théoriciens du droit admettent aujourd'hui la nécessité de distinguer de la manière la plus claire le droit et le fait. Cette distinction est justifiée de plusieurs manières, notamment comme le reflet d'une opposition ontologique entre l'être et le devoir-être ou bien comme l'application d'un principe logique, selon lequel on ne peut, à partir de prémisses non éthiques, inférer une conclusion éthique. Quoi qu'il en soit, on affirme couramment cette thèse : le droit ne peut pas naître du fait. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'une chose est, que cette chose, ou une autre, doit être<sup>1</sup>.

De très nombreux problèmes théoriques résultent de cette division et le plus difficile est celui que pose la coutume. La coutume est en effet, d'après la définition la plus courante — qui est donc suffisante pour le moment, mais sur laquelle il faudra revenir — une pratique répétée pendant une certaine durée, et tenue pour obligatoire. Elle donne alors naissance à une règle, selon laquelle il faut se conduire comme on l'a fait jusque-là. Cependant, la pratique et le sentiment d'obligation sont des faits. Comment peuvent-ils alors donner naissance à une règle, c'est-à-dire à du droit ? Comment est-il possible, contrairement à ce qu'on admet généralement — et qu'on vient de rappeler — qu'une conduite soit obligatoire simplement parce qu'elle a eu lieu ?

Ce problème est parfois compliqué par deux facteurs. Le premier résulte de la circonstance que, dans certaines branches du droit, l'existence de la

coutume parmi les sources du droit est certaine alors qu'elle est douteuse dans les autres branches. Dans les premières, elle peut être mentionnée dans les textes officiels qui lient les juridictions ou bien celles-ci affirment qu'elles appliquent une règle d'origine coutumière et qu'elles sont tenues de le faire. Dans ce cas, puisque la coutume « existe », il incombe bien sûr au juriste de préciser les conditions de formation ou d'application de la coutume, de dire quelle est la durée de la pratique, quels sont les individus qui doivent éprouver le sentiment d'obligation, si ce sentiment naît chez eux de l'observation de la pratique ou si, au contraire, la pratique n'a lieu qu'en raison du sentiment d'obligation, mais ce sont là des questions relativement simples car on peut les résoudre par la description du comportement des autorités d'application ; il suffit d'observer à quelles conditions elles considèrent que ces règles existent. On doit seulement souligner qu'elles n'appellent pas de réponse générale, car tout dépend de l'ordre juridique positif considéré, et que la doctrine a tort de les présenter comme des questions « théoriques ». La seule question réellement théorique dans ce cas porte sur la transmutation du fait en droit. C'est d'ailleurs une question sans aucune portée pratique : quelle que soit la réponse qu'on lui donne, on ne peut en faire découler aucune prescription. On ne pourrait pas dire par exemple que les juges *doivent* appliquer les règles coutumières puisque l'on a admis qu'ils les appliquent en fait et qu'on a même défini ces règles comme celles qu'appliquent les juges<sup>2</sup>.

Il en va tout autrement dans les branches du droit où les juridictions et les autres organes d'application n'ont pas pour habitude de justifier leurs décisions en affirmant qu'ils sont liés par une règle coutumière, mais où néanmoins, certains sujets invoquent à l'appui de leurs prétentions, soit devant une juridiction, soit dans leurs relations mutuelles, une règle de ce genre. L'exemple le plus éclatant est, bien entendu, le droit constitutionnel, mais il est loin d'être le seul et le droit civil français semble poser des problèmes à certains égards analogues<sup>3</sup>. Il ne peut s'agir ici ni de décrire

2. Il faut remarquer que la proposition « les juges doivent appliquer les règles coutumières » pourrait cependant être énoncée par la science du droit dans un sens descriptif. Elle signifierait alors non pas qu'on prescrit aux juges d'appliquer les règles coutumières, mais qu'il existe dans l'ordre juridique considéré une norme qui oblige les juges à appliquer ces règles. Cette proposition serait alors elle-même non une norme mais une *proposition de droit* et le verbe « devoir », qui figure dans cette proposition, aurait alors, selon Kelsen, la signification d'un *Sollen* ou « devoir-être » descriptifs, cf. *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 96 et s. et M. Troper, « Contribution à une critique de la conception kelsenienne de la science du droit », *Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 527-540.

3. J. Carbonnier, *Droit civil*, I / *Introduction, les Personnes*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 8<sup>e</sup> éd., 1969, p. 111-118, spécialement p. 111 : « La doctrine du XIX<sup>e</sup> siècle a eu tendance à nier que la coutume fût une source du droit civil... En réalité, la coutume est une source, et importante, du droit civil. »

1. Ce principe est parfois désigné comme la « loi de Hume ». Il est à la base du positivisme juridique ; cf. G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica, La derivazione del dover essere dall'essere*, Milan, Giuffrè, 1969. On le trouve clairement énoncé dans H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.



simplement le discours des autorités d'application, qui par hypothèse n'appliquent pas de règle coutumière, ni de répondre à la question théorique de la transmutation, puisqu'on ignore si elle a eu lieu, mais de résoudre une question pratique : que doivent faire les organes d'application ? Existe-t-il une règle coutumière qui s'impose à eux et qu'ils sont tenus d'appliquer ?

Le second facteur de complication est la tendance des juristes à mêler les questions théoriques et les questions pratiques en tentant de les régler les unes par les autres. Ils soutiendront ainsi, par exemple, ou bien que les autorités d'application de la Constitution ne doivent pas appliquer de règles coutumières parce que la formation de telles règles est théoriquement impossible (prescription fondée sur une proposition théorique), ou bien que la coutume doit être considérée par la doctrine comme créatrice de droit en raison des avantages qu'elle présente, comme sa souplesse ou son caractère démocratique (proposition théorique fondée sur une proposition pratique ou un jugement de valeur). Ce type de démonstration est dépourvu de toute pertinence et l'on peut facilement objecter dans le premier cas que, si la formation de la règle coutumière est impossible, une telle règle n'existe pas et qu'il est évidemment absurde d'en prescrire ou d'en interdire l'application. Dans le second cas, il est clair que la question de savoir si la coutume doit ou non être considérée par la doctrine comme créatrice de droit n'est pas, malgré sa forme et la présence du verbe « devoir », une question pratique : le juriste n'a pas pour tâche en général de construire un système juridique tout entier et de choisir parmi tous les procédés concevables de création du droit celui qui présente les plus grands avantages. Il doit seulement décrire le droit tel qu'il est et si, dans tel ou tel système juridique, dans telle ou telle branche du droit, il existe des règles créées par voie de coutume, le juriste « doit » considérer la coutume comme créatrice de droit, quels que soient les avantages ou les inconvénients de ce procédé<sup>4</sup>.

A vrai dire, cette confusion est explicable, sinon excusable, par l'imprécision du langage et spécialement par l'ambiguïté du mot « existence » lorsqu'il se rapporte à une norme. Lorsqu'on affirme qu'une norme « existe », on peut vouloir dire d'abord simplement qu'elle est, ou qu'elle paraît, appliquée en fait par certains organes de l'ordre juridique. Ainsi, quand on dit qu'il « existe » dans le droit administratif français un principe général des droits de la défense ou qu'il « existe » des règles coutumières en droit international, il suffit, si l'on est mis en demeure de faire la preuve de cette

4. Le verbe « devoir » ne signifie pas ici bien entendu qu'il existerait une norme juridique prescrivant au juriste une certaine conduite, mais seulement une prescription méthodologique. Il n'indique donc ni une prescription juridique, ni un « *Sollen* descriptif », mais une prescription appartenant au langage métascientifique.

existence, de désigner plusieurs décisions juridictionnelles qui, en effet, appliquent ces normes. Mais on peut aussi employer le verbe « exister » dans un autre sens, pour exprimer l'idée qu'un acte humain, par exemple une manifestation de volonté, a, du point de vue de l'ordre juridique, la signification d'une norme juridique, parce que cette signification lui est conférée par une norme supérieure. On peut dire ainsi, par exemple, qu'il existe en droit français une norme prescrivant une conduite si cette conduite est ordonnée par une loi, qui a au regard de la Constitution la signification d'une norme. S'agissant de la coutume, on pourra dire qu'elle est un mode de création du droit dans tel système juridique, si la Constitution ou une loi prescrit aux tribunaux d'appliquer la coutume. Dans le premier sens, « existence » est donc synonyme de « être en vigueur », dans le deuxième de « validité ». Il ne faut cependant pas conclure de cette distinction qu'il y aurait pour les normes deux modes d'existence. Il n'y en a qu'un, la validité. Toutefois, la validité est *perçue* dans certains cas immédiatement en raison de la conformité à la norme supérieure et dans d'autres cas immédiatement en raison d'une présomption de conformité, qui résulte de l'application effective, notamment par des juridictions. Ainsi, lorsqu'on dit qu'une norme « existe » dans le premier sens, qu'elle est en vigueur, on ne veut pas dire qu'elle est valide, mais seulement qu'elle est appliquée, sans indiquer en même temps pourquoi elle doit l'être. En d'autres termes, on affirme sa validité sans en désigner le fondement. A l'inverse, si l'on dit qu'elle « existe » dans le second sens, on affirme qu'elle est conforme à une norme supérieure et donc qu'elle doit être appliquée, ce qui implique qu'elle peut ne pas l'être en fait<sup>5</sup>.

On comprend dans ces conditions que les juristes, qui s'interrogent sur la coutume, le fassent de manières très différentes — et d'ailleurs non symétriques — selon les branches du droit considérées. Là où les tribunaux déclarent appliquer la coutume, là où visiblement elle existe, dans le premier sens, ces juristes recherchent le fondement de sa validité et s'interrogent sur la transformation du fait en droit. Par contre, là où il y a un doute sur ce que font les organes d'application et surtout sur ce qu'ils devraient faire, en droit constitutionnel par exemple, les auteurs, pour rechercher si la règle coutumière « existe », doivent nécessairement examiner si elle est valide, c'est-à-dire si les faits désignés comme « coutume » ont la signification d'une norme au regard d'une norme supérieure, c'est-à-dire s'il y a un fondement à la coutume. La recherche du fondement n'est donc plus ici

5. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 13 : « Par le mot de « validité » (*Geltung*), nous désignons le mode d'existence spécifique des normes. »

6. L'ambiguïté du mot « existence » est semblable à celle du mot « origine » dans certaines doctrines politiques du XVIII<sup>e</sup> siècle, où il désigne à la fois la cause et le fondement.

complémentaire de la constatation que la coutume « existe ». Elle est considérée comme le mode même de cette constatation. Malheureusement, faute de découvrir une norme juridique positive, qui instruirait la coutume comme fait créateur de droit, les auteurs invoquent des normes morales ou sociales ou politiques (le caractère démocratique ou la souplesse de la coutume) ou encore métajuridiques et ils invoquent de même de telles normes pour contester qu'une règle coutumière puisse avoir un fondement et une « existence » (par exemple le principe que le droit ne pourrait pas être créé au prix de sa propre violation serait de nature à priver de tout fondement une coutume *contra legem*, qui ainsi n'existerait pas). Une telle méthode souffre évidemment d'un vice fondamental : une norme juridique ne peut trouver le fondement de sa validité dans une norme appartenant à un autre système normatif. Ce que font les auteurs dont il est question ici, ce n'est donc pas décrire l'existence ou l'absence de règles coutumières, c'est seulement prescrire, au nom d'une doctrine morale ou politique, que de telles règles fassent partie du système juridique.

Si l'on veut, par conséquent, se limiter à une description du droit positif, il faut distinguer nettement deux types de problèmes : lorsque des règles coutumières sont incontestablement en vigueur dans un système juridique ou dans une partie de ce système, il faut rechercher le fondement de leur validité comme le fait la doctrine classique, ce qui ne veut pas dire nécessairement avec les mêmes résultats. Par contre, s'il y a un doute sur leur existence, comme c'est le cas en droit constitutionnel, il faut rompre avec la démarche de la doctrine et s'abstenir de rechercher le fondement, car on ne peut rechercher le fondement de ce qui existe incontestablement. S'il y a doute sur l'existence, c'est l'existence elle-même qu'il faut rechercher. Il importe de souligner que l'on s'efforce ainsi de supprimer l'ambiguïté du mot « existence » et qu'on le prend toujours dans son sens d'« être en vigueur » ou d'« être effectivement appliqué ».

En revanche, la distinction des deux problèmes implique que l'on adopte deux définitions différentes de la coutume elle-même. Il s'agit bien entendu de définitions stipulatives, qui ne visent ni à énoncer les propriétés essentielles de la chose, ni à décrire l'emploi du mot dans une langue donnée. Quelles que soient par ailleurs les raisons qui conduiraient de toute manière à s'abstenir de rechercher une définition réelle, il est certain que les propriétés essentielles d'une chose sont encore inconnues au commencement de l'étude. La définition lexicale ne conviendrait pas davantage, car ce qu'on voudrait savoir, ce n'est pas le sens dans lequel on emploie le mot « coutume » dans la langue du droit, mais celui dans lequel on *devrait* l'employer dans la langue de la théorie du droit. La définition stipulative ne prétend pas décrire une chose ou un mot. Elle sert seulement à identifier un phénomène en fonction d'un problème précis. On peut donc légitimement

mement recourir à deux définitions pour tenter de résoudre deux types de problèmes. Pour ce qui concerne le premier (où se trouve le fondement des règles coutumières ?), on peut définir la coutume, de manière classique, *per genus et differentiam*, comme une espèce du genre « règles ». Pour ce qui concerne le second problème (existe-t-il des règles coutumières dans telle ou telle branche du droit ?), on doit nécessairement choisir une définition qui ne contienne pas de réponse à la question posée et la coutume ne peut alors être définie comme une espèce de règles ou un mode de création de règles et il faut l'identifier comme un type de comportement, dont on pourra se demander s'il « existe » au sens qu'on a donné à ce terme : s'il a lieu réellement et pourquoi, et s'il est suivi comme on applique une règle.

#### LA QUESTION DU FONDEMENT

Comme on l'a déjà souligné, il s'agit là d'une question purement théorique, sans aucune portée pratique : on ne cherche pas à savoir si des règles coutumières doivent être appliquées, car on sait qu'elles le sont, mais pour quoi elles doivent l'être, pourquoi et comment un fait peut donner naissance à du droit. Ce caractère théorique de la question explique sans doute qu'elle ait fait l'objet d'aussi peu d'attention, malgré les apparences. Certes, tous les ouvrages consacrés à la description d'une branche du droit, droit civil, constitutionnel ou commercial, comportent des développements sur la coutume, mais ils portent principalement sur sa place par rapport aux autres règles, l'existence de coutumes *contra* ou *propter legem*, toutes questions qui peuvent être résolues par la description du droit positif, spécialement par celle du droit jurisprudentiel<sup>7</sup>. Les auteurs qui s'intéressent au fondement n'en traitent en réalité que parce qu'ils espèrent ainsi répondre à des questions précises qui ne peuvent être résolues par la description du droit positif, notamment parce que la jurisprudence ne comporte pas de réponse : dans telle branche du droit, quelle est la durée nécessaire pour qu'une coutume soit considérée comme formée ? Quels sont les individus qui doivent, pendant cette durée, se conformer à cette pratique ? Quels sont ceux qui doivent éprouver le sentiment d'obligation ? Il est en apparence possible de répondre à ces questions sur la base des diverses théories du fondement

7. J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 114-115 ; A. Weill, *Droit civil, introduction générale*, Paris, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1973, p. 130, n° 148. Déjà Gény (*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899 ; *Sciences et technique en droit privé positif*) déclarait qu'il ne cherchait pas le fondement de la force obligatoire de la coutume, car elle s'imposait à lui comme un fait.

du caractère obligatoire de la coutume et du droit en général. Ainsi par exemple, ceux qui voient dans le consentement des sujets le fondement du caractère obligatoire du droit, mettront l'accent sur l'*opinio juris* et soutiendront qu'il n'existe pas de règle coutumière qui puisse lier un sujet, si, au minimum, les autres sujets de sa catégorie n'ont pas clairement manifesté leur consentement. Ils soutiennent, en d'autres termes, que la règle coutumière n'existe pas dans ce cas parce qu'elle n'a pas été créée. On a déjà eu l'occasion de critiquer cette démarche : d'un côté, elle ne part pas réellement de la constatation que la coutume existe pour en rechercher le fondement, mais à travers une conception du fondement, elle veut découvrir si elle existe. D'autre part, les conclusions auxquelles elle conduit ne sont pas réellement descriptives, mais prescriptives : les auteurs affirment en réalité non que telle ou telle espèce particulière de règle coutumière existe dans le droit positif de tel ou tel pays, mais qu'elle *doit* exister, parce qu'elle est valide au regard de telle ou telle norme générale, qui est d'ailleurs une norme métajuridique.

Que cette question soit de nature théorique a aussi pour conséquence qu'elle est nécessairement traitée par référence aux options prises sur les grands problèmes de la théorie générale du droit, notamment sur celui des sources et sur celui de l'interprétation.

#### La coutume et la théorie des sources

Les juristes emploient l'image de la source pour tenter d'exprimer l'idée que le droit positif n'est pas permanent. Il n'a pas toujours été en vigueur et il a fallu qu'il soit créé ou qu'il apparaisse. Ils appellent alors sources « matérielles » le lieu caché (la nature ou la conscience collective) où est né le droit avant d'émerger à la surface et sources « formelles » les points d'émergence de ce droit, jusque-là souterrain, les formes qu'il emprunte pour « prendre le caractère contraignant qui est propre à la règle de droit »<sup>8</sup>. Il y a alors deux sortes de doctrines. Les unes envisagent par priorité les sources matérielles, qui seules peuvent expliquer la genèse du droit<sup>9</sup>. Les sources formelles ne sont, selon cette conception, que secondaires. Elles sont l'objet non de la science, mais seulement de la technique juridique<sup>10</sup>.

Selon une conception opposée, la science du droit ne peut étudier qu'un

8. Carbonnier, *op. cit.*, p. 15.

9. Carbonnier, *op. cit.*, p. 14.

10. Gény, *Science et technique*, *op. cit.*

objet distinct d'elle-même et susceptible d'observation empirique, c'est-à-dire seulement le droit positif. Celui-ci n'est observable précisément que parce qu'il est *posé* ou créé. On n'envisagera donc que les procédés par lesquels il est posé, c'est-à-dire les sources formelles. La métaphore des sources est d'ailleurs critiquée par les positivistes car elle conduit à penser que le droit pourrait exister avant d'être produit. Ils préfèrent parler de procédés de création du droit. Quant aux sources matérielles, ils les considèrent comme des « représentations qui influencent effectivement les fonctions de création et d'application du droit », mais qui ne sont nullement obligatoires<sup>11</sup>. En d'autres termes, ce qui émerge des sources matérielles du droit n'est pas du droit.

Or, s'agissant de la coutume, ces deux types de doctrines parviennent par des procédés différents à des résultats analogues et permettent d'énoncer la proposition que la coutume n'est pas réellement créatrice de droit.

On le comprend aisément pour un premier groupe de théories selon lesquelles la coutume ne fait qu'exprimer un droit préexistant. Ainsi, pour les auteurs de l'école historique allemande, le droit ne peut naître que de la conviction juridique du peuple. Ce droit populaire se manifeste de façon immédiate à travers la coutume et de façon médiate à travers la loi. La coutume est ainsi non pas un fait créateur du droit, mais seulement un mode de preuve de l'existence d'un droit<sup>12</sup>. De manière analogue, pour Duguit et son école, même s'ils critiquent vivement, mais pour d'autres raisons, l'école historique allemande, la coutume, comme la loi elle-même, n'est pas un mode de création, mais seulement de constatation du droit : le droit ne peut naître que dans les consciences qui le discernent au moyen du sentiment de justice et le manifestent par leurs pratiques répétées. La coutume n'est alors que l'ensemble de ces pratiques<sup>13</sup>.

A ces théories on peut rattacher, sans respect pour la chronologie et parce qu'elles distinguent elles aussi les manifestations du droit et son origine, celles qui, dans la tradition romano-canoniste, trouvent le fondement de la coutume dans le consentement tacite du peuple ou du prince ou encore, en droit international, dans celui des Etats, seuls capables de produire le droit. On rencontre encore une doctrine semblable chez René Capitant, qui soutenait que la coutume ne fait qu'exprimer la conscience et la volonté nationales, seules souveraines<sup>14</sup>. Pour tous ces auteurs, la question

11. Kelsen, *op. cit.*, p. 314.

12. Fuchs, *Das Gewohnheitsrecht*, 2 vol., Erlangen, 1828-1837.

13. Réglaude, *La coutume en droit public interne*, th. droit, Bordeaux, 1919 (sous la direction de L. Duguit).

14. R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », *Gazette du Palais*, 21 déc. 1929, réédité in *Revue du Droit public*, 1979, p. 959-970 ; « Le droit constitutionnel non écrit », *Mélanges Gény*, 1934, réimpr. 1977, t. III, p. 1-8.

de savoir comment une pratique peut donner naissance à une règle ne se pose pas, car pour eux la coutume n'est jamais créatrice.

Les théories des sources formelles parviennent, curieusement, à un résultat analogue et cela par plusieurs méthodes. Selon un groupe d'auteurs, la coutume est bien une source formelle, un procédé de création du droit, mais c'est un procédé dérivé. Les pratiques ne peuvent créer du droit à elles seules. Elles ne le peuvent que si — et parce que — il existe une règle, elle-même incontestablement juridique, qui ordonne de se conformer aux pratiques. En France, c'est dans la doctrine du droit civil que cette thèse est le plus souvent exposée. Les auteurs citent ainsi les cas dans lesquels la loi formelle renvoie expressément ou implicitement aux usages<sup>15</sup>. Cette théorie a une limite, dont les auteurs sont d'ailleurs parfaitement conscients : elle n'indique un fondement que pour les coutumes *secundum legem*. Le problème reste entier en revanche si l'on envisage ce que les civilistes appellent « le pouvoir autonome de la coutume », c'est-à-dire celui des règles coutumières qui viendraient combler les lacunes de la loi (*praeter legem*) ou qui iraient contre la loi (*contra legem*). Elle présente une autre caractéristique, inaperçue celle-là, et qui, de son point de vue, pourrait être considérée comme une faiblesse : elle revient en effet à affirmer, malgré ses propres prémisses, que la coutume n'est pas réellement créatrice de droit, car l'obligation juridique ne provient pas du fait, mais seulement de la prescription énoncée dans la loi de se conformer à la coutume. Cette doctrine a trouvé un fondement à la coutume, mais en même temps elle l'a éliminée comme source formelle.

Selon la *Théorie pure du droit*, également, la coutume est créatrice de droit, comme la loi, la constitution ou le contrat et sur le même fondement : parce qu'elle a été instituée par une norme supérieure, qui prescrit de se conduire conformément à une pratique qui a eu lieu pendant un certain temps. La théorie kelsenienne est cependant plus générale que la doctrine civiliste car elle cherche à rendre compte de situations dans lesquelles les organes de l'ordre juridique, spécialement les tribunaux, appliquent des coutumes, alors qu'ils n'y sont pas expressément habilités, ou, ce qui revient au même, alors qu'il n'existe pas de norme expresse prescrivant de se conduire conformément à une coutume. Comme ces organes posent des normes nouvelles sur le fondement de la coutume, celle-ci ne peut être considérée comme valide « que si l'on suppose que l'institution de la coutume comme fait créateur de droit a déjà eu lieu dans la norme fondamentale »<sup>16</sup>. Cette thèse échappe à l'objection adressée aux civilistes français : tandis que ceux-ci réduisent la coutume à la loi, seule véritable source, Kelsen la

15. Carbonnier, *op. cit.*, p. 112; Weill, *op. cit.*, p. 128-129.

16. *Op. cit.*, p. 305; v. aussi p. 12-13 et 72 s.

considère comme un procédé de création au même titre que la loi (ce qui ne signifie pas nécessairement de même valeur), car dans les deux cas un fait, ici la pratique, là l'expression d'une volonté, est instrué comme fait créateur par une norme supérieure<sup>17</sup>. On peut lui opposer, par contre, que la théorie de la norme fondamentale, admissible à titre de postulat épistémologique, n'est ici qu'une tautologie, puisqu'à la question de savoir comment un fait peut être créateur de droit en l'absence d'une norme expresse, Kelsen répond qu'il faut supposer qu'il est créateur de droit<sup>18</sup>.

Selon un autre groupe de théoriciens des sources formelles, la coutume n'est pas créatrice de droit et ce qu'on appelle « règle coutumière » est en réalité un produit non pas du fait, mais d'une volonté. Cette volonté n'est pas, comme dans la doctrine civiliste contemporaine, exprimée par le législateur mais par le juge. Ainsi, pour Austin, le droit est un ensemble de commandements émanant du souverain et assortis de la menace de sanctions. Ils peuvent cependant émaner de lui soit directement, sous forme de lois, soit indirectement, sous forme de législation déléguée ou sous forme judiciaire. Dans ce dernier cas, un juge est autorisé par le souverain à émettre des commandements. Il ne peut donc exister de règle coutumière, car la coutume n'est pas un être capable d'émettre des commandements. C'est le juge qui rend ces pratiques obligatoires. La coutume n'est pas une source formelle, mais tout au plus une source matérielle<sup>19</sup>.

L'objection la plus forte contre cette thèse a été formulée par Kelsen : le juge a pour fonction d'appliquer, pour résoudre les litiges, des normes générales, qui se présentent tantôt dans la forme de lois, tantôt dans la forme de règles coutumières ; si l'on prétend par conséquent qu'il ne se borne pas à appliquer les règles coutumières, mais qu'il les crée ou leur donne lui-même force obligatoire, il faut faire le même raisonnement à propos des lois et déclarer qu'elles sont elles aussi produites en réalité par les juges<sup>20</sup>.

17. C'est en ce sens que Kelsen peut écrire que seul le droit peut être créateur de droit ; cf. N. Bobbio, « Kelsen et les sources du droit », in *Archives de Philosophie du Droit*, 1982, p. 135-146.

18. Cf. P. Amselek, « Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », in *Revue du Droit public*, 1978, p. 5. La critique tirée du caractère tautologique de la théorie de la norme fondamentale ne doit cependant pas être présentée sans nuance, v. M. Troper, « La pyramide est toujours debout ; réponse à P. Amselek », *ibid.*, 1978, p. 1523.

19. J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, Londres, 1<sup>re</sup> éd., 1832. Une thèse sur ce point identique a été soutenue par E. Lambert, *Le droit coutumier contemporain*, 1893, et par le courant réaliste, cf. Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig und Wien, 1929, spéc. p. 423 et s.

20. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York, 1945, p. 126-127.

*La coutume et la théorie de l'interprétation*

Mais on peut aussi prendre Kelsen au mot et, sur le fondement de sa propre théorie de l'interprétation, accepter la thèse de la réduction de la coutume à la décision judiciaire avec ses plus extrêmes conséquences : le juge crée la norme coutumière comme il crée la norme législative. Interpréter est en effet, selon Kelsen, déterminer la signification d'un acte, tandis qu'une norme est définie comme la signification d'un acte par lequel une certaine conduite est prescrite. Il en résulte naturellement qu'interpréter c'est créer une norme. Ainsi, tout organe habilité à donner l'interprétation authentique de la loi détermine sa signification objective au regard de l'ordre juridique. C'est lui qui décide que tel ou tel acte signifie qu'une prescription a été énoncée, quelle est la conduite prescrite — et qui, de cette manière, détermine la norme législative<sup>21</sup>. Il en va de même pour la coutume : une pratique a eu lieu ; le juge peut attribuer à ce fait la signification qu'on doit se conduire conformément à cette pratique. La règle coutumière est donc créée non pas par suite de quelque mystérieuse transformation du fait en droit, mais simplement par l'opération du juge qui a interprété le fait.

En dépit des apparences, cette thèse est profondément différente de la thèse volontariste. Elle s'en distingue à trois points de vue au moins : elle soumet au même traitement la coutume et la loi ; d'autre part, elle ne considère pas la création de la règle coutumière comme le seul fait du juge, mais aussi comme celui de tout organe d'application du droit, c'est-à-dire de toute autorité ayant pour fonction de prendre des décisions en application d'une règle ; enfin — et surtout — si, dans les deux théories, la volonté est présentée comme créatrice de droit, elle est ici envisagée non pas comme la volonté d'un être particulier (le souverain), ni comme celle qui est instituée comme créatrice de droit par une norme supérieure, comme chez Kelsen, mais comme celle qui se manifeste dans l'exercice d'une activité d'application du droit.

A la question de savoir comment ont pu être créées les règles coutumières, qui sont en vigueur dans certaines branches du droit, on peut donc répondre : par les organes qui accordent à certaines pratiques la signification de normes.

LA QUESTION DE L'EXISTENCE

Par hypothèse, cette question ne se pose qu'à propos des branches du droit dans lesquelles il existe un doute, c'est-à-dire principalement en droit

constitutionnel, mais aussi en droit civil ou commercial pour ce qui concerne la coutume *contra* ou *proaeter legem*. L'origine du doute vient de ce qu'il n'existe pas de juridiction ou de ce que la juridiction n'a qu'une compétence limitée, comme c'est le cas en matière constitutionnelle, ou encore de ce que les motifs des décisions juridictionnelles sont sur ce point peu explicites, de sorte qu'une même décision est susceptible d'être regardée tantôt comme l'application d'une coutume *proaeter* ou *contra legem*, tantôt comme l'application d'un autre type de norme. La doctrine s'efforce donc, dans tous ces cas, de lever le doute et de déterminer si, dans les branches en question, des règles coutumières existent, c'est-à-dire sont en vigueur. Comme l'existence d'un type de règles ne peut être constatée qu'à travers le discours de ceux qui les énoncent ou celui des juridictions qui les appliquent et que, par hypothèse, un tel discours n'existe pas ici, il convient de rechercher d'abord si existent des pratiques répétées et tenues pour obligatoires ou nécessaires ; puis si ces pratiques sont réellement obligatoires<sup>22</sup>.

Sur le premier point, la constatation est loin d'être aussi simple qu'on pourrait le croire, si bien que la doctrine a parfois, non sans maladresse, tiré argument de la difficulté de la constater pour soutenir que la coutume constitutionnelle n'existait pas. On a prétendu par exemple que la durée pendant laquelle la pratique se répétait ne pouvait être déterminée, pas plus qu'on ne pouvait désigner ceux qui devaient éprouver le sentiment d'obligation. Ce raisonnement est évidemment erroné, car l'existence ou l'inexistence d'un phénomène ne dépend pas de la facilité avec laquelle on peut l'observer et il faut éviter de confondre identification, constatation et existence. Il reste que la science du droit, comme toute discipline scientifique, doit énoncer et justifier les critères qui lui permettent d'identifier, puis d'affirmer l'existence des phénomènes dont elle s'occupe.

A ce stade, il faut souligner que le phénomène à identifier n'est pas juridique, mais politique (ou social) : on ne cherche à identifier que des faits — une pratique répétée et un sentiment — que l'on désignera du nom de coutume. On doit donc isoler, dans la masse des faits qu'on peut appeler constitutionnels, ceux qui ne peuvent être décrits et expliqués comme les autres. On peut ainsi constater par exemple que le Président de la République promulgue régulièrement les lois adoptées par le Parlement et l'on peut supposer qu'il éprouve sur ce point un sentiment d'obligation. Nul ne désignera pourtant cette pratique comme une coutume. Ce terme pourra convenir, par contre, pour désigner l'habitude du Premier Ministre de présenter la démission de son gouvernement en dehors des circonstances prévues par la Constitution. La différence entre les deux hypothèses est,

22. M. Troper, « Nécessité fait loi ; réflexions sur la coutume constitutionnelle », *Mélanges Robert-Edouard Charlier*, Paris, 1981, p. 309-323.

21. M. Troper, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de Philosophie*, 1981, p. 518-529.

bien entendu, que dans le premier cas il existe une disposition constitutionnelle qui prescrit au Président de la République de promulguer les lois, alors qu'il n'y a pas de disposition impérative dans le second cas. On ne peut donc rendre compte du comportement du Premier Ministre en disant qu'il se soumet à une prescription, car il dispose de la faculté de présenter ou ne pas présenter sa démission. Son comportement apparaît non comme l'exécution d'une prescription, mais comme le choix opéré d'une manière répétée, identique et tenue pour nécessaire entre deux conduites également permises. On dispose ainsi d'une définition qui permet d'abord de justifier qu'on isole une classe de comportements — ceux dont on ne peut rendre compte en disant qu'ils sont l'exécution d'une prescription — puis d'identifier dans la pratique constitutionnelle les comportements susceptibles d'être affectés à cette classe, de grouper, au moins provisoirement, dans une même catégorie des comportements souvent tenus pour distincts, les coutumes constitutionnelles et les conventions de la Constitution, de rechercher une explication valable pour l'ensemble de cette classe, enfin d'examiner s'ils donnent naissance à une prescription. On pourra par exemple soutenir que si ces comportements sont des choix tenus pour nécessaires, ils peuvent être expliqués par la situation dans laquelle se trouvent les acteurs, c'est-à-dire, comme on l'a suggéré, dans la configuration du système politique : les acteurs ne peuvent faire autre chose que ce qu'ils font<sup>23</sup>.

A cette analyse, on pourrait notamment objecter qu'elle ne répond pas à la question posée : on ne chercherait pas à savoir seulement si des comportements répétés et tenus pour nécessaires existent, mais si, après un certain temps, ils donnent naissance à une règle prescrivant de se conformer à ces choix ou, en d'autres termes, si à la règle d'habilitation permettant au Premier Ministre de présenter ou non sa démission s'est substituée une règle impérative lui prescrivant de le faire ou encore, en termes plus classiques, si la coutume existe non seulement comme comportement, mais aussi comme source du droit ou comme règle.

Cette question est parfaitement légitime si, comme on l'a vu, elle n'est pas énoncée d'un point de vue pratique et ne vise pas à déterminer le comportement que devraient suivre les pouvoirs publics, mais seulement celui qu'ils doivent suivre conformément au droit en vigueur, c'est-à-dire l'existence d'une norme. Or, l'échec des théories traditionnelles sur ce point est total. Pour affirmer l'existence d'une norme autre que coutumière, elles se contentent d'observer que cette norme a été énoncée par un organe compétent. Dire qu'il existe une loi X, c'est dire seulement que le Parlement a adopté cette loi. Mais ce test est inadapté à la règle coutumière et la doctrine

est contrainte de recourir à un test différent. Elle affirme alors qu'il existe une règle constitutionnelle coutumière s'il existe une pratique répétée, tenue pour obligatoire et si les pouvoirs publics ont l'obligation de s'y conformer. Une partie de la doctrine met alors en œuvre un critère supplémentaire, tiré du caractère juridique de l'obligation, pour tenter de distinguer la coutume constitutionnelle, juridiquement obligatoire, et d'autres pratiques répétées, telles les conventions de la Constitution, qui ne seraient pas obligatoires juridiquement mais seulement politiquement. Ce test supplémentaire échoue d'ailleurs en raison de l'impossibilité de définir de manière simple l'obligation juridique. Quant au test principal, il est lui-même totalement inopérant. Ou bien en effet, l'affirmation que les pouvoirs publics ont l'obligation de se conformer à la coutume émane de la doctrine elle-même et il ne s'agit pas d'une proposition théorique, ou bien cette affirmation signifie seulement qu'il existe une règle. Le test est donc parfaitement tautologique : on affirme l'existence d'une règle par l'existence d'une règle<sup>24</sup>.

Il faut donc écarter totalement l'idée d'obligation et revenir à une définition de la norme comme signification d'un acte ou d'un fait. Une norme existe dans un système juridique donné si, *dans ce système*, un acte ou un fait possède effectivement la signification d'une norme, s'ils signifient qu'une conduite doit avoir lieu. On peut considérer qu'ils possèdent cette signification lorsqu'elle leur a été conférée par un autre acte ayant lui-même la signification d'une norme. C'est la conception de Kelsen, qui échoue ici parce qu'il n'existe pas en droit constitutionnel une norme accordant la signification de norme à un fait de coutume. Force est donc d'admettre qu'un fait possède la signification de norme lorsqu'un ou plusieurs organes lui ont conféré cette signification. Ces organes, qui ne sont pas nécessairement — ni même souvent — des juridictions, le font à l'occasion d'un processus de décision, lorsqu'ils entendent fonder le caractère obligatoire des propositions normatives qu'ils émettent. Ils agissent bien entendu sous l'influence du système politique tout entier, comme les autres organes dont les pratiques répétées reçoivent la signification de normes. L'existence d'une coutume est donc le produit d'une double nécessité : celle qui pèse sur les auteurs de cette pratique, celle qui agit sur ceux qui lui accordent la signification de norme et la font exister comme règle.

Ainsi, à la question de savoir à quel signe on peut reconnaître qu'une coutume existe comme source du droit, on peut répondre simplement : lorsque, dans le discours des pouvoirs publics, elle reçoit la signification d'une norme pour pouvoir servir de fondement à d'autres normes.

24. A. Ross, « Validity and the conflict between legal positivism and Natural Law », *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, IV, p. 46-93.

23. *Ibid.*

l'intervention du législateur. Le droit coutumier, dans le langage reçu, c'est la coutume devenue obligatoire par la force de l'usage, par le prestige de l'ancienneté, par l'autorité du précédent, c'est le droit issu du fait par la puissance de la tradition, c'est en bref, le droit coutumier non écrit.

Ainsi apparaît tout à la fois que, d'une part, le droit coutumier s'oppose bien au droit écrit, mais que, d'autre part, il ne saurait être confondu, comme il arrive trop souvent, avec tout le droit non écrit. Car il faut encore ranger dans le cadre de ce dernier, à côté de la coutume et s'opposant à elle, tout le droit novateur. De même, en effet, que le droit écrit peut ou bien sanctionner les usages admis, maintenir un peuple dans le respect de ses mœurs et de ses traditions, poursuivre dans ses décrets une politique de conservation sociale, ou bien, au contraire, s'efforcer de transformer la société qu'il régit, abroger le système social en vigueur, lutter contre les habitudes anciennes et créer des mœurs et des besoins nouveaux, de même le droit non écrit, s'il peut être coutumier, peut aussi être novateur. Des règles nouvelles peuvent surgir dans le droit positif, qui loin d'être issues de ce long travail d'élaboration qui donne naissance à la coutume, renversent au contraire les conceptions admises, marquent une brusque rupture dans l'évolution sociale et annoncent des mœurs nouvelles. Si ces règles ne sont pas l'œuvre d'un législateur, si c'est la nation elle-même qui en reconnaît l'autorité directement et qui, par son adhésion, à l'encontre ou à défaut du législateur établi, les intègre elle-même dans le droit positif, il faut bien alors leur reconnaître la qualité de droit non écrit, sans qu'il soit possible pourtant de les qualifier de coutumier.

Mais le préjugé du droit écrit est si fort que l'existence de telles règles est très généralement niée. Il règne sur beaucoup d'auteurs comme un principe de légitimité du droit écrit qui exclut à leurs yeux le caractère juridique de toute règle non écrite. Tout ce qui n'est pas écrit tombe, à les croire, dans le domaine du fait ou de la politique, et ne saurait être regardé comme règle de droit. Mais l'interprète ne doit connaître que la « positivité » et la seule question à résoudre est donc de savoir si la notion de droit positif exclut ou admet la notion de droit non écrit.

Or, bien loin de l'exclure, elle la suppose. Car le droit positif n'est pas le droit posé par un législateur, il est le droit en vigueur, c'est-à-dire le droit appliqué, dont les prescriptions reçoivent généralement exécution dans une société donnée. C'est donc le fait de l'application du droit, de la conformité des mœurs à un système juridique qui est le signe de la positivité de celui-ci. Dès lors, si une règle, quoique non écrite, présente ce caractère on doit lui reconnaître la qualité de droit positif, sans qu'aucune antinomie puisse être relevée entre les deux notions.

La supériorité de nature que l'on accorde généralement au droit écrit, et qui empêche d'admettre qu'une règle non écrite puisse déroger à une règle écrite, n'est encore qu'un autre aspect du même

## TITRE I

### SOURCES DU DROIT CONSTITUTIONNEL

#### CHAPITRE PREMIER

#### Le droit constitutionnel non écrit

par René CAPITANT,  
*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Strasbourg*

Dans la langue juridique habituelle, le droit coutumier s'oppose au droit écrit et semble par là-même englober tout le droit non écrit. En réalité, ces deux notions sont distinctes et la coutume n'est qu'un des aspects sous lesquels peut se révéler le droit non écrit.

Nous voudrions, après avoir analysé cette distinction, indiquer l'importance exceptionnelle du droit non écrit en matière constitutionnelle.

#### I

Le droit coutumier est le droit qui a pour objet de rendre la coutume obligatoire. Une coutume, c'est-à-dire un usage, une habitude sociale, n'est en elle-même qu'un fait. La règle, et par conséquent le droit, n'apparaît que si la coutume cesse d'être le produit d'attitudes libres, pour devenir socialement obligatoire. Non que la coutume cesse, pour cela, d'être un fait, mais elle devient un fait commandé par le droit, se produisant par application et par respect du droit. La coutume, en d'autres termes, se double désormais d'une règle coutumière, constitutive de droit coutumier<sup>1</sup>.

La définition pour être complète doit encore faire apparaître le caractère non écrit du droit coutumier. En soit, étymologiquement, ce dernier est indépendant de la forme écrite ou non écrite et l'on devrait pouvoir parler de droit coutumier écrit, puisque rien n'empêche le législateur de sanctionner lui-même une coutume et de la rendre obligatoire. Mais l'étymologie ne détermine pas seule la signification des mots et il faut reconnaître qu'en l'espèce l'expression droit coutumier a un sens plus étroit. On ne peut, en effet, l'employer que si le caractère obligatoire de la coutume s'est établi sans

la validité de l'ordre juridique tout entier, laisser ainsi sans appui la constitution initiale dont tout découle, il faut bien supposer — hypothèse nécessaire et non arbitraire — une règle supérieure, une « norme fondamentale hypothétique » donnant compétence constituante au premier constituant et légitimant ainsi la constitution primitive.

Malgré les différences qui séparent ces deux théories, il est clair qu'elles reposent sur un même postulat, le postulat du droit écrit. Si on le rejette, il apparaît que, même pendant la période révolutionnaire, avant qu'une nouvelle constitution écrite ait été votée, déjà une constitution existe, car l'Etat et la nation n'ont pas disparu. Cette constitution est formée par l'ensemble d'idées et de doctrines au nom desquelles se fait le mouvement révolutionnaire. Au fur et à mesure que la nation retire à l'ancien ordre politique le bénéfice de son adhésion et de sa soumission pour accepter ou subir le nouveau pouvoir, c'est la « positivité » qui passe d'un camp dans l'autre, reléguant l'ancienne constitution dans le cercle des théories et amenant à réalisation des doctrines politiques qui ne valaient qu'à titre d'aspirations. Pendant la période de lutte civile, il est vrai, au cours de la nation, la constitution positive est indéfinie. C'est que la nation, de laquelle chacun des deux systèmes en présence régit une partie alors, se déchire en deux parties et deux systèmes politiques ennemis sont simultanément en vigueur. Mais dès que la révolution est achevée, dès que le nouvel ordre a triomphé de l'ancien régime, l'unité nationale est reconstituée et l'on peut parler d'une constitution positive sans attendre que celle-ci ait été couchée par écrit. Il est clair que la rédaction lui apportera des précisions qui lui manquent, une ampleur, une logique, une unité incomparables, mais si réduite et si vague qu'elle puisse être, le fait d'un gouvernement au pouvoir n'en atteste pas moins l'existence d'une constitution. Comité exécutif, gouvernement provisoire, conseil des commissaires du peuple ou dictature, quel que soit l'organe de la révolution qui ait pris en mains le gouvernement, le fait qu'il ait imposé son autorité est plus qu'un simple fait, c'est le signe d'une règle positive de compétence constitutionnelle. On parle de pouvoir de fait, mais l'idée de pouvoir dépasse l'idée de puissance d'action physique et désigne un pouvoir de commandement, c'est-à-dire une compétence, et contient par conséquent l'idée de règle. Le pouvoir de fait d'un gouvernement révolutionnaire est donc bien une véritable compétence juridique. Ce qui le distingue, seulement de ce qu'on appelle à tort un pouvoir de droit, c'est qu'il n'est pas exprimé sous forme écrite, dans un document constitutionnel promulgué, mais seulement sous forme de reconnaissance générale, d'acceptation active ou résignée des sujets. Mais qu'importe, le texte n'est jamais la règle elle-même, et du moment que la règle existe, que la nation en connaît l'existence et le contenu et en accepte l'application, elle fait partie du droit positif.

Or ce point de vue permet seul de rétablir l'unité et la continuité

apriorisme. En réalité, si une règle écrite cesse d'être appliquée et reconnue, si une autre règle la supplante dans l'opinion commune, entraîne l'adhésion des consciences et réussit à se réaliser dans la conduite conforme des sujets, il faut bien admettre qu'une règle non écrite s'est substituée à une règle écrite ; et si la procédure de modification législative était différente et ne prévoyait que l'intervention expresse du législateur, il faudra en conclure simplement que, ne s'étant pas appliquée, elle ne correspond pas pleinement au droit positif, mais on ne pourra l'invoquer pour exclure du droit la règle nouvelle, sous peine de substituer à la réalité positive la réalité transcendante d'une doctrine, comme Louis XVIII continuant à Gand de gouverner un royaume que l'usurpation n'avait pu soustraire à son règne légitime.

Rien, par conséquent, dans la notion de droit positif, n'exclut le droit non écrit, ni n'en subordonne la valeur à celle du droit écrit, et il est d'autant plus utile d'admettre cette notion que si, d'une façon générale l'évolution du droit positif moderne a considérablement réduit, au profit du droit législatif ou jurisprudentiel, la place qui lui est réservée, en matière constitutionnelle, au contraire, le rôle qu'il joue est encore considérable.

## II

A. La « théorie des révolutions », essentielle pour expliquer la continuité du droit constitutionnel et pour fonder la validité du droit positif, ne peut être construite à l'aide de la seule notion de droit écrit. Ainsi s'expliquent les insuffisances que présentent manifestement sur ce point les doctrines d'auteurs tels que MM. Carré de Malberg et Kelsen.

M. Carré de Malberg, qui rejette délibérément la notion de coutume constitutionnelle — et de droit constitutionnel non écrit — comme contradictoire en soi, est conduit à voir dans les révolutions un simple fait. Avant qu'un pouvoir constituant ait proclamé une nouvelle constitution, une période de fait se déroulerait, affranchie de toute constitution juridique, et le décret des constituants apparaît à l'auteur comme un acte initial, fondant tout légitimité future et fondant lui-même sa propre validité, indépendant de toute constitution antérieure, surgissant du fait par une création juridique spontanée.

M. Kelsen, placé devant le même problème, préfère, on le sait, faire appel à une « norme hypothétique » chargée de fonder la validité de la première constitution. Si toute règle, suivant sa doctrine, n'est valable qu'autant qu'elle a été posée conformément aux prescriptions d'une règle supérieure, comment fonder la validité de la constitution qui, après une révolution, abroge la constitution antérieure sans respecter les règles de révision constitutionnelle posées par celle-ci ? Sa réponse est que « positivement », un tel fondement n'existe pas, mais, comme on ne peut, sous peine de voir s'écrouler



pour prendre l'exemple le plus éclatant, se sont faites sans que les textes apparemment en vigueur en portent la trace<sup>2</sup>. Ce sont les mêmes textes datant de la monarchie limitée, qui en France comme en Angleterre, continuent de figurer dans les constitutions écrites. C'est la charte de 1814, c'est la constitution prussienne de 1852 qui en restent le modèle. Le contresing ministériel et la responsabilité des ministres, ces expressions où l'on voit aujourd'hui le signe du parlementarisme, figurent déjà dans ces constitutions qui pourtant rejetaient le régime parlementaire. Tout l'effort, toute l'ingéniosité de la doctrine essaye aujourd'hui de voiler cette contradiction profonde entre le droit positif et le droit écrit, et de montrer, contre toute évidence, que nos institutions actuelles restent conformes à la lettre des lois de 1875 ; les contradictions, suivant eux, ne seraient qu'apparentes et tout un jeu subtil de rapprochement et de combinaison des divers articles de ces textes a pour but de montrer comment, réagissant l'un sur l'autre, se modifiant ou s'annulant réciproquement, il faut en définitive les interpréter au rebours de ce qu'ils disent. Mais cette méthode ne peut conduire qu'à méconnaître la réalité, et à confondre les différents types de régimes politiques qui se sont succédés dans l'histoire. Chacun de ceux-ci a eu ses règles propres, parfaitement déterminées, dont on trouve l'exposé dans les œuvres des écrivains politiques et le reflet dans la pratique de chaque époque, et chacun, à son tour, en s'appliquant, a valu comme constitution positive. Gouvernement de cabinet, régime parlementaire dualiste maintenant au chef d'Etat le droit de révoquer ses ministres, régime parlementaire actuel lui retirant cette prérogative, telle est l'évolution constitutionnelle française depuis 1814. Se dégage-t-elle de l'examen des textes ? Le remaniement de la charte en 1830 exprime-t-il l'avènement du parlementarisme ? Quelle révision constitutionnelle signale, en 1877, la substitution d'un type de parlementarisme à l'autre ? Ces transformations se sont faites à l'insu des constitutions écrites. Chacune fut l'œuvre d'un changement de doctrine, accompagnant l'avènement au pouvoir de nouvelles couches sociales et de nouvelles équipes politiques. Chaque constitution eut ses noms, qui pourraient servir à la baptiser et auxquels on la reconnaissait en effet, Benjamin Constant pour le gouvernement de Cabinet, Guizot, Broglie, Mac-Mahon pour le parlementarisme dualiste, Thiers, Grévy, Gambetta pour le parlementarisme actuel. En ces hommes, en leurs doctrines, en leurs drapeaux les constitutions se sont incarnées et non dans les textes immuables qui les ont indéfiniment recouvertes. Façade trompeuse dès sa promulgation, la charte de 1814 continue de marquer la réalité de notre droit constitutionnel, et c'est toute l'évolution politique du XIX<sup>e</sup> siècle qu'il faut mesurer pour connaître le fossé qui sépare aujourd'hui notre constitution positive de notre constitution écrite.

C. Notre constitution ne comporte pas apparemment de déclaration de droits. Notre Parlement est souverain. Il ne se heurte pas,

juridiques malgré les ruptures constitutionnelles des révolutions, car, seul, il fait apparaître, en la nation, un constituant permanent, de qui émanent toutes les constitutions écrites, maître de les abroger et affranchir des procédures de révision constitutionnelles prévues dans leurs dispositions. Pouvoir national constituant qui doit être entendu dans un tout autre sens que le principe de souveraineté nationale, non comme un principe politique exprimant l'aspiration vers la démocratie, mais comme un principe d'interprétation juridique rigoureusement fidèle à la définition du droit positif. Que la nation soit le pouvoir constituant suprême, cela signifie seulement que de son attitude, de sa soumission ou de sa résistance, dépend la positivité du droit. D'elle dépend qu'une constitution, malgré toutes les garanties, malgré tous les cont rôles, malgré toutes les limitations qu'elle peut contenir pour assurer sa pérennité, passe brusquement de l'état positif à l'état simplement idéal, continuant de fonder peut-être une légitimité qui aux yeux d'« émigrés » tiendra lieu de réalité, mais qui, pour l'interprète, ne sera plus qu'une théorie dans le domaine des théories. Grâce à elle, le pouvoir révolutionnaire, illégitime puisqu'il viole l'ancienne constitution, ne heurte qu'une légitimité déçue, déconstitutionnalisée, et c'est d'elle, qu'il reçoit, à mesure qu'il la conquiert, cette consécration qui l'intègre, sans heurt et sans rupture, dans la chaîne des constitutions positives.

B. L'idée de droit constitutionnel non écrit s'impose également à l'interprète en période normale, sous l'empire d'une constitution établie, s'il veut rendre compte des différences profondes qui séparent en général les textes constitutionnels de la réalité politique. De semblables divorces entre la loi et le droit positif ont été bien souvent relevés en droit privé ou en droit administratif ; ils y sont dus généralement à l'action d'un jurisprudence qui a développé son pouvoir d'interprétation juridique jusqu'à s'attribuer un véritable pouvoir législatif. En droit constitutionnel, au moins dans les pays qui, comme la France, ne connaissent pas le contrôle juridictionnel de constitutionnalité, cette antinomie du droit positif par rapport aux textes n'est pas l'œuvre d'une jurisprudence, mais une nouvelle manifestation de ce droit constitutionnel non écrit dont on méconnaît bien à tort l'importance. Il n'est même pas suffisant, en effet, de parler, comme le font les partisans les plus avancés de cette notion, de coutume constitutionnelle, de rechercher parmi les précédents ceux qui ont pu acquiescer l'autorité nécessaire à la formation d'une coutume, de se demander, par exemple, si l'abstention de notre chef d'Etat d'user du droit de dissolution ou du droit de démander une seconde délibération n'a pas abrogé ces prérogatives inscrites dans les textes. La coutume, nous l'avons dit, n'est qu'un aspect du droit non écrit, et c'est pourquoi le problème que nous envisageons est infiniment plus large. L'apparition et les transformations du régime parlementaire, en France comme en Angleterre,

codes, ni dans des recueils d'arrêts, et jaillit directement de la source nationale.

<sup>1</sup> Le mot coutume est souvent pris en français dans le sens de droit coutumier. En allemand, la distinction est plus rigoureusement observée et se traduit par l'emploi des deux mots *Gewohnheit* et *Gewohnheitsrecht*.

<sup>2</sup> Voir sur ce point, notre étude sur « La notion de régime parlementaire », parue dans les *Mélanges de droit constitutionnel*, dédiés à M. Carré de Malberg

comme aux États-Unis, à un corps de règles intangibles, qui limitent sa liberté et déterminent sa politique. Du moins rien de tel ne se trouve dans les lois de 1875, qui se bornent presque exclusivement à organiser les pouvoirs publics.

Mais n'est-ce pas encore l'occasion de songer au droit non écrit et de se demander, si, en lui, n'existent pas ces règles tutélaires et intangibles dont les partisans du libéralisme déclinent déplorément si souvent l'absence? De ce point de vue, en effet, l'absolutisme parlementaire s'évanouit et laisse apparaître de nombreuses limites à l'activité législative. Ce sont non seulement ces limitations politiques qui résultent du mécanisme électoral et des moyens d'action plus ou moins énergiques dont, en France ou à l'étranger, le corps électoral dispose pour influencer sur la conduite politique du pays, mais encore ces limitations plus larges qui émanent de l'ensemble des sujets, de la nation entière et qui tirent de cette base leur caractère de droit positif immanent. Comme toute compétence étatique, la compétence législative a sa source, par de là la constitution qui l'accorde, dans l'adhésion nationale dont elle bénéficie. Ce n'est que de la soumission des gouvernés que les gouvernants tirent leur force et les limites de cette soumission marquent les limites de leur compétence positive. Or, la soumission nationale n'est jamais inconditionnée. Quel que puisse être le loyalisme de la nation à l'égard de sa constitution, quel que puisse être aussi sa patience à l'égard de ses gouvernants, il y a malgré tout et malgré le silence des textes, certains principes dont un peuple ne peut accepter l'abandon, certaines déviations législatives dont il ne pourra supporter l'application. Ainsi se manifeste en tout régime une déclaration des droits, dont l'interprète ne peut évidemment donner une énumération précise, mais dont il peut reconnaître qu'elle sanctionne les principes fondamentaux du régime social en vigueur. Même une déclaration écrite ne peut ambitionner d'être précise et doit se contenter d'exprimer les idées directrices de la législation sociale ; à plus forte raison une déclaration tacite souffre-t-elle de cette imprécision. Mais il y a évidemment certains postulats, ne serait-ce que l'abolition de l'esclavage, qui excèdent la compétence législative, et rentrent par là même dans la sphère constitutionnelle.

Il est d'ailleurs essentiel d'ajouter que ces règles non écrites ne peuvent jouer le rôle d'une déclaration formelle. Il ne saurait, notamment, être question, sous peine de fausser profondément l'institution, d'en confier la garde et la sanction à des juges. Autre chose est de veiller au respect de règles auxquelles la forme écrite assure un minimum de précision, de stabilité et de rigidité, ou d'exercer un contrôle dont la norme n'est inscrite nulle part et qui risque trop pour cela de se transformer en hégémonie. Organiser l'interprétation juridictionnelle de la constitution non écrite, ce serait en réalité transformer cette dernière en constitution jurisprudentielle, et par conséquent en une variété de constitution écrite. Le droit non écrit ne peut rester lui-même qu'autant qu'il n'est enserré ni dans des

« Le droit constitutionnel, dans le sens où ce terme est employé en Angleterre, semble embrasser toutes les règles intéressant directement ou indirectement l'exercice de la puissance souveraine dans l'Etat. Il comprend, par suite, entre autres choses, toutes les règles qui définissent les organes du pouvoir souverain, toutes celles qui gouvernent leurs relations réciproques ou qui déterminent la façon dont l'autorité suprême ou les membres de cette autorité exercent leur pouvoir. Les règles du droit constitutionnel fixent l'ordre de la succession au trône, règlent les prérogatives du *magistrat suprême*, déterminent la forme de la législature et son mode d'élection. Elles concernent aussi les ministres, leur responsabilité, leur sphère d'action, limitent le domaine sur lequel s'étend la souveraineté de l'Etat et déterminent quels sont les sujets et quels sont les citoyens. Remarquez l'emploi intentionnel du mot *règles* et non du mot *lois*. Si je l'emploie, c'est pour appeler l'attention sur ce fait que les règles composant le droit constitutionnel, au sens anglais du terme, comprennent deux sortes de principes ou maximes, d'un caractère entièrement différent.

Les premières de ces règles sont, au sens le plus strict, des *lois*; ce sont, en effet, des règles qui — écrites ou non écrites, édictées par *statutes* ou dérivées de la coutume générale, de la tradition, des maximes faites par les juges, connues sous le nom de *common law* — sont sanctionnées par les tribunaux ; ces règles constituent « le droit constitutionnel », dans le sens propre de ce terme, et peuvent, pour faciliter la distinction d'avec les autres, être appelées collectivement « le droit de la constitution ».

L'autre sorte de règles se compose de conventions, manières de voir, habitudes ou pratiques, qui, quoique pouvant régler la conduite des différents organes du pouvoir souverain du ministère, ou des autres fonctionnaires, ne sont pas, en réalité, des lois proprement dites, attendu qu'elles ne sont pas sanctionnées par les tribunaux. Cette portion du droit constitutionnel peut, pour faciliter la distinction, être appelée les « conventions de la constitution », ou la morale constitutionnelle. Pour dire la même chose d'une façon quelque peu différente, le « droit constitutionnel », tel que l'entendent en Angleterre le public et des auteurs autorisés, se compose de deux éléments. Le premier, — ce que j'appelle ici la « loi de la constitution », — comprend ce qui, indubitablement, est du droit ; l'autre élément, — appelé ici les « conventions de la constitution », — se compose de maximes ou pratiques qui, quoique pouvant servir de règle de conduite ordinaire à la couronne, aux ministres et autres personnes soumises à la Constitution, ne sont pas strictement des lois. (...)

C'est la loi constitutionnelle proprement dite qui, seule, a, pour le jurisconsulte, un intérêt réel. Sa fonction propre est de montrer quelles sont les règles légales, — c'est-à-dire les règles reconnues par les tribunaux, — qui peuvent se trouver dans les différentes parties de la Constitution, et découvrira aisément une quantité respectable de ces lois ou de ces règles. Les règles déterminant la situation légale de la couronne, les droits légaux de ses ministres, la constitution de la Chambre des lords, celle de la Chambre des communes, les lois régissant l'Eglise établie, les lois qui déterminent la situation des Eglises non établies, celles qui régissent l'armée, — toutes ces lois et une centaine d'autres lois font partie de la loi de la constitution, elles font partie du véritable droit du pays, autant que les articles de la Constitution des Etats-Unis font partie du droit de l'Union. »

**12. - Constitution légale (*law of the constitution*) et conventions constitutionnelles.** — Pour ne pas s'abuser sur la signification de la constitution anglaise et comprendre ce que revêt sa nature coutumière, il faut distinguer, dans le droit constitutionnel anglais, deux catégories ou, plus exactement, deux couches superposées de règles : la constitution légale et les conventions constitutionnelles.

1. — Ce que les Anglais appellent droit constitutionnel (*law of the constitution*), c'est un ensemble de règles impératives organisant les institutions et établissant, au profit ou à la charge des gouvernants et des citoyens, des droits et des devoirs. Dispersés dans l'ensemble du droit écrit (*statut law*) et non écrit (*common law*), chacun des éléments de ce système constitutionnel a sans doute une origine très ancienne qui remonte parfois aux premiers temps de la monarchie anglaise. Mais l'agencement de ces divers éléments, leur articulation en un tout cohérent indispensable pour leur permettre de servir d'armature à un mécanisme gouvernemental échappant à la fantaisie des personnalités dirigeantes, ne

ne sauraient se recommander d'une ancienneté aussi vénérable. Les pièces sont vieilles, mais la machine est relativement moderne. Elle est l'œuvre des parlementaires du xvii<sup>e</sup> siècle, en particulier du parti des whigs de la révolution de 1688 qui imposa, en fait, une organisation politique neuve, dans le moment même où Locke en exposait la théorie raisonnée (59). Historiquement, cette « constitution légale » porte donc une date que l'on peut identifier : illustrée, au point de vue du droit écrit, par l'*Act of Settlement* de 1700 et par le *Parliament Act* de 1705, elle reçut sa consécration lors de l'avènement de la dynastie de Hanovre en 1715.

Ainsi, même en ne considérant que le *law of the constitution*, il est abusif de parler d'une constitution millénaire. Ce qualificatif enchante les esprits avides de stabilité politique; ils y voient l'explication de l'aisance avec laquelle les institutions anglaises s'adaptent aux circonstances les plus imprévues comme aux situations les plus redoutables. Il faut renoncer pourtant à cette interprétation commode. On ne dira pas d'un édifice qu'il est millénaire sous prétexte qu'il est fait de rocs qui ont attendu pendant des siècles, dans la carrière, le ciseau du tailleur de pierres. On ne saurait le dire davantage de la « constitution légale » anglaise dont chaque morceau peut, à coup sûr, se réclamer d'une ancienneté qui fait remonter son origine à Guillaume le Conquérant ou à Edouard III, mais dont l'agencement est un produit de la fin du xvii<sup>e</sup> siècle (60).

2. — Il s'en faut, d'ailleurs, que cette « constitution légale » soit toute la constitution anglaise; sa partie actuelle et vivante, ce ne sont ni les règles du *statut law*, ni même celles du *common law*, ce sont les conventions constitutionnelles, seconde couche, récente celle-ci et toujours renouvelée, du droit constitutionnel de l'Angleterre.

Depuis que Freeman (61) et Dicey (62) ont attiré l'attention des juristes sur l'importance de leur place dans l'armature politique britannique, les conventions de la constitution n'ont cessé de voir s'accroître leur influence... sans qu'il soit devenu pour autant plus facile de les définir. En effet, elles s'opposent bien au droit strict,

(59) Cf. A. KOULICHER, Les constitutions de l'Angleterre, *Arch. philos. du dr.*, 1932, n° 3-4, p. 494.

(60) Cf. l'ironique distinction faite par BAGEHOT (*La constitution anglaise*, trad. franç. par M. Gaulhiac, 1869, p. 13) entre les parties *imposantes* de la constitution anglaise et ses parties *efficientes*.

(61) E. A. FREEMAN, *Growth of the English Constitution*, 1<sup>re</sup> éd., 1876, pp. 109 et suiv.; trad. franç. par A. Delaye, 1877.

(62) A.-V. DICEY, *Introd. à l'étude du dr. constit.*, 1902, pp. 321 et suiv.

à la règle légale, à la théorie, mais nos catégories contraaires de fait, de coutume, de pratique sont cependant trop rigides pour rendre compte de leur complexité. C'est qu'en réalité la distinction entre le *law* et les *conventions* n'est pas une distinction de philosophie du droit, mais une différence entre la formation, l'autorité et l'incidence de règles envisagées selon leur valeur politique. Parallelement au droit strict ou légal, la vie politique anglaise est commandée « par un droit constitutionnel conventionnel fait de conventions et d'accords qui peuvent être inexprimés, qui peuvent n'être écrits nulle part et qui, dans tous les cas, écrits ou non écrits, se trouvent absolument dépourvus de sanctions légales et que les tribunaux ignorent, mais qui n'en sont pas moins compris et respectés par les parties intéressées en vertu d'un sentiment intérieur de nécessité juridique » (63). Il y a en quelque sorte, à propos d'un problème déterminé, une entente entre ceux qui sont intéressés à la manière dont il sera résolu et qui aboutit à l'adoption d'une règle du jeu à laquelle chacune se reconnaît tenu de se conformer dans l'intérêt du *fair play* (64).

Le champ d'action des conventions est immense. Dicey donne une liste impressionnante des matières qu'elles concernent : obligation pour le ministère mis en minorité de démissionner, possibilité pour lui de dissoudre la Chambre des Communes, mais avec nécessité, cette fois, de se soumettre aux vœux des électeurs, responsabilité solidaire du Cabinet devant le Parlement, inutilité d'un *Act* du Parlement préalablement à la conclusion d'un traité, mais obligation pour le gouvernement d'en obtenir la ratification, supériorité des Communes sur les Lords, convocation au moins annuelle du Parlement, etc... (65). Aussi bien n'est-il pas nécessaire de dresser une énumération de tous les préceptes, recettes ou maximes inclus dans les conventions. Elles visent en fait toutes les prérogatives de la couronne, ou des ministres qui en usent, quant aux conditions

(63) J.-J. CHEVALIER, La société des nations britanniques, *Rec acad. de dr. internat.*, 1938, t. II, p. 282.

(64) Voy. A. KOULICHER, Les constitutions de l'Angleterre, *Arch. philos. du droit*, 1932, n°s 3-4, p. 504 ; O. HOOD PHILLIPS, *The constitutional law of Great Britain and the Commonwealth*, 1952, pp. 54 et suiv.

(65) Cf. l'énumération donnée par A. B. KERR, *Constitutional Law*, 7<sup>e</sup> éd., 1939, pp. 4 et suiv. — L'idée même sur laquelle repose le parlementarisme anglais, l'existence d'une « opposition de Sa Majesté », se fonde sur une convention ; si bien que la disparition de l'opposition pourrait être considérée comme une méconnaissance des principes constitutionnels anglais. — L'avantage des conventions tient à ce qu'elles évitent les discussions et les prises de position de principes. A quels débats passionnés n'aurait pas donné lieu l'adoption d'un texte obligeant le gouvernement à consulter le Conseil du congrès des Trade-Unions avant de déposer un *bill* relatif à l'industrie ! Par la voie d'une convention cette pratique est entrée dans les habitudes politiques anglaises.

de leur exercice. Ce sont les conventions qui ont dirigé vers le parlementarisme la vie politique anglaise.

13. - Nature des conventions constitutionnelles. — Si telle est l'étendue du rôle joué par les conventions, il est absolument nécessaire de les situer par rapport à la constitution légale, ce qui implique détermination de la manière et du titre en vertu duquel elles sont obligatoires.

Il semble bien, à cet égard, que l'analyse qu'en a proposée Dicey a conduit la doctrine à les rejeter d'une façon définitive et brutale hors du droit. Il souligne, en effet, avec tant d'énergie la distinction entre le droit et les conventions qu'il va jusqu'à exclure celles-ci d'une étude véritablement juridique de la constitution. Pourtant, lorsqu'il entend donner une vue du droit constitutionnel de son époque, il ne se borne pas à une énumération des maximes du droit légal, il en retranche les « fictions archaïques » qui sont devenues lettres mortes. Bref, par réalisme, il échenillé le *law* pour en éliminer ce qui n'a plus de valeur réelle, et, par légalisme, il exclut les conventions. Seulement, le résultat de cette double épuration c'est de conduire, pour des parties considérables de l'organisation constitutionnelle, à un vide absolu (66). Ce vide cause un vertige que le juriste se sent d'autant plus porté à combler qu'il lui est difficile d'admettre que la vie politique d'un grand Etat moderne soit dépourvue de bases constitutionnelles.

Il est bien vrai sans doute que les conventions ne sont ni reconstruites, ni appliquées par les tribunaux. Seuls *common law* et *statut law* peuvent être invoqués devant les juges, seuls ils régissent les relations juridiques ; l'administration et la population, comme les tribunaux, n'ont à tenir compte que de la constitution légale. Et pourtant on ne peut nier qu'en fait les conventions sont à la base de l'organisation constitutionnelle comme du fonctionnement des organes d'Etat, que, si elles ne peuvent formellement abroger une règle de droit strict, du moins elles peuvent la compléter, la modifier ou même en paralyser totalement les effets. Certes le droit anglais ne passe pas pour être le refuge de la logique, mais il y a des

(66) A. KOULICHER, *op. cit.*, p. 496. — Si l'on considère, par exemple, le titulaire du pouvoir exécutif, il est impossible de lui trouver, avec la thèse de Dicey, un titre juridique. En effet, selon le *law* il appartient au roi ; seulement c'est la une fiction que la réalité dépourville de toute valeur ; quant aux ministres et au gouvernement, leur pouvoir leur vient d'une convention ; il n'est donc rien en droit puisque le droit strict ignore jusqu'à l'existence du Cabinet. N'est-il pas plus sage d'accepter l'évidence en reconnaissant que « la réalité qui s'oppose aux fictions n'est autre chose que les conventions, qui sont précisément la cause que tels principes du *law* sont devenus fictifs ? »

limites à l'irrationnel, ne serait-ce que le principe de contradiction qui s'oppose à ce qu'une règle (le droit strict) soit à la fois en vigueur et sans effet, tandis qu'une autre (la convention) serait sans valeur et obligatoire.

L'explication de ce mystère apparaît lorsque l'on considère comment, selon la pratique anglaise, sont aménagées les relations entre le droit légal et les conventions. Lorsque les gouvernants entendent faire produire effet juridique à un acte accompli selon l'esprit d'une convention, ils le revêtent des apparences prévues par la constitution légale qui sont seules capables de valider juridiquement l'acte dont il s'agit. Si, par exemple, le Parlement, conformément à la convention admise, veut élargir les pouvoirs réglementaires du Cabinet, la loi d'habilitation confèrera ces pouvoirs à « Sa Majesté en conseil », seule autorité « légale » susceptible de les recevoir, encore qu'il soit bien entendu qu'elle ne saurait en le libre choix des ministres; mais comme, selon le droit légal, le roi nomme ses conseillers, tout changement de gouvernement fait intervenir la nomination par le roi selon le droit strict alors qu'en fait il ne s'agit, par le truchement de cette fiction, que de donner valeur juridique à la convention qui impose la désignation du leader de la majorité.

Il apparaît ainsi qu'il serait parfaitement inexact de considérer qu'il existe, dans le droit constitutionnel anglais, deux séries de matières : les unes régies par le droit strict, les autres commandées par les conventions. En réalité droit strict et conventions se superposent : les conventions fournissent au droit strict sa substance actuelle, elles sont « la chair qui revêt les os desséchés de la loi » (67), tandis que le droit strict procure autorité juridique aux actes accomplis conformément aux conventions. En la forme c'est toujours le seul droit strict qui est obligatoire, au fond c'est la convention — non pas directement certes, mais par incidence, du fait que ne seront appelés à se parer de l'autorité du droit légal que les actes accomplis en conformité avec elle (68). Bien entendu rien

(67) W. I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 1943, p. 81.

(68) « La base du système conventionnel consiste dans des règles sur l'emploi des pouvoirs légaux, règles qui enjoignent aux organes légaux de n'exercer leurs attributions que d'une certaine manière. C'est par ces « conventions de base que l'essence du pouvoir est transférée à l'organisation conventionnelle, qui présente à son tour un système constitutionnel complet. Les organes légaux : le roi, les chambres y réapparaissent, mais avec des attributions et dans des rapports romaniés, en compagnie d'autres organes, le premier ministre, le cabinet, le ministre, que les conventions ont créés de toutes pièces. C'est la constitution conventionnelle... » A. KOULICHER, *op. cit.*, p. 504.

ne s'oppose à ce qu'une convention, lorsqu'elle est unanimement acceptée, devienne *legal rule* par son incorporation dans un *statut* voté par le Parlement. Mais aussi longtemps qu'une telle cristallisation n'a pas été réalisée, « chaque élément, ne se suffisant pas lui-même, a besoin de l'autre » (69).

Cette analyse de la situation des conventions par rapport au droit légal, en même temps qu'elle fait ressortir leur place exacte dans le droit constitutionnel anglais, montre combien il serait abusif de leur refuser la qualité de règles juridiques (70).

On voit ainsi qu'il n'y a pas lieu d'accepter sans examen l'opinion courante selon laquelle la constitution britannique, purement coutumière, produit de l'histoire, n'aurait d'autre autorité que celle que lui procure l'ancienneté de ses dispositions. Quoiqu'en grande partie non écrite, et en dépit du recours qu'elle suppose à des précédents vénérables et à des textes antiques, la constitution anglaise n'est pas une simple *donnée*; ce n'est pas, selon la terminologie que j'ai adoptée, une constitution spontanée ou naturelle. C'est une constitution juridique et institutionnelle, une construction des hommes qui porte leur marque et vit de leurs volontés. Ne vouloir considérer que des précédents du temps de la reine Anne ou des *statuts* de l'époque des premiers George serait une erreur aussi grossière que de croire que l'esprit des décisions juridictionnelles de 1968 peut être apprécié par référence à la perruque que porte le juge.

14. - Les conventions constitutionnelles, volonté constitutive permanente de l'opinion publique. — Mais alors, si cette constitution exprime une volonté, si les règles qui en forment le contenu actuel sont le produit d'une réflexion consciente, où est cette volonté et où est cette réflexion? Nous touchons là un point délicat, non tant à raison de l'objet de la recherche, que par l'inadaptation

(69) J.-J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 283.

(70) Pour leur dernier ce titre on fait valoir que les tribunaux ne sauraient les appliquer. C'est vrai d'un point de vue formel, mais au fond il en va tout autrement : ne voit-on pas, en effet, que lorsque le juge se réfère au droit strict, ce qu'il met en œuvre ce n'est pas une règle dont le contenu serait fixé par la loi actuelle est déterminée par les conventions admises. Dans ces conditions il est illogique de ne pas ranger les conventions parmi les règles de droit. Elles sont des règles conditionnelles et non pas seulement l'expression d'une moralité politique ou de pratiques parlementaires : elles sont des règles juridiques obligatoires, sous la seule réserve de l'obligation où elles se trouvent, si elles veulent être sanctionnées, d'être enrobées dans les dispositions du droit strict. Il fournit en quelque sorte un alibi aux conventions qui sont « des pratiques trop subtiles ou trop importantes pour qu'on puisse les exprimer en termes définis » (K. B. SMELLIE, *America and Britain. — Our two Democracies at work*, 1944, p. 35).

de nos méthodes de raisonnement continentales à une manière de procéder spécifiquement britannique. Il n'y a pas que les plaisanteries du théâtre élisabéthain qui soient « intraduisibles en français »... Essayons pourtant.

Il y a d'abord un premier contresens à éviter; c'est de croire que les Anglais admettent l'existence d'un pouvoir constituant, officiellement qualifié et éventuellement capable d'établir une règle nouvelle. Réclamer un « changement de constitution » serait de la part d'un homme politique un acte suprêmement incorrect qui serait, en outre, incompréhensible à l'opinion publique. Celle-ci admet bien, sans doute, que les institutions se transforment, mais c'est davantage par refus d'accepter qu'elles soient définitivement fixées que par souci de rendre cette transformation possible à tout moment. Quand la transformation est acquise, on la constate... mais pendant qu'elle s'effectue on parle d'autre chose. Il y a là une pudeur du même ordre que celle qui, interdisant de nommer certaines maladies, n'empêche pas qu'on en meurt.

Le second contresens — et c'est là que la plaisanterie devient intraduisible — serait, sous prétexte d'éviter le premier, d'accepter pour vraie l'inexistence d'un pouvoir constituant créateur : il existe, mais il s'évanouit dès qu'on prétend le localiser ou simplement le nommer. Il s'ignore lui-même, étant partout et nulle part, tous jours actif et jamais conscient de l'être... mais nous, observateurs désintéressés, nous savons qu'il porte un nom : l'opinion publique.

Considérons, en effet, comment se forment les conventions constitutionnelles dont l'objet constitue la substance actuelle des règles observées. Elles résultent d'un accord, le plus souvent tacite, entre le gouvernement et l'opposition sur la manière d'entendre le fonctionnement des pouvoirs publics. Seulement, cet accord ne prend pas sa signification au moment où il se forme; elle n'apparaît qu'ultérieurement lorsqu'à propos d'une controverse sur l'attitude gouvernementale, le cabinet ou l'opposition, pour étayer leur thèse, feront état de l'accord antérieurement intervenu. C'est alors qu'il revêtira son autorité comme règle constitutionnelle illustrée par d'innombrables précédents (tous les cas où l'on a agi conformément à ce qu'il exige) et appuyée par la doctrine (commentaires des auteurs qui l'ont tenu pour valable). Donc, au moment où la convention fera figure de règle du jeu politique, elle aura déjà pour elle l'ancienneté d'une pratique incontestée (71), si bien qu'on en

(71) Il en résulte qu'une convention n'est jamais à proprement parler violée. L'acte qui la contredit prouve, par là-même, qu'on ne considère pas l'habitude ou le précepte qu'elle consacrait comme faisant partie de la constitution (voy. DICKEV, *op. cit.*, p. 342).

constatera l'existence sans que sa véritable origine ait donné lieu à aucune discussion. Bref, les conventions existent; à proprement parler on ne les crée pas. Il faut bien admettre pourtant que, puisqu'on accepte que la convention s'impose, on lui reconnaît une valeur. Et d'où lui vient cette valeur? Incontestablement de l'opinion, car c'est elle qui, tenant pour légitime l'attitude des gouvernants conforme à la convention, donne à l'accord tacite primitif son sens actuel. C'est elle qui le valide en acceptant de le tenir pour acquis et en l'utilisant comme cadre de ses conceptions présentes quant à la manière dont doit être agencé le mécanisme constitutionnel (72).

J'admets bien volontiers que cette forme d'activité constituante, si propre à revêtir des prestiges du passé les aspirations du présent (73), peut paraître étrange à nos esprits habitués aux brutales ruptures que justifient, quand elles ne les provoquent pas, nos conceptions occidentales. Mais on ne saurait prendre prétexte de ces différences de mentalité politique pour affirmer préemptoirement que l'Angleterre ne connaît pas le pouvoir constituant. Bien au contraire, son pouvoir constituant siège, pourrait-on dire, en permanence; son exercice n'est pas un « événement », il passe donc inaperçu, mais ses effets, eux, sont parfaitement sensibles : c'est la remarquable souplesse des institutions anglaises, qui ne paraissent jamais être modifiées, précisément parce qu'elles le sont sans cesse.

15. - L'équivoque des lois fondamentales du royaume. — Com- bien, par contraste, nous apparaît exsangue, incertaine et artificielle cette autre constitution, considérée, elle aussi, comme l'œuvre du temps, qu'étaient, sous l'Ancien Régime, les lois fondamentales du royaume ! On invoque l'ancienneté des règles, mais qui donc, hors du petit cercle des légistes, s'en soucie ? On affirme la subordination du roi à des normes intransgressibles édictées conjointement par la Providence et la volonté nationale, mais ce n'est que

(72) Cf. J. de MASTRÉ, *Principe générateur...*, éd. 1829, p. 9 : « La véritable constitution anglaise est cet esprit public, admirable, unique, infatigable, qui même tout, qui conserve tout, qui sauve tout... »

(73) Il est certain que l'incompréhension dont est si fréquemment l'objet le droit constitutionnel anglais tient à une fausse interprétation de la place qu'y occupent les précédents. Bien loin de dépendre de l'opinion de celui ou de ceux qui les ont créés, leur sens dépend de ce que l'opinion actuelle entend y mettre. Il n'y a là rien qui s'apparente à l'autorité d'une coutume selon l'explication toute historique et traditionnelle que nous sommes habitués à lui donner. Ce ne sont pas les morts qui gouvernent, ce sont les vivants parés des habits des morts et exprimant — parfois en un français du xix<sup>e</sup> siècle — les volontés anglaises du xx<sup>e</sup>.

coutume et sont-ils spécifiques au régime britannique ? Voici quelques questions qui, tout au moins en France, n'avaient jusqu'à nos jours suscité aucune synthèse. Cette lacune vient d'être comblée par les deux études de MM. Uwanno et Rossetto. Tandis que la première donne une image exhaustive du contenu de la convention de la Constitution, tel qu'il se dégage d'un aperçu historique, et des débats que la notion a provoqués dans la doctrine anglo-américaine, la seconde se caractérise par la perspective comparatiste qu'a adoptée l'auteur en vue d'appliquer, après l'avoir examiné, le modèle britannique au cas français. Loin donc de se confondre, ces deux thèses se complètent et permettent au lecteur de concevoir, dans son ensemble, la notion de *constitutional conventions*.

Pour comprendre ce que sont ces conventions, il faut les inventorier, et donc procéder à une enquête historique, qui révèle notamment leur signification politique. Suivons ici les recherches minutieuses de M. Uwanno, qui y consacre la première partie de son ouvrage. Nées à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, au moment où le Parlement s'affirme face à la Couronne, ces pratiques ont progressivement transformé la monarchie anglaise en un régime parlementaire, dualiste d'abord puis moniste. « Les conventions de la Constitution du XVIII<sup>e</sup> siècle — écrit Holdsworth — avaient pour objet de maintenir (...) des pouvoirs divisés avec leurs freins et contrepoids et elles tournaient autour du système d'influence appliqué au Parlement non réformé. Les conventions de la Constitution du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle, elles, tendent à la fusion entre l'Exécutif et le Législatif et assurent la prédominance de la Chambre des Communes<sup>4</sup>. Dans son vaste tableau historique, M. Uwanno distingue ces règles selon leur finalité politique. Les unes ont servi à instaurer « la suprématie du Parlement, ou plus précisément de la Chambre des Communes », les autres ont au contraire contribué, à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, à assurer la domination du Cabinet et surtout du Premier Ministre.

Parmi les premières, les plus importantes sont celles qui ont établi les règles essentielles du régime parlementaire classique : la responsabilité collective du gouvernement devant les Communes, qui a eu pour corollaire la convention obligeant le Cabinet à démissionner à la suite d'un vote de défiance, le choix impératif au poste de Premier Ministre du « leader » du parti vainqueur aux élections, la désignation par celui-ci des autres ministres, qui ne peuvent, selon une autre convention, être que des parlementaires... De même, à la prééminence de la Chambre des Communes correspond l'effacement du rôle du monarque, qui a été institutionnalisé sous la forme d'une double convention. La première impose l'accord du Premier Ministre pour que l'autorité royale puisse exercer ses prérogatives formelles, et la seconde paralyse le droit que celle-ci avait jadis de refuser son assentiment aux lois votées par le Parlement<sup>5</sup>. Enfin, la subordination de la Chambre des Lords à la Chambre basse fut essentiellement l'œuvre de conventions de la Constitution. Parmi ces dernières, on notera le privilège exclusif de la Chambre des Communes en matière financière, qui implique notamment l'interdiction faite aux Lords d'amender la loi de finances, et la « fournée des Pairs », qui est certes, une prérogative royale mais

## LES CONVENTIONS DE LA CONSTITUTION A PROPOS DE DEUX THÈSES RÉCENTES<sup>1</sup>

Depuis quelques années, les constitutionnalistes français manifestent un nouvel intérêt pour la théorie juridique. Ce renouveau doctrinal a notamment porté sur la notion si controversée de coutume constitutionnelle, à laquelle Michel Troper et Stéphane Rials ont tous deux consacré une étude approfondie<sup>2</sup>. C'est dans ce mouvement de revalorisation de la théorie en droit constitutionnel que s'inscrivent les deux thèses de MM. Uwanno et Rossetto. Celles-ci traitent — soit entièrement, dans le premier cas, soit partiellement, dans le second — de la notion de « convention de la Constitution ». D'après le fondateur de ce concept, l'éminent juriste anglais Dicey, les *constitutional conventions* sont « des règles ayant pour but de régler l'exercice ou l'ensemble des pouvoirs discrétionnaires qui subsistent encore au profit de la Couronne<sup>3</sup>. Au droit *legal* de la Constitution, qui contient des règles écrites (*Magna Carta* de 1215, *Bill of Rights* de 1689, *Parliament Acts* de 1911 et 1949...), des règles de *Common Law* ayant valeur constitutionnelle et des décisions judiciaires, il oppose les pratiques qualifiées de « conventions de la Constitution », qui appartiennent au domaine du *non-legal*. A quoi correspondent ces usages qu'on considère traditionnellement comme formant la charpente même de la Constitution anglaise ? Quel est leur statut juridique ? Dans quelle mesure peut-on les comparer à la notion de

1. Borworsak Uwanno, *Les conventions de la Constitution en Grande-Bretagne*, thèse de doctorat de 3<sup>e</sup> cycle, sous la direction du Pr Troper, Paris X, 1982, multigr. ; Jean Rossetto, *Recherche sur la notion de Constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, thèse de doctorat d'Etat en droit, sous la direction du Pr Avril, Poitiers, 1982, multigr.

2. Rials, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle. A propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *Revue administrative*, 1979, p. 265 s. (il est à noter que M. Rials a sensiblement modifié la théorie de la coutume présentée dans cet article ; voir *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, PUR, coll. « Droit fondamental », à paraître). Troper, « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », *Mélanges offerts au Pr Charlier*, Paris, Ed. Emile-Paul, p. 309 s.

3. A. V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, 1902, p. 329. Par « pouvoirs discrétionnaires », Dicey entend « toute action que la Couronne ou ses serviteurs peuvent légalement faire sans qu'il soit nécessaire d'en appeler au Parlement, pour obtenir une nouvelle autorisation inscrite dans un *statute* », *ibid.*, p. 356.

4. « The conventions of the eighteenth century », *Iowa Law Review*, janv. 1932, p. 177, cité par M. Uwanno, *op. cit.*, p. 51-52.

5. En 1707, la reine Anne fut le dernier monarque à user de ce veto.



soumise conventionnellement à l'avis conforme du Premier Ministre (usage constant depuis 1832).

Après avoir d'abord fondé la prédominance institutionnelle des Chambres, les *constitutional conventions* vont ensuite provoquer leur déclin, puis le Parlement est supplanté, dans son rôle dirigeant, par le Cabinet et par son chef, le Premier Ministre. Elles mettent en place un véritable parlementarisme moniste à exécutif dominant. C'est ainsi une pratique répétée qui impose au gouvernement ayant perdu les élections, et donc la majorité parlementaire, de démissionner avant la réunion de la nouvelle assemblée. C'est aussi en raison d'un simple usage que le Premier Ministre régit sur le Cabinet et le gouvernement ; il décline ainsi en fait le droit de dissolution qu'il exerce seul et il est le chef hiérarchique des fonctionnaires. Enfin, le bipartisme, qui confère sa stabilité au régime britannique, a été élaboré conventionnellement grâce aux règles qui ont accordé un statut à l'opposition de Sa Majesté : représentation proportionnelle des partis au sein des commissions parlementaires, réponse du chef de parti à discours inaugural du Premier Ministre, etc.

Ainsi le miracle anglais réside-t-il dans l'étonnante plasticité du système constitutionnel, qui a évolué, presque uniquement par des conventions, c'est-à-dire par des règles non écrites<sup>6</sup>, d'une monarchie limitée vers un régime parlementaire moniste à prépondérance gouvernementale. La même souplesse marque l'évolution des rapports entre la Grande-Bretagne et les pays étrangers. L'Empire britannique est en effet devenu l'actuel Commonwealth grâce à des conventions, qui ont progressivement reconnu aux Etats membres le *self-government* et, plus tard, l'indépendance.

La synthèse historique, si elle montre l'importance pratique des maximes constitutionnelles que sont les conventions de la Constitution, ne devrait pas, sous couvert d'une inévitable généralisation, dissimuler les difficultés que soulève cette notion. L'une des plus délicates est de déterminer les conditions d'existence d'une telle règle, ce qui revient à chercher quand elle naît et quand elle disparaît, soit par désuétude, soit par substitution d'une autre convention. En effet, « l'historien peut vous dire probablement avec clarté ce qu'était la pratique constitutionnelle à une période donnée dans le passé, mais il est très difficile pour un auteur de vous dire, pendant sa vie, ce qu'est la Constitution du pays dans tous les domaines, et c'est pour cette raison qu'à un moment donné, il peut y avoir une pratique appelée *constitutionnelle* qui est en train de tomber en désuétude et il peut y en avoir une autre qui se développe en usage, mais qui n'est pas encore constitutionnelle »<sup>7</sup>. La souplesse que la convention introduit dans le système constitutionnel ne doit donc pas cacher les risques d'incertitude de la notion. Certes, aujourd'hui, rares sont les pratiques controversées, mais ce ne fut pas toujours le cas dans le passé. Lors de la crise de 1906-1911, qui opposa les Lords au gouvernement sur le programme législatif, chaque partie invoqua des conventions opposées. Les représentants de la Chambre haute prétendaient qu'ils pouvaient rejeter des mesures importantes, qui devraient être soumises au peuple (doctrine de la « dissolution forcée »), tandis que la majorité de la Chambre des Communes déclarait que la convention en vigueur permettait au gouvernement,

6. Il ne faudrait pas toutefois négliger le rôle joué par le droit écrit. Ce sont par exemple des *Parliamentary Acts* qui ont consacré le déclin de la Chambre des Lords.

7. Baldwin, cité par M. Uwanno, *op. cit.*, p. 297-298.

par la menace d'une « fourée des Pairs », de briser la résistance des Lords. Un tel exemple incite à rechercher quel est le statut de ces conventions. *Quand existent-elles ? Quelle est leur nature : sont-elles de simples pratiques ou des règles de droit ?*

L'opinion des deux auteurs diverge sur ces deux questions. En ce qui concerne les *conditions de formation*, J. Rossetto reprend à son compte l'analyse de la doctrine anglaise d'après laquelle ces usages « tirent leur origine d'une répétition de précédents dont les acteurs du jeu politique pensent qu'ils doivent s'y conformer » (p. 325). Toutefois, ces précédents ne sont pas « de simples faits qui prennent avec le temps la qualité des règles de droit, (mais) des comportements qui font application des règles de droit déjà en vigueur et que l'on s'accorde à reconnaître comme conformes à la Constitution » (p. 327). En revanche B. Uwanno, qui ne dissocie pas coutume et convention, critique la méthode traditionnelle. Selon cette dernière, on distingue deux éléments juxtaposés dans une coutume : l'un matériel — l'usage se caractérise alors par sa répétition, sa durée, sa constance et sa clarté — et l'autre, psychologique, l'*opinio iuris*. Comme M. Troper, B. Uwanno retient une autre définition de la coutume, qui serait « un choix opéré de manière répétée entre deux conduites également permises. S'interroger sur la formation de la coutume, c'est rechercher les causes de ce choix »<sup>8</sup>, ou, en d'autres termes, expliquer comment un certain comportement devient une pratique qui lie ses propres auteurs. La coutume est alors définie comme « le produit du système »<sup>9</sup>. Les différents organes constitutionnels adoptent ces règles parce qu'elles « apparaissent comme les plus raisonnables ou les seules raisonnables compte tenu de la configuration du système au moment de la décision »<sup>10</sup>. Autrement dit, la coutume existe parce qu'elle est nécessaire, et sa nécessité est fondée sur l'idée qu'elle est la solution la plus raisonnable ou la seule raisonnable. Cependant, en plaçant sur le même plan ces hypothèses, M. Troper n'affaiblit-il pas à l'excès le sens du mot « nécessité » ? Peut-on vraiment qualifier de nécessaire un comportement pour la seule raison qu'il offre le plus d'avantages aux acteurs<sup>11</sup> ? En outre, lorsqu'on explique la formation d'une coutume par la seule nécessité, on raisonne inévitablement de façon rétrospective et téléologique. Cette démarche rappelle, par exemple, la théorie sociologique du *one best way*, qui justifie *a posteriori* la méthode qui a triomphé, mais néglige les autres issues qui étaient aussi envisageables. Enfin, la relation étroite unissant coutume et nécessité soulève deux questions essentielles : d'une part, quel est le critère à partir duquel on pourra dire si un comportement est ou non raisonnable ? Quelle sera la règle qui permettra de vérifier ce caractère ? Qui va, d'autre part, décider si les organes ont agi raisonnablement ? Que se passe-t-il notamment quand deux autorités distinctes jugent également « raisonnables » deux comportements opposés ?

8. M. Troper, *op. cit.*, p. 313.

9. *Ibid.*, p. 315. Ledit système est l'ensemble « des organes ou autorités étatiques, définis à la fois par leurs statuts, leurs compétences respectives, les moyens d'action dont ils disposent les uns à l'égard des autres et leur composition politique » (*ibid.*).

10. *Ibid.*

11. M. Troper affirme qu'un autre comportement est matériellement possible, mais est écarté parce qu'il ne présente aucun avantage. En ce sens, cette définition de la coutume repose sur une vision utilitariste du système. Est-ce que les acteurs politiques sont vraiment toujours raisonnables ?

En outre, on peut s'interroger sur la valeur opératoire de cette nouvelle méthode dans le cas présent, car ce n'est pas grâce à elle, mais de façon classique — empirique — que B. Uwanno a découvert les différentes conventions britanniques. Certes, l'auteur précise que l'histoire constitutionnelle fournit la preuve de la validité de sa théorie. Il rappelle, en effet, que les conventions sont en adéquation avec le système politico-constitutionnel : favorables au monarque, lorsque la Couronne royale dispose encore de son pouvoir de patronage (XVIII<sup>e</sup> siècle), et aux Communes lors de la démocratisation de la société britannique. Là où la doctrine anglaise met l'accent sur la volonté des acteurs politiques et qualifie ces pratiques de « règles de *fair-play* », M. Uwanno privilégie les relations entre ces organes, dont la conduite est déterminée par l'état des forces politiques. Il est alors possible de lui objecter que l'étude du « système » constitutionnel révèle, non pas l'existence des conventions, mais seulement leur sens, leur finalité (à qui profitent-elles ?).

Après avoir réfléchi sur les conditions d'existence de ces *constitutional conventions*, les deux auteurs examinent si elles « sont tenues pour obligatoires »<sup>12</sup>. On sait que Dicey leur refuse une quelconque valeur juridique, car il limite le domaine du droit aux « règles qui sont sanctionnées par les tribunaux »<sup>13</sup>, ce qui l'amène nécessairement à exclure les conventions. Pourquoi — se demande alors J. Rossetto — ces pratiques sont-elles néanmoins « aussi scrupuleusement obéies que des règles de droit » (p. 333) ? Écartant d'avance une telle objection, Dicey fonde leur respect sur « les conséquences juridiques qui résulteraient inévitablement de la violation d'une maxime constitutionnelle indiscutable »<sup>14</sup>. Ainsi, la sanction de la violation d'une norme constitutionnelle est-elle indirecte, reportée au niveau d'une norme constitutionnelle<sup>15</sup>. Le fameux juriste anglais admet la force obligatoire des conventions, qui découlent directement de la puissance de la loi elle-même<sup>16</sup>. D'après lui, ces pratiques « ne sont pas des lois, mais en tant qu'elles possèdent une force obligatoire, elles tirent leur sanction du fait que quiconque les viole doit finalement violer en définitive les lois et encourt les peines infligées aux contrevenants »<sup>17</sup>.

Cette thèse est néanmoins loin de faire l'unanimité dans la doctrine. Certains juristes britanniques ou américains critiquent Dicey en se fondant, en particulier, sur la jurisprudence. Bien que cette dernière ne sanctionne pas le non-respect des conventions, elle les reconnaît, puisqu'elle les utilise comme moyen d'interprétation des lois. En outre, la définition du droit par la sanction *judiciaire* serait beaucoup trop restrictive, comme le prouve, par exemple, l'existence des *Laws and Customs of Parliament*, qui sont des règles juridiques internes que ne connaissent pas les tribunaux. Mais M. Uwanno n'adhère à aucune des opinions formulées par la

12. M. Troper, *op. cit.*, p. 312.

13. *Op. cit.*, p. 23-24.

14. *Ibid.*, p. 346.

15. Pour Dicey, la reconnaissance de la convention d'après laquelle, par exemple, le Parlement doit être réuni annuellement aboutirait à une violation du Bill of Rights de 1689, parce que les citoyens n'auraient pas consenti à l'impôt.

16. *Ibid.*, p. 350.

17. *Ibid.*

doctrine anglaise. Pour étudier si les conventions ont une valeur juridique, il utilise la méthode de M. Troper, qui diffère de la méthode traditionnelle d'après laquelle l'existence de la coutume-règle de droit résulte de ce qu'une conduite contraire est sanctionnée. Or, réplique M. Troper, « une conduite humaine est obligatoire si elle est prescrite par une norme valide »<sup>18</sup>, et la coutume se caractérise par le fait qu'elle « n'est pas une conduite réalisée en application d'une norme positive »<sup>19</sup>. Il renverse alors les termes du problème, substituant à la question du caractère obligatoire de la coutume, celle de savoir si cette pratique crée elle-même « une norme prescrivant de se comporter comme on l'a fait jusqu'alors »<sup>20</sup>. Pour examiner si cette règle peut devenir source de droit, il procède à partir de la conception kelsenienne du droit. Un acte n'acquiert, selon Hans Kelsen, la valeur d'une norme juridique, que s'il résulte de l'imputation d'une obligation — le *Sollen* — à une conduite déterminée — le *Sein*<sup>21</sup>. Ce qui confère donc à la conduite en question un caractère juridique, ce n'est pas la manifestation de volonté dont elle découle, mais sa valeur obligatoire qui provient d'une norme juridique — norme par essence supérieure à celle dont elle fonde la validité juridique. Si M. Troper reprend cette distinction fondamentale entre les significations subjective (tirée de la volonté de l'auteur) et objective (l'insertion dans une hiérarchie des règles de droit), d'une norme, il s'oppose au maître viennois en ce qui concerne le fondement du caractère juridique de la coutume. Contrairement à Kelsen, il refuse de supposer que la norme fondamentale (*Grundnorm*) puisse justifier l'existence d'une coutume constitutionnelle — règle de droit. Selon lui, sa signification objective « ne peut être conférée par une norme supérieure, puisqu'il n'en existe pas qui soit au-dessus de la Constitution. Comme le texte constitutionnel, par conséquent, la coutume ne peut recevoir la signification d'une norme qu'au cours du processus d'application »<sup>22</sup>. En réalité, les normes coutumières précèdent, comme la Constitution écrite, d'une même opération juridique : l'*interprétation* par les organes constitutionnels. Elles n'ont d'existence juridique que dans la mesure où une autorité, distincte des organes qui créent ces usages, leur confère indirectement leur validité<sup>23</sup>.

18. M. Troper, *op. cit.*, p. 316.

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*, p. 317.

21. Il faut rappeler que Kelsen prend le soin de préciser que ce *Sollen* juridique ne se limite pas à l'idée de commandement, mais qu'il « englobe en outre l'idée d'une habitation ou d'une permission », *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1962, p. 107.

22. Troper, *op. cit.*, p. 319.

23. « Si l'on raisonne en termes d'obligation — écrit Troper — il faut admettre qu'une autorité constitutionnelle n'a d'obligation juridique dans que la mesure où la norme a été formulée par d'autres et seulement par rapport à cette norme », p. 320.

Ici, l'auteur effectue une distinction critique entre deux idées. D'une part, la norme coutumière n'aurait de valeur que pour les organes constitutionnels que dans la mesure où elle serait formulée par un autre organe. D'autre part, à la différence de ce qui se passe pour la Constitution écrite, ces mêmes organes *jugeraient obligatoires pour eux-mêmes* lesdites pratiques. Celles-ci auraient valeur juridique parce que ses auteurs s'y soumettent en même temps. Dans le premier cas, c'est l'intervention d'un tiers qui confère à la coutume sa valeur normative, tandis que dans le second, il y a une sorte d'autocréation coutumière. Il semble donc contradictoire d'énoncer ces deux choses. Soit la valeur juridique de la coutume est immédiate, soit elle est immédiate, mais elle ne peut pas être les deux à la fois.

Appliquant cette théorie aux conventions de la Constitution, B. Uwanno est conduit à dénier à la plupart d'entre elles une quelconque valeur juridique. Sauf de rares exceptions, la souveraineté législative du monarque en son royaume et la prérogative royale avant 1689, les pratiques appelées « conventions » ne revêtent pas de force obligatoire. Soit elles paraissent fonder des normes juridiques, mais, dans ce cas, « elles ne sont plus qualifiées de coutumes ou conventions » (p. 487) et deviennent des lois, des décisions judiciaires ou des *Laws and Customs of Parliament*, soit elles n'ont que la seule signification subjective d'une norme. Elles sont caractérisées par leur précarité, puisqu'elles « ne durent qu'autant que subsiste la nécessité du système. Elles changent de contexte et de signification suivant le système constitutionnel qui évolue » (p. 461). C'est ainsi qu'un des organes peut refuser de respecter une convention, comme le fit la Rhodésie du Sud lorsqu'elle déclara unilatéralement son indépendance. De même, une nouvelle convention constitutionnelle devient une exception à ce qu'on appelle désormais la « convention principale » : ainsi en est-il de la pratique qui consista à suspendre, pour des raisons d'unité gouvernementale, la responsabilité collective du Cabinet (1932, 1975, 1978). Enfin, l'existence même de certaines règles est sérieusement controversée, comme la convention instituant la responsabilité individuelle des ministres dans la direction de leur département.

En revanche, J. Rossetto reconnaît une valeur juridique aux *constitutional conventions*. Ceci ressort — écrit-il — « des modalités techniques de leur élaboration (...) ». Les conventions sont toujours des règles d'utilisation des pouvoirs légaux. A ce titre, elles n'en diffèrent nullement par l'essence ; elles ne font qu'en fixer l'interprétation par *consentement mutuel*, même si cette interprétation aboutit à modifier totalement les données légales d'origine<sup>24</sup>. Donc, si ces pratiques sont des règles de droit, c'est parce qu'elles relèvent de l'activité d'interprétation — de « re-création » du droit selon Kelsen que suit ici J. Rossetto — des organes constitutionnels. Pour appliquer cette théorie kelsénienne aux conventions de la Constitution, l'auteur considère, comme M. Troper, que l'interprétation effectuée par les organes constitutionnels — interprétation dite « décentralisée » — est aussi authentique. La convention, en tant que pratique suivie par les diverses autorités constitutionnelles, peut donc, au même titre qu'une décision judiciaire, être qualifiée de règle de droit.

Il semble donc que J. Rossetto utilise deux arguments différents pour étayer sa thèse. D'une part, la nature juridique de ces pratiques découlerait de leur assimilation avec les « pouvoirs légaux » — ce qui paraît d'ailleurs contestable<sup>25</sup> — mais, dans ce raisonnement qui se rapproche beaucoup de celui de Dicey, l'activité des organes constitutionnels consiste seulement à changer « les données légales d'origine ». Or, d'autre part, il conçoit, plus loin, cette activité comme une interprétation, qui implique la *re-création* du droit par les organes qui assurent cette mission. On comprend donc mal comment les conventions de la Constitution peuvent être à la fois distinctes et semblables aux pouvoirs légaux qu'elles interprètent. La synthèse des opinions de Dicey

24. *Op. cit.*, p. 337.

25. Comment ces pratiques peuvent-elles être en même temps des « règles d'utilisation des pouvoirs légaux » et de la même essence que ceux-ci ? L'idée même d'« utilisation » indique que, dans cette perspective, les conventions n'ont qu'une valeur instrumentale, ce qui n'est pas du tout exact.

et de Kelsen n'apparaît donc pas convaincante. Il ressort de ces différentes remarques que les deux thèses adoptées par les deux auteurs sur le problème de la nature juridique des conventions sont excessives. Ceux-ci ont raisonné en supposant l'unité de la notion forgée par Dicey, mais ne vaudrait-il pas mieux reconnaître que ces conventions constitutionnelles possèdent, selon les cas, une double nature ? Certaines d'entre elles ont une véritable valeur juridique et peuvent donc être qualifiées de coutumes constitutionnelles. Il est, par exemple, difficile de contester la nature juridique des règles qui forment le pilier du régime parlementaire britannique (responsabilité collective du Cabinet, droit de dissolution...). En revanche, d'autres conventions n'ont pas de valeur juridique, soit parce qu'elles ne sont pas clairement établies (ex. : la responsabilité individuelle des ministres), soit parce qu'elles sont précaires, susceptibles par exemple d'être modifiées par l'intervention du législateur. Ce sont alors de simples usages qui traduisent, à un moment donné, l'état des forces politiques.

Véritables règles de droit ou simples pratiques, ces conventions de la Constitution sont-elles une institution typiquement britannique ? J. Rossetto ne le pense pas, car il s'agit, selon lui, d'un concept ayant « vocation à intéresser tous les régimes constitutionnels » (p. 342). L'universalité de cette notion résulte de l'indétermination de toute norme juridique. « Beaucoup de constitutions — écrivent Marshall et Mooidie — comportent une grande quantité de règles légales additionnelles qui sont destinées à clarifier la signification et l'application de leurs principales dispositions ; mais, dans un monde changeant, il est rarement possible d'écartier ou d'éviter tout doute par le biais de la codification ou même par l'intervention du juge. Il en résulte souvent que l'on s'en remet au pouvoir discrétionnaire de ceux qui exercent les droits ou mettent en œuvre les pouvoirs définis, conférés ou permis par les textes. Comme le signale Dicey, c'est pour régulariser l'usage d'un tel pouvoir discrétionnaire que les conventions se développent<sup>26</sup>. Celles-ci existent donc aussi bien dans des systèmes constitutionnels écrits que globalement coutumiers. Convaincu de la validité de ces prémisses théoriques, J. Rossetto a recensé et classé les différentes conventions qu'il connaît ou connaît les régimes constitutionnels français : il consacre la seconde partie de sa thèse à démontrer qu'il peut y avoir deux types d'évolution des régimes constitutionnels. Le premier, la modification *unilatérale*, découle de « la supériorité acquise par un seul organe » (p. 228), tandis que le second est, au contraire, « le fruit d'un accord entre les pouvoirs publics » (p. 309). Toutefois, on peut se demander, comme l'auteur le fait lui-même, si une telle distinction est vraiment originale. La doctrine traditionnelle n'enseigne-t-elle pas que la transformation « conventionnelle » relève de la coutume constitutionnelle ? Mais, répond-il, le « concept » (p. 342) réellement adéquat pour caractériser cette évolution n'est pas la coutume, mais bien la convention de la Constitution, entendue dans l'acception courante formulée par Dicey.

Force est cependant de constater qu'il n'approfondit pas l'étude de la distinction entre ces deux notions qu'il compare de la manière suivante. Tandis que la coutume consiste en des pratiques qui opèrent en marge des textes, voire même contre eux (ce sont des « usages établis en dehors des normes écrites » (p. 311), les conventions

de la Constitution, en revanche, « se rattachent peu ou prou à l'application même des dispositions constitutionnelles » (p. 311). Leur spécificité est d'« être toujours en relation » (p. 327) avec celles-ci. La ligne de partage entre les deux notions de coutume et convention s'établit donc autour de l'existence d'un LIEN entre les usages observés et les règles écrites. Or, quel est ce lien, si ce n'est l'interprétation de la Constitution par les organes d'application ? Celle-ci constitue, comme l'a dit M. Sur, « la charnière »<sup>27</sup> entre le fait et le droit. Par conséquent, ce qu'on désigne sous le nom de pratiques « n'est en vérité pas autre chose que le résultat du processus d'interprétation des dispositions constitutionnelles. (...) Pratique et interprétation se recouvrent et s'identifient l'une à l'autre » (p. 175). Le divorce fréquemment évoqué du droit écrit et de la pratique ultérieure est factice, puisqu'il existe, au contraire, « une unité fonctionnelle entre la règle posée et sa pratique du fait de la médiation qu'institue obligatoirement entre elles l'activité interprétative » (p. 176).

La thèse de l'auteur ne consiste-t-elle pas néanmoins à ranger la convention constitutionnelle dans la catégorie de la coutume dite interprétative ? D'ailleurs, J. Rossetto avoue lui-même que l'emploi de cette dernière expression se justifierait pour décrire une telle évolution constitutionnelle, car, dans ce cas, « l'accent est justement mis sur le lien qui existe entre les normes et les comportements observés par la suite » (p. 311, n. 1). Comment peut-il alors affirmer que la coutume *lato sensu* « n'est pas un mode de création de la norme juridique en droit constitutionnel » (p. 186, n. 2) ? Si la convention constitutionnelle se confond avec la coutume interprétative, on peut donc objecter, avec M. Rials, qu'il s'agit d'une coutume *secundum constitutionem*<sup>28</sup>, c'est-à-dire « d'une lecture particulière de la Constitution »<sup>29</sup>, dont il est difficile d'admettre le caractère juridique. On regrettera donc que l'auteur n'ait pas davantage comparé les deux notions en jeu, mais son objectif essentiel est de découvrir, dans le droit positif et l'histoire constitutionnelle, des conventions. Il range dans cette catégorie de vénérables traditions constitutionnelles, telles que la règle de l'expédition des affaires courantes, la démission du gouvernement après les élections, qu'elles soient présidentielles ou législatives, ou bien encore l'existence d'un président du Conseil sous la III<sup>e</sup> République. La Constitution de 1958 a été « prolongée », dans la pratique, par quelques conventions. Les unes organisent les relations entre les pouvoirs publics : les questions au gouvernement depuis 1974, l'absence de réunion des commissions spéciales pour l'examen des lois (art. 43)... D'autres modifient la répartition des compétences normatives ; il s'agit, par exemple, de l'entente tacite entre le Parlement et le gouvernement au sujet de la délimitation des domaines législatif et réglementaire.

A la lecture des exemples de convention cités par J. Rossetto, deux remarques s'imposent. La première consiste à se demander si cet inventaire possède une réelle valeur heuristique. Hormis le cas de l'application des articles 34 et 37 de la Constitution de 1958, l'auteur n'a-t-il pas requalifié de convention des pratiques que d'autres désignent sous le nom de coutume<sup>30</sup> ? La seconde est d'ordre plus théorique,

27. S. Sur, *L'interprétation en droit international public*, LGDJ, 1974, p. 12.

28. *Op. cit.*, p. 260.

29. *Ibid.*

30. Pour un inventaire critique, voir Rials, *op. cit.*, p. 270-271.

puisqu'elle conduit à s'interroger sur le schéma « conventionnel » d'évolution des régimes constitutionnels. En effet, une telle transformation s'opposerait à la modification unilatérale en ce qu'elle consisterait, contrairement à celle-ci, dans des « interprétations concordantes » (p. 343) des autorités, donc dans un accord entre elles. Or, est-il exact, par exemple, de considérer que la nouvelle répartition des compétences législative et réglementaire résulte d'une entente entre le gouvernement et le Parlement ? L'auteur lui-même reconnaît que c'est l'exécutif qui a pris, ici, l'initiative de ne pas utiliser les diverses prérogatives que le constituant lui avaient confiées. Dans cet exemple, la soi-disant convention consiste seulement en ce que le gouvernement décide unilatéralement de ne pas utiliser les armes dont il dispose. Ceci correspond, répliquera-t-on — à la définition, donnée par Dicey, de la convention de la Constitution, mais précisément la réflexion sur cette notion n'a-t-elle pas été, dès le début, viciée par le terme employé par son inventeur ? Le mot même de convention suppose un accord de volontés, un accord libre entre deux manifestations simultanées de volonté. Or, les pratiques étudiées — qu'elles soient anglaises ou françaises — ne traduisent-elles pas toujours la *supériorité* de l'un des organes constitutionnels ? Est-ce ainsi par hasard si les conventions qui régissent la Constitution de la V<sup>e</sup> République, résultent, soit d'une concession du gouvernement au Parlement (art. 34, 37 — questions...), soit de la supériorité du Président de la République sur le Premier Ministre (décrets présidentiels non délibérés en Conseil des ministres par exemple) ? A l'inverse, l'extension conventionnelle du pouvoir réglementaire sous la III<sup>e</sup> République est issue d'une concession du Parlement, alors souverain. Il est donc permis de douter, d'une part, de la validité de la distinction entre les modifications unilatérales et conventionnelles de la Constitution, et, d'autre part, du caractère spécifique de la notion de convention constitutionnelle. La question cruciale demeure de savoir si elle s'oppose vraiment à la coutume, ou si elle n'est invoquée, dans le cas français, que pour éluder l'antinomie théorique entre la coutume constitutionnelle et la Constitution écrite.

On aura remarqué que les deux auteurs ont refusé de considérer que la convention de la Constitution fût une notion spécifique au régime britannique. B. Uwanuo l'a constamment assimilée à celle de coutume, tandis que J. Rossetto y voyait un concept de portée générale. Il est toutefois dommage qu'aucun d'entre eux n'ait réfléchi aux limites d'une comparaison entre un système globalement coutumier et un système de Constitution écrite. S'agit-il de deux systèmes homogènes qui peuvent s'échanger aussi facilement leurs notions ? Pourrait-on notamment appliquer, en sens inverse, l'idée de contrôle de constitutionnalité au système britannique ? Dans le cas ici étudié, la question de principe, sous-jacente à ces deux travaux, serait la suivante : dans quelle mesure la « théorie de l'interprétation »<sup>31</sup>, qui constitue le cadre conceptuel des démonstrations des deux auteurs, est-elle valable pour tous les systèmes constitutionnels ?

Cette théorie modifie, de façon radicale, la présentation traditionnelle du droit constitutionnel, puisqu'elle fait éclater la notion de Constitution — qui n'est plus

31. Telle qu'elle se dégage, en France, de la thèse précitée de S. Sur et de l'article (cité ci-dessous) de M. Troper.

qu' « un système d'organes »<sup>32</sup> en renversant la hiérarchie des normes. Désormais, la place de celles-ci ne dépend plus de l'organe qui les édicte, mais de celui qui les interprète. Est-il légitime de transposer, en droit public interne, cette théorie de l'interprétation à des systèmes coutumiers ? Pour donner une signification à une norme, ne faut-il pas supposer nécessairement que celle-ci préexiste ? Interpréter consiste à attribuer un sens, parmi d'autres possibles, à une disposition. Or, dans un système coutumier, cette norme n'existe pas à l'état latent en tant que possibilité théorique offerte à l'interprétation ; elle est en train de se faire. Il y a donc identité entre la norme de référence et la norme issue du travail d'interprétation.

Enfin, si l'interprétation de tout organe constitutionnel est authentique, si donc le droit est partout, ne risque-t-il pas alors d'être nulle part ? Ayant tiré les conséquences les plus radicales de la théorie de l'interprétation, J. Rossetto est conduit à conclure en faveur d'un « relativisme institutionnel » (p. 227). D'après lui, « la Constitution qu'on peut lire n'existe pas. Elle ne contient que des règles virtuelles, équivoques dans leur signification, seule l'interprétation est en mesure de faire accéder au statut de normes efficaces » (p. 174). Qui garantira alors la validité de cette interprétation ? Dans le cas d'un système coutumier (où l'interprétation est décentralisée), ce sera — dit-on — la concurrence entre les organes d'application qui limitera leur pouvoir d'interprétation. Mais cette thèse de l' « interprétation concertée » (S. Sur) n'est-elle pas d'un excessif optimisme ?

Olivier BEAUD.

**DOCUMENT 9** : Cour Suprême du Canada, Avis du 28 septembre 1981 sur le rapatriement de la Constitution (extrait)

I—La nature des conventions constitutionnelles

Une partie appréciable des règles de la constitution canadienne est écrite. On ne les trouve pas dans un document unique appelé constitution mais dans un grand nombre de lois dont certaines ont été adoptées par le Parlement de Westminster, tel l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867, 1867 (R.-U.), chap. 3, (l'A.A.N.B.) ou par le Parlement du Canada comme l'*Acte de l'Alberta*, 1905 (Can.), chap. 3, l'*Acte de la Saskatchewan*, 1905 (Can.), chap. 42, la *Loi sur le Sénat et la Chambre des communes*, S.R.C. 1970, chap. S-8, ou par les législatures provinciales comme les lois électorales provinciales. On les trouve également dans des arrêtés en conseil, tels l'arrêté impérial en conseil du 16 mai 1871 qui admet la Colombie-Britannique dans l'Union, et l'arrêté impérial en conseil du 26 juin 1873, qui admet l'île du Prince-Edouard dans l'Union.

Une autre partie de la Constitution du Canada est formée de règles de *common law*. Ce sont des règles que les tribunaux ont élaborées au cours des siècles dans l'exécution de leurs fonctions judiciaires. Une part importante de ces règles a trait à la prérogative de la Couronne. Les articles 9 et 15 de l'A.A.N.B. prévoient:

9. A la Reine continueront d'être et sont par le présent attribués le gouvernement et le pouvoir exécutifs du Canada.

15. A la Reine continuera d'être et est par le présent attribué le commandement en chef des milices de terre et de mer et de toutes les forces militaires et navales en Canada.

Par ailleurs, l'Acte ne s'étend pas beaucoup sur les éléments du «gouvernement et pouvoir exécutifs» et l'on doit recourir à la *common law* pour les découvrir, mis à part l'autorité déléguée à l'exécutif par la loi.

En *common law*, l'autorité de la Couronne comprend notamment la prérogative de grâce ou de clémence et le pouvoir de constituer en compagnie par charte de façon à conférer une capacité générale analogue à celle d'une personne physique. La prérogative royale met la Couronne dans une situation privilégiée en tant que créancière, en ce qui concerne l'héritage de terres à défaut d'héritiers ou relativement à la propriété de métaux précieux et *bona vacantia*. C'est également aux termes de la prérogative et de la *common law* que la Couronne nomme et accrédite des ambassadeurs, déclare la guerre, conclut des traités et c'est au nom de la Reine que l'on délivre des passeports.

On désigne du terme générique de droit constitutionnel les parties de la Constitution du Canada qui sont formées de règles législatives et de règles de *common law*. En cas de doute ou de litige, il appartient aux tribunaux de déclarer le droit et, puisque le droit est parfois violé, il appartient en général aux tribunaux d'établir s'il y a effectivement eu violation dans des cas donnés et dans l'affirmative d'appliquer les sanctions prévues par la loi, qu'il s'agisse de sanctions pénales ou civiles telle une déclaration de nullité. Ainsi, quand les tribunaux déclarent qu'une loi fédérale ou provinciale

excède la compétence législative de la législature qui l'a adoptée, ils la 'déclarent nulle et non avenue et ils refusent de lui donner effet. En ce sens, on peut dire que les tribunaux administrent ou font respecter le droit constitutionnel.

Bien des Canadiens seraient probablement surpris d'apprendre que des parties importantes de la Constitution du Canada, celles avec lesquelles ils sont le plus familiers parce qu'elles sont directement en cause quand ils exercent leur droit de vote aux élections fédérales et provinciales, ne se trouvent nulle part dans le droit constitutionnel. Par exemple, selon une exigence fondamentale de la Constitution, si l'opposition obtient la majorité aux élections, le gouvernement doit offrir immédiatement sa démission. Mais si fondamentale soit-elle, cette exigence de la Constitution ne fait pas partie du droit constitutionnel.

Une autre exigence constitutionnelle veut que la personne nommée premier ministre fédéral ou provincial par la Couronne et qui est effectivement le chef du gouvernement ait l'appui de la chambre élue de la législature; en pratique, ce sera dans la plupart des cas le chef du parti politique qui a gagné une majorité de sièges à une élection générale. Les autres ministres sont nommés par la Couronne sur l'avis du premier ministre fédéral ou provincial lorsqu'il forme ou remanie son cabinet. Les ministres doivent continuellement jouir de la confiance de la chambre élue de la législature, personnellement et collectivement. S'ils la perdent, ils doivent soit démissionner, soit demander à la Couronne de dissoudre la législature et de tenir une élection générale. La plupart des pouvoirs de la Couronne en vertu de la prérogative sont seulement exercés sur l'avis du premier ministre ou du cabinet ce qui signifie que ces derniers l'exercent effectivement ainsi que les innombrables pouvoirs délégués par les lois à la Couronne en conseil.

Pourtant, on peut dire qu'aucune de ces règles essentielles de la Constitution n'est du droit constitutionnel. C'est apparemment Dicey qui, dans la première édition de son ouvrage *Law of the Constitution*, en 1885, les a baptisées «conventions constitutionnelles», une expression qui est rapidement devenue consacrée (voir W. S. Holdsworth, «The Conventions of the Eighteenth Century Constitution», (1932) 17 *Iowa Law Rev.* 161). Sous ces termes, Dicey décrit les principes et règles du gouvernement responsable, dont plusieurs ont été cités ci-dessus et qui régissent les relations entre la Couronne, le premier ministre, le cabinet et les deux chambres du Parlement. Ces règles ont été élaborées en Grande-Bretagne au moyen de la coutume et du précédent au cours du dix-neuvième siècle et ont été exportées dans les colonies britanniques qui obtenaient leur autonomie.

Dicey a d'abord donné l'impression que les conventions constitutionnelles sont un phénomène moderne, propre au Royaume-Uni. Mais il a reconnu dans des éditions ultérieures que l'on trouve différentes conventions dans d'autres constitutions. Comme l'a écrit sir William Holdsworth (précité, à la p. 162):

[TRADUCTION] En fait, des conventions doivent se développer en tout temps et dans tous les endroits où les pouvoirs du gouvernement sont conférés à différentes personnes ou organes, où, en d'autres mots, il y a une constitution mixte. «Les parties constituantes d'un Etat», dit Burke, [French Revolution, 28.] «sont obligées d'être fidèles à leurs engagements publics les unes envers les autres, et vis-à-vis de tous ceux qui tirent un sérieux intérêt de leurs promesses, de même que l'ensemble de l'Etat est obligé d'être fidèle à ses engagements envers les différentes collectivités.» Nécessairement, des règles conventionnelles prennent forme pour régir les mécanismes des différentes parties de la Constitution, leurs relations réciproques et avec les sujets.

Au sein de l'Empire britannique, les pouvoirs du gouvernement étaient conférés à différents organes qui ont fourni un terrain fertile à la croissance de nouvelles conventions constitutionnelles, inconnues de Dicey, par lesquelles des colonies autonomes ont acquis un statut égal et indépendant au sein du Commonwealth. Plusieurs d'entre elles ont été consacrées par le *Statut de Westminster, 1931*, 1931 (R.-U.), chap. 4.

Une constitution fédérale assure la répartition des pouvoirs entre divers gouvernements et législatures et peut aussi constituer un terrain fertile de croissance de conventions constitutionnelles entre ces derniers. Il est concevable par exemple que l'usage et la pratique puissent donner naissance à des conventions canadiennes relatives à la tenue de conférences fédérales-provinciales, à la nomination des lieutenants-gouverneurs, à la réserve ou au désaveu des lois provinciales. C'est à cette possibilité que le juge en chef Duff fait allusion quand il parle de [TRADUCTION] de «l'usage constitutionnel ou pratique constitutionnelle» dans le *Renvoi sur le pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales*, à la p. 78. Auparavant, il les avait baptisées [TRADUCTION] «conventions constitutionnelles reconnues» dans l'arrêt *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, à la p. 210.

L'objet principal des conventions constitutionnelles est d'assurer que le cadre juridique de la Constitution fonctionnera selon les principes ou valeurs constitutionnelles dominantes de l'époque. Par exemple, la valeur constitutionnelle qui est le pivot des conventions dont on vient de parler et qui se rapportent au gouvernement responsable est le principe démocratique: les pouvoirs de l'Etat doivent être exercés conformément aux vœux de

l'électorat. La valeur ou principe constitutionnel auquel se rattachent les conventions qui régissent les relations entre les membres du Commonwealth est l'indépendance des anciennes colonies britanniques.

Fondées sur la coutume et les précédents, les conventions constitutionnelles sont habituellement des règles non écrites. Toutefois certaines ont pu être consignées dans les comptes rendus et documents des conférences impériales, dans le préambule des lois tel le *Statut de Westminster, 1931*, ou dans les comptes rendus et documents des conférences fédérales-provinciales. Régulièrement les membres des gouvernements s'y réfèrent et les reconnaissent.

Les règles conventionnelles de la Constitution présentent une particularité frappante. Contrairement au droit constitutionnel, elles ne sont pas administrées par les tribunaux. Cette situation est notamment due au fait qu'à la différence des règles de *common law*, les conventions ne sont pas des règles judiciaires. Elles ne s'appuient pas sur des précédents judiciaires, mais sur des précédents établis par les institutions mêmes du gouvernement. Elles ne participent pas non plus des ordres législatifs auxquels les tribunaux ont pour fonction et devoir d'obéir et qu'ils doivent respecter. En outre, les appliquer signifierait imposer des sanctions en bonne et due forme si elles sont violées. Mais le régime juridique dont elles sont distinctes ne prévoit pas de sanctions de la sorte pour leur violation.

Peut-être la raison principale pour laquelle les règles conventionnelles ne peuvent être appliquées par les tribunaux est qu'elles entrent généralement en conflit avec les règles juridiques qu'elles postulent. Or les tribunaux sont tenus d'appliquer les règles juridiques. Il ne s'agit pas d'un conflit d'un genre qui entraînerait la perpétration d'illégalités. Il résulte du fait que les règles juridiques créent des facultés, pouvoirs discrétionnaires et droits étendus dont les conventions prescrivent qu'ils doivent être exercés seulement d'une façon limitée, si tant est qu'ils puissent l'être.

Des exemples illustrent ce point.

En droit, la Reine, le gouverneur général ou le lieutenant-gouverneur pourrait refuser de donner la sanction à tous les projets de lois adoptés par les deux chambres du Parlement ou par une assemblée législative selon le cas. Mais par convention, ils ne peuvent de leur propre chef refuser de donner la sanction à aucun projet de loi pour quelque motif que ce soit, par exemple parce qu'ils désapprouvent la politique en cause. Il y a là un conflit entre une règle juridique qui crée un pouvoir discrétionnaire total et une règle conventionnelle qui le neutralise complètement. Mais, comme les lois, les conventions sont parfois violées. Si cette convention particulière était violée et la sanction refusée à tort, les tribunaux seraient tenus d'appliquer la loi et non la convention. Ils refuseraient de reconnaître la validité d'une loi qui a fait l'objet d'un veto. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Gallant v. The King*. Le jugement dans cette affaire est en harmonie avec l'arrêt classique *Stockdale v. Hansard* où, en Angleterre, la Cour du Banc de la Reine a décidé que seules la Reine et les deux chambres du Parlement pouvaient faire ou défaire les lois. Le lieutenant-gouverneur qui avait refusé la sanction dans l'affaire *Gallant* l'a apparemment fait vers la fin de son mandat. S'il en avait été autrement, il n'est pas inconcevable que son refus aurait entraîné une crise politique qui aurait amené sa destitution, ce qui montre que si remédier à une violation de convention ne relève pas des tribunaux, par contre la violation n'est pas nécessairement sans remède. Le remède relève d'autres institutions gouvernementales; en outre, ce n'est pas un remède formel et il peut être administré avec moins de certitude ou de régularité qu'il le serait par un tribunal.

Une convention fondamentale dont on a parlé ci-dessus offre un autre exemple du conflit entre droit et convention: si après une élection générale où l'opposition a obtenu la majorité des sièges, le gouvernement refusait de donner sa démission et s'accrochait au pouvoir, il commettrait par là une violation fondamentale des conventions, si sérieuse d'ailleurs qu'on pourrait la considérer équivalente à un coup d'Etat. Le remède dans ce cas relèverait du gouverneur général ou du lieutenant-gouverneur selon le cas, qui serait justifié de congédier le ministère et de demander à l'opposition de former le gouvernement. Mais si la Couronne n'agissait pas promptement, les tribunaux ne pourraient rien y faire si ce n'est au risque de créer un état de discontinuité juridique, c'est-à-dire une forme de révolution. Une ordonnance ou un règlement adopté par un ministre en vertu de pouvoirs conférés par la loi et valide par ailleurs ne pourrait être invalidé aux motifs que, par convention, le ministre ne devrait plus être ministre. Un bref de *quo warranto* visant les ministres, en supposant que le *quo warranta* puisse être utilisé contre un ministre de la Couronne, ce qui est très douteux, ne serait d'aucune utilité pour les destituer. Si on leur demandait de justifier leur présence à un poste ministériel, ils répondraient qu'ils l'occupent de par le bon plaisir de la Couronne aux termes d'un mandat émanant de cette dernière et cette réponse serait complète en droit car, en droit, le gouvernement est en poste de par le bon plaisir de la Couronne bien que par convention il le soit de par la volonté du peuple.

Ce conflit entre la convention et le droit qui empêche les tribunaux de faire respecter les conventions, empêche également ces dernières de se cristalliser en règle de droit, à moins que la cristallisation se fasse par l'adoption d'une loi.

C'est parce que la sanction des conventions relève des institutions gouvernementales autres que les tribunaux, tels le gouverneur général, le lieutenant-gouverneur, les chambres du Parlement ou l'opinion publique et, en définitive, l'électorat, qu'on dit généralement qu'elles sont politiques.

Avec égards, nous adoptons la définition de convention donnée par le savant juge en chef du Manitoba, le juge Freedman, dans le renvoi du Manitoba, précité, aux pp. 13 et 14:

[TRADUCTION] Qu'est-ce qu'une convention constitutionnelle? On trouve d'assez nombreux écrits sur le sujet. Bien qu'il puisse y avoir des nuances entre les constitutionnalistes, les experts en sciences politiques et les juges qui y ont contribué, on peut énoncer comme suit avec un certain degré d'assurance les caractéristiques essentielles d'une convention. Ainsi il existe un consensus général qu'une convention se situe quelque part entre un usage ou une coutume d'une part et une loi constitutionnelle de l'autre. Il y a un consensus général que si l'on cherchait à fixer cette position avec plus de précision, on placerait la convention plus près de la loi que de l'usage ou de la coutume. Il existe également un consensus général qu'une convention est une règle que ceux à qui elle s'applique considèrent comme obligatoire». Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 9. Selon la prépondérance des autorités sinon le consensus général, la sanction de la violation d'une convention est politique et non juridique.

Il faut garder à l'esprit toutefois que bien qu'il ne s'agisse pas de lois, certaines conventions peuvent être plus importantes que certaines lois. Leur importance dépend de la valeur ou du principe qu'elles sont censées protéger. En outre, elles forment une partie intégrante de la Constitution et du régime constitutionnel. Elles relèvent du sens du mot «Constitution» dans le préambule de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*:

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale ... avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni:

C'est pourquoi il est tout à fait juste de dire que violer une convention revient à faire quelque chose d'inconstitutionnel même si cela n'a aucune conséquence juridique directe. Mais on peut aussi utiliser les termes «constitutionnel» et «inconstitutionnel» dans un sens juridique strict, comme par exemple dans le cas d'une loi déclarée *ultra vires* ou inconstitutionnelle. Une équation permet peut-être de résumer ce qui précède : conventions constitutionnelles plus droit constitutionnel égalent la Constitution complète du pays.

**DOCUMENT 10 :** Cour Suprême du Royaume-Uni, 24 janvier 2017, *R (Miller & others) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5 (extrait, § 151).

« En parvenant à cette conclusion nous ne sous-estimons pas l'importance des conventions constitutionnelles, dont certaines jouent un rôle fondamental dans le fonctionnement de notre constitution. La Convention Sewel joue un rôle important en ce qu'elle favorise des relations harmonieuses entre le Parlement britannique et les parlements issus de la dévolution. Mais la détermination et le contrôle de sa portée, ainsi que la manière dont elle est mise en œuvre, ne relèvent pas des attributions constitutionnelles du pouvoir judiciaire, qui sont de garantir le *rule of law*. »

[ "In reaching this conclusion we do not underestimate the importance of constitutional conventions, some of which play a fundamental role in the operation of our constitution. The Sewel Convention has an important role in facilitating harmonious relationships between the UK Parliament and the devolved legislatures. But the policing of its scope and the manner of its operation does not lie within the constitutional remit of the judiciary, which is to protect the rule of law. "]



Le jugement *Miller* de la Cour suprême du Royaume-Uni figure désormais au panthéon des grandes jurisprudences du droit constitutionnel britannique en ce qu'il limite encore un peu plus l'exercice de la prérogative royale. Le problème de droit relatif à la dévolution qui était également posé n'en paraît pas moins fondamental.

Selon les parties qui remettaient notamment en cause le jugement de la Haute cour d'Irlande du Nord<sup>[1]</sup>, le Gouvernement ou le Parlement auraient dû consulter les institutions dévolues avant de notifier le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne en vertu de l'article 50 du TFUE. L'argument principal s'appuyait sur une application et une portée étendues de la convention de la Constitution Sewel<sup>[2]</sup>. En vertu de cette norme politique, reprise par la section 28 (8) de la loi de 1998 modifiée par le *Scotland Act* de 2016, « il est reconnu que le Parlement du Royaume-Uni ne devra pas, normalement, légiférer sur les matières dévolues sans le consentement du Parlement écossais »<sup>[3]</sup>. La convention va même au-delà puisque le Parlement britannique doit aussi obtenir l'accord des administrations dévolues pour tout texte altérant directement leurs compétences législatives ou exécutives<sup>[4]</sup>. Or la mise en œuvre de l'article 50 du TFUE aurait cet effet dans la mesure où les entités dévolues sont contraintes, en vertu de la loi, d'assurer l'effectivité du droit de l'Union européenne. De surcroît, le retrait de l'Union aura pour résultat de priver les nations et les populations en cause d'un certain nombre de droits et de libertés, ce qui ne serait guère concevable sans leur consentement.

La Cour suprême écarte à l'unanimité ce raisonnement. Les juges soutiennent que, « lorsque le Parlement a transposé les obligations issues du droit de l'UE dans la loi sur l'Irlande du Nord et les autres textes relatifs à la dévolution, il s'est placé dans l'hypothèse où le Royaume-Uni est membre de l'Union européenne. Ce présupposé est conforme au point de vue selon lequel seul le Parlement pourrait déterminer si le Royaume-Uni doit demeurer au sein de l'Union européenne. Mais, en imposant les obligations européennes et en investissant les institutions dévolues du pouvoir de mettre en œuvre le droit de l'Union européenne, la législation relative à la dévolution ne va pas plus loin et n'exige pas que le Royaume-Uni reste un membre de l'Union européenne ». La Cour conclut en précisant que, « au sein du Royaume-Uni, les rapports avec l'Union européenne, tout comme toute autre question de relations internationales, relèvent des compétences réservées » à Westminster<sup>[5]</sup>. Aucune compétence parallèle des parlements nationaux n'est ainsi envisageable dans le processus de retrait de l'UE, ces institutions ne jouissant de prérogatives en la matière que pour éviter que le Royaume-Uni viole les obligations communautaires. L'argumentaire de la Cour est difficilement contestable tant il suit la répartition des compétences prévue par les lois de dévolution.

En revanche, la démonstration emporte moins la conviction lorsqu'il s'agit d'interpréter la loi de 2016 qui reprend la convention Sewel dont l'effet est de limiter l'omnipotence du Parlement britannique. Les juges ont estimé qu'en dépit de sa consécration législative, ils ne sont « ni les parents ni les gardiens des conventions politiques ; ils en sont au mieux des observateurs. En tant que tels, ils peuvent reconnaître le caractère opératoire d'une convention politique dans le contexte d'un contentieux visant à trancher une question de droit, mais il ne peuvent pas en juger l'application et la portée, car ce sont des aspects qui relèvent de la sphère politique ». Reprenant un célèbre article de Monroe<sup>[6]</sup>, la Cour confirme que « la validité des conventions ne peut faire l'objet d'un contentieux devant un tribunal »<sup>[7]</sup>.

De plus, cette convention consiste en des « moyens établissant des relations de coopération entre le parlement britannique et les institutions dévolues lorsqu'il existe un chevauchement de compétences législatives »<sup>[8]</sup>, ce qui ne signifie pas pour autant que Westminster ait abandonné aux dites entités son pouvoir de légiférer dans les compétences dévolues comme le rappellent les textes<sup>[9]</sup>.

L'ensemble du raisonnement est conforme aux précédents qui prennent en compte des conventions de la Constitution sans en donner une autorité juridictionnelle<sup>[10]</sup>. En revanche, l'argumentaire des juges est-il toujours pertinent lorsque ladite convention est incluse dans une loi ? Autrement dit, une convention constitutionnelle peut-elle continuer d'être une convention si elle est reprise par un acte législatif dont le juge doit assurer le respect ? Pour la Cour, la réponse est positive<sup>[11]</sup>. En se fondant sur une interprétation téléologique du *Scotland Act* de 2016, elle estime que le Parlement n'a pas souhaité conférer à la convention Sewel la portée d'une règle susceptible d'être interprétée ou appliquée par les juridictions. Pour justifier leur position, les juges considèrent que les expressions « il est reconnu » et « ne devra pas normalement légiférer » de la section 2 de la loi n'auraient pas été utilisées si le Parlement avait voulu faire de la convention une norme

« justiciable ». En outre, la nature politique de la disposition est confirmée par une lecture combinée avec la section 1 qui lie l'existence des institutions dévolues et de leurs compétences à l'appartenance de l'Écosse au Royaume-Uni. Or seul le peuple écossais peut, par référendum, mettre fin à cette appartenance<sup>[12]</sup>, décision qui est de nature politique et dont le résultat, sur le fond, ne peut être contesté devant les juridictions.

(...)

Un problème essentiel s'ajoute : le Parlement étant souverain, la reconnaissance législative d'une convention liant sa compétence peut-elle être sanctionnée par le juge ? Cette interrogation n'a pas été soulevée par la Cour suprême. Pourtant, elle nous paraît non moins pertinente que l'argumentation brève retenue dans le jugement. En effet, si la convention Sewel est une règle de droit strict, elle investirait les tribunaux du pouvoir d'en assurer la protection en cas de violation. Or, comme cette norme vise les rapports entre Westminster et les parlements nationaux, admettre que les juridictions puissent la contrôler reviendrait à considérer qu'elles ont la compétence d'écarter une loi du Parlement britannique non conforme au *Scotland Act* à l'occasion d'un *judicial review* par exemple. Le juge ne saurait s'arroger ce pouvoir, sauf à reconnaître à la loi de 2016 un statut spécifique l'autorisant à remettre en cause la procédure législative. Si la Cour avait adopté une telle position, elle aurait fait preuve d'une audace considérable qui aurait largement dépassé le volontarisme à l'origine du rejet de la compétence du Gouvernement pour notifier le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne sans intervention législative. D'ailleurs, dès lors que la Cour consacre au préalable la compétence des parlementaires pour autoriser la mise en œuvre de l'article 50, il aurait été difficile de soutenir qu'ils dussent se contraindre en consultant les parlements dévolus.

Une telle analyse ne doit pas occulter la conclusion de la Cour suprême qui souligne qu'elle ne « sous-estime pas l'importance des conventions constitutionnelles ». Elle indique simplement que seul le respect du principe de *rule of law* lui incombe, non celui d'assurer l'effectivité de l'application de conventions<sup>[16]</sup>. En lisant entre les lignes, cette dernière conclusion des juges sonne tout de même comme un avertissement au pouvoir politique. Ils insistent sur « le rôle important que joue la convention Sewel pour faciliter des relations harmonieuses entre le Royaume-Uni et les législatures dévolues ». Partant, le Parlement doit s'assurer que, politiquement, la qualité des rapports verticaux entre le centre et la périphérie soit préservée. Cependant, à l'issue de l'adoption par les Communes du projet de loi autorisant le Gouvernement à actionner l'article 50 du TFUE, force est de constater qu'aucun amendement n'a été adopté afin de garantir la prise en compte des positions des entités écossaises, galloises et nord-irlandaises. À défaut d'un règlement amiable entre les institutions britanniques et dévolues, la menace du recours à d'autres moyens politiques plus radicaux comme les référendums d'indépendance en Écosse et de réunification en Irlande du Nord pourraient devenir rapidement réalité. Un moyen juridique en apparence secondaire dans le jugement *Miller* recèle ainsi un écueil politique majeur pour le Royaume-Uni.

[1] Voy. notre billet <http://blog.juspoliticum.com/2016/11/16/chronique-du-brexit-novembre-2016/>.

[2] Du nom de Lord Sewel qui avait la charge d'assurer la progression du projet de loi sur l'Écosse devant le Parlement en 1998.

[3] La loi relative au Pays de Galles, qui a reçu l'assentiment royal le 31 janvier 2017, contient la même formulation.

[4] § 140 du jugement.

[5] § 129.

[6] *Laws and Conventions Distinguished* (1975) 91 *Law Quarterly Review*, p. 228.

[7] § 146.

[8] § 136.

[9] Sect. 5 (6) du *Northern Ireland Act* ; sect. 28(7) du *Scotland Act* de 1998 et sect. 107 (5) du *Government of Wales Act* de 2006.

[10] Not. *British Coal Corporation v The King* (1935) A.C. 500 ; *Attorney General v Jonathan Cape Ltd* [1976] 1 QB 752 ; *Re Resolution to Amend the Constitution* [1981] 1 SCR 753 (jugement de la Cour suprême du Canada) ; *Madzimbamuto v Lardner-Burke* [1969] 1 AC 645 ; *Court of Session, Imperial Tobacco v Lord Advocate* 2012 SC 297. La Cour cite également l'article 9 du *Bill of Rights*.

[11] § 148.

[12] Sect. 1 insérant un article 63A (3).

[16] § 151

**DOCUMENT 12** : Extraits des débats à l'Assemblée Nationale du 28 juin 2017.

**M. le président.** Avant de procéder au scrutin, je rappelle qu'il n'existe pas de dispositions du règlement relatives à l'attribution des postes de questeurs, mais qu'il existe en effet une pratique constante, depuis 1973, consistant à ce que l'un de ces postes soit attribué à l'opposition.

Nous allons procéder au premier tour de scrutin pour l'élection des questeurs. J'ouvre le scrutin, qui est annoncé dans l'enceinte de l'Assemblée nationale.

*(Le scrutin est ouvert à quinze heures quinze.)*

.....

**M. le président.** Le scrutin est ouvert pour une heure. Sa clôture sera annoncée par quatre sonneries. À l'issue du scrutin, les scrutateurs se rendront au cinquième bureau pour procéder au dépouillement.

Je vais suspendre la séance, qui reprendra vers dix-sept heures.

***Suspension et reprise de la séance***

**M. le président.** La séance est suspendue.

*(La séance, suspendue à quinze heures quinze, est reprise à dix-sept heures dix.)*

**M. le président.** La séance est reprise.

Mes chers collègues, voici le résultat du scrutin pour la nomination des questeurs.

Nombre de votants : 530

Bulletins blancs ou nuls : 28

Nombre de suffrages exprimés : 502

Majorité absolue : 252

Ont obtenu :

M. Florian Bachelier : 378 voix

Mme Laurianne Rossi : 378 voix

M. Thierry Solère : 306 voix

M. Éric Ciotti : 146 voix

Il y a eu également quatre autres suffrages.

M. Florian Bachelier, Mme Laurianne Rossi et M. Thierry Solère ayant obtenu la majorité absolue des suffrages exprimés, je les proclame questeurs de l'Assemblée nationale. *(Applaudissements sur de nombreux bancs.)*

Tous les sièges de questeurs ayant été pourvus, il n'y a pas lieu de procéder aux autres tours de scrutin.

La parole est à M. le président Christian Jacob.

**M. Christian Jacob.** Monsieur le président, nous venons de rompre avec plus de cinquante ans de pratique parlementaire : les droits de l'opposition viennent d'être bafoués comme jamais ils ne l'ont été dans cet hémicycle.

**Un député.** Eh oui !

**M. Christian Jacob.** La majorité choisit son opposition : cela n'était jamais arrivé ! Cette opération a été menée par sept ou huit de nos collègues, lesquels ont d'ailleurs menti et trompé les membres de leur groupe, si j'ai bien compris ce qu'il s'est passé.

En choisissant trois questeurs totalement acquis au Gouvernement – ce n'est absolument pas un reproche : cela relève de leur responsabilité –, nous nous trouvons dans une situation extrêmement grave, monsieur le président : il n'y a plus de contrôle budgétaire dans cette maison !

**Mme Marie-Christine Dalloz.** C'est vrai !

**M. Christian Jacob.** C'est la première fois que cela arrive ! Alors même que la majorité ne cesse de parler de transparence, jamais une telle situation n'a existé !

Monsieur le président, je ne sais pas comment cela évoluera, mais autant nous dire clairement que toutes les règles tombent. Le calcul par points que vous nous avez présenté n'a plus d'utilité puisque c'est la majorité qui décide de son opposition. Comprenez que les travaux de cette assemblée ne peuvent pas commencer de cette façon !

Je vous demande, monsieur le président, de réunir les présidents de groupe car jamais, dans l'histoire de notre assemblée, les droits de l'opposition n'ont été piétinés comme ils viennent de l'être, sur l'initiative de sept ou huit individus qui ont menti, y compris à leur propre groupe parlementaire. (*Vifs applaudissements sur plusieurs bancs.*)

**M. Julien Aubert.** C'est scandaleux !

**M. le président.** La parole est à M. le président Franck Riester.

**M. Franck Riester.** Merci, monsieur le président. Chers collègues, le groupe des Constructifs se situe dans l'opposition. Il s'est engagé (Exclamations sur plusieurs bancs)...

**M. Bernard Deflesselles.** C'est honteux ! Honte à vous !

**M. Claude Goasquen.** Dégage !

**M. le président.** S'il vous plaît ! Seul M. Riester a la parole.

**M. Franck Riester.** Une élection vient de se tenir ; trois questeurs viennent d'être élus... (*Mêmes mouvements.*)

**M. le président.** Mes chers collègues, seul M. Riester a la parole.

**M. Franck Riester.** La candidature d'un membre du groupe les Constructifs au poste de questeur a vocation, contrairement à ce qu'a dit M. Jacob, à faire en sorte que les droits de l'opposition soient davantage respectés. (*Mêmes mouvements.*) Cette questure sera celle de tous les groupes de l'opposition.

**M. Michel Herbillon.** C'est la majorité qui choisit son opposition !

**M. Franck Riester.** Pourquoi continuer une pratique qui réserve la questure – c'est-à-dire l'endroit où sont accueillis les députés, où est gérée cette maison – aux seuls députés d'un unique groupe de l'opposition ? Nous voulons justement changer les pratiques et moderniser le fonctionnement de cette assemblée en ouvrant la questure à tous les groupes de l'opposition. (*Quelques applaudissements.*)

**M. le président.** La parole est à M. Jean-Luc Mélenchon, pour le groupe de la France insoumise. Je donne la parole uniquement aux présidents de groupe ; nous suspendrons ensuite la séance.

**M. Jean-Luc Mélenchon.** Merci, monsieur le président. Une situation nouvelle est donc créée : comme l'a dit le président Jacob à l'instant, tout ce qui relevait de l'ancien monde – la répartition proportionnelle, les points, etc. –, tout cela est fini puisque le précédent vote vient d'y mettre fin. Après tout, le rôle d'une assemblée est de voter : ces règlements ne tombent pas du ciel !

**Un député.** Très bien !

**M. Jean-Luc Mélenchon.** Nous les avons décidés dans le passé – je m'y associe –, et maintenant nous les changeons.

C'est pourquoi je pense, à l'instar du président Jacob, que nous devons réunir les présidents de groupe pour mettre immédiatement à l'étude la proposition raisonnable que je vous ai faite tout à l'heure (*Sourires*), à savoir être tous représentés par un vice-président. Sans doute cela pourrait-il compenser l'aigreur – compréhensible – du groupe qui se sent frustré à cette heure et qui, ayant un vice-président, pourrait ainsi voir sa situation quelque peu adoucie.

J'avais donc raison et ma proposition était raisonnable : la preuve en a été donnée par nos votes ! (*Quelques applaudissements.*)

**M. Julien Aubert.** Désignons plutôt sept questeurs ! (*Sourires.*)

**M. le président.** Je vais réunir les présidents de groupe.

#### ***Suspension et reprise de la séance***

**M. le président.** La séance est suspendue.

*(La séance, suspendue à dix-sept heures quinze, est reprise à dix-huit heures vingt.)*

**M. le président.** La séance est reprise.

Mes chers collègues, la discussion avec les présidents de groupe a été un peu plus longue que prévu. Plusieurs d'entre eux m'ayant demandé de pouvoir réunir leur groupe immédiatement dans les salles les plus proches de l'hémicycle, je suspends à nouveau la séance pour une demi-heure.

#### ***Suspension et reprise de la séance***

**M. le président.** La séance est suspendue.

*(La séance, suspendue à dix-huit heures vingt-cinq, est reprise à dix-neuf heures trente-cinq.)*

**M. le président.** La séance est reprise.

Avant de reprendre le cours de nos travaux, conformément à l'ordre du jour, je donne la parole à M. Christian Jacob, président du groupe Les Républicains, qui souhaite s'exprimer.

**M. Christian Jacob.** Monsieur le président, la majorité a décidé de confier la gestion et le contrôle budgétaires de notre assemblée à trois députés soutenant la majorité présidentielle. M. Thierry Solère a en effet annoncé qu'il voterait la confiance, et je rappelle que La République en Marche ne lui avait opposé aucun candidat.

Dans ces conditions, qui sont totalement inédites et contraires aux règles républicaines de toutes les démocraties modernes, le premier et le principal groupe d'opposition, que j'ai l'honneur de présider, a décidé à l'unanimité de ne pas cautionner ce que nous considérons comme un vrai déni de démocratie et un irrespect du pluralisme politique. (*Applaudissements sur plusieurs bancs.*)

Monsieur le président, tant que les droits de l'opposition ne seront pas rétablis, nous refuserons de siéger au Bureau de notre assemblée. (*Mêmes mouvements.*)

<b>DOCUMENT 13</b> : Article 10, al. 7 du Règlement de l'Assemblée Nationale (résultant de la résolution n° 26 du 11 octobre 2017)
--

Les présidents des groupes choisissent, en fonction du nombre de points dont ils disposent, les postes qu'ils souhaitent réserver à leur groupe. Cette répartition s'effectue par choix prioritaire en fonction des effectifs respectifs des groupes et, en cas d'égalité de ces effectifs, par voie de tirage au sort. L'un des postes de questeur est réservé à un député appartenant à un groupe s'étant déclaré d'opposition

**M. le ministre** . (Auguste Paris, ministre des travaux publics dans le cabinet de Broglie...)

Le but que l'Assemblée a aussi cherché à atteindre a été de créer, avec la forme républicaine un gouvernement constitutionnel, un gouvernement qui présentât pour la France des garanties de sécurité ; car il n'y a pas de gouvernement qui puisse remplir les fins pour lesquelles il existe, s'il ne réunit pas ces conditions d'ordre matériel et moral qui sont essentielles et supérieures à toutes les formes de gouvernement. (*Très-bien ! très-bien ! à droite.*)

A côté de ce régime constitutionnel, il y en a un autre que nous connaissons depuis longtemps, que la France, hélas ! a jugé à l'épreuve : c'est celui qui repose sur la délégation de la souveraineté nationale à une assemblée unique et qui ne fait du pouvoir exécutif qu'un instrument matériel, que l'exécuteur pur et simple des volontés du pouvoir délibérant. Ce régime a trouvé dans l'Assemblée nationale et il se rencontre aujourd'hui en nous ses adversaires résolus. (*Très-bien ! très-bien ! à droite.*)

Ceci posé, nous avons à nous demander quelles sont les tendances manifestes, indéniables qui, du jour où les lois constitutionnelles ont fonctionné, ont cherché à en fausser l'application et qui en compromettraient, à un moment donné, l'existence ?

Les Chambres étaient à peine réunies que l'on venait déclarer, usurpant un droit d'interprétation qui n'appartenait qu'au congrès et en méconnaissant l'évidence des textes, qu'il n'y avait dans l'article 8 qu'une clause de révision restreinte, que la révision ne pouvait être que partielle et que l'Assemblée avait établi, le 25 février, une République absolument définitive. (*Interruptions diverses.*)

(...)

Du moment où le Président de la République a le droit de proroger les deux Chambres, de dissoudre la Chambre des députés sur l'avis conforme du Sénat, il est incontestable qu'il a nécessairement une part dans la direction des affaires. Il n'est pas réduit, je suppose, au rôle d'un simple fonctionnaire chargé d'apposer des signatures sur les actes que lui présentent ses ministres, et de donner une approbation toute matérielle aux décisions prises en dehors de lui.

Cette participation du Président au gouvernement peut être plus ou moins restreinte ; elle n'a jamais été déniée d'une façon absolue.

A quoi servirait, en effet, le droit dont je parlais, de suspendre les sessions, de dissoudre même la Chambre des députés ? Ces actes ne peuvent être motivés que par un dissentiment, par un conflit, et, s'il y a conflit, apparemment celui qui a l'initiative de pareilles mesures, a le droit d'avoir son opinion personnelle, contrôlée nécessairement par les Chambres. Et je demande à M. Gambetta lui-même, qui est un grand partisan du système de centralisation et d'autorité, s'il est possible de supposer qu'en France il n'existera jamais, à la tête du Gouvernement, un Président de la République qui se contentera du rôle effacé des derniers rois de la monarchie mérovingienne. (*Exclamations et applaudissements ironiques à gauche.*)

(...)

**M. le ministre**. J'ai dit comment les lois constitutionnelles avaient été volées et comment, peu à peu, dans la pratique, l'esprit qui les animait avait été modifié. J'ai dit quelles étaient les diverses étapes par lesquelles on arrivait lentement, mais sûrement... (*C'est cela ! Très-bien ! à droite.*), à un régime tout différent, à celui de l'Assemblée unique dont je parlais tout à l'heure, ayant à sa tête un simple exécuteur de ses volontés ...

(...)

**M. Jules Ferry**. L'honorable M. Paris, nous fait une description singulière de notre constitution républicaine, à laquelle pourtant il a longtemps collaboré et qui n'est venue au monde que contre son gré ; car c'est un père d'une singulière nature : il a fait pour empêcher son enfant de naître des efforts surhumains, dont nous avons tous été témoins. (*Rires approbatifs au centre et à gauche.*)

L'honorable M. Paris a discuté sur le droit de dissolution, sur le droit de prorogation, sur le droit de suspension, et il a conclu, en croyant faire preuve de logique sans doute, que, puisque le Président de la République a le droit de suspension, le droit de prorogation et de dissolution, il se trouve par là même investi du gouvernement personnel.

Je ne ferai qu'une réponse : c'est que dans les constitutions monarchiques où la responsabilité ministérielle et l'irresponsabilité royale sont le mieux établies, dans la constitution anglaise, par exemple, qui est un chef-d'œuvre en ce genre, le pouvoir royal, qui est essentiellement irresponsable, jouit de ce droit de prorogation, de ce droit de dissolution ; mais ce droit, si le Président de la République française l'exerce, c'est par l'organe et par le bras d'un ministère responsable. (*Applaudissements.*)

Voilà, messieurs, l'évidence, le bon sens !

*Un membre à gauche.* L'honnêteté !

**M. Jules Ferry.** Vous avez raison d'ajouter l'honnêteté ; car si nous avons donné au Président de la République les immenses pouvoirs dont vous avez tout à l'heure présenté le tableau, sans ce correctif de la responsabilité ministérielle, nous aurions été malhonnêtes et coupables envers notre pays.

(...)

**M. Jules Ferry.** C'est à deux ans de ces choses, qui sont dans toutes les mémoires, que tout à coup nous, qui avons entendu faire de M. le maréchal de Mac Mahon le Président constitutionnel d'une république parlementaire, nous apprenons, par la bouche de l'un de ses ministres, qu'il ne l'a pas compris ainsi et que nous n'avons mis dans cette Constitution, en la personne de M. le maréchal de Mac Mahon, que le garde et le factionnaire des partis hostiles à la République... (*Applaudissements à gauche*), et, au lieu d'une République constitutionnelle, d'une République parlementaire, si le langage des conseillers responsables de M. le Maréchal était exact, nous n'aurions constitué qu'un Président, temporaire ou viager, qui serait là, dans la première magistrature de France, en vertu d'une perpétuelle capitulation de conscience. (*Très-bien ! et applaudissements à gauche.*)

Messieurs, l'histoire jugera la Constitution de février 1875, et je crois que le jugement qu'elle en portera ne sera pas très-différent de celui que je vais dire. L'histoire dira que sans doute cette Constitution était compliquée, qu'elle avait des obscurités, des pièges plus ou moins savamment ménagés, des dangers, des ténèbres ; elle dira cela ; mais elle ajoutera que, même avec cette Constitution, tout était facile si on l'eût pratiquée loyalement des deux côtés. (*Bravos et applaudissements prolongés à gauche et au centre. — Rumeurs à droite.*)

<b>DOCUMENT 15</b> : Message du 6 février 1879 de M. Jules Grévy, Président de la République, au Sénat, <i>Journal Officiel</i> du 7 février 1879, p. 819.
--

Messieurs les Sénateurs,

L'Assemblée nationale en m'élevant à la présidence de la République, m'a imposé de grands devoirs. Je m'appliquerai sans relâche à les accomplir, heureux si je puis, avec le concours sympathique du Sénat et de la Chambre des députés, ne pas rester au-dessous de ce que la France est en droit d'attendre de mes efforts et de mon dévouement.

Soumis avec sincérité à la grande loi du régime parlementaire, je n'entrerai jamais en lutte contre la volonté nationale, exprimée par ses organes constitutionnels.

Dans les projets de lois qu'il présentera au vote des chambres et dans les questions soulevées par l'initiative parlementaire, le Gouvernement s'inspirera des besoins réels, des vœux certains du pays, dans un esprit de progrès et d'apaisement ; il se préoccupera surtout du maintien de la tranquillité, de la sécurité, de la confiance, le plus ardent des vœux de la France, le plus impérieux de ces besoins.

Dans l'application des lois, qui donne à la politique générale son caractère et sa direction, il se pénétrera de la pensée qui les a dictées, il sera libéral, juste pour tous, protecteur de tous les intérêts légitimes, défenseur résolu de ceux de l'État.

Dans sa sollicitude pour les grandes institutions qui sont les colonnes de l'édifice social, il fera une large part à notre armée, dont l'honneur et les intérêts seront l'objet constant de ses plus chères préoccupations.

Tout en tenant un juste compte des droits acquis et des services rendus, aujourd'hui que les deux grands pouvoirs sont animés du même esprit, qui est celui de la France, il veillera à ce que la République soit servie par des fonctionnaires qui ne soient ni ses ennemis, ni ses détracteurs.

Il continuera à entretenir et développer les bons rapports qui existent entre la France et les puissances étrangères, et à contribuer ainsi à l'affermissement de la paix générale.

C'est par cette politique libérale et vraiment conservatrice que les grands pouvoirs de la République, toujours unis, toujours animés du même esprit, marchant toujours avec sagesse, feront porter ses fruits naturels au Gouvernement que la France, instruite de ses malheurs, s'est donné comme le seul qui puisse assurer son repos, et travailler utilement au développement de sa prospérité, de sa force et de sa grandeur.

**DOCUMENT 16** : P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, 1997, p. 48 et p. 129-130 (extraits).

Partagé entre des arrière-pensées contradictoires, l'Assemblée nationale n'avait pas véritablement choisi entre la monarchie et la République et elle avait renvoyé la décision à plus tard. Cette décision fut prise « dans les faits par le choix du peuple français qui en 1875 envoya une majorité républicaine à la Chambre et déjoua en 1877 la tentative de dissolution de la Chambre par Mac-Mahon en y renvoyant une nouvelle majorité républicaine ». Schmitt poursuit : « La force étonnante de ce cas particulier tient à ce que le refus du “coup d'État” de Mac-Mahon a constitué le choix politique du peuple français pour la république et contre la monarchie — un choix que l'Assemblée nationale avait cherché à contourner dans les lois constitutionnelles de 1875 » (Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 160).

La décision du peuple français ne portait pas seulement sur la République, elle condamnait aussi la dissolution et donc le renvoi de Jules Simon qui en avait été la cause, la Chambre n'acceptant pas que le Président de la République puisse congédier un président du Conseil qui conservait sa confiance. Par là même, cette décision répudiait le dualisme, pourtant inscrit dans les lois constitutionnelles, et elle ouvrait la voie à la souveraineté parlementaire dont on a vu plus haut la généalogie. Son instauration officielle devait être proclamée par le nouveau Président de la République dans son message aux chambres du 7 février 1879 : « Soumis avec sincérité à la grande loi du régime parlementaire, je n'entrerai jamais en lutte contre la volonté nationale exprimée par ses organes constitutionnels ».

Ce que Marcel Prélot appelait à juste titre la « Constitution Grévy » prolonge la décision populaire en faveur du monisme républicain par une seconde révision, implicite, en lui adjoignant la renonciation à l'exercice du droit de dissolution attribué au Président de la République par l'article 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, et consacre ainsi le parlementarisme absolu.

On a donc la réponse à la question : comment la souveraineté parlementaire, en tant que norme non écrite, a-t-elle été introduite dans la Constitution de la III<sup>e</sup> République ?

(...)

Dans le cas d'une convention fondatrice, comme la souveraineté parlementaire pour la III<sup>e</sup> République ou l'arbitrage présidentiel pour la Ve, la cause de l'effectivité réside dans la décision politique fondamentale issue de manifestations de volonté du suffrage universel, c'est-à-dire qu'elle revêt un caractère exclusivement unilatéral : quelle place le processus quasi contractuel peut-il encore occuper ?

En 1875, le compromis dilatoire avait escamoté l'essentiel, et la décision fondamentale n'intervint qu'à l'occasion de la crise du 16 mai 1877. Comme on l'a vu au chapitre premier, cette décision ne portait pas seulement sur la République, mais sur la forme spécifique qu'elle revêtait : la souveraineté parlementaire, c'est-à-dire un mode d'exercice particulier du pouvoir que désignait le terme abstrait de République.

C'est du moins ce que suggère l'enchaînement des événements, puisque les élections de 1877 avaient consacré le pouvoir de la Chambre en désavouant le Président de la République. Mais ce sont les acteurs du jeu parlementaire qui prolongèrent cette décision fondamentale dont ils tirèrent des conséquences qu'elle ne comportait pas nécessairement. Le dualisme avait incontestablement été rejeté, certes, mais il subsistait une incertitude sur le caractère qu'allait présenter le monisme triomphant. La preuve en est que les vainqueurs ne concevaient pas le fonctionnement du nouveau régime de la même manière, les idées de Gambetta sur le gouvernement de majorité étaient aux antipodes de celles de Grévy, celles de Ferry sur le rôle de l'exécutif s'opposaient à celles de Clemenceau, etc. Ce sont les acteurs qui, à travers les conflits qui ont marqué les années suivantes, ont tranché en écartant le monisme à l'anglaise défendu par Gambetta au profit de ce que Carré de Malberg appelait le « parlementarisme absolu ». Sa consécration a été apportée par le message de Jules Grévy aux chambres qui, en 1879, formulait et reconnaissait la convention qui allait dominer le fonctionnement du régime.